

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNİK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 37

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 37,
Br. 1, str. XVIII+1-788, Rijeka, 2016.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE FACULTY OF LAW OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA

RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: izv. prof. dr. sc. Dionis Jurić

Uredništvo/Editorial Board: izv. prof. dr. sc. Dionis Jurić, prof. dr. sc. Nenad Hlača, prof. dr. sc. Ivan Padjen, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Milovan Jovanović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Anamari Petranović, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc (svi iz Rijeke), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento, Italija), prof. dr. sc. Tomislav Borić (Graz, Austrija), prof. dr. sc. Elina N. Moustaira (Atena, Grčka), doc. dr. sc. László Heka (Szeged, Mađarska), prof. dr. sc. Pasquale Pistone (Salerno, Italija)

Izvršni urednik/Executive Editor: doc. dr. sc. Loris Belanić

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana, Slovenija), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata, Italija), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn, Njemačka), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor, Slovenija), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Rim, Italija)

Lektura/Language Editing: Dejana Golenko, prof. (za hrvatski)

Prijevod/Translations: Matea Butković, prof. (za njemački, *od vol. 36. br. 2, 2015.*), dr. sc. Sandra Winkler, (za talijanski)

za UDK/for UDC: Dejana Golenko, prof., viša knjižničarka

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. + 385 51 359-555, faks. + 385 51 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://pravri.uniri.hr/hr/advancedmodules/znanost/zbornik.html>

english: <http://pravri.uniri.hr/en/advancedmodules/scientific-research/collected-papers.html>

Časopis izlazi triput godišnje

Naklada: 300 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Tiskara Futura d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA (HeinOnline), *Sociological Abstracts – CSA* (ProQuest), *Worldwide Political Science Abstracts – CSA* (ProQuest), *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA – CSA (ProQuest), *Political Science Complete – EBSCO*.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 37

BROJ 1

RIJEKA, 2016.

SADRŽAJ

XXII. Savjetovanje pravnika
“Petar Simonetti (Vlasništvo-Obveze-Postupak)”
(Poreč, 13., 14. i 15. travnja 2016.)

Prilozi za Savjetovanje:*Mihajlo Dika,*

O nedopuštenim dokazima u parničnom postupku
 (izvorni znanstveni rad) 3

Sandra Laleta, Nada Bodiroga Vukobrat,

Fleksigurnost i (de)regulacija tržišta rada
 (izvorni znanstveni rad) 33

Marko Babić, Eduard Kunštek,

Neke dvojbe u primjeni Zakona o naknadi za imovinu oduzetu
 za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine
 (izvorni znanstveni rad) 71

Aldo Radolović, Duška Šarin,

Neke aktualne građanskopravne dimenzije kaznenog prava
 i kaznenog sudovanja - ustavnopravni aspekti
 (izvorni znanstveni rad) 103

Marko Bevanda, Maja Čolaković

Pravni okvir za zaštitu osobnih podataka (u vezi sa zdravljem)
 u pravu Europske unije
 (izvorni znanstveni rad) 125

Maja Bukovac Puvača,

Funkcije pravične novčane naknade u hrvatskom odštetnom pravu
 (izvorni znanstveni rad) 155

Dario Đerđa,

Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka
 (izvorni znanstveni rad) 175

Ante Perkušić,

(Ne)usklađenost opće i posebne stvarnopravne normative o stjecanju,
 vrstama i sadržaju prava služnosti u našem pozitivnom pravu
 (izvorni znanstveni rad) 201

Budislav Vukas, Ines Matić,

- Znanstveni doprinosi prof. dr. sc. Petra Simonettija
civilističkoj pravnoj baštini i povijesti prava
(izvorni znanstveni rad) 251

Nataša Žunić Kovačević,

- Prethodna obvezujuća porezna mišljenja
- novi institut hrvatskog poreznog postupka
(izvorni znanstveni rad) 267

Bosiljka Britvić Vetma,

- Utjecaj konvencijskog prava i prava Europske unije
na zaštitu prava stranke u upravnom sporu
(izvorni znanstveni rad) 291

Gabrijela Mihelčić, Emilia Mišćenić,

- Credere* i kredit: dva srodna ili suprotstavljena pojma?
(izvorni znanstveni rad) 317

Jadranko Jug,

- Raspolaganje vodnim dobrom
(izvorni znanstveni rad) 367

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,

- Pravo na pristup sudu kao aspekt prava na pravično suđenje
(izvorni znanstveni rad) 385

Marko Šikić, Mateja Crnković,

- Upravnosudska i ustavnosudska kontrola zakonitosti akata
jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave
(prethodno priopćenje) 423

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

- Čezmejni prenos sedeža gospodarske družbe
(prethodno priopćenje) 449

Zvonimir Slakoper, Marko Perkušić,

- Odgovornost banke za provođenje elektroničkog plaćanja
(pregledni znanstveni rad) 467

Katarina Knol Radoja,

- Pravo na pristup sudu Europske unije
(pregledni znanstveni rad) 511

Jakob Nakić, Marko Rogić,

/Ne/zakoniti dokazi u kaznenom postupku (poseban osvrt na mjere tajnog snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama)
(pregledni znanstveni rad) 533

Paula Poretti,

Nadležnost, nadležna tijela i postupci prema Uredbi (EU)
br. 650/2012 o nasljeđivanju
(pregledni znanstveni rad) 561

Dinka Šago,

Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom
za ljudska prava u Strasbourgu
(pregledni znanstveni rad) 589

Alen Rajko,

Kretanje u lokalnoj službi
(stručni rad) 623

Damir Kontrec,

Zakup kao institut obveznog i stvarnog prava
(stručni rad) 645

Darko Milković,

Ugovor o radu i Zakon o obveznim odnosima
(stručni rad) 685

Sanja Otočan,

Pojedinačna odluka kao pretpostavka ocjene zakonitosti
općeg akta u objektivnom upravnom sporu
(stručni rad) 715

Lidija Rostaš Beroš,

Zastupanje stranke u upravnom sporu
(stručni rad) 735

Jozo Čizmić,

Pravo zdravstvenih radnika na „priziv savjesti“
(prikaz) 753

TABLE OF CONTENTS

XXII. Conference

“Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)” (Poreč, 13-15 April 2016)

Conference Texts:

Mihajlo Dika,

Inadmissible Evidence in Civil Procedure 3

Sandra Laleta, Nada Bodiroga Vukobrat,

Flexicurity and (De)regulation of the Labour Market 33

Marko Babić, Eduard Kunštek

Certain Doubts regarding the Implementation of the Law
on Compensation for Property Taken during the Yugoslav
Communist Regime 71

Aldo Radolović, Duška Šarin,

Some Topical Civil-Law Dimensions of Criminal Law
and Criminal Adjudication – Aspects of Constitutional Law 103

Marko Bevanda, Maja Čolaković

Legal Framework for the Protection of Personal Data
(Health-Related) in the Law of the European Union 125

Maja Bukovac Puvača,

Functions of Fair Monetary Compensation in Croatian tort law 155

Dario Đerđa,

Principle of Proportionality in Administrative Adjudication 175

Ante Perkušić,

(Non)compliance of General and Special Proprietary Norms
on Acquisition, Types and Content of the Right of Easement
in Our Positive Law 201

Budislav Vukas, Ines Matić,

Scientific Contributions of Prof. dr. sc. Petar Simonetti
to a Civil Law Legal Heritage and History of Law 251

<i>Nataša Žunić Kovačević,</i>	
Advance Tax Rulings – The New Legal Instrument in the Croatian Tax Procedure	267
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i>	
The Influence of Convention Right and European Union Law to Protection the Rights of the Parties in the Administrative Dispute	291
<i>Gabrijela Mihelčić, Emilia Mišćenić,</i>	
<i>Credere</i> and Credit: Two Complementary or Contradictory Notions?	317
<i>Jadranko Jug,</i>	
Disposing of Water Resources	367
<i>Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i>	
The Right of Access to a Court as an Aspect of the Right to a Fair Trial	385
<i>Marko Šikić, Mateja Crnković,</i>	
Administrative Judicial Control and Constitutional Control of Legality of the Local self-government acts	423
<i>Saša Prelič, Jerneja Prostor,</i>	
The Transfer of the Company's Registered Office	449
<i>Zvonimir Slakoper, Marko Perkušić,</i>	
Responsibility of the Bank for the Implementation of the Electronic Payment	467
<i>Katarina Knol Radoja,</i>	
The Right of Access to the Court of Justice of the European Union	511
<i>Jakob Nakić, Marko Rogić,</i>	
/No/legal evidence in criminal proceedings (special reference to measures of secret recording of telephone conversations and third in these actions)	533
<i>Paula Poretti,</i>	
Jurisdiction, Competent Judicial Authorities and Proceedings under Regulation (EU) No 650/2012 on Succession	561
<i>Dinka Šago,</i>	
The Conditions of Admissibility of the Application to the European Court of Human Rights	589

Alen Rajko,

Movement within the Local Civil Service System 623

Damir Kontrec,

Lease as Institute of Obligatory and Real Rights 645

Darko Milković,

Employment Contract and Civil Obligations Act 685

Sanja Otočan,

The Individual Decision as a Condition for Assessing of the Legality
of General Acts in an Objective Administrative Dispute 715

Lidija Rostaš Beroš,

Party Representation in Administrative Dispute 735

Jozo Čizmić,

The Right of Medical Workers to Conscientiously Object 753

INHALT

XXII. Tagung

„Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)“ (Poreč, 13 – 15. April 2016)

Tagungsbeiträge:

Mihajlo Dika,

Unzulässige Beweise im Zivilprozessverfahren 3

Sandra Laleta, Nada Bodiroga Vukobrat,

Flexicurity und Arbeitsmarkt(de)regulierung 33

Marko Babić, Eduard Kunštek,

Zu Zweifeln in der Anwendung des Gesetzes über Schadensausgleich
für während des jugoslawischen kommunistischen Regimes
weggenommenes Vermögen 71

Aldo Radolović, Duška Šarin,

Einige aktuelle zivilrechtliche Dimensionen des Strafrechtes und
Strafgerichtsbarkeit – verfassungsrechtliche Aspekte 103

Marko Bevanda, Maja Čolaković

Der rechtliche Rahmen für den (Gesundheits)datenschutz im Eu-recht 125

Maja Bukovac Puvača,

Funktionen des fairen Schadensersatzes
in Geld im kroatischen Schadensersatzrecht 155

Dario Derđa,

Verhältnismässigkeitsprinzip bei Verwaltungsbeschlussfassungen 175

Ante Perkušić,

(Un-)ausgewogenheit der allgemeinen und spezifischen
Eigentumsnormen des Erwerbs, der Arten und des Inhalts
der Dienstbarkeit im kroatischen positiven Recht 201

Budislav Vukas, Ines Matić,

Wissenschaftliche Beiträge von Professor Simonetti
zu zivilrechtlichem Erbe und Geschichte des Rechts 251

Nataša Žunić Kovačević,

- Verbindliche Vorbescheide in Steuersachen
– neues Rechtsinstitut des kroatischen Steuerverfahrens 267

Bosiljka Britvić Vetma,

- Auswirkungen des Konventionsrechts und der Rechte der
Europäischen Union auf den Kundenschutz im Verwaltungsverfahren 291

Gabrijela Mihelčić, Emilia Mišćenić,

- Credere* und Kredit: Verwandte oder doch entgegengesetzte Begriffe? 317

Jadranko Jug,

- Die Verfügung über Wassergut 367

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,

- Das Recht auf Gerichtszugang als Aspekt des Rechts
auf faires Verfahren 385

Marko Šikić, Mateja Crnković,

- Verwaltungsgerichtliche und Verfassungskontrolle
der Rechtmäßigkeit der kommunalen Selbstverwaltungsgesetze 423

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

- Verlegung Des Gesellschaftssitzes 449

Zvonimir Slakoper, Marko Perkušić,

- Bankhaftung für Durchführung elektronischer Zahlung 467

Katarina Knol Radoja,

- Beitrittsrecht zum europäischen Gerichtshof 511

Jakob Nakić, Marko Rogić,

- (Il)legale Beweissicherung im Strafverfahren (spezieller Bezug auf
die Massnahmen der geheimen Aufnahme von Telefongesprächen
und eines dritten in solchen Handlungen) 533

Paula Poretti,

- Zuständigkeit, Zuständigkeitsbehörden und Verfahren gemäß
Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen 561

Dinka Šago,

- Bedingungen der Einleitungszulässigkeit eines Prozesses vor dem
Europäischen Gerichtshof für menschenrechte in Strasbourg 589

Alen Rajko,

Versetzung im lokalen Dienst 623

Damir Kontrec,

Pacht als Sachenrechts - und Schuldrechtsinstitut 645

Darko Milković,

Der Arbeitsvertrag im Lichte des Gesetzes über Schuldverhältnisse 685

Sanja Otočan,

Einzelfallentscheidung als Voraussetzung der Rechtmässigkeit
des allgemeinen Aktes im objektiven Verwaltungsstreit 715

Lidija Rostaš Beroš,

Stellvertretung der Partei im Verwaltungsstreitverfahren 735

Jozo Čizmić,

Das Recht der Gesundheitsarbeitnehmer auf „Gewissenheitseinspruch“ 753

INDICE

XXII. Convegno

“Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)”

(Poreč, 13 – 15 aprile 2016)

Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,

Delle prove inammissibili nel procedimento civile 3

Sandra Laleta, Nada Bodiroga Vukobrat,

Flessicurezza e (de)regolamentazione del mercato del lavoro 33

Marko Babić, Eduard Kunštek,

Alcuni dubbi circa l'applicazione della Legge sull'indennizzo
per il patrimonio sottratto al tempo del regime comunista jugoslavo 71

Aldo Radolović, Duška Šarin,

Alcune attuali dimensioni civilistiche del diritto penale
e del processo penale – profili costituzionalistici 103

Marko Bevanda, Maja Čolaković

Il quadro normativo della protezione dei dati personali
(sulla salute) nel diritto dell'Unione europea 125

Maja Bukovac Puvača,

Le funzioni dell'indennizzo nel diritto risarcitorio croato 155

Dario Derđa,

Il principio di proporzionalità nelle decisioni amministrative 175

Ante Perkušić,

(Assenza di) coordinamento delle normative generale e speciale
in materia di diritti reali sull'acquisto, le tipologie ed il contenuto
del diritto di servitù nel nostro diritto positivo 201

Budislav Vukas, Ines Matić,

L'apporto scientifico del Prof. dr. sc. Petar Simonetti
al patrimonio giuridico civilistico ed alla storia del diritto 251

Nataša Žunić Kovačević,

Pareri tributari preliminari vincolanti: un nuovo istituto
del procedimento tributario croato 267

Bosiljka Britvić Vetma,

L'influenza del diritto convenzionale e del diritto dell'Unione europea sulla tutela dei diritti della parte processuale nel contenzioso amministrativo 291

Gabrijela Mihelčić, Emilia Miščenić,

Credere e mutuo: nozioni concordanti o antitetiche? 317

Jadranko Jug,

Disponibilità del demanio idrico 367

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,

Il diritto all'accesso alla giustizia quale aspetto del diritto al giusto processo 385

Marko Šikić, Mateja Crnković,

Il controllo giusamministrativo e giuscostituzionale di legalità degli atti degli enti locali e regionali 423

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

Trasferimento transfrontaliero della sede della società commerciale 449

Zvonimir Slakoper, Marko Perkušić,

La responsabilità della banca per la realizzazione del pagamento in via telematica 467

Katarina Knol Radoja,

Il diritto d'accesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea 511

Jakob Nakić, Marko Rogić,

Prove (il)legali nel procedimento penale (uno sguardo particolare alle misure di intercettazioni telefoniche segrete ed ai terzi in tali operazioni) 533

Paula Poretti,

Competenza, organi competenti e procedimenti in forza del Regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni 561

Dinka Šago,

Condizioni di ammissibilità dell'avvio del procedimento dinnanzi alla Corte europea per i diritti umani di Strasburgo 589

Alen Rajko,

Mobilità all'interno dell'amministrazione pubblica locale 623

Damir Kontrec,

La locazione quale istituto giuridico dei diritti obbligatorio e reale 645

Darko Milković,

Il contratto di lavoro e la legge sui rapporti d'obbligazione 685

Sanja Otočan,

La singola decisione quale presupposto del vaglio di legalità
dell'atto generale nel giudizio amministrativo obiettivo 715

Lidija Rostaš Beroš,

La rappresentanza della parte nel giudizio amministrativo 735

Jozo Čizmić,

Il diritto degli operatori sanitari alla "obiezione di coscienza" 753

O NEDOPUŠTENIM DOKAZIMA U PARNIČNOM POSTUPKU¹

Dr. sc. Mihajlo Dika, professor emeritus
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.94
Ur.:15. ožujka 2016.
Pr.: 30. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Istražuju se dokazne zabrane koje se tiču pojedinih dokaznih sredstava kao instrumenata za utvrđivanje određenih predmeta dokazivanja te načina izvođenja dokazivanja u hrvatskom parničnom procesnom pravu. Uvodno se postavljaju osnove za klasifikaciju i kvalifikaciju pojedinih takvih zabrana (opće, posebne; apsolutne, relativne; otklonjive, neotklonjive; izravne, posredne). Nastavno se posebno razmatraju tzv. apsolutne i relativne zabrane, a u okviru izravnih relativnih zabrana one koje se odnose na korištenje određenih dokaznih sredstava radi utvrđivanja izvjesnih činjenica, one koje se izvode iz pravila po kojima se stanovite činjenice mogu dokazivati samo nekim dokaznim sredstvima i tzv. dokazne uskrate, dok se kao posredne relativne zabrane izlažu one koje se izvode iz zabrana koje se tiču predmeta dokazivanja. Osobita pažnja poklanja se dokazima pribavljenim na nedopušteni način, pri čemu se najprije nastoje odrediti ustavne, zakonske, judikaturne i doktrinarne premise za određenje toga pojma, da bi se nakon toga obradila problematika dokaza pribavljenih povredom ustavnog jamstva o štovanju i pravnoj zaštiti osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, dokaza pribavljenih povredom ustavnog jamstva slobode i tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja te dokaza pribavljenih povredom prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka. Navedena pitanja upotpunjuju se analizom instituta dokaznih prekluzija i tzv. informativnih dokaza. Zaključno se konstatira da u hrvatskom parničnom postupkovnom pravu institut nedopuštenih dokaza nije na odgovarajući način uređen, zbog čega se naglašava potreba da se de lege ferenda utvrde zakonske pretpostavke za odgovarajuću operacionalizaciju instituta u hrvatskom parničnom postupkovnom pravu i naznačuje kako bi se to moglo postići.

Ključne riječi: *parnični postupak, nedopuštena dokazna sredstva, dokazne zabrane*

1 U pribavljanju relevantne judikature za ovaj rad značajno mi je pomogao mag. iur. Marko Bratković, asistent – novak na Katedri iz građanskog procesnog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Koristim ovu prigodu da mu na tome još jednom zahvalim.

1. UVOD²

Sastavni dio dokaznog prava čine odredbe kojima se propisuju odgovarajuće zabrane odnosno ograničenja u primjeni dokazivanja kao metode utvrđivanja činjenica i drugih predmeta utvrđivanja.

U doktrini se dokazne zabrane dijele na one koje se tiču predmeta (teme) dokazivanja (njem. *Beweisthemaverbot*), na one koje se odnose na pojedina dokazna sredstva kao instrumente utvrđivanja određenih predmeta dokazivanja (njem. *Bewismittelverbot*), na one koje za svoj objekt imaju načine izvođenja dokazivanja (njem. *Beweismethodenverbot*) te na one koje su propisane u pogledu uzimanja u obzir rezultata određenih izvedenih dokaza (njem. *Beweisverwertungsverbot*).³ Trebalo bi, međutim, pored navedenih zabrana voditi računa i o zabranama korištenja određenih metoda vrednovanja dokazne snage izvedenih dokaza.

Od navedenih zabrana u ovom će se radu nastojati posebno izložiti i kritički razmotriti zakonsko uređenje onih koje se tiču pojedinih dokaznih sredstava kao instrumenata utvrđivanja određenih predmeta utvrđivanja te onih koje se odnose na način izvođenja dokazivanja uključujući i načine pribavljanja pojedinih dokaznih sredstava. Zabrane koje su propisane u pogledu predmeta utvrđivanja i uzimanja u obzir rezultata određenih izvedenih dokaza, kao i one koje se odnose na korištenje određenih metoda vrednovanja dokazne snage izvedenih dokaza nisu obuhvaćene temom ovoga rada.

Pojam dokaza u ovom radu koristit će se u jednom od više njegovih mogućih značenja – u smislu dokaznih sredstava kao stvari i osoba koje kao nositelji, izvora informacija o činjenicama i drugim predmetima dokazivanja koji omogućavaju sudu da njihovim ispitivanjem pribavi te informacije (lat. *instrumentum, medium probandi*; njem. *Beweismittel*).

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 ZPP-a navoditi bez naznake kratice toga zakona.

3 Usp.: FASCHING, *Zivilprozeßrecht, Lehrbuch de österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2. izd., 1990. (cit. FASCHING, ZPR), 437.-439.; RECHBERGER-SIMOTTA, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 7. izd., 2009., (cit. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR), 401.-403., RECHBERGER u FASCHING, *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, 2. izd., 3. vol., 2004. (cit. RECHBERGER, *Fasching.Komm.*), 576., ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. izd., 2010. (cit. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR), 617., 618.

2. OPĆENITO O NEDOPUŠTENIM DOKAZNIM SREDSTVIMA

Dokazna sredstva su nedopuštena ako je njihovo korištenje zabranjeno, a ako je njihovo korištenje ograničeno, u mjeri u kojoj je ograničeno.

Zabrane koje se tiču dokaznih sredstva mogu biti **opće** kad se odnose na mogućnost njihova korištenja radi utvrđivanja svih predmeta utvrđivanja u svim parničnim postupcima; one mogu biti **posebne** kad je mogućnost upotrebe tih sredstava ograničena s obzirom na njihovu vrstu, vrstu postupka u kojemu se mogu koristiti ili vrstu predmeta utvrđivanja. Te su zabrane **apsolutne** kad se njima isključuje mogućnost upotrebe određenih sredstava saznavanja o činjenicama kao takvih, neovisno o njihovu odnosu prema predmetu utvrđivanja, metodi ispitivanja, mogućnosti korištenja dokaznog materijala pribavljenog njihovim ispitivanjem, itd.; one su **relativne** kad njima ta sredstva nisu isključena kao takva, već tek u relaciji s određenim predmetima utvrđivanja, itd. Pritom su neke od relativnih zabrana, koje bi zapravo imale značenje svojevrstnih ograničenja u korištenju dokaznih sredstava, **neotklonjive**, a neke **otklonjive**, već prema tome ovisi li njihova relevantnost o pribavljanju nekog odobrenja, suglasnosti, itd. Pojedine od takvih zabrana mogu biti određene **izravno** izričitim zabranjivanjem korištenja određenih dokaznih sredstava ili isključivanjem njihova korištenja određivanjem dokaznih sredstava koja se smiju koristiti; o nekim drugim zaključak bi se o zabrani njihova korištenja mogao izvesti tek **posredno** iz nekih drugih zabrana, npr. iz zabrana koje se izravno tiču predmeta utvrđivanja,⁴ načina pribavljanja dokaznih sredstava⁵ određenog načina izvođenja dokazivanja.⁶

U slučajevima u kojima bi zabrane korištenja izvjesnih dokaznih sredstava bile propisane s obzirom na određene predmete utvrđivanja bila bi zapravo riječ o koincidenciji (apsolutnih ili relativnih) zabrana koje bi se ticale sredstava i predmeta dokazivanja.

Dokaze pribavljene na nezakonit način trebalo bi također smatrati nedopuštenim dokazima (v. *infra ad 5.*).

Protupravno pribavljanje inače dopuštenih dokaznih sredstava imalo bi značenje povrede zabrana koje bi se ticale načina pribavljanja određenih dokaznih sredstava i načina pribavljanja potrebnih informacija o predmetu utvrđivanja njihovim ispitivanjem (zabrane dokaznih metoda).

4 Npr., kad bi sud, unatoč zabrani dokazivanja domaće prava, od stranaka zatražio da ga dokažu.

5 Npr., kad bi sud po službenoj dužnosti odredio i proveo pribavljanje određenih dokaza iako za to ne bi bilo opravdanja – 7/3.

6 Npr., kad bi sud, unatoč načelnoj zabrani posrednog izvođenja dokazivanja saslušanjem stranaka ili primjeni raznih oblika prisile prema njima, odredio njihovo takvo saslušanje, prisilno privođenje, zatvorio ih, novčano kaznio; kad bi svjedoku koji odbija svjedočiti odredio zatvor duži od trideset dana, izrekao mu novčanu kaznu preko dopuštenog maksimuma; kad bi odredio prisilno privođenje vještaka ili zatvor, izrekao mu novčanu kaznu preko dopuštenog maksimuma, itd.

O prekluzijama koje se tiču korištenja dokaznih sredstava v. *infra ad* 6.

O zabranama korištenja dokaznih sredstava koje bi se temeljile na stranačkim dispozicijama, osobito na tzv. dokaznim ugovorima v. *infra ad* 7.

O tome je li i u kom smislu zabranjeno predlaganje, tzv. informativnih dokaznih sredstava v. *infra ad* 8.

Dokazni rezultati do kojih bi sud došao povredom zabrana koje se tiču korištenja dokaznih sredstava ne smiju se uzeti u obzir pri donošenju odluke – zabrana korištenja dokaznih sredstava prerastala bi u zabranu korištenja dokaznih rezultata pribavljenih ispitivanjem tih sredstava.

3. APSOLUTNE ZABRANE

Iako to nije izriječno propisano, treba uzeti da prema važećem uređenju parničnog postupka nisu dopuštena dokazna sredstva koja nisu na listi izriječno propisanih ili koja se ne bi mogla svesti na neka od njih, a ne bi im prema (ustaljenoj sudskoj praksi) bilo priznato značenje dopuštenog «drugog» (“novog”) dokaznog sredstva. U tom bi smislu u važećem hrvatskom parničnom pravu bila apsolutno zabranjena sva “metaracionalna”, “ordalistička” dokazna sredstva, tortura.⁷

U kontinentalnoeuropskom pravnom krugu je u srednjovjekovnom i općepравnom procesnom pravu dokaz saslušanja stranaka u svrhu dokazivanja bio isključen.⁸ Unatoč tome što je saslušanje stranaka u svrhu dokazivanja bilo (pod utjecajem anglosaksonskog prava u kojemu se stranke tretiraju kao specifični svjedoci) uvedeno u austrijsko pravo ZPO-om iz 1895.,⁹ određene su rezerve prema tom dokaznom sredstvu u pravima koja su se formirala pod utjecajem toga prava, uključujući i hrvatsko, ostale i nakon toga. Tako prema ZPP 56 saslušanje stranaka nije bilo dopušteno u postupku zbog smetanja posjeda (421/4. ZPP 56), ali ni u postupku za osiguranje dokaza (261/2. ZPP 56), što znači da je prema tom zakonu postojala apsolutna zabrana korištenja tog dokaznog sredstva u tim postupcima. Prema ZPP 76, koji je odustao od zabrane saslušanja stranaka u parnicama zbog smetanja posjeda, osiguranje tog dokaza nije se moglo izvesti sve do Novele 2013. (prij. 272/2.).

7 Prema njemačkoj judikaturi, detektor laži nije dopušteno dokazno sredstvo u parničnom postupku, čak ni uz pristanak ispitanika. Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 617. Čini se da s aspekta hrvatskoga prava ne bi bilo zapreke da se u postupku upotrijebi i taj «dokaz», rezultate čijeg bi izvođenja sud prosuđivao po slobodnoj ocjeni (8.).

8 Razne tada dopuštene prisege stranaka koje su imale važnu ulogu u procesu nisu imale značenje dokaznih sredstava. Usp. FASCHING, ZPR, 528.

9 Ta je austrijska “inovacija”, koja se pripisuje tvorcu öZPO-a Franzu Kleinu, poslužila u tom pogledu kao uzor nizu drugih kontinentalnoeuropskih država - usp. FASCHING, ZPR, 528.

4. RELATIVNE ZABRANE

4.1. Izravne zabrane

4.1.1. Zabrane korištenja određenih dokaznih sredstava radi utvrđivanja izvjesnih činjenica

U zabrane ove kategorije pripadale bi, npr. zabrana (“nije dopušteno”) da se «u sudskom (...) postupku daju izjave, predlažu dokazi ili podnese drugi dokaz u bilo kojem obliku ako se takav dokaz odnosi na”: činjenicu da je jedna stranka predlagala ili prihvatila mirenje; izjave o činjenicama ili prijedlozima koje su stranke u postupku mirenja iznosile; priznanja zahtjeva ili činjenica izvršenih tijekom postupka mirenja, ako takva očitovanja nisu sastavni dio nagodbe; isprave pripremljene isključivo za potrebe postupka mirenja, osim ako je zakonom utvrđeno da je njihovo iznošenje nužno radi provedbe ili ovrhe sklopljene nagodbe; spremnost stranaka da tijekom postupka mirenja prihvate iznesene prijedloge; druge u postupku mirenja iznesene prijedloge (*arg. ex* 15/1. ZMI)¹⁰ (slučaj izravne općenite zabrane korištenja dokaza radi utvrđivanja određenih činjenica).¹¹ Bila bi, ipak, riječ o relativnoj zabrani jer se navedeni «podaci i informacije» u postupku pred sudom mogu otkriti ili upotrijebiti u dokazne svrhe samo ako je to nužno zbog zaštite javnog poretka i samo pod uvjetima i u opsegu koji zahtijeva zakon, ili ako je to potrebno za provedbu ili ovrhu nagodbe (15/3. ZMI).

O dokaznim uskratama koje su uvjetovane postupkom mirenja v. *infra ad* 4.3.

4.1.2. Zabrane koje se izvode iz pravila po kojima se izvjesne činjenice mogu dokazivati samo određenim dokaznim sredstvima

Zabrane ove kategorije temelje se na pravilima koja propisuju da se izvjesne činjenice mogu dokazivati samo određenim dokaznim sredstvima. Iz takvih bi pravila, naime, *a contrario*, proizlazilo da bi njihovo dokazivanje drugim dokaznim sredstvima bilo zabranjeno.¹² Bila bi zapravo riječ o zabranama koje bi koincidirale sa zabranama koje se tiču predmeta dokazivanja.

¹⁰ ZMI: Zakon o mirenju, NN 18/11.

¹¹ U sudskom, arbitražnom ili drugom postupku takvi se dokazi trebaju «odbaciti» kao nedopušteni. Odredbe o navedenim zabranama i njihovim pravnim posljedicama (15/1.-3. ZMI) primjenjuju se bez obzira na to je li arbitražni, sudski ili drugi slični postupak povezan sa sporom glede kojeg se vodio ili se vodi postupak mirenja (15/5. ZMI).

¹² Tako se prema prijašnjoj odredbi članka 470. stavka 4. ZPP-a ugovor o izbranom sudu mogao dokazivati samo ispravama, što znači da je pismena forma, koja je za taj ugovor bila propisana *ad solemnitatem* (*arg. ex* prij. 470/1.-3.), bila propisana i *ad probationem* (*arg. ex* prij. 470.), pri čemu, isprava kojom bi se dokazivalo postojanje tog ugovora nije morala biti isprava o tom ugovoru. Prema važećem uređenju arbitražnog ugovora više nema takvog ograničenja (*arg. ex* 6. ZA).

Među neotklonjive relativne zabrane ove kategorije bilo bi moguće svrstati, npr.:

(1) zabranu da se u parničnom postupku za poništaj braka sklopljenog dok traje prijašnji brak jednog od bračnih drugova postojanje ili nepostojanja toga braka dokazuje drugim dokazima osim izvatkom iz matice vjenčanih ili drugom odgovarajućom javnom ispravom (378/1. ObZ), odnosno pravomoćnom presudom o postojanju ili nepostojanju toga braka (*arg. ex* 378/2. ObZ), itd.

(2) zabranu dokazivanja sporazuma o mjesnoj nadležnosti drugim dokazima osim ispravom koja bi ga sadržavala. Naime, takav sporazum važi samo ako je pismeno sastavljen (*arg. ex* 70/3., 4.), što znači da je pisana forma propisana *ad solemnitatem*. Međutim, iz okolnosti da tužitelj mora ispravu o sporazumu priložiti uz tužbu (70/4.) proizlazilo bi da je isprava koja bi sadržavala takav ugovor propisana i *ad probationem*;

(3) zabranu dokazivanja punomoći za zastupanje u parničnom postupku drugim dokaznim sredstvima osim pisanom punomoći ili izjavom pred sudom koja bi bila zapisnički konstatirana (*arg. ex* 97., 98.);¹³

(4) zabranu utvrđivanja postojanja tražbine (i njezine dospelosti) u postupku izdavanja tzv. dokumentarnog platnog naloga drugim dokaznim sredstvima osim tzv. vjerodostojnim ispravama (*arg. ex* 446.), itd.

4.1.3. Dokazne uskrate

Među zabrane korištenja određenih dokaznih sredstava pripadale bi i one koje bi se izvodile iz dužnosti odnosno prava stranaka ili trećih da iz različitih razloga uskrate predaju određenih dokaznih sredstava, odnosno da otklone biti dokaznim sredstvom, da iskazuju. U ovu bi grupu relativnih zabrana bilo moguće svrstati:

(1) zabranu da se kao svjedok sasluša osoba koja bi svojim iskazom povrijedila dužnost čuvanja (državne,) službene ili vojne tajne, dok je nadležno tijelo ne oslobodi te dužnosti (236.). Ova bi zabrana vrijedila i za utvrđivanje navedenih činjenica odgovarajućim ispravama (*arg. a fortiori, a minori ad maius ex* 234/1., 236.-238.) pa i vještačenjem (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 236.-238, 255/1.), ali i saslušanjem stranaka (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 236.-238, 269., 271.). Nju bi trebalo proširiti i na predmete uviđaja (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 229., 234/1., 236.-238.). Bila bi riječ o slučajevima relativne otklonjive zabrane korištenja određenih dokaznih sredstava radi utvrđivanja činjenica na koje se tajna odnosi;

13 Čini se da bi se, *de lege lata*, postojanje punomoći za zastupanje u parničnom postupku moglo (redovito) dokazivati samo ispravom koja bi je sadržavala (pisana punomoć), osim ako se ne bi izdala usmeno na zapisnik kod suda, što bi značilo da bi postojanje pismene punomoći bilo određeno ne samo *ad solemnitatem*, već i *ad probationem*. Takav bi zaključak proizlazio iz odredaba koje uređuju način izdavanja, podnošenja i učinaka punomoći u parničnom postupku, prema kojima bi pismena punomoć podnesena sudu ili naknadno odobrenje dano pismeno ili usmeno na zapisnik kod suda bili nužni za valjanost radnji koje je za stranku tijekom postupka poduzela neka osoba koja je tvrdila da je na to ovlaštena (*arg. ex* 97., 98.). O formi punomoći v. DIKA, Građansko parnično pravo, Tužba, 2009. (DIKA, GPP, VI), § 31.

(2) zabranu da se saslušavaju kao svjedoci ili stranke osobe koje su dužne čuvati povjerljivim sve «informacije i podatke» za koje saznaju tijekom postupka mirenja, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, odnosno ako ih nije na temelju zakona dužan priopćiti ili ako nije to nužno radi provedbe ovrhe sklopljene nagodbe (14/1. ZMI). Ta se zabrana odnosi na izmiritelja, na stranke te na druge osobe koje su u postupku mirenja sudjelovale u bilo kojem svojstvu (14/3. ZMI). Navedene bi osobe bile ovlaštene uskratiti iskazivanje, a ako bi na to pristale, njihovi bi iskazi bili dopušteni i relevantni – one bi eventualno odgovarale za naknadu štete koju bi prouzročile povredom te dužnosti.¹⁴ Činjenice na koje bi se odnosila ova zabrana ne bi bile one navedene pod 4.1.1.;

(3) zabranu uviđaja u slučajevima u kojima se može uskratiti predaja predmeta uviđaja ili pristup tom predmetu (*arg. ex* 229., 233., 234.);

(4) zabranu korištenja isprava čiju su ediciju stranka (233.) ili treća osoba (234.) ovlaštene uskratiti;

(5) zabranu saslušanja svjedoka koji se koristi svojim pravom da uskrati svjedočenje (237.) odnosno odgovor na pojedino pitanje (238.);

(6) zabranu saslušanja vještaka koji se koristi svojim pravom da uskrati vještačenje odnosno odgovor na pojedino pitanje (237., 238., 253/2.).

4.3. Posredne zabrane

4.3.1. Zabrane koje se posredno izvode iz zabrana koje se tiču predmeta dokazivanja

Zabrane koje bi se izvodile iz zabrana dokazivanja određenih predmeta utvrđivanja bile bi one kojima bi se **općenito** isključivalo ili ograničavalo utvrđivanje (uključujući i dokazivanjem) nekih predmeta utvrđivanja ili samo njihovo

¹⁴ Na takav bi zaključak upućivala odredba prema kojoj, ako se stranke nisu drukčije sporazumjele, izmiritelj i druge osobe koje sudjeluju u postupku mirenja u bilo kojem svojstvu, ne mogu biti prisiljene svjedočiti u arbitražnom, sudskom ili bilo kojem drugom postupku vezano za informacije i podatke koji proizlaze iz postupka mirenja ili su njim povezani (15/2. ZMI), osim ako ih na temelju zakona nije dužan priopćiti ili ako to nije nužno radi provedbe ili ovrhe sklopljene nagodbe (14/1. ZMI). U prilog takvom zaključku govorila bi, barem kad je riječ o izmiritelju, i odredba prema kojoj je svjedok ovlašten uskratiti svjedočenje i o činjenicama što ih je saznao u obavljanju kakve djelatnosti ako postoji obveza da se kao tajna čuva ono što se saznalo u obavljanju tog poziva ili djelatnosti (237/1.3.). Sudjelovanje u postupku mirenja u svojstvu izmiritelja imalo bi, treba uzeti, značenje djelatnosti na koju se aludira u navedenoj odredbi. Kad su u pitanju druge osobe koje su u postupku mirenja sudjelovale u bilo kojem svojstvu, npr. kao svjedoci, vještaci, njihova bi se dužnost čuvati povjerljivim ticala samo onoga što su saznale od drugih sudionika u oficijelnom dijelu postupka mirenja, a ne o onome što su same iznijele u tom postupku – one bi bile dužne svjedočiti o onome što su saznale mimo postupka mirenja, neovisno o tome jesu li o tome iskazivale u tom postupku. Na takav zaključak upućuje i odredba prema kojoj, osim kad je riječ o dokazima glede kojih postoji zabrana njihova korištenja (15/1. ZMI, v. *infra* ad 4.3.), dokazi koji su inače dopušteni u arbitražnom, sudskom ili drugom sličnom postupku, neće biti nedopušteni samo zato jer su bili upotrijebljeni u postupku mirenja (15/6. ZMI).

dokazivanje, iz čega bi se izvodile i zabrane korištenja dokaznih sredstava radi njihova utvrđivanja. Među takve bi zabrane odnosno ograničenja bilo moguće, npr., svrstati:

(1) zabranu dokazivanja irelevantnih činjenica;
(2) zabranu dokazivanja sadržaja domaćeg prava (uključujući, ipak uz određene relativizacije, i pravila iskustva kad se javljaju u funkciji konstitutivnog elementa pravne norme);

(3) ograničenje dokazivanja sadržaja tzv. autonomnog i stranog prava;

(4) zabranu dokazivanja protivnog bilo kojim dokaznim sredstvom kad na postojanje neke činjenice upućuje pravilo o neoborivoj predmnjevi (*arg. ex* 221/3.) ili o fikciji.¹⁵ Varijanta ove zabrane bila bi zabrana da se u postupku u kojemu se kao dokaz koristi isprava kojom se nešto određuje (koja sadrži pravnu dispoziciju) dokazuje protivno njezinom sadržaju (*arg. ex* 12., 230/1., 3.) (u objektivnim, subjektivnim i vremenskim granicama njezine pravomoćnosti, odnosno djelotvornosti). U takvom bi slučaju jedini dopušteni dokaz bila takva isprava;

(5) ograničenje dokazivanja priznatih činjenica (221/1., 2.), pa time i korištenja dokaznih sredstava radi njihova utvrđivanja;

(6) ograničenje dokazivanja općepoznatih činjenica (221/4.), pa time i korištenja dokaznih sredstava radi njihova utvrđivanja, iako je dopušteno dokazivati da neka činjenica nije općepoznata odnosno da unatoč svojoj notornosti ne postoji.

5. DOKAZI PRIBAVLJENI NA NEDOPUŠTENI NAČIN

5.1. Općenito

Zakon ne sadrži posebna pravila o postupanju s dokazima koji su pribavljeni na nedopušteni način.

Pravni položaj dokaza pribavljenih na nedopušteni način nije u domaćoj doktrini i judikaturi građanskog procesnog prava, za razliku od doktrine i judikature kaznenog procesnog prava, razmatran kao posebna problemska cjelina. To se može objasniti okolnošću da pravni status takvih dokaza nije imao kao što još uvijek i nema izravnu opću zakonsku osnovu, da pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način nije s aspekta parničnog postupka zakonski definiran. Povrede pravila o dokazivanju bile su i jesu sankcionirane kao tzv. relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka u mjeri u kojoj dovedu ili mogu dovesti do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (354/1.), odnosno kao tzv. apsolutno bitne povrede odredaba o zabrani utemeljenja odluke na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (3/3.; 153/5.; 221/1.; 331.b/1., 2.; 332/1., 2.; 354/2.4.), o saslušanju stranaka (7/3., 354/2.6., 8.), o obrazloženju presude (354/2.11.), itd. U praksi se problem dokaza

¹⁵ Ovdje bi, ipak, bila riječ o zabranama koje bi bile uvjetovane prethodnim utvrđenjem (između ostaloga, u slučaju potrebe, i dokazivanjem) postojanja presumptivne odnosno fikcijske baze.

pribavljenih primjenom (nedopuštenih) mjera (fizičke ili psihičke) prisile zapravo nije niti mogao javiti na način na koji se može javiti u kaznenom postupku.

Situacija se, međutim, izmijenila novelom Ustava iz 2000. Prije te novele su odredbama članka 29. URH-a bila zajamčena određena prava pravnim subjektima u kaznenom postupku. Novelom je preformulirana odredba stavka 1. toga članka tako da se po novome svakome jamči ne samo pravo da pravično i u razumnom roku zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud odluči o sumnji ili optužbi zbog kaznenog djela, već i pravo da takav sud tako odluči i o njegovim pravima i obvezama (građanske naravi). Time je otvorena dilema odnosi li se i kako odredba već postojećeg stavka 4. članka 29. URH-a, prema kojoj se **dokazi pribavljeni na nezakoniti način** ne mogu uporabiti u sudskom postupku, i na građanske sudske postupke ili i dalje samo na kazneni postupak kako je to bilo do Novele, budući da se nalazi među odredbama stavaka 2. i 3. te 5. toga članka koje se izriječkom odnose na prava osumnjičenika, okrivljenika ili optuženika.¹⁶

U domaćoj je doktrini građanskog procesnog prava zauzet stav da se navedena odredba članka 29. stavka 4. URH-a odnosi i na dokaze pribavljene na nezakoniti način u građanskim sudskim postupcima, zbog čega bi i s aspekta građanskog

16 Europski sud za ljudska prava je u predmetu *Vanjak protiv Hrvatske* (zahtjev br. 29889/04; presuda, 14. siječnja 2010., § 45. i slj.), između ostaloga, (upućujući da presudu u predmetu *Schenk v. Switzerland* od 12. srpnja 1988., §§ 45-46, Serija A br. 140, te na presudu u predmetu *Garcia Ruiz v. Spain* [GC] br. 30544/96, ECHR 1999-I, § 28) očitovao i stajališta: da članak 6. EK, iako jamči pravo na pošteno suđenje, ne utvrđuje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza niti o načinu na koji bi se oni trebali ocjenjivati, što su, dakle, pitanja koja prvenstveno trebaju urediti nacionalno pravo i nacionalni sudovi; da je Sud već utvrdio određena načela glede svoje uloge u odnosu na navodno nezakonito pribavljene dokaze u kontekstu kaznenoga postupka, pa da je u tom smislu presudio da, načelno gledajući, uloga Suda nije odlučiti može li određena vrsta dokaza, poput primjerice nezakonito pribavljenih dokaza, biti dopuštena, ili pak je li ili nije podnositelj zahtjeva kriv, već da je pitanje na koje se mora dati odgovor je li postupak u cjelini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pošten; da to podrazumijeva (i) ispitivanje "nezakonitosti" o kojoj je riječ, a, ako je povrijeđeno i neko drugo pravo iz Konvencije, i narav utvrđene povrede (pozivajući se na presudu u predmetu *Khan v. the United Kingdom*, br. 35394/97, § 34, ECHR 2000-V). U biti podudarna stajališta Europski sud je očitovao i u predmetu *Perić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 34499/06, presuda od 27. ožujka 2008. U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (pritužba broj 68955/11, odluka od 15.1.2015., Europski sud je zauzeo stav da nije došlo do povrede prava zajamčenog člankom 8. EK-a (pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja), iako po njegovoj ocjeni nije sporno da prisluškivanje telefona određene osobe i njegovo tajno praćenje predstavlja miješanje u njegova prava prema toj odredbi. Premda je našao da hrvatski zakon nije pružao razumnu jasnoću glede diskrecije vlasti u naganju mjera praćenja i da nije pružio dovoljna jamstva u praksi protiv mogućih zlorupaba, zbog čega je došlo do povrede prava iz članka 8. EK-a, ipak je zaključio da unatoč toj povredi nije došlo do povrede članka 6. EK (prava na pravično suđenje), uz obrazloženje: da je osoba čija su prava iz članka 8. povrijeđena nije dovela u pitanje pouzdanost informacija pribavljenih na navedeni način, već da je ograničila svoj prigovor isključivo na formalno korištenje takvih dokaza tijekom postupka; da je, štoviše, imala učinkovitu mogućnost dovođenja u pitanje autentičnost tih dokaza i osporiti njihovo korištenje, te da ju je i koristila tijekom postupka; da su hrvatski sudovi ispitali njegove argumente o meritumu i obrazložili svoje odluke; da, konačno, dokazi pribavljeni tajnim praćenjem nisu bili jedini na kojima je osuda utemeljena.

procesnog prava bio otvoren problem određivanja pojma nezakonitog načina pribavljanja dokaza, vrijednosti tako pribavljenih dokaza i pravnih posljedica upotrebe tih dokaza u postupku.¹⁷ U načelu bi se trebalo složiti s takvim stavom – on bi odgovarao temeljnim postulatima pravne države. Problemi, međutim, nastaju onda kad se s aspekta važećeg uređenja parničnog postupka pokuša odrediti pojam nezakonitog načina pribavljanja dokaza. Naime, za razliku od ZKP-a u ZPP-u nema odredbe kojom bi se definirao pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način. Upravo bi zbog toga navedeni problem mogao biti prevladan barem na dva načina – ili tako da bi se odredba članka 29. stavka 4. URH-a doslovno i izravno primijenila u parničnom postupku, u kojem bi slučaju pojmom dokaza pribavljenih na nezakonit način bile obuhvaćene sve situacije u kojima bi se do nekog dokaza došlo povredom bilo koje zakonske odredbe o načinu pribavljanja dokaza, ili tako da bi se ta odredba, ipak, uskladila s općim sustavom sankcioniranja povrede pravila o parničnom postupku, u kojem bi se slučaju o pribavljanju dokaza na nezakoniti način moglo govoriti samo ako bi njegovom provedbom došlo do bitne povrede pravila koja ga uređuju (*arg. a cohaerentia ex 354/1.*). Čini se da “općem duhu” uređenja parničnog postupka više odgovara druga navedena interpretativna mogućnost.

U nastojanju da se (barem parcijalno) razriješi naznačeni problem bilo bi potrebno najprije pokušati odrediti pojam pribavljanja dokaza u navedenoj sintagmi “dokazi pribavljeni na nezakoniti način”, a zatim pojam cijele te sintagme s aspekta važećeg uređenja parničnog postupka.

5.2. Pojam pribavljanja dokaza

U domaćoj je doktrini građanskog procesnog prava izraženo mišljenje da bi ustavno (i zakonski) nedefinirani pojam “pribavljanja dokaza” u okviru sintagme “dokazi pribavljeni na nezakoniti način” trebalo shvatiti u smislu metoda prikupljanja dokaznih sredstava, dakle “u užem smislu”, da taj pojam ne bi obuhvaćao i pojam metoda njihova ispitivanja (izvođenja dokazivanja) koji bi s prvim određenjem toga pojma tvorio pojam pribavljanja dokaza “u širem smislu”.¹⁸ U vezi s tim mišljenjem moglo bi se primijetiti da riječ “dokaz” u navedenoj sintagmi “dokazi pribavljeni na nezakoniti način” nije upotrijebljena samo kao sinonim za dokazno sredstvo (kako bi ono impliciralo), već i u smislu dokaznog rezultata do kojega bi se došlo primjenom određenih metoda ispitivanja dokaznih sredstava. U suprotnom bi se moralo uzeti da bi se nezakonitim načinom pribavljanja dokaza smatralo nezakonito pribavljanje neke isprave, ali ne i iskaz svjedoka koji je uz prijetnju novčanom kaznom ili zatvorom bio prisiljen dati svoj iskaz iako ga je imao pravo uskratiti (237., 238., 248/2.) ili iskaz stranke koja bi uz prijetnju prisilnim mjerama bila navedena odazvati se pozivu suda radi saslušanja

17 Usp. TRIVA-DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., 2004. (TRIVA-DIKA, GPPP), 483. Takav je stav zauzet i u judikaturi (VSRH: Revr 25/10-2, v. bilj. 834.; VSRH: Revr 1803/09-2, odluka od 15.9.2011.); USRH: U-III-4683/2008).

18 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 483. O stavu Ustavnog suda o ovom pitanju v. bilj. 19.

i iskazivati unatoč zabrani primjene takvih mjera (269.). Značenje nedopušteno pribavljenih dokaznih sredstava imala bi samo ona dokazna sredstva koja bi bila pribavljena uz (bitnu) povredu pravila o njihovu pribavljanju; nezakonito ispitivanje (nezakonito ili zakonito) pribavljenih dokaznih sredstava imalo bi značenje povrede zabrane koje bi se ticale načina (metoda) izvođenja dokaza i korištenja tako pribavljenih dokaznih rezultata.¹⁹

5.3. Pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način

5.3.1. Hrvatsko parvo

Budući da u ZPP-u pojam dokaza pribavljenih na nezakoniti način nije definiran, bilo bi moguće zauzeti stav da bi nezakonit bio svaki način pribavljanja dokaznih sredstava i njihova ispitivanja koji bi dovodio do (bitne) povrede odredaba bilo kojeg zakona koje bi se ticale pribavljanja dokaznih sredstava i njihova ispitivanja (v. *supra ad* 5.2.). Takvo bi određenje pojma imalo svog uporišta i u judikaturi Ustavnog suda.²⁰

U domaćoj doktrini izneseno mišljenje da bi dokazi, između ostalog, mogli biti pribavljeni na nezakoniti način ako bi bili pribavljeni (bilo kojim) kaznenim djelom (npr. krađom, otimanjem, provalom u poslovne prostorije i stan; protupravnom pretragom odvjetničkog ureda ili stana stranke; zatim prisilom nad potencijalnim svjedocima, strankama, vještacima da uopće iskazuju ili da to učine na određeni način, iako bi, npr., bili ovlašteni to uskratiti, itd.) neovisno o tome tko je počinio to djelo; da bi, zatim, dokazi bili pribavljeni na nezakoniti način i ako bi bili pribavljeni povredom zakonom utvrđene dužnosti čuvanja tajnosti

19 Sud bi mogao povrijediti metode izvođenja dokazivanja ako bi primijenio prisilu protiv svjedoka, vještaka i stranaka protivno zakonu da bi ishodio njihove iskaze. Značenje bi takve povrede mogao imati i način ispitivanja, npr. postavljenjem sugestivnih i kapiociznih pitanja.

20 Ustavni sud je u odluci broj U-I-448/2009 od 19. srpnja 2012., NN 91/2012, **nezakoniti dokaz** definirao kao dokaz koji se zbog povrede **procesne forme** njegova **prikupljanja** ili **izvođenja**, koja istovremeno predstavlja i povredu temeljnih ljudskih prava, ne smije koristiti za donošenje presude u tom postupku. Premda je izloženo određenje ovog pojma dano s aspekta kaznenog postupka, nema razloga zbog kojih se ono ne bi smatralo mjerodavnim i za parnični postupak, uz ogradu da bi inzistiranje u tom određenju na tome da konkretno prikupljanje i izvođenje dokaza treba imati značenje povrede temeljenog ljudskog prava bilo uvjetovano kriterijima od kojih bi Ustavni sud bio dužan polaziti u njegovu vrednovanju. S aspekt parničnog postupka značenje nezakonitog dokaza bi imali i dokazi pri čijem prikupljanju i izvođenju nije došlo do povrede temeljnih ljudskih prava, ali bi ipak došlo do takvih povreda koje bi se mogle smatrati bitnim povredama odredaba parničnog postupka. Na to uostalom ukazuje i određenje pojma nezakonitog dokaza u kaznenom postupku (*arg. ex* 10/2.4. ZKP, v. *infra*).

Ustavni je sud (odluka broj U-III-1339/2013 od 14. siječnja 2015., a u bitnome podudarano i odluke broj U-III-4571/2012 od 14. siječnja 2015., U-III-1270/2013 od 25. veljače 2015. i U-III-1189/2013 od 25. veljače 2015.), u slučaju u kojemu je podnositelj ustavne tužbe nezakonitost dokaza vezao uz problem statusa i vjerodostojnosti iskaza «krunskog svjedoka», naglasio da je nezakonitost dokaza procesno, a ne materijalno pitanje, odnosno da se nezakonitost dokaza ne dokazuje provjerom istinitosti (vjerodostojnosti) njegova sadržaja, već provjerom načina na koji su dokazi prikupljeni.

osobnih podataka, protuustavnim i protuzakonitim prikupljanjem, obrađivanjem i korištenjem takvih podataka, povredom Ustavom i zakonom zajamčene tajnosti dopisivanja i drugih oblika općenja; zakonom utvrđene dužnosti čuvanja određene tajne (npr. državne, vojne, službene, poslovne, profesionalne) neovisno o tome imaju li te povrede značenje kaznenog djela, itd.²¹ Dokaze koji bi bili pribavljeni u kaznenom postupku ili u vezi s njime, a koji bi prema kaznenom procesnom pravu bili diskvalificirani kao pribavljani na nezakoniti način, trebalo bi i u parničnom postupku tako tretirati.²²

Takvo bi određenje pojma dokaza pribavljenih na nezakoniti način bilo bitno šire nego što je taj pojam određen u važećem uređenju kaznenog postupka. U kaznenom se postupku, naime, sudske odluke ne mogu utemeljiti na dokazima pribavljenim na nezakoniti način (nezakoniti dokazi) (10/1. ZKP),²³ pri čemu se nezakonitim smatraju oni dokazi koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja (10/2.1. ZKP), koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, osim u slučaju iz stavka 3. članka 10. ZKP-a (10/2.2. ZKP),²⁴ kao i oni koji su pribavljeni povredom odredaba o kaznenom postupku i koji su izričito (kao takvi) predviđeni u ZKP-u (10/2.3. ZKP) te drugi dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza (10/2.4. ZKP). Ne smatraju se nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. članka 10. ZKP u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod

21 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 483., 484.

22 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 483., 484. U tom smislu isprave pribavljenje neovlaštenom pretragom ureda branitelja koje bi se nalazile u kaznenom spisu ne bi se mogle upotrijebiti kao dokazno sredstvo u koneksnom parničnom postupku, itd.

23 Ova se odredba, osim teksta u zagradi, podudara s odredbom članka 29. stavka 4. URH-a.

24 Izvorno je ovom odredbom bilo obuhvaćeno i pravo na dostojanstvo. Međutim, Ustavni je sud (odluka broj U-I-448/2009 od 19. srpnja 2012., NN 91/2012), pozivajući se na odgovarajuće međunarodne pravne instrumente i judikaturu Europskog suda, zauzeo stav da je ljudsko dostojanstvo apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno i da ga nije moguće ni ograničavati ni vagati, zbog čega pribavljanje dokaza povredom ljudskog dostojanstva čini taj dokaz nezakonitim i odstupanje od toga pravila nije dopušteno jer nijedno drugo pojedinačno pravo ili sloboda odnosno nijedan opći ili javni interes, pa ni onaj usmjeren na uspješno procesuiranje najtežih kaznenih djela, nije dopušteno uspoređivati niti mu je dopušteno dati prednost pred ljudskim dostojanstvom, zaključujući da je ta zabrana sadržana, implicite, u člancima 17. stavku 3., 23. stavku 1., 25. stavku 1. i 35. Ustava. Zato je ocijenio da članak 10. stavak 3. ZKP-a kad se tiče dijela stavka 2. točke 2. koji glasi: »dostojanstvo,« nije u suglasnosti s navedenim odredbama Ustava. Novelom ZKP-a iz 2013. (NN 145/13) izloženo je stajalište uvaženo utoliko što je iz odredbe članka 10. stavka 10. točke 2. ZKP-a izostavljena riječ "dostojanstvo" čime je ona općenito izostavljena iz toga članka. Čini se, međutim, da je time postignuto samo to da po novome dokazi pribavljani kršenjem prava na poštovanje i zaštitu dostojanstva nisu više nezakoniti dokazi. Trebalo je zapravo dokaze pribavljene povredom toga prava posebno apostrofirati - u posebnoj točki stavka 2. članka 10. ZKP, izvan domašaja ograničenja iz stavka 3. - i na taj način "apsolutizirati" njihovu nezakonitost.

kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava 3. ZKP).²⁵ Sudska se odluka ne može temeljiti isključivo na tako pribavljenim dokazima (10/4. ZKP).

25 Ustavni sud se imao prigodu izjasniti (općenito) i o ustavnosti odredbe članka 10. stavka 3. ZKP-a (v. prethodnu bilješku), zauzimajući pritom stavove koji bi svakako mogli biti relevantni prigodom razmatranja problema nezakonitih dokaza i s aspekta parničnog postupka. Definirajući, naime, premise za svoj stav, Ustavni je sud konstatirao: - da je institut nezakonitih dokaza područje sukobljavanja dviju temeljnih tendencija suvremenog kaznenog postupka, bio on mješovitog ili akuzatornog tipa; da oba pravna sustava nastoje održati ravnotežu između funkcionalnosti kažnjavanja i zaštite prava građana; da zbog obveze zaštite temeljnih ljudskih prava na kojoj počivaju demokratska društva utemeljena na vladavini prava ustavotvorci odnosno zakonodavci određuju granice ovlasti sudaca pri odlučivanju o uporabi nezakonitih dokaza; da su okosnica izgradnje tih granica minimalni standardi korištenja odnosno zabrane korištenja nezakonitih dokaza; da su ti standardi na supranacionalnoj razini sadržani u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, dok su u unutarnjim pravnim porecima propisani u nacionalnim ustavima i zakonima; da je zajednički cilj tih standarda isključenje nezakonitih dokaza iz supstrata (osnovice) za donošenje presude. S time u vezi Ustavni je sud i definirao pojam nezakonitog dokaza (v. bilj. 19.).

Analizirajući članak 10. ZKP, Ustavni je sud utvrdio da su u toj odredbi nezakoniti dokazi razvrstani u četiri skupine i stvarajući pritom svojevrsnu »gradaciju« njihove nezakonitosti: a) nezakoniti dokazi prema međunarodnom pravu (članak 10. stavak 2. točka 1.): u međunarodnom su pravu nezakoniti dokazi oni koji su pribavljeni mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem. Izdvajanje te kategorije nezakonitih dokaza rezultat je međunarodnopravne obveze (Europska konvencija o sprečavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1987.; Konvencija UN protiv mučenja i drugih okrutnih, neljudskih i ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984.), što je posebno istaknuto u novijoj jurisprudenciji Europskog suda utemeljenoj na članku 3. Konvencije (zabrana mučenja); b) nezakoniti dokazi *ex iudicio* (članak 10. stavak 2. točka 2.): riječ je o dokazima pribavljenim kršenjem određenih temeljnih prava, to jest dokazima pribavljenim povredom prava obrane, prava na dostojanstvo (v. bilj. 831.), ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života kojih se dokazna (ne)zakonitost utvrđuje sudskom procjenom, *ex iudicio*, u vezi s kojima je ZKP-a uveo novinu propisivanjem mjerila u članku 10. stavku 3. ZKP-a na temelju kojih će suci procjenjivati njihovu dokaznu (ne)zakonitost; c) nezakoniti dokazi *ex lege* (članak 10. stavak 2. točka 3.): riječ je o dokazima koji su pojedinačno propisani ZKP-om tako što se kod svakoga izričito navodi da se na njemu ne može temeljiti presuda, zbog čega sudovi nisu ovlašteni ocjenjivati učinak tako pribavljenog dokaza nego su ga dužni izdvojiti (tzv. pravilo isključivanja) odnosno ukinuti presudu koja se temeljila na takvom dokazu; d) »plodovi otrovne voćke« (članak 10. stavak 2. točka 4.): riječ je o dokazima za koje se saznalo iz drugih nezakonitih dokaza, bez obzira je li prilikom njihova pribavljanja poštovana propisana procedura ili ne, zbog čega se dokazi derivirani iz nezakonitih dokaza izdvajaju bez obzira jesu li nastali na temelju nezakonitih dokaza *ex lege* ili *ex iudicio*.

Prema Ustavnom sudu »gradacija« nezakonitosti dokaza bitna je za razumijevanje članka 10. stavka 3. ZKP-a. Njegove se odredbe, kao što je u njemu i izričito propisano, odnose samo na kategoriju nezakonitih dokaza *ex iudicio* sadržanih u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP-a. Riječ je o nezakonitim dokazima pribavljenim povredom: prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast, i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. Ti se dokazi neće smatrati nezakonitim iako su pribavljeni povredom tih prava ako je povreda učinjena: 1) radnjom za koju je prema kaznenom zakonu isključena protupravnost, ili 2) u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti postupak, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu prema težini kaznenog djela.

Polazeći od navedene kaznenopostupovne definicije pojma dokaza pribavljenih na nezakoniti način (nezakonitih dokaza), trebalo bi, *arg. a maiori ad minus*, *a cohaerentia*, *mutatis mutandis*, uzeti da pojam takvih dokaza u parničnom procesnom pravu ne bi smio biti šire određen nego u toj definiciji, između ostaloga

Konstatiravši da se člankom 10. stavkom 3. ZKP-a sudovima prvi put u kaznenom procesnom zakonodavstvu daje mjerilo za ocjenu dokazne (ne)zakonitosti dokaza pribavljenih povredom taksativno navedenih prava, Ustavni sud smatra da suci, vodeći se s tim mjerilima, trebaju procjenjivati je li određeni dokaz zakoniti ili nije odnosno odlučivati hoće li određeni dokaz kojim je prekršeno neko procesno pravilo biti ugrađen u supstrat (osnovicu) za donošenje presude ili će biti izdvojen. S time u vezi Ustavni sud podsjeća da je u središtu rasprave o načelu djelotvornosti zaštite ljudskih prava uvijek pitanje imaju li ustavna i konvencijska prava prednost pred općim ili javnim interesom. Riječ je o vrijednostima koja su po prirodi stvari često međusobno suprotstavljena. Načelno su moguća tri modela rješavanja sukoba među njima. Prvi je model privilegiranja prava prema kojem prava trebaju imati prednost pred javnim ili općim interesom. Drugi je model privilegiranja općeg ili javnog interesa koji treba imati prednost pred pojedinačnim pravima. Treći je model postizanja ravnoteže prema kojem svaku suprotstavljenu vrijednost treba uravnotežiti prema drugoj tako da se ne daje prednost nijednoj od njih sve dok se u cijelosti ne razmotre sva relevantna obilježja konkretnog sukoba. Iako i Ustav i Konvencija u prvom redu prihvaćaju model privilegiranja prava odnosno model postizanja ravnoteže, ovisno o naravi prava o kojem je riječ, pod određenim pretpostavkama ipak dopuštaju da zaštita općeg dobra (opći ili javni interes) prevlada nad pojedinačnim ustavnim i konvencijskim pravima. Iznimka su apsolutno zaštićena nederogabilna prava koja uvijek moraju imati prednost pred bilo kojim drugim pravima ili interesima, i pojedinačnim i općim ili javnim, za što je primjer sadržan u članku 10. stavku 2. točki 1. ZKP-a koji bezuvjetno proglašava nezakonitim svaki dokaz pribavljen kršenjem zabrane mučenja i okrutnog ili nečovječnog postupanja koje pripada kategoriji apsolutno zaštićenih nederogabilnih prava.

Međutim, kad je riječ o relativno zaštićenim nederogabilnim i derogabilnim pravima te o kvalificiranim pravima, u određenim okolnostima ta prava i opći ili javni interesi nisu prima facie jednake varijable koje je moguće vagati radi stvaranja ravnoteže. Mjerila moraju biti podešena u korist općeg ili javnog interesa, što ovisi o okolnostima svakog konkretnog (pojedinačnog) slučaja. Promatrajući u tom svjetlu prava navedena u članku 10. stavku 2. točki 2. ZKP-a razvidno je da gotovo sva pripadaju kategoriji relativno zaštićenih derogabilnih prava ili kategoriji kvalificiranih prava (pravo obrane, pravo na ugled i čast te pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života). S obzirom na pravnu narav tih prava zakonodavac je mogao propisati ovlast suca da u svjetlu osobitih okolnosti konkretnog slučaja »stavi na vagu« jakost i narav njihove povrede, s jedne strane, i težinu kaznenog djela, s druge strane. Zaključiti li sudac da je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela, pri ocjeni (ne)zakonitosti dokaza ovlašten je primijeniti model privilegiranja općeg ili javnog interesa. Takvo je zakonsko rješenje ustavnopravno prihvatljivo, posebno ima li se u vidu da članak 10. stavak 3. ZKP-a ne utječe na obvezu suca da postigne pravednu ravnotežu među sukobljenim pravima i općim ili javnim interesima u svakom konkretnom slučaju u kojem je njihovo međusobno uravnoteživanje moguće. Izuzetak je, prema mišljenju Ustavnog suda, pravo na dostojanstvo kao apsolutno zaštićeno, nederogabilno i nekomparabilno pravo.

- 26 U tom je smislu Vrhovni sud u jednom konkretnom slučaju (VSRH: Kž-Us-6/14.4 od 21.1.1914) primijenio odredbu stavka 3. članka 10. ZKP-a zauzevši stav da «okolnosti konkretnog slučaja, a posebno imajući u vidu interes cjelokupnog hrvatskog društva i prevencije tzv. «trgovine mandatima», opravdavaju da postupanje optuženika bude smatrano teškim kaznenim djelom kod kojeg je interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, time što je snimljen razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno bez optuženikovog znanja i pristanka

i zato što bi jamstva koja se u pogledu dokaza pružaju u kaznenom postupku trebala zbog prirode tog postupka i sankcija koje se u njemu izriču, trebala biti jača nego u parničnom postupku. U tom smislu dokazima pribavljenim na nezakoniti način trebalo bi u parničnom postupku smatrati i dokaze koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja (23. URH; 3. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama iz 1952., NN MU proć. 6/99, 8/99, 1/06, 2/10, EK), koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava na saslušanje (29/1. URH, 6/1. EK; 5., 7/3. itd. ZPP), prava na štovanje i zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (35. URH; v. *infra ad* 5.3.3.), prava na slobodu i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja (36. URH; v. *infra ad* 5.3.4.) te prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka (37. URH, v. *infra ad* 5.3.5.), dokaze koji bi bili pribavljeni (bitnom) povredom odredaba o parničnom postupku koje uređuju njihovo prikupljanje i izvođenje (npr. dokazi koje bi sud pribavio po službenoj dužnosti iako za to ne bi bilo zakonskog uporišta ili dokazi glede kojih su nastupile prekluzije u pogledu njihova iznošenja – v. *infra ad* 6.) kao i druge dokaze za koje se iz njih saznalo ("plodovi otrovne voćke").

Ako bi neki u načelu nezakonito pribavljeni dokaz bio ipak prihvaćen u kaznenom postupku zato što je ocijenjeno da ima razloga koji to opravdavaju *in concreto* (10/2., 3. ZKP), nema razloga zbog kojih on ne bi mogao biti upotrijebljen i u parničnom postupku. S druge strane, suđeno je da bi određeni dokazi, koji sami po sebi nisu nezakoniti, ali koji ipak ne bi mogli biti upotrijebljeni u kaznenom postupku, mogli biti uzeti u obzir u parničnom u granicama propisanim odredbama ZPP-a, pa u tom smislu kako u parničnom postupku ne postoji zabrana korištenja isprava iz predkaznenog postupka u svrhu dokazivanja, nije učinjena povreda postupka time što su u prvostupanjskom postupku bile pregledane službene zabilješke (iz kaznenog postupka).^{27,28}

na takvo snimanje.» Iz navedenih se razloga snimak telefonskog razgovora optuženika i svjedokinje, koji je inače bio izdvojen iz spisa predmeta kao nezakoniti u smislu članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, okvalificiran kao dokaz koji se ne smatra nezakonitim u smislu članka 10. stavka 3. ZKP /08. Naime, u konkretnom je slučaju, zbog njegovih posebnih okolnosti, inače nezakonit dokaz, okvalificiran kao zakonit.

U jednom drugom predmetu (I Kž-Us-31/12-4 od 25. rujna 2012.) VSRH je, međutim, ocijenio da glede dokaza koji je pribavljen povredom zajamčenih prava iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP-a nisu ispunjeni uvjeti da se unatoč tome tako pribavljeni dokazi ne smatra nezakonitim dokazima jer kaznena djela koja se na temelju potvrđene optužnice optuženicima stavljaju na teret, primanje mita u gospodarskom poslovanju i zlouporaba položaja i ovlasti, s obzirom na način počinjenja i zapriječenu kaznu, zapravo ne spadaju u teške oblike kaznenih djela u smislu odredbe čl. 10. st. 3. toč. 2. ZKP-a.

- 27 Odluka VSRH: Revr 25/10-2 od 5. lipnja 2013. Ocijenjeno je, naime, da okolnost da je kaznena prijava zbog kaznenog djela protiv službene dužnosti - zlouporaba položaja i ovlasti protiv tužiteljice bila odbačena nije zapreka da se u parničnom postupku utvrđuje je li tužiteljica zloupotrijebila položaj zaposlenika banke na način kako je to navedeno u odluci o otkazu ugovora o radu i time počinila osobito teške povrede iz radnog odnosa, i to na temelju službenih zabilješki koje je sud zatražio po prijedlogu tuženice, a koje su sačinili djelatnici policije o razgovoru s tužiteljicom, svjedokom i s drugim ispitanim osobama, osobito stoga

Suđeno je²⁹ i da je irelevantno inzistiranje tužitelja u pogledu nezakonitosti video-snimke kao dokaza u slučaju u kojemu je nezakonito postupanje tužitelja, koje je bilo razlogom da mu se izvanredno otkáže ugovor o radu, koje su sudovi utvrdili na temelju iskaza saslušanih svjedoka, koji su suglasni u tome da tužitelj

što tužiteljica i ne tvrdi da je takav postupak pred policijom bio nezakoniti, odnosno da su metode ispitivanja bile nezakonite. Stoga se, po mišljenju Vrhovnog suda, niti tumačenjem čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske u širem smislu, ne radi o dokazima koji su pribavljeni na nezakoniti način. Slično je Vrhovni sud Slovenije (presuda i rješenje broj II Ips 274/2010 od 5.5.2011.) očitovao pravno shvaćanje da sud prvog stupnja upotrijebivši dokaze (službene bilješke) koji su bile izuzeti iz kaznenog spisa nije povrijedio odredbe parničnog postupka niti je posegnuo u bilo koje ustavno zajamčeno ljudsko pravo tuženika, jer zbog različite naravi kaznenog i parničnog postupka u ZPP-u nema pravila o zabranama upotrebe dokaza kakve sadrži ZKP. Svrha je izuzeća obavijesti prikupljenih od osumnjičenika u kaznenom postupku, iako uopće nisu bila bile pribavljene povredom odredaba kaznenog postupka, u osiguranju pravnih jamstava koje ima optuženik u kaznenom postupku jer mu nasuprot stoji država. Isključenjem dokaza u kaznenom postupku također se osiguravaju prava optuženika, a da se istodobno ne zadire u prava nikakva drugog pojedinca. U parničnom postupku stoje jedna nasuprot drugoj dvije jednakovrijedne stranke i ako se ne dopusti upotreba određenog dokaza došlo bi do zadiranja u prava protivne stranke – u njezino ustavno pravo na dokazivanje kao dijela prava na saslušanje u postupku.

- 28 Ovo je stajalište potvrđeno i u praksi Ustavnog suda. Tako je taj sud (odluka broj U-III-4683/2008 od 17. veljače 2011), odlučujući u povodu ustavne tužbe u kojoj je ustvrđeno da obavijesni razgovori s maloljetnim djetetom i saslušanje svjedoka o sadržaju takvih dokaza koji su prema članku 9. ZKP-a nezakoniti u kaznenom postupku trebaju biti nezakoniti i u parničnom postupku, zauzeo stav da takvi dokazi, koji su nezakoniti u kaznenom postupku, nisu nezakoniti i u parničnom postupku. Odgovarajući je stav Ustavni sud zauzeo u nizu odluka i s obzirom na disciplinski postupak, potvrđujući tako posredno i izloženi stav zauzet u pogledu parničnog postupka. Taj je sud, naime, u odluci broj U-III-633/2005 od 11. srpnja 2005. ocijenio da u konkretnom slučaju nije povrijeđena (niti) odredba članka 29. stavka 4. Ustava kojom je propisano da se dokazi pribavljeni na nezakoniti način ne mogu uporabiti u sudskom postupku, jer da, naime, u provedenom disciplinskom postupku nije odlučivano o krivnji za počinjena kaznena djela, a primjena odredbi ZKP-a ovisi o prirodi disciplinskog postupka koji ima za cilj osiguranje urednog i učinkovitog djelovanja službe. Stoga se disciplinski postupak može provesti na temelju službenih zabilješki, koje uz sve druge izvedene dokaze (ispitivanje svjedoka, vještačenje i sl.) služe za utvrđenje je li počinjena određena povreda radne discipline. U odluci broj U-III-4781/2005 od 12. studenoga 2007. (koja se referira na odluke broj U-III-921/2005 od 17. listopada 2007., broj U-III-953/1998 od 4. veljače 2004., U-III-2391/2003 od 24. siječnja 2007., U-III-953/1998 od 4. veljače 2004., U-III-691/2001 od 16. veljače 2005) istaknuto da disciplinski postupak, iako je kazneni postupak *sui generis*, ima i snažne primjese upravnog postupka jer u disciplinskom postupku u pravilu ne dolazi do opasnosti kršenja ljudskih prava u opsegu u kojem je to moguće u kaznenom postupku, a osim toga posljedice disciplinskog postupka bitno su drugačije nego posljedice kaznenog postupka. Stoga je primjena ZKP-a u disciplinskom postupku samo supsidijarna (...), zbog čega se odredbe toga zakona primjenjuju sukladno prirodi disciplinskog postupka, što znači da se ne moraju primjenjivati uvijek, niti se moraju primjenjivati doslovno. S time u vezi zauzet je stav da se to odnosi i na odredbe ZKP-a o isključenju službenih zabilješki policije kao dokaza u kaznenom postupku, u kojemu službene zabilješke policije ne mogu biti dokaz u kaznenom postupku zbog specifičnosti toga postupka, ali da, s obzirom na to da službene bilješke u fazi njihova nastanka nisu nezakonito pribavljeni materijali ni s aspekta potencijalnog budućeg kaznenog postupka ni s aspekta disciplinskog postupka, one postaju nezakoniti dokaz tek ako se koriste u kaznenom

nije poricao počinjene povrede za koje ga tuženik tereti registrirane video-snimkom. Taj je pravni stav potvrdio i Ustavni sud u povodu ustavne tužbe.³⁰

5.3.2. *O nekim stavovima u austrijskoj i njemačkoj doktrini i judikaturi*

U austrijskoj se doktrini, najprije, upozorava da bi trebalo razlikovati dokazna sredstva koja je sud pribavio na nezakoniti (zabranjeni) način od dokaznih sredstava koje su stranke pokušale pribaviti ili pribavile na nezakonit način i upotrijebile ih u postupku. Kad bi bila u pitanju dokazna sredstva koja je sud pribavio na nedopušteni način, bila bi riječ o povredi zabrana metoda dokazivanja. Međutim, kad se radi o dokazima koje su stranke protupravno pribavile,³¹ smatra se da bi trebalo razlikovati više slučajeva. Ako bi stranka, protupravno pribavljajući dokazno sredstvo, povrijedila ugovornu obvezu, odredbu privatnog prava ili dobre

postupku, pa njihovo korištenje u druge (zakonite) svrhe nije zabranjeno. U odluci broj U-III-4798/2010 od 12. lipnja 2014. (ali i u odlukama broj U-III-4941/2010 od 9. listopada 2014., broj U-III-4186/2010 od 9. listopada 2014., broj U-III-3949/2010 od 9. listopada 2014.), Ustavni je sud, razmatrajući prigovore podnositelja u odnosu na dokaze koji su korišteni u postupku i njegove tvrdnje da su neki dokazni prijedlozi bez obrazloženja odbijeni, istaknuo da izvođenje dokaza u disciplinskom postupku čitanjem službenih zabilješki i zapisnika o ispitivanju svjedoka tijekom istražnog postupka ne uzrokuje samo po sebi povredu prava na pravično suđenje, pod uvjetom da je, u konkretnom slučaju, policijskom službeniku protiv kojeg se postupak vodio bilo omogućeno upoznati se sa sadržajem službenih zabilješki i iznijeti svoje primjedbe, uz osiguranu procesnu ravnopravnost u odnosu prema suprotnoj stranci. (...). Pritom je, odgovarajući na navode podnositelja o uporabi nezakonito pribavljenih dokaza u disciplinskom postupku, podsjetio da ZUP omogućuje dokazivanje svim dokaznim sredstvima prikladnim za dokazivanje, pri čemu službena osoba samostalno i po načelu slobodne ocjene dokaza utvrđuje činjenice. Disciplinski je postupak po svojoj prirodi hitan, u upravnim stvarima se postupa što je moguće jednostavnije, bez odgode i uz što manje troškova. U disciplinskom postupku u pravilu ne dolazi do opasnosti kršenja ljudskih prava u opsegu u kojem je to moguće u kaznenom postupku, a i same posljedice disciplinskog postupka bitno su drugačije nego posljedice kaznenog postupka. Disciplinski postupak protiv policijskih službenika je upravni postupak, čija je svrha uredno i učinkovito obavljanje službe, uz zaštitu časti i ugleda policijskih službenika i službe unutarnjih poslova u cjelini te se stoga u disciplinskom postupku primjenjuju i različiti dokazni standardi nego u kaznenom postupku. U vezi s izloženim Ustavni je sud uputio i na to da je u predmetu *Šikić protiv Hrvatske* (presuda, 15. srpnja 2010., zahtjev br. 9143/08, § 53.) ESLJP prihvatio stav Ustavnog suda da postoji "različit standard dokaza koji se traži u stegovnom postupku od onoga koji se traži za osuđujuću odluku u kaznenom postupku". U odluci broj U-IXA-1772/2014 od 6. lipnja 2014., donesenju u povodu stegovnog postupka pred Državnim sudbenim vijećem, Ustavni je sud izrazio i pravno shvaćanje da se podaci pribavljeni u unutarnjem postupku kontrole ažurnosti rada sudaca od strane sudske uprave ne mogu smatrati nezakonitim dokazima u smislu članka 29. stavka 4. Ustava.

29 VSH: Revr-28/03-2 od 15.7.2003.

30 U-III/3138/2003 od 9.3.2006.

31 FASCHING, ZPR, 489., kao primjere tako pribavljenih dokaza navodi slučajeve u kojima je tužitelj ukrao tuženiku ispravu o ugovoru (krađa); ili objavio poslovnu tajnu koju treba kao dokaz; ili muža koji je tajno snimio intimni razgovor svoje supruge tijekom preljuba bez njezina pristanka ili je pritom fotografirao ili načinio filmski snimak i tako pribavljeni materijal predao kao dokaz u parnici radi razvoda.

običaje, ona bi zbog toga odštetno odgovarala, ali sud bi taj dokaz mogao izvesti i upotrijebiti. To bi vrijedilo i u slučaju u kojemu bi protivnik predlagatelj dokaza odbio predati dokazno sredstvo da bi onemogućio dokazivanje, a predlagatelj bi to sredstvo nakon toga protupravno pribavio. Ako bi, međutim, stranka pri pribavljanju dokaznog sredstva povrijedila neki kaznenopravni propis koji bi štiti jezgreno područje ustavno zaštićena temeljna prava ili slobode osobe koja je radnjom pogođena (npr. nanio joj tjelesnu povredu, oteo je, primijenio prisilu nad svjedokom, strankom ili vještakom radi toga da bi ishodio iskaz),³² tada bi takvo dokazno sredstvo bilo nedopušteno i sud ga ne bi smio izvesti.³³ U ostalim slučajevima dokazna sredstva pribavljena na način koji bi imao obilježje kaznenog djela ne bi zbog toga bila nedopuštena, iako bi stranka koja bi ga predložila zbog toga kazneno odgovarala, i to iz ovih razloga: kaznenopravno zaštićeno dobro je već povrijeđeno i uporaba bi dokaznog sredstva s aspekta nastale povrede bila irelevantna; zaštitna svrha kaznenopravne norme je drukčija: ona nije u ograničenju sudskog otkrivanja istine, već je usmjerena na zaštitu određenih pravnih dobara; samo bi one kaznenopravno zabranjene radnje smjele utjecati na građansku parnicu kojima bi se svjesno ugrožavala sučevu dužnost otkrivanja istine, kojima bi se, dakle, svjesno povređivala jamstva istinitosti pravilnosti i objektivnosti suđenja. Tome bi u prilog govorila okolnost da se obnova postupka može tražiti samo u slučajevima u kojima stranke, njihovi zastupnici, svjedoci itd. svjesno krivotvore dokazna sredstva ili daju lažne iskaze ili inače imaju za cilj utjecati na donošenje nepravilne ili nezakonite odluke. Takve zaštitne razloge ne bi trebalo proširiti i na protupravno pribavljanje sadržajno nesumnjivih dokazna sredstva,³⁴ dokaza koji ne bi imali neki od protupravnih ciljeva.

Prema njemačkoj judikaturi, mimo slučajeva u kojima bi bile povrijeđene dokazne zabrane predviđene procesnim zakonom, neko dokazno sredstvo ne bi trebalo diskvalificirati samo zbog toga što bi bilo pribavljeno povredom postupovnopravnih propisa. Neposredni učinak materijalnopravne protupravnosti nekog dokaznog sredstva u procesu postojao bi onda kad bi pribavljanjem dokaza

32 FASCHING, ZPR, 490. RECHBERGER, Fasching.Komm, 577., u vezi s ovim Faschingovim izvodom primjećuje da bi pritom bilo problematično razgraničenje «jezgrenog područja» navedenih osnovnih prava i sloboda. On, međutim, konstatira da prema Faschingu u svakom slučaju treba sankcionirati kao zabranu izvođenja dokazivanja pribavljenje dokaza povredom konvencija o zabrani mučenja.

FASCHING, ZPR, 490., inače smatra da tu ne bi spadala ni povrede tuđeg prava vlasništva budući da sud unatoč postojanja takvih prava može narediti podnošenje dokaznog sredstva i, prema slučaju, i prisilno ga pribaviti. Moglo bi se primijetiti da bi isključenje prava vlasništva iz kruga ustavno zaštićenih dobara imalo svog opravdanja samo u slučajevima u kojima bi sud u skladu sa zakonom bio ovlašten doći do određenog dokaznog sredstva u vlasništvu trećih i primjenom prisilnih mjera, ali ne i u drugim slučajevima.

33 Tako FASCHING, ZPR, 490., pozivajući se i na njemačku doktrinu (ROSENBERG-SCHWAB, 14. izd., 688; ARENS, Zivilprozessrecht, 1988., 4. izd., 203.) i opravdavajući takav svoj stav i potrebom da rat stranaka u parnici mora ostati u okvirima minimalnih ustavnopravnih zaštitnih standarda.

34 Usp. FASCHING, ZPR, 490.

bila povrijeđena ustavnopravno zaštićena temeljna prava stranke, odnosno odgovarajuće odredbe Kaznenog zakonika. Takva bi dokazna sredstva bili tonski snimci učinjeni bez suglasnosti partnera u razgovoru, fotografije koje su snimljene uz povredu općih osobnih prava, iskazivanje o sadržaju neovlašteno pročitano dnevnika, snimak skrivene nadzorne kamere. Savezni je sud ocijenio kao nedopušteno saslušanje unajmljenog doušnika (detektiva) koji je tuženog supružnika protupravno promatrao u njegovom stanu. Savezni ustavni sud ocijenio je protupravnim saslušanje svjedoka koji je čuo telefonski razgovor putem uređaja za glasno slušanje bez znanja drugog sugovornika. Uporabljivost iskaza policijskog službenika koji okrivljenika nije poučio o njegovom pravu da šuti ovisila bi o procjeni interesa u pojedinom slučaju. Izvan toga iz procesnog bi prava proizlazilo bi li i kakvo bi bilo značenje materijalnopravne protupravnosti pribavljanja ili uporabe dokaza.³⁵

Pitanje nezakonitosti metoda pribavljanja dokaznih sredstava treba razlikovati od pitanja izvođenja zabranjenih dokaza, odnosno od pitanja izvođenja na nezakoniti način zakonito pribavljenih dokaza.

5.3.3. Dokazi pribavljeni povredom ustavnog jamstva o štovanju i pravnoj zaštiti osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti

Ustavom je svakome zajamčeno štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (35. URH).³⁶

Prema stajalištu Ustavnog suda pravo na zaštitu ljudskog dostojanstva bilo bi apsolutno, nederogabilno i nekomparabilno i ne bi ga bilo moguće ni ograničavati ni vagati, zbog čega bi pribavljanje dokaza povredom ljudskog dostojanstva činilo taj dokaz nezakonitim i odstupanje od toga pravila ne bi bilo dopušteno.³⁷ Izloženi «apsolutizirani» stav izaziva čitav niz primisli uvjetovanih fluidnošću (nedovoljnom određenošću) samog pojma ljudskog dostojanstva i mogućnošću koincidencije u pojedinim slučajevima toga prava s drugim Ustavom zajamčenim pravima.

Međutim, kad je riječ o dokazima pribavljenim povredom drugih prava čije se štovanje i zaštita jamče člankom 35. URH-a, čini se da bi se oni mogli uzeti u obzir **uz uvjete predviđene zakonom** kad je to potrebno radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja, pri čemu bi svako ograničenje tih slobode i prava moralo biti razmjerno naravi potrebe za

35 Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 617., 618., prema kojima protupravna pribava isprave na predaju koje bi stranka imala pravo ne bi priječila njezinu uporabu. Izvan toga stranka koja bi podnijela protupravno pribavljano dokazno sredstvo povrijedila bi time (iz načela savjesnosti i poštenja izvedeni) nalog poštenog vođenja parnice. Pritom bi trebalo ocjenjivati s jedne strane težinu povrede, a s druge značenje pravne zaštite, pri čemu bi u pravilu prednost trebalo dati zaštiti osobnosti. Ako bi držanje predlagatelja dokaza (prema toj ocjeni) bilo nesavjesno, dokazno se sredstvo u povodu prigovora protivnika ne bi smjelo ni pribaviti niti koristiti.

36 Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života zajamčeno je i stavkom 1. članka 8. EK-a.
37 USRH: U-I-448/2009 od 19.7.2012., NN 91/2012. V. bilj. 23.

ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (16. URH).³⁸ Budući da u ZPP-u nema posebnih odredbi o nezakonitim dokazima i o uvjetima uz koje bi se ti dokazi ipak mogli upotrijebiti u parničnom postupku, bilo bi moguće zauzeti stav da se takvi dokazi ne bi uopće mogli koristiti u tom postupku – odredbe ZKP-a o tome ne bi se mogle primijeniti ni na odgovarajući način. Upravo bi zbog toga, *de lege ferenda*, trebalo odgovarajućom dopunom ZPP-a utvrditi uvjete uz koje bi se opće odredbe članka 16. Ustava o ograničenju Ustavom zajamčenih prava mogle primijeniti i u parničnom postupku.

5.3.4. Dokazi pribavljeni povredom ustavnog jamstva slobode i tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja

Posebnu pažnju među, tzv. nezakonitim dokazima zaslužuju dokazi pribavljeni povredom ustavnog jamstva slobode i tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja (36. URH) i mogućnost njihove uporabe u parničnom postupku, između ostaloga i zato što je u vezi s takvim dokazima formirana i određena judikatura. Tako je u jednom slučaju suđeno³⁹ da se u parničnom postupku ne smije kao dokaz koristiti snimku telefonskog razgovora načinjena bez dopuštenja i znanja sudionika tog razgovora jer su takve snimke protivne odredbi čl. 36. URH-a kojom se propisuje da se jamči sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja te

38 U jednom slučaju, u kojemu je prvostupajski sud, polazeći od toga da su svjedoci kontrolori sporno snimanje izvršili bez znanja i prethodnog upozorenja tužitelja, zauzeo stav da se video zapis smatra dokazom pribavljenim na nezakoniti način koji se u smislu čl. 29. st. 4. Ustava ne može upotrijebiti u sudskom postupku, zbog čega je u konačnici zaključio da se ne može sa sigurnošću utvrditi postojanje navedene povrede radne obveze, revizijski je sud prihvatio shvaćanje drugostupajnskog suda da sporni video zapis nije dokaz pribavljen na nezakoniti način te da provedenim snimanjem nisu povrijeđene odredbe čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske, a da nisu mogle biti povrijeđene ni odredbe Zakona o zaštiti osobnih podataka, koji je osim toga stupio na snagu nakon spornog snimanja. Vrhovni sud je doduše prihvatio stav prvostupajnskog suda da ZPP-a ne sadrže normativnu osnovu o dokazima pribavljenim na nezakoniti način, ali da je ta osnova postavljena u članku 29. stavku 4. URH-a, kojom je propisano da se dokazi pribavljeni na nezakoniti način ne mogu upotrijebiti u sudskom postupku. Ipak, Vrhovni je sud našao da se u konkretnom slučaju sporni video snimak odnosi na snimanje javnog prostora i to dijela autoceste u dužini od oko 150 metara u neposrednoj blizini naplatne kućice gdje je sniman protok motornih vozila, tako da sama osoba radnika koja je u naplatnoj kućici obavljala blagajničke poslove i nije bila vidljiva, zbog čega ne može biti riječ o tome da bi takvim snimanjem u bilo čemu bilo povrijeđeno pravo osobnosti radnika na dostojanstvo i privatnost. Kako, dakle opisanim snimanjem nije došlo do zadiranja u privatnost radnika, a snimanje je bilo u izravnoj vezi s postupanjem u procesu rada te nema baš nikakve karakteristike mobinga ili šikaniranja radnika, po shvaćanju revizijskog suda snimanje nije bilo nedopušteno ni u smislu odredbama Zakona o radu (...), imajući pored rečenog na umu i to da je ono predviđeno i općim aktima tuženika. Zbog toga se tako pribavljen dokaz mogao upotrijebiti u parničnom postupku, a okolnost što radnik prethodno nije upozoren na to da će biti izvršen video nadzor u okolnostima konkretnog slučaja ne čini predmetni video zapis nedopuštenim, odnosno nezakonitim dokazom (VSRH: Revr 1803/09-2, odluka od 15.9.2011.).

39 VSRH: Rev x-35/2009-2 od 18.3.2009.; IO 1/2009.

da je ta sloboda nepovrediva osim kad je to zakonom propisano i kada je to nužno za zaštitu sigurnosti države ili provedbe kaznenog postupka. S obzirom na to da ZPP-om nije propisano da bi uporaba snimki telefonskih razgovora, što je također vrsta međusobnog općenja koje uživa tajnost i zaštitu, bila dopuštena i pod kojim uvjetima, a Ustavom je tajnost i zaštita tih podataka zajamčena, zauzet je stav da sudovi podatke iz transkripata i snimki razgovora koje je tužiteljica snimala bez dopuštenja i znanja tuženika nisu mogli koristiti kao dokaz u parničnom postupku postupku.

Navedeni judikat otvara pitanje je li odredbama članka 36. URH (kojima je propisano da je sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčena i nepovrediva /stavak 1./, ali da se samo zakonom mogu propisati ograničenja nužna za zaštitu sigurnosti države ili provedbu kaznenog postupka /stavak 2./) isključena mogućnost primjene opće odredbe članka 16. URH-a prema kojoj se slobode i prava zajamčena mogu ograničiti samo zakonom i to da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje, pri čemu bi svako ograničenje slobode i prava moralo biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (16. URH). Čini se da bi na postavljeno pitanje trebalo pozitivno odgovoriti, i to stoga što se opće odredbe članka 16. URH-a o mogućnosti ograničenja sloboda i prava ipak ne mogu primijeniti kad su pretpostavke za ograničenje neke slobode posebno uređene, kao što je to slučaj sa slobodom i tajnošću oblika općenja (36. URH). Naime, iz navedenih bi odredaba članka 36. URH-a proizlazilo da bi ograničenja slobode i tajnosti oblika općenja u parničnom postupku morala biti: (1) predviđena zakonom i to (2) samo kad je to nužno za (2.1.) zaštitu sigurnosti države ili (2.2.) provedbu kaznenog postupka, dakle ne i kad bi to bilo potrebno radi zaštite sloboda i prava drugih ljudi te pravnog poretka, javnog morala i zdravlja. Pored toga, kako je to već rečeno, da bi se mogla primijeniti opća odredba članka 16. URH-a o uvjetima uz ispunjenje kojih bi se Ustavom zajamčena prava mogla ograničiti, bilo bi potrebno to predvidjeti zakonom. Budući da u ZPP-u nema odgovarajuće odredbe, ne bi bilo ni zakonske osnove za (uz dodatna ograničenja iz članka 35. URH) primjenu navedene ustavne odredbe.

Ako bi određeni dokaz, koji u načelu prema odredbi članka 35. URH-a ne bi bio dopušten, bio ipak dopušten u konkretnom kaznenom postupku jer bi bilo ocijenjeno da su za to ispunjeni uvjeti propisani tim člankom (10/2. i 3. ZKP), trebalo bi uzeti da bi taj dokaz u tom slučaju trebao biti dopušten i u parničnom postupku koji bi (sadržajno) bio povezan s tim kaznenim postupkom. U suprotnom bi se, npr., pribavljeni snimak telefonskog razgovora bez suglasnosti sugovornika mogao protiv njega koristiti u kaznenom postupku, ali ne i u (incidentalnom ili posebnom) postupku o imovinskopravnom zahtjevu koji bi bio povezan s tim postupkom. U tom bi se smislu rezultati provedbe naloženih mjera nadzora i tehničkog snimanja nad određenim osobama mogli koristiti ne samo u kaznenom već i u koneksnom parničnom postupku, čak i prema osobama u odnosu na koje te

mjere nisu bile određene.⁴⁰

Sloboda i tajnost dopisivanja i drugih oblika općenja bi svakako trebala biti zajamčena (uz Ustavom propisana ograničenja) u odnosu prema trećima, uključujući i državna tijela. Pitanje je, međutim, bi li ona trebala i u kojoj mjeri biti (*de lege ferenda*) zajamčena i u odnosu na osobe koje su izravno sudjelovale u određenom obliku općenja.

U načelu navedeno jamstvo ne bi smjelo spriječiti nekoga da u određenoj pravnoj stvari koristi kao dokaz neko pismo protiv osobe koja mu ga je uputila. Kad je riječ o telefonskom razgovoru, ako bi se prihvatio stav da se u parničnom postupku ne smije kao dokaz koristiti snimak telefonskog razgovora načinjen bez dopuštenja i znanja sudionika toga razgovora jer su takve snimke protivne odredbi čl. 36. URH (v. *supra*), jedan od sudionika u tom razgovoru ne bi smio koristiti njegov snimak kao dokaz ako druga strana ne bi znala da se razgovor snima, ali bi smio (ako bi smio) iznijeti, saslušan kao stranka ili svjedok, ono čega bi se sjećao o tom razgovoru. Treba uzeti da bi smio koristiti i stenogram koji bi sačinio prigodom toga razgovora čak i ako druga strana ne bi znala da to čini, ili bilješke koje bi sačinio nakon njega unatoč tomu što druga strana ne bi za to znala odnosno dopustila da to učini. Takva bi pismena registracija zapravo imala značenje jednostrane pismene registracije izravnog (usmenog) razgovora, dakle razgovora koji bi bio obavljen bez posredovanja elektroničkih medija. Valja očekivati da će daljnji razvitak elektroničkih oblika komunikacije kod kojih će se praktično sve snimati, odnosno kod kojih će postati uobičajeno snimanje, dovesti do promjene

40 U konkretnom slučaju Vrhovni je sud u osporenoj presudi u bitnome naveo da nije u pravu žalitelj kada smatra da se snimljeni razgovori, koje je vodio s drugom osobom ne mogu koristiti kao dokaz u postupku protiv njega jer je nalogom istražnog suca mjera nadzora i tehničkog snimanja određena samo u odnosu na tu osobu. Ustavni je sud (odluka broj U-III-64803/2009 od 17. siječnja 2013.), međutim, našao da su u povodu određene mjere nadzora i tehničkog snimanja razgovora koje mobitelom obavlja druga osoba snimljeni sporni razgovori, zbog čega se i dokazi pribavljeni provođenjem naložene mjere mogu valjano upotrijebiti prema svakoj trećoj osobi koja se zatekla u sferi kriminalne djelatnosti osobe prema kojoj je mjera usmjerena, pod uvjetom da kriminalna aktivnost snimljene osobe ulazi u ostvarenje bića kaznenog djela za koje je mjera naložena, a u konkretnom se slučaju upravo radi o tome. Valja, međutim, upozoriti (na relativno stariji) judikat Ustavnog suda (odluka broj U-III-244/1997 od 17. travnja 1998.) donesen u slučaju u kome nije bilo dvojbeno kako su mjere nadzora tajnosti telefonskih razgovora poduzete prema drugim osobama, a ne prema podnositelju ustavne tužbe protiv kojeg je proveden disciplinski postupak i u odnosu na koga ministar unutarnjih poslova nije odredio nadzor nad telefonskim razgovorima, u kojemu je taj sud zauzeo stav da je u pravu podnositelj ustavne tužbe kada navodi da se radi o tzv. nevaljanom dokazu kojega treba izdvojiti iz spisa i na kojem se ne može temeljiti odluka, jer se saznanja iz prisluškivanja osoba za koje postoji dozvola kontrole telefonskih razgovora, ne mogu i ne smiju koristiti u odnosu na druge osobe i druga djela. Ustavni je sud, naime, utvrdio da su preslušavanjem fonozapisa i čitanjem fonograma i uporabom tih dokaza u postupku, pribavljenih operativnim radom djelatnika SZUP-a u odnosu na druge osobe i druga djela, a ne podnositelja, potonjem na opisani način - iznošenjem osobnih podataka bez njegove privole, povredom tajnosti dopisivanja i svih drugih oblika općenja u području osobnog i obiteljskog života, povrijeđena navedena ustavna prava.

odnosa prema snimcima elektroničke komunikacije, osobito telefonske, neovisno o tome je li druga strana znala ili nije za snimanje. Problematičnom bi ostala situacija u kojoj bi treći neovlašteno snimao ili prisluškivao nečiji razgovor, ali ako bi nešto čuo iz telefonskog razgovora između dviju osoba, makar i jer mu jedan od sudionika u razgovoru pojačavanjem tone to omogućio, ne bi smjelo biti zapreke da se o sadržaju razgovora sasluša kao svjedok. Svakako bi trebalo različito tretirati i slučajeve poslove komunikacije od onih privatnog karaktera. Razumno bi, naime, bilo pretpostaviti da se poslovna telefonska komunikacija snima, to bi trebao biti standardni način registriranja njezina sadržaja. To se svakako ne bi odnosilo na treće koji su neovlašteno snimili ili došli do sadržaja tkave komunikacije.

Ograničenja nametnuta člankom 36. Ustava ne bi bila otklonjena ni u slučajevima u kojima ne bi bilo kaznenog djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja.⁴¹ Naime, tog djela nema ako su radnje kojima se ona mogu počinuti učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe (131/4. KZ), i to stoga što se razlozi za kaznenopravnu ekskulpaciju ne podudaraju s onima koji su prema čl. 36. URH-a predviđeni kao razlozi zbog kojih se može ograničiti sloboda i tajnost oblika općenja.

Snimci učinjeni nakon što bi sugovornik bio obaviješten da se razgovor snima odnosno uz njegovu suglasnost, mogli bi se izvan dvojbe koristiti kao valjan dokaz u parničnom postupku.⁴²

Pri eventualnoj reviziji Ustava trebalo bi preispitati u članku 36. URH-a posebno propisana ograničenja slobode i tajnosti oblika općenja i eventualno ih uskladiti s onima koja omogućavaju opće odredbe članka 16. URH-a.

41 Prema odredbama članka 131. KZ-a, onaj tko neovlašteno zvučno snimi nejavno izgovorene riječi drugoga ili tko posebnim napravama neovlašteno prisluškuje nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene – kaznit će se kaznom zatvora do tri godine /stavak 1./; tom kaznom kaznit će se i onaj tko na navedeni način snimljene riječi uporabi ili učini dostupnim trećoj osobi ili tko prisluškivane takvih riječi doslovce ili u bitnim crtama javno iznese /stavak 2./; službena osoba koja u obavljanju službe ili javne ovlasti počini navedena djela kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina /stavak 3./

42 U tom smislu za kazneni postupak URSH (odluka broj U-III-2713/2004 od 21. rujna 2006.). U konkretnom slučaju do razgovora je došlo na inicijativu I. D., koji je, s obzirom na svoju funkciju, želio upoznati višepozicioniranog djelatnika redarstvenih vlasti s podacima i događanjima na terenu u Gospiću, posebno o nestanku i likvidaciji civilnih osoba, pa je taj razgovor sniman na audio kazetu na prijedlog S. R. i uz suglasnost I. D. Budući da je sporna kazeta snimljena uz suglasnost obaju sugovornika, sudovi su ocijenili da se ona ne može smatrati nezakonitim dokazom u smislu članka 9. stavka 2. ZKP-a, jer ni jednom od sudionika razgovora nisu povrijeđena prava zajamčena Ustavom ili međunarodnim pravom, niti je kazeta pribavljena povredom odredaba kaznenog postupka. Zaključak je sudova da ta kazeta predstavlja dokument koji je podoban da se izvede kao dokaz u kaznenom postupku i podvrgne ocjeni suda kao i svi drugi dokazi koji su od relevantnog utjecaja na donošenje sudske odluke. Ustavni sud nije našao da bi navedeni dokaz u konkretnom slučaju bio nezakoniti. U biti podudarni stav Ustavni sud je zauzeo i u odluci broj U-III-2710/2004 od 21. rujna 2006.

5.3.5. Dokazi pribavljeni povredom prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka

Ustav ne propisuje posebno uvjete uz koje bi se mogla ograničiti prava na sigurnost i tajnost osobnih podataka. Stoga bi za dokaze koji bi bili pribavljeni povredom tih prava trebala vrijediti opća pravila o mogućnosti i uvjetima ograničavanja sloboda i prava iz članka 16. URH-a. *De lege lata*, i za ove bi dokaze stoga u pogledu uvjeta primjene odredba članka 16. URH-a vrijedilo ono što je rečeno za dokaze pribavljene povredom ustavnog jamstva o štovanju i pravnoj zaštiti osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (v. *supra ad* 5.3.3.).

6. DOKAZNE PREKLUIZIJE

Nedopuštenost korištenja odnosno odustanak od pribavljanja dokaznih sredstava može biti i posljedica određenih prekluzija.

Tako je sud u pravilu dužan odustati od izvođenja dokaza ako stranka u roku ne položi predujam za podmirenje troškova (*arg. ex* 153/3.). Tu se, ipak, ne bi radilo o apsolutnoj prekluziji jer bi sud eventualno mogao dopustiti i izvođenje takva dokaza ako bi stranka naknadno uplatila predujam – sudac, naime, nije vezan uz svoje rješenje o izvođenju dokaza (292/6.).

Ako se prema okolnostima može pretpostaviti da se kakav dokaz neće moći izvesti ili da se neće moći izvesti u primjerenom roku ili ako dokaz treba izvesti u inozemstvu, sud je dužan u rješenju o izvođenju dokaza odrediti rok do kojeg će se čekati izvođenje dokaza (226/1.). Kad taj rok protekne, rasprava će se provesti bez obzira na to što određeni dokaz nije izveden (226/2). Sud i u ovom slučaju može izmijeniti svoju odluku o izvođenju dokaza (*arg. ex* 292/6.).

Ne bi bilo dopušteno koristiti se dokaznim sredstvima koja su predložena nakon momenta do kojega su mogla biti predložena u parničnom postupku. U tom su smislu Novelom 2013. unijete izmjene i dopune prema kojima sud neće uzeti u obzir nove dokaze koje su stranke predložile tek na glavnoj raspravi ako ih svojom krivnjom nisu predložile prije zaključenja prethodnog postupka (299/2., 3.), odnosno da u postupku u sporovima male vrijednosti neće uzeti u obzir dokaze koje su stranke predložile tek na pripremnom ročištu ako ih svojom krivnjom nisu predložile već u tužbi odnosno odgovoru na tužbu (461.a/2.-4.). Povreda navedene zabrane bila bi relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka koja bi se očitovala u pogrešnom utvrđenju činjeničnog stanja (*arg. ex* 354/1.).

Iz analognih razloga ne bi bilo dopušteno koristiti se dokaznim sredstvima čije bi se izvođenje odredilo i provelo nakon momenta do kojega je trebalo biti određeno.

7. PROBLEM TZV. INFORMATIVNIH DOKAZA

U hrvatskom parničnom postupku stranke su ovlaštene (i «dužne» – 7/1.) predlagati dokaze radi utvrđenja činjenica na kojima temelje svoje zahtjeve ili kojima pobijaju navode i dokaze protivnika (*arg. ex* 7/1., 106/3., 186/1., 219/1, 274., 284/3, 285/1., 299/1., 424/2.). Nema odredbe na temelju koje bi stranke bile ovlaštene predlagati dokaze radi razjašnjenja činjeničnog stanja, radi toga da bi se saznalo koje bi činjenice trebalo iznijeti radi utemeljenja istaknutih zahtjeva. Stoga se u domaćoj doktrini, bez posebne argumentacije, zastupa stav da nije dopušteno predlaganje dokazivanja u informativne svrhe, da bi se tek na temelju rezultata takva dokazivanja utvrdilo koje bi konkretne činjenice mogle biti relevantne za odlučivanje.⁴³

U starijoj austrijskoj doktrini⁴⁴ i judikaturi zastupao se pretežno stav da bi na području parničnog postupka na kojemu ne vlada istražno načelo predlaganje tzv. istražnih (obavijesnih) dokaza (njem. *Ausforschungsbeweis*, *Erkundungsbeweis*) proturječilo raspravnom načelu i da bi stoga bilo nedopušteno jer da iz odgovarajućih odredaba öZPO-a ne bi proizlazila samo dužnost i teret iznošenje tvrdnji već i dužnost stranaka da ih konkretiziraju, da bi istražno dokazivanje bilo put prema «kriminaliziranju» parničnog postupka.⁴⁵ Neki autori, međutim, iz niza drugih odredaba öZPO-a izvode zaključak da je sudac primarno dužan potpuno i pravilno utvrditi činjenično stanje; da bi često o tome kako bi stranka formulirala i obrazložila svoj prijedlog ovisilo hoće li se dokaz koji je predložila shvatiti kao istražni dokaz. Stoga se smatra da bi potpunu zabranu takvih dokaza trebalo otkloniti, osobito onda kad bi činjenica kao takva bila zapravo ustvrđena, ali ne i dovoljno konkretizirana ili kada bi stranka tvrdnju iznijela «za svaki slučaj» (što bi bilo protivno govorenju istine samo kad bi znala protivno). Istražni dokaz ne bi bio dopušten tek onda kada činjenica koja bi bila povolja za njegova predlagatelja ne bi uopće bila iznijeta, već bi za nju trebalo saznati izvođenjem dokazivanja.⁴⁶ U postupcima u kojima bi vrijedilo istražno načelo i u kojima materijalnu istinu treba utvrditi po službenoj dužnosti, istražni bi dokaz bio dopušten bez ograničenja.⁴⁷

S asepkta hrvatskoga prava trebalo bi zauzeti stav da izvođenje dokazivanja u informativne svrhe - dakle radi toga da bi se, najprije, saznalo kakvo je stanje stvari te da bi tek nakon toga, pošto bi se na temelju rezultata takva prethodnog istraživanja saznalo kakvo je to stanje, iznijele tvrdnje o bitnim činjenicama - u načelu ne bi bilo dopušteno. To bi proturječilo odredbi prema kojoj tužitelj već u tužbi treba istaknuti određeni zahtjev te iznijeti činjenice na kojima ga temelji kao i dokaze kojima bi se one utvrdile (186/1.), odnosno odredbi prema kojoj se tuženik

43 TRIVA-DIKA, GPPP, 501. U tom smislu za važeće slovensko pravo ZOBEC, PP ZK, 2., 353., pozivajući se i na judikaturu slovenskoga Vrhovnog suda.

44 POLLAK, System des österreichischen Zivilprozeßrecht unter Einschlußdes Exkutionsrechtes, 2. izd., 1932., 647.; SPERL, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege, 1925.-1930., 397.

45 Usp. FASCHING, ZPR, 471., HOLZHAMMER, ÖZPR, 128.

46 Usp. FASCHING, ZPR, 471.

47 Usp. FASCHING, ZPR, 471.

u pozivu za podnošenje odgovora na tužbu treba pozvati da već u tom odgovoru iznese sve bitne činjenice i predloži sve dokaze kojima pobija navode i dokaze protivnika (284/3.), ali i drugim odredbama kojima se uređuje mogućnost iznošenja činjenica i predlaganje dokaza tijekom postupka (299/2.-3.; 461.a/2.-4.). Te odredbe uređuju mogućnost iznošenja činjenica radi supstanciranja istaknutih zahtjeva odnosno prigovora te predlaganja dokaza radi potkrepljivanja tih činjenica. Prema njima se dokazi ne bi mogli predlagati radi toga da bi se saznalo koje bi činjenice tek trebalo iznijeti, odnosno kojim bi se dokazima one mogle utvrditi. Iznošenje bi bitnih činjenica već u tužbi bilo nužno radi individualiziranja istaknutog zahtjeva, radi određenja predmeta spora,⁴⁸ a u odgovoru na tužbu radi individualiziranja istaknutih prigovora, ali i radi dopune određenja predmeta spora. Pored toga, u hrvatskom je pravu, u kojemu je Novelom 2003. napuštena odredba prema kojoj je sud bio dužan potpuno i istinito utvrditi sporne činjenice o kojima ovisi osnovanost zahtjeva (prij. 7/1.), istražno načelo, koje je do tada vrijedilo za prikupljanje dokaza, zamijenjeno raspravnim načelom kao određujućim. Zbog toga sud u načelu smije utvrđivati samo činjenice i izvoditi samo dokaze koje su stranke iznijele odnosno predložile (*arg. ex 7/2.*, v. § 4.).

Ipak, neovisno o takvom načelnom pristupu, treba uvažiti pragmatične argumente koji se s aspekta važećeg austrijskoga prava iznose radi opravdanja te mogućnosti. Naime, često će, kako to potvrđuje praksa, o tome kako će stranka formulirati (konkretizirati) svoju činjeničnu tvrdnju te kako će formulirati i obrazložiti svoj dokazni prijedlog, ali i o tome kako će se sudac pripremiti za raspravu, odnosno o tome hoće li i kako reagirati protivna stranka, ovisiti hoće li se odrediti izvođenje dokaza predloženog radi utvrđivanja nedovoljno supstanciranog činjeničnog stanja, dokaza koji će praktično imati ulogu istražnog dokaza. Pored toga, nije moguće spriječiti stranke da iznose («opreza radi», «za svaki slučaj» ili sasvim «napamet», često i šikanozno) tvrdnje o nekim činjenicama te da predlažu dokaze koji će imati za svrhu otkrivanje pravoga činjeničnog stanja. Ograničenje tome svakako predstavlja odredba, unijeta u Zakon Novelom 2013., prema kojoj se na ročištu za glavnu raspravu mogu iznositi nove činjenice samo ako ih stranka bez svoje krivnje nije mogla iznijeti prije zaključenja pripremnog postupka (299/2.). Zbog toga će u praksi biti ponekad vrlo teško razlučiti slučajeve u kojima je stranka, koja je inače savjesno, prema onome što je znala, do zaključenja prethodnog postupka iznijela činjenice i predložila dokaze, i tek na glavnoj raspravi bez svoje krivnje saznala na temelju dokaza koji su na njoj izvedeni za nove činjenice (i dokaze), od slučajeva u kojima je stranka nedovoljno određeno susptancirala činjenično stanje i određeni dokaz predložila upravo zbog toga da bi saznala kakvo je ono zapravo.

Izvođenje dokaza u informativne svrhe nije do kraja strano ni u hrvatskom pravu. Tako je uvidaj moguće odrediti i za razjašnjenje kakvih okolnosti (227/1.).

Kada su u pitanju činjenice koje je ovlašten i dužan utvrđivati po službenoj dužnosti dokazima koje će odrediti po službenoj dužnosti, sudu bi trebalo priznati

48 Usp. DIKA, GPP, VI., § 9/5.

ovlaštenje da, pozivajući se na odredbu da su stranke u postupku dužne govoriti istinu (9.), odredi njihovo saslušanje, ali i izvođenje drugih dokaza u informativne svrhe. U skladu s time je i odredba prema kojoj je sud ovlašten pozvati stranku, koja inače ima punomoćnika, da se pred njime osobno izjasni o činjenicama koje treba utvrditi u parnici (89/1.). Tome u prilog govore i odredbe na kojima se temelji načelo otvorenog pravosuđenja (11/1., 219/2., 288a/2.), koje impliciraju i dužnost stranaka da iznesu odlučne činjenice i predlože dokaze, zapravo da govore istinu.

8. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz prethodno provedene analize bilo bi moguće zaključiti da u hrvatskom parničnom postupovnom pravu institut nedopuštenih dokaza nije na odgovarajući način uređen, odnosno da je razina njegova uređenja svakako ispod one kojom je odgovarajući institut uređen u kaznenom postupovnom pravu. Pri uređenju mjerodavnoga normativnog kompleksa valjalo bi uzeti u obzir ustavne okvire koji su tomu postavljeni i već formirane stavove Ustavnog suda i Vrhovnog suda o problematici nedopuštenih dokaza općenito i u parničnom postupku posebno. Kao koristan uzor u svemu tome moglo poslužiti i uređenje instituta u kaznenom postupku. Pritom će, svakako, biti potrebno, između ostaloga, utvrditi, analogno kao i u kaznenom postupku, zakonske pretpostavke za primjenu načela proporcionalnosti kao kriterija za ograničenje u primjeni određenih Ustavom zajamčenih temeljnih ljudskih prava i sloboda.

Summary

INADMISSIBLE EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE

This paper examines the exclusion of specific means of evidence as instruments for determining the object of evidence, as well as the taking of evidence in the framework of the Croatian civil procedure law. The introduction lays the grounds for classifying and qualifying exclusion of evidence (general, special; absolute, relative; removable, irremovable; direct, indirect), after which greater attention is paid to the so called absolute and relative type; exclusionary evidence of the direct relative type pertaining to the establishing of facts, and evidence dismissals. With regard to the indirect relative type, the paper examines exclusionary evidence concerning the object of evidence. The remainder of the paper focuses on illegally obtained evidence, while outlining the constitutional, statutory, judicature and doctrinaire premises of bearing for such evidence. Subsequently, the question of evidence obtained in violation of the Constitutional guarantee of respect and legal protection of private and family life, dignity, reputation and honour, as well as evidence obtained by breach of the Constitutional guarantee of freedom and secrecy of correspondence and all other forms of communication, and in violation of the right to safety and privacy of personal data, are discussed too. In addition, the paper analyses the institutions of preclusion of evidence and the so called informative evidence. Concluding, the author points to a lacking regulation of inadmissible evidence within the Croatian civil procedure law, underlining the need to determine *de lege ferenda* legal requirements with a view to operationalizing inadmissible evidence within the Croatian civil procedure law.

Keywords: *civil procedure, inadmissible evidence, exclusion of evidence.*

Zusammenfassung

UNZULÄSSIGE BEWEISE IM ZIVILPROZESSVERFAHREN

Die vorliegende Arbeit untersucht Beweisverbote bezüglich bestimmter Beweismittel als gängiger Instrumentarien für die Bestimmung von Beweisgegenständen, sowie Beweiserhebung im kroatischen Zivilverfahrensprozessrecht. Die Einführung schildert die Klassifikation und Qualifikation solcher Verbote (generelle, spezielle; absolute, relative; hebbare, nicht hebbare; unmittelbare, mittelbare). Daran anschließend werden die absoluten und relativen Verbote genauer unter die Lupe genommen, wie auch Verbote aus der Reihe der unmittelbaren relativen Verbote, welche sich auf die Nutzung bestimmter Beweismittel um Tatsachen festzustellen beziehen und die so genannten Beweisverweigerungen; und aus der Reihe der mittelbaren relativen Verbote, nur jene, die den Beweisgegenstand betreffen. Der Akzent wird auf unzulässige Beweise gesetzt. Dabei werden zuerst die für diesen Begriff ausschlaggebenden Prämissen der Verfassung, Gesetze, Judikatur und Rechtslehre erläutert und danach die Problematik der Beweise, welche durch Verstöße gegen die Verfassungsgewährleistung von Beachtung und Rechtsschutz des Privat- und Familienlebens, Würde, Ansehens und Ehre sowie gegen Briefgeheimnis und die Freiheit und Geheimhaltung aller anderen Formen von Kommunikation und personenbezogenen Daten entstehen. Zudem werden die Institute der Beweispräklusion und informativer Beweise analysiert. Schließlich ist zu betonen, dass im kroatischen Zivilverfahrensprozessrecht das Institut unzulässiger Beweise nicht optimal geregelt sei, weswegen gesetzliche Voraussetzungen de lege ferenda für die Operationalisierung dieses Instituts im kroatischen Zivilverfahrensprozessrecht dargestellt werden.

Schlüsselwörter: *Zivilprozessverfahren, unzulässige Beweismittel, Beweisverbote.*

Riassunto

DELLE PROVE INAMMISSIBILI NEL PROCEDIMENTO CIVILE

S'indaga circa i divieti probatori che concernono singoli mezzi di prova, quali strumenti volti all'accertamento di determinati oggetti di prova e quali modalità di esecuzione delle prove nel procedimento civile croato. In via preliminare si pongono le basi per la classificazione e per la qualificazione di siffatti singoli divieti (generali, particolari; assoluti, relativi; removibili, irremovibili; diretti, indiretti). Di seguito si disaminano in particolare modo i c.d. divieti assoluti e relativi; mentre nell'ambito dei divieti relativi diretti, si analizzano quei divieti che si riferiscono all'utilizzo di determinati mezzi di prova volti all'accertamento di fatti certi, quelli cioè che si utilizzano in base alle regole secondo le quali fatti certi possono venire dimostrati soltanto con certi mezzi di prova e le c.d. limitazioni probatorie; mentre alla stregua di divieti relativi indiretti si individuano quelle prove che si ricavano dai divieti che riguardano l'oggetto della prova medesima. Particolare attenzione viene prestata alle prove raccolte in modo inammissibile, tentando all'uopo di individuare prima di tutto le premesse costituzionali, legali, giurisprudenziali e dottrinali per la definizione di detto concetto, onde potere successivamente disaminare la problematica delle prove raccolte in violazione della garanzia costituzionale di rispetto e di tutela giuridica della vita privata e familiare, della dignità, prestigio ed onore; altresì delle prove raccolte in violazione della garanzia costituzionale di libertà e segretezza della corrispondenza e degli altri mezzi di relazione; infine delle prove raccolte in violazione del diritto alla sicurezza ed alla riservatezza dei dati personali. Dette questioni vengono integrate con l'analisi dell'istituto delle preclusioni probatorie e delle c.d. prove di carattere informativo. In conclusione si constata che nel diritto processuale civile croato l'istituto delle prove inammissibili non sia regolato in maniera adeguata, e perciò si sottolinea la necessità di accertare de lege ferenda i presupposti legali per un'adeguata regolamentazione dell'istituto nel diritto processuale civile croato, sottolineando all'uopo come tale obiettivo vada realizzato.

***Parole chiave:** procedimento civile, mezzi di prova inammissibili, divieti probatori.*

FLEKSIGURNOST I (DE)REGULACIJA TRŽIŠTA RADA¹

Dr. sc. Sandra Laleta, docentica
Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat,
red. prof. u trajnom zvanju
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.5
Ur.: 11. ožujka 2016.
Pr.: 24. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Predmet su ovoga rada radni odnosi i tržište rada u kontekstu fleksigurnosti. U radu se analizira novi vladavinski model, soft law, otvorene metode koordinacije, europski socijalni model, inkluzivnost, kategorije koje su neraskidivo vezane uz fleksigurnost, radne odnose i tržište rada. Istražena su njihova obilježja i utjecaj na supranacionalnu regulativu, usporednopravna i hrvatska rješenja. Daje se i raščlamba nekih novih instituta tržišta rada (novi oblici uređenja radnog vremena, agencijski rad, mini-jobs). Poseban dio rada čini istraživanje (de)reguliranja tržišta rada, novih modela zapošljavanja, kao i fleksigurnosti i hrvatskoga tržišta rada de lege lata te se daju prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: *fleksigurnost, tržište rada, radni odnosi, (de)reguliranje tržišta rada, Europska unija, hrvatsko tržište rada, novi oblici zapošljavanja.*

Napredak nije puko popravljavanje prošlosti, on je neprekidno kretanje prema budućnosti. (Kahlil Gibran)

1. UVOD

Predmet istraživanja u ovome radu jesu radni odnosi i tržište rada u kontekstu fleksigurnosti. Glavna pitanja i prijepori kojima se autorice u radu bave, a neraskidivo su povezani s fleksigurnošću i tržištem rada jesu: novi vladavinski model, *soft law*, otvorene metode koordinacije, europski socijalni model, inkluzivnost i tržište rada. To su premise za odgovor na pitanje koje su ranije već postavili

1 Ovaj je rad financirala Hrvatska zaklada za znanost projektom UIP-2014-09-9377 *Fleksigurnost i novi oblici rada (izazovi modernizacije hrvatskog radnog prava)*. (This paper has been fully supported by the Croatian Science Foundation under the Project UIP-2014-09-9377 *Flexicurity and New Forms of Employment (the Challenges Regarding the Modernization of Croatian Labour Law)*.)

Esping-Andersen i Regini u knjizi pod znakovitim naslovom *Zašto deregulirati tržišta rada?*²

Termini uobičajeni u svakodnevnom životu, u političkoj, a i dosadašnjoj pravnoj terminologiji, nakon ekonomske krize 2000-ih godina dobili su dublja i različita značenja, u kontekstu financijskog kapitalizma i sve snažnijeg jačanja neoliberalnih ideja pod utjecajem Svjetske banke i MMF-a.

Različiti gospodarski sustavi, ekonomske politike te pravna kultura država članica zahtijevala je od svake države ponaosob pronaći vlastite putove i moguća rješenja koja bi odgovarala novonastaloj situaciji za koju Europa u cjelini, a niti države članice nisu bile pripravne nakon godina ekonomskog blagostanja i prosperiteta.

Ako analiziramo stratezijske dokumente, zakonodavstvo država članica i supranacionalne akte Europske unije (dalje: EU), tri riječi pojavit će nam se kao ključne: fleksigurnost, tržište rada, (de)reguliranje tržišta rada. Upisivanjem pojma *flexicurity* u Google tražilicu dobiveno je 368.000 rezultata, a upisivanjem pojma *labour market deregulation* dobiveno je 439.000 rezultata (veljača 2016.).

Kao što je s pravom primijetio Lord Wedderburn radno pravo godinama je bilo u sjeni, no danas je ono, kao i socijalni standardi odnosno u širem smislu „socijalno pitanje“ postalo glavno europsko i pravno i političko pitanje.³

Pravnici i ekonomisti našli su se u procjepu. Pravnici s klasičnim pravnim obrazovanjem pokušavaju odgovoriti na nastalu situaciju dobro poznatim klasičnim institutima radnoga prava. Ekonomisti odgovaraju pojmovima učinkovitosti i kompetitivnosti. Složenost istraživanja kojeg provodimo o fleksigurnosti pokazala je da na izazove ne možemo odgovoriti samo institutima radnog prava, nego i rezultatima ekonomskih istraživanja. Ona bi trebala usmjeriti pravnu znanost na predlaganje mogućih rješenja *de lege ferenda* koja neće izazvati socijalne prijepore i tenzije, a istovremeno će biti ekonomski učinkovita i provediva.

Autori kojima je u fokusu istraživanja radno pravo i socijalni standardi moraju ponekad sa žaljenjem konstatirati da gruba ekonomska logika često poništava dosege europskog socijalnog modela i rješenja instituta koji su jamčili dostojanstvo na radu i visoke socijalne standarde.

Jedan od najvećih problema hrvatskoga društva i gospodarstva jest dugotrajna i visoka razina nezaposlenosti pa je traženje putova i načina rješavanja koji će uz to omogućiti kompetitivnost hrvatskoga gospodarstva i na europskom i na svjetskom tržištu jedan od prioriteta. Nadamo se kako je i ovaj rad doprinos u tom pravcu.

2 Esping-Andersen, G., Regini, M. (ur.), *Why Deregulate Labour Markets?*, Oxford, 2000.

3 Lord Wedderburn, K. W., *Labour Law 2008: 40 Years On*, *Industrial Law Journal*, vol. 36, br. 4, 2007.

2. FLEKSIGURNOST

2.1. Općenito o fleksigurnosti

Fleksigurnost predstavlja vodeću službenu politiku EU-a od 2007. godine, kada je Komisija Europske zajednice (sada Unije) usvojila Zelenu knjigu *Moderniziranje radnog prava ususret izazovima 21. stoljeća*.⁴ U dokumentu se posebno naglašava pitanje dereguliranja nacionalnih radnopравnih standarda te odnos standardnog ugovora o radu i atipičnih ugovora o radu jer upravo politički izazovi, tehnički razvoj i globalizacija zahtijevaju nove fleksibilne oblike zapošljavanja (vezano uz radno vrijeme, oblik ugovora o radu i sl.). Fleksigurnost je tako odgovor Komisije na globalizaciju i restrukturiranje poduzeća,⁵ optimalno rješenje koje omogućava fleksibilne oblike rada, s jedne, te sigurnost zaposlenja, s druge strane.

Danas je fleksigurnost dio Lisabonske strategije i revidirane Lisabonske strategije. Snažno je prisutna u drugim dokumentima, kao što su Agenda 2020 EU-a, Europska strategija zapošljavanja, politička inicijativa Agenda za nove kvalifikacije i radna mjesta (danas čine dio Agende 2020) te predstavlja jedan od elementa Euro plus pakta.⁶

Koncept fleksigurnosti djelo je teoretičara koji su tom amalgamu riječi fleksibilnost i sigurnost dali značaj uzajamnog odnosa ili isprepletenosti fleksibilnosti i sigurnosti.⁷ Koncept polazi od temeljne ideje da je moguće postići visoku razinu fleksibilnosti (stroge usklađenosti s tržištem i njegovim potrebama) i sigurnosti zaposlenja (što uključuje zaštitu od djelovanja tržišta).⁸ Takvo stajalište dovodi u

4 European Commission (dalje: EC), Green Paper 'Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century, COM(2006) 708 final, Brussels, 22.11.2006. Europski parlament iznio je o tom dokumentu svoja stajališta u Zaključku, od 11. srpnja 2007., a nakon toga slijedilo je Izvješće izvijestitelja Jaceka Protasiewicza o dokumentu.

5 Takav pristup predmet je i drugih dokumenata, primjerice Europske strategije zapošljavanja te rasprava. Više: Sciarra, S., EU Commission Green Paper 'Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century', *Industrial Law Journal*, vol. 36, 2007., str. 375-376.

6 EC, Agenda 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM(2010) 2020 final, Brussels, 3.3.2010; EC, An Agenda for new skills and jobs: A European contribution towards full employment, Strasbourg, 23.11.2010, COM(2010) 682 final; European Council, Euro Plus Pact, 2011.

7 Wilthagen, T., Flexicurity: A New Paradigm for Labour Market Policy Research? *WZB (Wissenschaftszentrum Berlin) Discussion Paper* FS I 98-202, 1998., Berlin; Wilthagen, T., Tros, F.H., The Concept of „Flexicurity“: A new approach to regulating employment and labour markets, *Transfer; European Review of Labour and Research*, vol. 10, br. 2, 2004.

8 Teorijska definicija fleksigurnosti uključuje različite oblike fleksibilnosti i sigurnosti. S jedne strane, obuhvaća eksternu numeričku (zapošljavanje i otkazivanje), internu numeričku (fleksibilnost radnog vremena), ali također i unutarnju funkcionalnu fleksibilnost (sposobnost brzog prilagođavanja unutarnje organizacije rada promjenama u potražnji za proizvodima) i fleksibilnost plaće. S druge strane, uključuje sigurnost radnog mjesta i sigurnost zaposlenja, kao i sigurnost plaće (sposobnost ostati izvan nesigurnosti plaće ili siromaštva) te sigurnost kombiniranja (sposobnost kombiniranja rada i skrbi ili drugih aktivnosti u privatnom životu ili tzv. ravnotežu rada i života). Muffels, R., Crouch, C., Wilthagen, T., Flexibility and

pitanje vladajuće stajalište neoklasične ekonomske teorije o nužnosti međusobnih ustupaka (*trade-off*) između ovih dvaju polova.

Inspiraciju za razvoj koncepta autori su našli u „čudesnom“ oporavku od ekonomskog mrtvila malih, ali otvorenih ekonomija Danske i Nizozemske (kao i drugih država blagostanja). Nizozemsko čudo temeljilo se, među ostalim, na obnavljanju socijalno-ekonomskih konzultacija i koordinacije na državnoj i granskoj razini. Upravo zato u temeljima fleksigurnosti jest pregovaranje svih dionika, kao i (Luhmannovo) refleksivno pravo; regulativa, pravila koja su utvrđena i mijenjaju se kroz stalnu interakciju i dijalog svih sudionika, njihov *feedback* i praksu.⁹ Je li fleksigurnost čarobni štapić ili (ne)savršeni instrument za rješavanje problema, čiji sadržaj treba stalno utvrđivati i prilagođavati ekonomskim mijenama na tržištu rada?¹⁰

2.2. *Fleksigurnost i novi vladavinski model*

Od usvajanja Ugovora iz Maastrichta razvidno je kako se europska legislativa nije samo oslanjala na klasični *Community method* (koji se sada u literaturi najčešće koristi pod pojmom *Union method*, UCM), nego je težila fleksibilnosti i „soft“ rješenjima.

U rječniku Osnivačkih ugovora koriste se termini „*measures*“ i „*provisions*“ i stvaraju novi, zapravo alternativni instrumenti. Od Ugovora iz Maastrichta može se govoriti o novoj pravnoj kulturi koja će s novim vlastitim instrumentima najviše doći do izražaja u politici zapošljavanja, tržišta rada te socijalnoj politici.

U tom se kontekstu pojavilo pitanje kako upotrijebiti *otvorene metode koordinacije* (dalje: OMK).

Ako se vratimo u bližu prošlost, možemo vidjeti da su se naprijed navedena stremljenja realizirala kroz sljedeće dokumente: *Better Regulation Strategy* (BR), *Commission White Paper on European Governance* (2001.),¹¹ *the Commission's Communication on general principles and minimum standards for consultation of interested parties* (2002.),¹² *the Interinstitutional agreement on better law making* (2003.),¹³ *the Commission Strategy for Growth and Jobs* (2005.)¹⁴ te *Impact Assesment Guidelines* (revidiran 2009.).¹⁵

security: national social models in transitional labour markets, *Transfer*, vol. 10, br. 1, 2014., op. cit., str. 102.

9 Muffels/Crouch/Wilthagen, T., op. cit., str. 101.

10 Bodiroga-Vukobrat, N., Barić, S., Martinović, A., „Reflexive Deliberative Poliarchy“, „Soft Law and „OMC“, u: N. Bodiroga-Vukobrat, Sander, G. G., Barić, S. (ur.), *Die Offene Methode der Koordinierung in der Europäischen Union* (dalje u tekstu: *Die Offene Methode der Koordinierung*), Verlag Dr Kovač, Hamburg, 2010., str. 188.

11 COM (2001) 428 final.

12 COM (2002) 704 final.

13 OJ 2003, C 321/1, the Commission Strategy.

14 COM (2005) 330 final.

15 European Commission Impact Assesment Guidelines, dostupno na: http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/commission_guidelines_en.htm, 5.3.2014.

Kako u svojim istraživanjima ističu Bodiroga-Vukobrat, Barić i Martinović „new mode of governance“,¹⁶ novi vladavinski sustav jest tema kojom su se u Europi najviše bavili politolozi i sociolozi, a pravници puno manje. Autorice naglašavaju važnost višerazinskog vladavinskog modela, koji je djelomično integriran u pravne poretke, uz jamstvo suradnje poluautonomnih političkih i administrativnih institucija. Novi vladavinski model zamišljen je kao koncept, zapravo odnos između sustava vladavine, svih dionika društva i tržišnih procesa kojim bi se mogla restrukturirati ili/i prevladati dihotomija država – tržište.¹⁷

OMK predstavlja cijeli spektar koji vodi k „new governance“,¹⁸ omogućujući niže troškove pri sklapanju ugovora, različitost, jednostavnost, brzinu, participativnost i inkrementalizam.¹⁹ Postavlja se pitanje je li reflektivna deliberativna poliarhija²⁰ opći okvir za otvorene metode koordinacije.²¹

Poliarhija se definira na dva različita načina. Dahl tvrdi „kako se radi o sustavu u kojemu svaka odrasla osoba ima pravo glasa, političkog izražavanja, udruživanja, pristup javnim službama, položajima i različitim izvorima informacija, sustav u kojemu javnu politiku nadziru javni službenici koje građani biraju na slobodnim i pravičnim izborima.“²²

Istovremeno se koncept poliarhije vezuje uz trajnu neravnotežu zbog dodjeljivanja značajnih materijalnih i proceduralnih ovlasti tijelima na nižim (nedržavnim) razinama.²³ Poliarhija ima dvije dimenzije: demokratsku reprezentativnost i decentralizaciju.

Deliberativni oblik demokracije (deliberativnost) označava prilagodbu različitih stajališta zbog izravnog međudjelovanja i racionalne argumentacije sudionika u procesu odlučivanja. Poznato je kako je ideal demokratskoga odlučivanja od najniže prema najvišoj razini sudjelovanje svakoga građanina u donošenju odluka u okviru svakoga podsustava kojemu pripada, čije se odluke na njega odražavaju. Decentralizirana komponenta poliarhijskog odlučivanja ostvaruje se funkcionalnim predstavništvom, zapravo konzultiranjem različitih dionika - predstavnika pojedinih interesnih skupina. Takav se sustav označava kao tek *second best*. Heterarhija, horizontalni i fleksibilni „novi vladavinski model“ ne znači sam

16 Bodiroga-Vukobrat/Barić/Martinović, op. cit., str. 180 i d.

17 Ibid., str. 177.

18 Trubek, D. M., Cottrell, P., Nance, P., „Soft Law“, „Hard Law“, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, *Jean Monnet Working Paper* 02/05, str. 8, dostupno na: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/05/050201.pdf>, 1.2.2015.

19 Trubek/Cottrell/Nance, op. cit., str. 14-16.

20 Smismans, S., Reviewing normative theories on civil society participation. New Mode of Governance Project No. CIT1-CT-2004-506392, dostupno na: <http://www.eu-eu-newgov.org/>, 2.2.2015.

21 Bodiroga-Vukobrat/Barić/Martinović, A., op. cit., str. 177-178.

22 Dahl, R., *Democracy and Its Critics*, New Haven, London, Yale University Press, 1989., str. 221.

23 Gerstenberg, O., Sabel, C. F., *Directly-Deliberative Poliarhija: An Institutional Ideal for Europe?*, u: *Good Governance in Europe's Integrated Market* (ur. C. Joerges, H. Dehousse), Oxford University Press, 2002., str. 292.

po sebi viši stupanj primarne demokratičnosti. Refleksivnost upućuje na nužnost koordinacije i međusobnog razumijevanja funkcionalno diferenciranih skupina unutar društva.

2.3. *Općenito o otvorenim metodama koordinacije (OMK)*

Stvarajući otvorene metode koordinacije kroz naprijed navedene akte EU je promovirao i nastojao postići fleksibiliziranje i deregulaciju koja vodi fleksigurnosti.

Bilo je očito da OMK predstavljaju „a new mode of multi-level governance“, ili kako se u hrvatskoj literaturi najčešće navodi novi *multi-level* oblik vladavine. I samo ime „otvorene“ metode ukazuje na participatornu i inkluzivnu prirodu kako bi bili uključeni svi dionici.

Je li OMK politički instrument, metoda, proces ili strategija, pitanje je koje se često postavlja. U literaturi se najčešće označava kao kombinacija svih ovih elemenata, “kontinuirani politički proces”, “paleta koordinacijskih postupaka” ili “strategija koordiniranja”; “modus vladavine” ili “politički instrument”. Autori Bodiroga-Vukobrat, Barić, Martinović priklanjaju se definiciji da OMK predstavljaju “sakupljanje i reorganizaciju instrumenata i procesa koji potječu iz soft law-a”,²⁴ ali s obnovljenim motivima i inovativnim procedurama smatrajući da OMK tip nadzora nije novina kao što se čini.²⁵

Ovisno o kojem se procesu radi možemo razlikovati više stupnjeva OMK:

- definiranje zajedničkih europskih ciljeva i smjernica u svezi s planiranim rokovima,
- stvaranje kvantitativnih i kvalitativnih indikatora i *benchmarkinga* o identificiranju i *usporedbi* najboljih praksi,
- implementiranje smjernica u nacionalne i regionalne akcijske planove uzimajući u obzir nacionalne i regionalne specifičnosti i različitosti,
- povremeni monitoring, vrednovanje i *peer review*, kako bi se ojačao proces obostranog učenja.²⁶

Kada govorimo o otvorenim metodama koordinacije, koordiniranje se odnosi na politiku koordiniranja, a ne na pravno usklađivanje.

2.4. *Soft law i fleksigurnost*

Kako ističu Wellens i Bochar, u okviru pravno neobvezujuće sfere te uzimajući u obzir prijelaz prema pravno obvezujućoj sferi, pojavila se potreba za novom konceptualnom kategorijom, pod pretpostavkom da se koristi vrlo

24 Citi, M., Rhodes, M., *New Modes of Governance in the EU: Common Objectives versus National Preferences*, *European Governance Papers* No. N-07-01, str. 8.

25 Bodiroga-Vukobrat/Barić/Martinović, op. cit., str. 183.

26 Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, Presidency conclusions, http://europa.eu/european_council/conclusions/index_en.htm, 12.10.2015.

oprezno te uz brojna ograničenja.²⁷ *Soft law* ne služi samo kao sredstvo pojašnjenja normativnih pojava u djelovanju države već je to koncept koji pronalazi razlog postojanja u potrebi da opiše i definira nekonvencionalne instrumente.²⁸ Bothe se ne slaže s izborom termina *soft law*, tvrdeći da se ne radi o pravu (“es handelt sich nicht um law”), nego o normama nepravna karaktera koje sukladno političkom konceptu više ili manje stvaraju izvjesna očekivana ponašanja te u tome smislu²⁹ mogu biti više ili manje *hard* ili *soft*.³⁰

Ponekad se u literaturi učinkovitost uzima kao utjecaj koji akti imaju ne samo na pravnu doktrinu već na politički, ekonomski i socijalni život izvan prava.³¹ Tvrdeći da komunikacije igraju značajnu, “vitalnu” ulogu u učinkovitosti europskoga prava, Snyder analizira njihovu učinkovitost. Prema njegovu mišljenju *soft law* sadrži pravila ponašanja koja u načelu nemaju pravno obvezujuću snagu, ali ipak mogu imati pravni učinak. Ističe da je *soft law* obilježen svojim kvazipravnim karakterom, ali djeluje u sjeni prava (“in the shadow of law”).³²

Zbog toga preporuke, mišljenja, pravila ponašanja mogu biti potencijalni izvor pravne doktrine. Mogu biti i izvor prava što pokazuje praksa Suda EU-a.³³

Valja s pravom ukazati, kao što to čine i drugi autori, na rezultate studije Wellensa i Borcharda,³⁴ koji ističu sljedeće mogućnosti: *soft law* može crpiti svoj sadržaj iz sfere “domaćega zakonodavstva” glede pitanja koje je od interesa za Zajednicu (sada Uniju); *soft law* može stvoriti pravni temelj za djelovanje države u cilju implementiranja pravila ponašanja te kao opće opravdanje odgovarajućeg ponašanja države, tijekom postupka stvaranja *hard law*, *soft law* može davati legitimitet ponašanju; *soft law* može obvezivati same institucije, unoseći karakter *hard law* u unutarnju organizaciju i institucionalni sustav, *soft law* može imati učinak „zaustavljanja“ ponašanja i djelovanja države, iako prag obvezujućih prava i obveza još nije dosegnut; *soft law* se može upotrijebiti kao sredstvo tumačenja *hard law*.³⁵

27 Wellens, K. C., Borchard, M. G., *Soft Law in European Community Law*, *European Law Review*, 1989., br. 14, str. 269.

28 Zapravo zbog objašnjenja određenih pravnih situacija i prava i obveza određenih pravnih subjekata. Loc. cit.

29 Ibid., str. 275. i 276.

30 Bothe, M., “Soft law” in den Europäischen Gemeinschaft, u: *Festschrift für Hans Jürgen Schlochauer*, Berlin, W. de Gruyter, 1981., str. 769.

31 Zanimljivo je da je Snyder analizirao *soft law* kao sredstvo koje primjenjuje Komisija u procesu pregovaranja, “pokoravanja” presudama Europskoga suda. Vidi šire, Snyder, F., *The Effectiveness of European Community Law: Instructions, Processes, Tools and Techniques*, *Newsletter*, November 1997, br. 3., str. 14-22.

32 Snyder ističe: “Iako posebni postupci, oblici i uvjeti objavljivanja mogu povećati vjerovatnost da će “soft law” biti učinkovit, isti elementi stvaraju rizik pretvaranja “soft law” u “hard law”, kad i ako se preispituje pred Europskim sudom. U realiziranju svoga prava nadgledanja prelazi granicu između pregovaranja i zakonodavstva.” Ibid., str. 18 i d.

33 Beveridge, F., Nott, S., *A hard look at soft law*, u: *Law Making in the European Union* (ur. P. Craig, C. Harlow), The Hague, Kluwer Law International, 1998., str. 291.

34 Wellens/Borchard, op. cit., str. 267. i dalje.

35 Ibid., str. 282.

Vrlo često europski se zakonodavac stvarajući *hard law* susretne s problemom u njegovu donošenju, pa posegne za sredstvima *soft law*.

Postoje brojni načini na koje *soft law* može utjecati na ponašanje i imati normativni učinak ili socijalne, političke ili ekonomske posljedice.³⁶ Ovo posebno u sferi politike zapošljavanja i fleksigurnosti te socijalnoga prava i promicanja načela jednakih mogućnosti i jednakog tretmana.

Valja se složiti sa Senden³⁷ i Szyszczak,³⁸ kako UFEU sadrži veći broj odredbi koje izričito daju pravno utemeljenje procesu koordinacije i konvergencije u nacionalnim politikama. To se posebice odnosi na ekonomske politike i politike zapošljavanja. Danas povijesno gledajući *soft law* svoje korijene ima u Europskoj strategiji zapošljavanja.³⁹

2.5. „Stanje fleksigurnosti“

Svaka država članica EU-a danas primjenjuje vlastiti set instituta i politika što rezultira određenim „stanjem fleksigurnosti“. Jednoznačna strategija ili smjer fleksigurnosti za sve zemlje ne postoji. Putokaz mogu biti smjernice (načela) fleksigurnosti koje je predložila Europska komisija.⁴⁰ One se mogu implementirati kroz četiri elementa politike, uzimajući ih kao cjelinu: fleksibilne i pouzdane ugovorne odnose; učinkovitu aktivnu politiku tržišta rada koja treba ojačati sigurnost pri prijelazu s posla na posao; sustavno i odgovorno cjeloživotno obrazovanje; moderne prestacije iz područja socijalne sigurnosti koje trebaju pridonijeti dobroj mobilnosti na tržištu rada. Na ovo se kao nužna pretpostavka za funkcioniranje sustava fleksigurnosti nadovezuje učinkoviti socijalni dijalog i visoka razina kolektivnih radnih odnosa utemeljenih na povjerenju.

Wilthagen je sažeto odredio ciljeve fleksigurnosti: doprinijeti visoko konkurentnoj socijalno tržišnoj ekonomiji kroz mogućnosti zapošljavanja za sve osobe, visoku razinu zaštite i socijalne kohezije (Lisabonski ugovor), unaprijediti

36 EC Recommendation on the protection on the dignity of woman and men at work and the code of practice on measures to combat sexual harassment (1992), OJ No. C 27/1.

37 Senden, L., The OMC and its Paths in the European Regulatory and Constitutional Landscape, u: Die Offene Methode der Koordinierung, op. cit., str. 65.

38 Szyszczak, E., Experimental Governance: The Open Method of Coordination, *European Law Journal*, vol. 12, br. 4, 2006., str. 486 i dalje.

39 Vidi šire: Vinković, M., European Employment Strategy and OMC – New fashion for the old things or mission impossible?, u: Die Offene Methode der Koordinierung, op. cit., str. 135-151.

40 EC, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security, Brussels, 27.6.2007, COM(2007) 359 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52007DC0359>, 20.2.2016. Vidi i: Potočnjak, Ž., *Fleksigurnost radnih odnosa u Hrvatskoj i pravna stečevina Europske unije, Zbornik Susreta pravnika Opatija '13*, Zagreb, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Sveučilišna tiskara, 2013., str. 296-297.

inkluzivna tržišta rada i stvaranje radnih mjesta, boriti se protiv segmentiranosti i nesigurnosti zajamčene plaće, spriječiti strukturnu nezaposlenost i neusklađenosti (također i u smislu vještina) te poboljšati prilagodljivost trgovačkih društava i radnika.⁴¹

Ključno obilježje fleksigurnosti jest razlikovanje između sigurnosti radnog mjesta i sigurnosti zaposlenja. Sigurnost radnog mjesta može se definirati kao ostajanje na istom radnom mjestu kod istog poslodavca u relativno dugom razdoblju (cjeloživotno zaposlenje). Takav pojam zamijenjen je pojmom sigurnosti zaposlenja koji znači sposobnost ostajanja u sigurnom zaposlenju tijekom cijele karijere neke osobe, ali ne nužno na istom radnom mjestu kod istog poslodavca. Moderno je tržište rada dinamično i „prijelazno“, obilježeno promjenama, pa tako i češćim promjenama radnog mjesta i poslodavca, kao i razdobljima kombinacije samozaposlenosti i ovisnog rada neke osobe.⁴² Čini se da je sigurnost radnog mjesta doista stvar prošlosti.⁴³

Model fleksigurnosti predstavlja srednji put između dva pola u širokoj lepezi socijalnih modela, liberalne anglosaksonske varijante, „nekoordiniranog liberalnog modela“ (SAD, UK) te kontinentalne varijante, modela „klasične sigurnosti“, „klasične države blagostanja“ (primjerice, Njemačka, Francuska, Španjolska i Italija). Svaki od njih ima određena obilježja, a možemo ih shvatiti kao „recepte za postizanje visoke razine zaposlenosti i blagostanja“.⁴⁴

3. TRŽIŠTE RADA I PRIJEPORI OKO INKLUZIVNOSTI

3.1. Europski socijalni model i tržište rada

Inkluzivno tržište rada jedan je od šest stupova **europskog socijalnog modela** (dalje: ESM). Ovaj model predstavlja koherentan set nacionalne i EU regulative te instituta, koji su države članice još od Rimskog ugovora i daleke 1956. godine postupno gradile stvarajući zajednička stajališta i načela o socijalnoj politici. Riječ je o socijalnoj dimenziji koja prateći, ali i potičući ekonomski razvoj nedvojbeno predstavlja dušu Unije, te je kao obrazac koriste i druge regije i države svijeta.⁴⁵ ESM je sveobuhvatne naravi jer se njime nastoje obuhvatiti sva važna

41 Wilthagen, T., Flexicurity Practices in the EU – Which Way is Up?, *ReflecT Research Paper*, 12/002, August 2012., str. 1.

42 Muffels/Crouch/Wilthagen, op. cit., str. 101.; Schmid, G., The Future of Employment Relations: Goodbye ‘Flexicurity’ – Welcome Back Transitional Labour Markets?, *AIAS Working Paper 10-106*, Amsterdam, University of Amsterdam, 2010.

43 Lord Wedderburn, K. W., op. cit., str. 397. i d.; Rojot, J., Security of Employment and Employability, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (ur. R. Blanpain), The Hague, Kluwer Law International, 2014., str. 517 i d.

44 Više: Muffels/Crouch/Wilthagen, op. cit., str. 101-108.

45 Vaughan-Whitehead, D., Is Europe Losing Its Soul? The European Social Model in Times of Crisis, str. 9, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-brussels/documents/publication/wcms_236717.pdf, 3.11.2015.

društvena područja i najveći broj ljudi, u čemu se razvojem kroz niz desetljeća i uspjelo. Iako ne postoji neka službena definicija, ESM se može definirati kroz šest glavnih stupova: pored spomenutog inkluzivnog tržišta rada, to su veća prava na radu i bolji uvjeti rada; univerzalni i održivi sustavi socijalne zaštite; jak i učinkoviti socijalni dijalog; javne službe i službe od općeg interesa te socijalna inkluzija i socijalna kohezija.

Inkluzivna tržišta rada jedan su od prioriteta Europske unije, koja je prihvatila kvantitativno određene ciljeve u aktivnoj politici tržišta rada za sve države članice. Države slobodno određuju politiku kojom će postići navedene ciljeve, ali oni moraju biti ostvareni u roku od pet godina. Europsko vijeće svake godine analizira i ocjenjuje nacionalne programe i rezultate. S obzirom na to da ono nema ovlasti prisilne naravi, državama koje ne ispunjavaju zajedničke ciljeve daje javne preporuke. I Lisabonskom su strategijom definirani kao ciljevi *more and better jobs*, više radnih mjesta i bolja radna mjesta, dakle, kvalitativni ciljevi vezani uz tržišta rada. Dimenzija kvalitete radnih mjesta i zapošljavanja zastupljena je u svim dokumentima Europske komisije (dalje: EK) o zapošljavanju te time čini dio europskog socijalnog modela.⁴⁶

Tržište rada trebalo bi omogućiti pravične plaće i životni standard dostojan čovjeka.⁴⁷ Pitanje plaća u djelokrugu je država članica. One danas imaju bilo zakonska pravila o minimalnoj plaći (njih 21 od 28 država članica) ili su pravila o minimalnoj plaći ugovorena kroz kolektivno pregovaranje.⁴⁸

ESP je model koji se stalno mijenja, a promjene su ubrzane posebice u razdoblju gospodarske krize od 2008. godine do danas. Model ima svoje zagovornike, ali i kritičare. Ovi posljednji mogu se pronaći u redovima **neoliberalnih ekonomskih teoretičara** koji vjeruju u sposobnost tržišta da samo odredi optimalne razine plaće i zapošljavanja. Sve promjene radnog zakonodavstva koje sadrže elemente rigidnosti za tržište rada dodatno potiču negativne utjecaje krize na (ne)zaposlenost. Prema njihovu mišljenju, socijalne mjere čiji je cilj zaštititi pojedince od negativnih posljedica nesavršenosti tržišta izravno utječu na povećanje troškova rada te pogoršanje ekonomskih i tržišnih pokazatelja. Osim toga, javni socijalni transferi, kao što su potpore za slučaj nezaposlenosti, ne potiču na rad, već na dobrovoljnu nezaposlenost.⁴⁹

46 The Lisbon Special European Council (March 2000): Towards a Europe of Innovation and Knowledge; Communication to the Spring European Council - Working together for growth and jobs - A new start for the Lisbon Strategy - Communication from President Barroso in agreement with Vice-President Verheugen, COM/2005/0024 final, Brussels, 2.2.2005

47 International Labour Organization, Decent Work Agenda, i Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E, 1.2.2016.

48 Vaughan-Whitehead, D., The European Social Model in times of crisis: An overview, u: The European Social Model in Crisis (Is Europe Losing its Soul?) (ur. D. Vaughan-Whitehead), Cheltenham, Geneva, Edward Elgar, International Labour Office, 2015. (dalje: ESM: An overview), str. 7-8.

49 Vaughan-Whitehead, D., ESM: An overview, str. 12-13. Pet je osnovnih postulata neoliberalizma: vladavina tržišta prepuštena slobodnoj konkurenciji, odnosno „nevidljivoj“

No veći broj teoretičara smatra da socijalne mjere imaju i pozitivne ekonomske učinke. Socijalna zaštita može se promatrati kao čimbenik zapošljavanja jer tražitelju posla pomaže da je u tome učinkovitiji omogućavajući mu da dok traži posao, koji će odgovarati njegovim kvalifikacijama i radnom iskustvu, ne razmišlja o egzistenciji ili da se posveti daljnjem osposobljavanju koje će koristiti ne samo njemu nego i poduzeću i društvu u cjelini (socijalni progres kao „čimbenik produktivnosti“).⁵⁰ Socijalna politika se sve više smatra „čimbenikom proizvodnje“, a njezini instituti bezopasnima po ekonomski rast ili im se daje pozitivna uloga.⁵¹

3.2. Promjene na tržištu rada u uvjetima gospodarske krize

Gospodarska kriza snažno je djelovala na sve stupove europskog socijalnog modela, ponekad dovodeći u pitanje njegovu opstojnost. U prvom razdoblju krize važnu ulogu u smanjivanju društvenih problema uzrokovanih krizom, kao što je gašenje velikoga broja radnih mjesta te rast nezaposlenosti, odigrali su mehanizmi socijalne zaštite. Naknade za slučaj nezaposlenosti i druge socijalne prestacije, uključivši i one iz sustava socijalne skrbi, ublažile su socijalne šokove i smanjile rizik od siromaštva.⁵² S druge strane, neke su zemlje na krizu odgovorile implementacijom određenih instituta, primjerice skraćivanja radnog vremena i profesionalnog osposobljavanja, u čemu su posebno uspješne bile Njemačka, Francuska, Italija te skandinavske zemlje.

U drugome razdoblju, od 2010. godine do danas, situacija se izmijenila te se, među ostalim, postupno smanjuju troškovi namijenjeni za socijalne prestacije. Tržište rada obilježavaju zahtjevi za većom fleksibilnošću. Zakonodavne promjene u državama članicama mogu se grupirati u četiri skupine, a vezane su uz: poticanje fleksibilnih (nestandardnih) oblika rada, otkaz ugovora o radu (pojedinačni te kolektivni viškovi), aktivnu/pasivnu politiku tržišta rada⁵³ te indeksiranje plaća. U

ruci, smanjenje proračuna za socijalne izdatke, deregulacija, povezana s prvom pretpostavkom, kojom se želi smanjiti intervencija države i nadležnih institucija uvijek kada je moguće da ona ugrozi dobit, privatizacija te eliminiranje koncepcije javnog dobra i pretpostavka zajednice s koncepcijom individualne odgovornosti. Martinez, E., Garcia, A., What is Neoliberalism? A Brief Definition for Activists, <http://www.corpwatch.org/article.php?id=376>, 1.6.2015.

50 Vaughan-Whitehead, D., *ESM: An overview*, op. cit., str. 12-13.

51 Auer, P., What's in a Name? The Rise (and Fall?) of Flexicurity, *Journal of Industrial Relations*, vol. 52, br. 3, str. 371-387.

52 Ograničavajući ekonomske učinke krize, djelovanjem na javnu potrošnju ovi mehanizmi imaju učinak automatskih stabilizatora. Statistički podatci pokazuju da su u 2009. godini troškovi socijalne zaštite porasli oko 6 % u EU27. Od 2010. godine troškovi javne potrošnje postupno opadaju, što nije pokazatelj smanjenja potreba već promjene politika javne potrošnje. To ograničava i njihovo stabilizacijsko djelovanje. EC, *Employment and Social Developments in Europe 2014*, Brussels, 2014., str. 72-73.

53 Promjene su obilježile ne samo razdoblje krize od 2008. godine, nego i ono koje joj je prethodilo. Pasivne mjere postupno ustupaju mjesto aktivnim mjerama tržišta rada, s naglaskom na poticanje zapošljavanja, pronalaženje odgovarajućeg radnog mjesta, kvalifikacije te povećanje razine zaposlenosti. Kriza je sve reforme i promjene u politici tržišta rada ubrzala

nastavku rada analiziraju se navedene reforme iz prve dvije skupine.

3.2.1. *Fleksibilni (nestandardni) oblici rada ili zašto deregulirati tržište rada?*

U razdoblju krize primjetno je da države članice EU-a više koriste fleksibilne oblike rada radi stvaranja radnih mjesta.⁵⁴ Ovi oblici rada predstavljaju odstupanje od standardnog radnog odnosa. Pojam **standardnog radnog odnosa** vrlo je teško definirati jer nije jasno koje tipične elemente obuhvaća (primjerice, trajni rad, s punim radnim vremenom) te koji bi od njih trebali biti promijenjeni da bismo mogli govoriti o atipičnom, nestandardnom radu. Polazni, rigidni model u čijem je središtu radnik muškarac koji zarađuje plaću te je odgovoran za obitelj čiji članovi ne rade za plaću, danas je zamijenjen široko prihvaćenim shvaćanjem o novim oblicima rada, koji nisu samo rezultat potreba poslodavaca, već izraz općih trendova i promjene kulture života. Uloga radnog prava stoga ne može biti sprječavanje pojave novih oblika rada koji donose eroziju standardnog radnog odnosa, već razvijanje takvih oblika socijalne zaštite koji će biti usklađeni s novim oblicima zapošljavanja.⁵⁵

Važno je upozoriti na odnos atipičnog rada i prekarnog rada. Atipični automatski ne znači prekarni. Neki oblik atipičnog rada može biti voljni izbor radnika/radnice, kao što je, primjerice, rad s nepunim radnim vremenom, koji im omogućava postizanje ravnoteže poslovnog i obiteljskog života. Obilježje „prekarnosti“ jest višedimenzionalno i heterogeno, te uključuje mješavinu nestabilnosti, nepostojanja zaštite, nesigurnosti i socijalne i ekonomske ranjivosti. Čini se da se prekarno zaposlenje najbolje može opisati terminom „nesigurnost“ (objektivna i subjektivna).⁵⁶

Valja razlikovati stare, „klasične“ fleksibilne oblike rada, kao što su rad na temelju ugovora na određeno vrijeme, rad s nepunim radnim vremenom ili agencijski rad, od **novih oblika zapošljavanja** (*new forms of employment*).⁵⁷ Oni

i ojačala. Trendovi su različiti. U dijelu zemalja smanjeno je financiranje aktivnih mjera, te je dan prioritet pasivnim mjerama tržišta rada. U drugim zemljama, primjerice Francuskoj, Njemačkoj i Švedskoj, nešto manje u Estoniji i Latviji, povećano je financiranje upravo aktivnih mjera. Više Vaughan-Whitehead, D., *ESM: An overview*, op. cit., str. 19-20.

54 Ovo je jedan od trendova u radnom pravu općenito, više: International Labour Office, *Changing Patterns in the World of Work*, International Labour Conference, 95th Session 2006, Report I(C), Geneva, 2006., str. 33 i d., 54.

55 Keller, B., Seifert, H., *Atypische Beschäftigungsverhältnisse: flexibilität, soziale Sicherheit und Prekarität*, *WSI-Mitteilungen*, br. 5, 2006., http://www.boeckler.de/pdf/wsimit_2006_05_Keller.pdf, 2.2.2016.

56 Vidi više: Bodiroga-Vukobrat, Nada, Pošćić, Ana, Martinović, Adrijana, *Precarious Times, Precarious Work: Lessons from Flexicurity*, u: *Contemporary Developments in International Law, Essays in Honour of Budislav Vukas* (ur. R. Wolfrum, M. Seršić, T. M. Šošić), Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2016., str. 406 i d.

57 Njihova obilježja također nisu još uvijek dovoljno analizirana. Ipak, možemo koristiti kategorizaciju koju je izradio Eurofound na temelju provedenog istraživanja, koje je obuhvatilo razdoblje od 2000. godine naovamo. Svi su novi oblici zapošljavanja kategorizirani u devet tipova, vrlo širokog obuhvata: dioba posloprimaca (*employee sharing*), dioba radnog mjesta (*job sharing*), privremeni menadžment (*interim management*), povremeni rad (*casual work*),

se sve više koriste, a još je uvijek nedovoljno istražen njihov utjecaj na stvaranje radnih mjesta, tržište rada i uvjete rada.⁵⁸

U jednom broju zemalja EU-a zakonodavne promjene potaknule su sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme i agencijski rad. U nekim, poput Estonije i Litve, privremeno su liberalizirane pretpostavke za sklapanje i prestanak **ugovora na određeno vrijeme**.⁵⁹ U dijelu zakonodavstava uočavamo značajno produljenje najduljeg razdoblja na koje može biti sklopljen ugovor na određeno vrijeme ili čak uklanjanje zabrane sklapanja uzastopnih ugovora na određeno vrijeme. Tako je u Češkoj, Rumunjskoj i Grčkoj razdoblje produljeno s dvije na tri godine, u Portugalu sa šest na 36 mjeseci.⁶⁰ Istaknimo rješenje iz poljskoga prava u kojem više ne postoje ograničenja lančanih ugovora o radu na određeno vrijeme. U Španjolskoj se privremeno ne primjenjuje odredba o ograničenju razdoblja sklapanja ugovora na najdulje dvije godine za isto radno mjesto u javnom sektoru.⁶¹ Dodajmo ovdje novinu u **hrvatskom Zakonu o radu (2015.)** prema kojoj prvi ugovor na određeno vrijeme nema vremenskog ograničenja sklapanja te se ne traži postojanje objektivnog razloga za njegovo sklapanje (čl. 12.).⁶²

Agencijski rad bilježi rast u svim državama članicama EU-a.⁶³ Vidljiv je trend usklađivanja nacionalnih zakonodavstava s odredbama Direktive 2008/104/

rad temeljen na korištenju informacijsko-komunikacijske tehnologije (*ICT-based mobile work*), rad temeljen na korištenju vaučera (*voucher-based work*), portfolio rad (*portfolio work*), skupno zaposlenje (*crowd employment*), suradničko zapošljavanje (*collaborative employment*). Više: Eurofound, *New forms of employment*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2015., str. 1-2. Da je riječ o vrlo brzim promjenama na tržištu rada, govori i činjenica da su 2010. godine neki od ovih oblika rada nazivani „vrlo atipičnim“ ugovorima (*‘very atypical’ contractual arrangements*). Eurofound, *Flexible forms of work: ‘very atypical’ contractual arrangements*, Dublin, 2010.

58 Eurofound, *New forms of employment*, op. cit., str. 4.

59 Masso, J., Espenberg, K., Mierina, I., *The Baltic States: Convergence with the European Social Model or further liberalization?*, u: *The European Social Model in Crisis (Is Europe Losing its Soul?)* (ur. D. Vaughan-Whitehead), op. cit., str. 66 i d.

60 U Češkoj su moguća tri uzastopna ugovora o na određeno vrijeme, što znači da radnik može biti zaposlen na određeno vrijeme kod istog poslodavca ukupno devet godina, dok u Rumunjskoj uz isto ograničenje u broju uzastopnih ugovora, prvi može trajati najdulje tri godine, a druga dva ugovora po godinu dana svaki (ranije tri sukcesivna ugovora na najduže ukupno dvije godine). Clauwaert, S., Schömann, I., *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, *Working Paper* 2012.04, Brussels, European Trade Union Institute, 2012., str. 11.

61 Vaughan-Whitehead, *ESM: An overview*, op. cit., str. 55-56.

62 Zakon o radu, Narodne novine, 93/2014.

63 Prema Izvješću Međunarodnog udruženja privatnih agencija za zapošljavanje, s podacima iz 2010. godine, u Europi najveći broj agencijskih radnika imaju Ujedinjeno Kraljevstvo, Njemačka i Nizozemska. Od nama susjednih zemalja, Slovenija zapošljava oko 50.000, Italija 197.000, Mađarska 68.000, Austrija oko 66.000 agencijskih radnika. The agency work industry around the world, *Economic Report*, Ciett, <http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Stats/Ciett_econ_report_2012_final.pdf>, str. 12-14., 5.5.2014.

Više o agencijskom radu vidi: Laleta, S., Križanović, A., *Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 36, br. 1, 2015., str. 305-340.

EZ o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje,⁶⁴ pa je nastavljeno smanjenje ili uklanjanje postojećih ograničenja agencijskog rada u skladu s čl. 4. Direktive (primjerice u Grčkoj i Češkoj), dok je načelo jednakog postupanja prema agencijskim radnicima osnaženo u Austriji, Bugarskoj i Irskoj. Slovenija je postavila granicu za njihovo zapošljavanje na najviše 25 % agencijskih radnika u poduzeću,⁶⁵ što ocjenjujemo da je u skladu s privremenom naravi agencijskog rada, kako ga definira Direktiva.⁶⁶

Posebno su važne reforme kojima je olakšan ulazak i izlazak radnika s tržišta rada. Dolazi do daljnje fleksibilizacije otkaza, više *infra* pogl. 3.2.2. Kada je riječ o **probnom radu**, primjetno je produljenje razdoblja na koje se može ugovoriti probni rad, primjerice u Francuskoj, Grčkoj, s dva mjeseca na 12 mjeseci, Rumunjskoj s 30 na 90 dana. U Češkoj je uvedena mogućnost probnog rada menadžera. Osim toga, uz probni rad sada se vežu manje plaće i manja prava za nove radnike.⁶⁷

Rad s nepunim radnim vremenom također je u porastu.⁶⁸ Mnoge su države još 1990-ih uklonile ograničenja rada s nepunim radnim vremenom, a na njegovu incidenciju utjecalo je i načelo jednakog postupanja, u skladu s Direktivom 97/81/EZ o radu s nepunim radnim vremenom. Važna je i uloga socijalnih partnera i kolektivnog pregovaranja, kao što je to u slučaju Nizozemske, gdje je 80-ih i 90-ih godina prošlog stoljeća donesen niz kolektivnih ugovora kojima je radno vrijeme ograničeno kako bi se posao redistribuirao te povećala fleksibilnost rada.⁶⁹ U nekim

64 Direktiva 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. studenoga 2008. o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje SL EU, 05/Sv. 4, 327/9, 280-285 (Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, OJ L327, 9-14.).

65 Zakon o uređenju tržišta rada, Zakon o radnim odnosima.

66 Nju je istaknuo nezavisni odvjetnik u predmetu *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijälitito AKT ry v. Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy* (C-533/13) pred Europskim sudom. Više: Laleta/Križanović, op. cit., str. 28 i d. No, nažalost u svojoj odluci od 17. ožujka 2015. godine Sud se nije dotaknuo ovog pitanja ostavljajući tako otvorenu mogućnost obilatog korištenja agencijskog rada i za poslove trajne naravi u poduzeću korisniku.

67 Vaughan-Whitehead, D., ESM: An overview, op. cit., str. 19, 56.

68 U 2012. godini nepuno radno vrijeme u EU iznosilo je 19.8%. Od 2013. do 2014. godine zadržava se na 20.6 %. U 2014. udio radnika zaposlenih s nepunim radnim vremenom bio je najviši u Nizozemskoj (52.4 %), slijede Njemačka (28.3 %), Austrija (27.7 %), Danska (26.3%) te Ujedinjeno Kraljevstvo i Švedska (obje s 26.2 %). Najnižu razinu bilježi Rumunjska (0.7 %), Bugarska (2.1 %), Hrvatska (3.0 %), Slovačka (5.7 %) i Latvija (5.9 %). Dvije države članice EFTA-e, Švicarska (37.4 %) i Norveška (26.5 %), također imaju relativno visok udio radnika koji rade u nepunom radnom vremenu. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Labour_market_and_Labour_force_survey_%28LFS%29_statistics, 25.9.2015.

69 Postoji čitav niz čimbenika koji utječu na korištenje rada s nepunim radnim vremenom, a jedan od njih jest opseg i oblici sudjelovanja žena na tržištu rada, na koje snažno utječe regulativa skrbi o djeci, porezna regulativa, doprinosi za socijalno osiguranje, plaće i drugo. Kada je riječ o potražnji za takvim oblikom rada jedan od ključnih čimbenika jest širenje uslužnog sektora u mnogim zemljama. Najčešće je takav rad slabo plaćen, što utječe na intenzitet korištenja radne snage i pritisak kompetitivnosti, zamjenjivost radnika koji rade na radnim mjestima za koje se traže niske kvalifikacije, slabiju sindikalnu organiziranost takvih

zakonodavstvima pod utjecajem krize uvedena je konverzija ugovora o radu s punim u ugovore s nepunim radnim vremenom, primjerice u Grčkoj, Italiji i Francuskoj, što je dovelo do porasta nedobrovoljnih ugovora s nepunim radnim vremenom.

Tržišta rada država članica EU-a obilježili su i novi oblici zapošljavanja. Izdvojiti ćemo porast broja „nula-sati“ (*zero-hours*) ugovora o radu⁷⁰ u Ujedinjenom Kraljevstvu, kao i nove ugovore o radu za mlađe radnike, čija su obilježja niža plaća i manja sigurnost radnog mjesta (Grčka i Španjolska), a u Španjolskoj i za nekvalificirane radnike. U Sloveniji su novina posebni ugovori s umirovljenicima, koji mogu raditi najdulje 60 sati mjesečno.⁷¹

3.2.2. *Otkaz ugovora o radu (individualni otkazi i kolektivni viškovi)*

Mnoge reforme nacionalnih zakonodavstava bile su usmjerene povećanju zapošljavanja kroz daljnju fleksibilizaciju **otkazivanja** ugovora o radu od strane poslodavca, u kombinaciji s jednostavnijim administrativnim postupkom zapošljavanja novih radnika.

U otkaznom pravu vidljiv je tako, s jedne strane, trend liberalizacije **postupka otkazivanja**, što se odnosi i na pojedinačne otkaze i kolektivne viškove (primjerice u zakonodavstvima Grčke, Italije, Portugala, Slovenije). S druge strane, dolazi do promjena kod utvrđivanja kriterija opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu, što zabrinjava.⁷² Uz to, nastavljen je trend skraćivanja otkaznih rokova te smanjenja

radnika. Arrowsmith, J., *Working Time in Europe*, u: *The Transformation of Employment Relations in Europe (Institutions and Outcomes in the Age of Globalization)* (ur. J. Arrowsmith, V. Pulignano), New York, London, Routledge, 2013., str. 118-119.

70 Riječ je o ugovorima ili sporazumima kojima se poslodavac obvezuje platiti radniku rad koji je ovaj za njega obavio, ali mu se ne obvezuje osigurati određeni broj sati rada dnevno, tjedno ili mjesečno. Na tržištu UK iznosi svega od 2 do 3 %, ali se broj takvih ugovora povećava. Istraživanja pokazuju da je ova vrsta rada povezana s plaćom nižom od prosječne i visokim stupnjem prekarnosti. U usporedbi sa „standardnim“ radnicima, samo 9 % ovih radnika su članovi sindikata (ovih prvih je 23 %). Više: Deakin, S., *New forms of employment: Implications for EU-law – The law as it stands*, u: *New Forms of Employment and EU Law (Seminar Report)*, 7th Annual Legal Seminar European Labour Law Network, 27+28 November 2014, str. 63. http://www.labourlawnetwork.eu/events/annual_legal_seminar/prm/205/0/index.html, 4.2.2016.

71 Zakon o uredjenju tržišta rada, Uradni list Republike Slovenije, 21/13. Usp. rješenje iz hrvatskoga Zakona o mirovinskom osiguranju.

72 Kršenje postupovnih pravila pri otkazivanju ugovora više ne dovodi do ništetnosti otkaza, uz koju se vezuje obveza vraćanja radnika na rad. Otkaz kod kojeg je poslodavac prekršio pravila postupka smatra se nezakonitim, ali je kao posljedica (sankcija) propisana jedino obveza poslodavca da radniku isplati naknadu koja zamjenjuje obvezu vraćanja radnika na rad. Kada je riječ o opravdanim razlozima za otkaz, u portugalskom je pravu, primjerice, uvedena nova vrsta otkaza, otkaz zbog neprilagodljivosti radnika (*despedimento por inadaptação*, čl. 374. i d. Zakonika o radu). Pojam „neprilagodljivosti“ radnika sličan je pojmu nesposobnosti radnika. Za španjolsko zakonodavstvo specifična je novina preciznije određenje opravdanog razloga za ekonomski otkaz, kako bi se postigla pravna sigurnost, ali i izbjegnuli sudski sporovi o (ne)zakonitosti otkaza. Vidi: Laleta, S., *Jedinstveni ugovor o radu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34, br. 1, 2013., str. 167.

otpremnina. Brojne su novine i kod pravila o kolektivnim viškovima: od značajnog skraćanja otkaznih rokova ili vremena savjetovanja s radničkim predstavnicima; ukidanja obveze traženja odobrenja javne vlasti (Estonija); ukidanja obveze malih poslodavaca da se pridržavaju određenog postupka (Španjolska, Rumunjska, Slovačka); ograničenja obveze ponovnog zapošljavanja radnika koji su dobili otkaz (Estonija) odnosno skraćivanja razdoblja važenja ove obveze (Španjolska, Italija, Rumunjska, s devet mjeseci na samo 45 dana). Pored navedenih reformi koje su snažno obilježene znakom fleksibilnosti, u nekim zakonodavstvima nalazimo kombinaciju mjera fleksibilnosti i sigurnosti. U belgijskom je zakonodavstvu tako ojačana zaštita starijih radnika od otkaza uvođenjem dobne piramide, dok se radnicima koji su postali višak pri restrukturiranju poduzeća nudi novo radno mjesto kod drugog poslodavca (*outplacement*). Poljska je uvela, tzv. „dopust zbog neaktivnosti“ u trajanju od šest mjeseci kao alternativu otkazu u slučaju kolektivnog viška radnika.⁷³

4. DEREGULACIJA TRŽIŠTA RADA

Deregulacija tržišta rada usmjerena je na zakonsku regulativu za koju se smatra da sprječava fleksibilnost i dinamičnost tržišta rada. Pritom se upravo koncept fleksibilizacije često koristi kako bi se opravdala deregulacija.

Deregulaciju tržišta rada možemo definirati kao politiku koju na globalnoj razini promiču glavne institucije za ekonomski monitoring, primjerice OECD, MMF i Svjetska banka. Njihovo stajalište, vrlo blisko neoliberalnom shvaćanju,⁷⁴ jest da tržište rada optimalno djeluje samo ako nije opterećeno otkaznim zakonodavstvom, uređivanjem plaća putem kolektivnog pregovaranja i regulativom radnog vremena. Uz potporu poslodavaca na čije je interese usmjerena, ova se politika nudi kao jedino uspješno rješenje za novo „svjetsko društvo“ (*world society*).⁷⁵ Suprotstavljaju mu

73 Vaughan-Whitehead, D., *ESM: An overview*, op. cit., str. 55-56.

74 Predstavnicima konzervativne neoliberalne ekonomije žestoko kritiziraju radno pravo tvrdeći da je moguće i poželjno njegovo ukidanje te povratak tržišnom poretku koji je uređen isključivo privatnopravnim normama. Radno pravo u sukobu je s tržišnim mehanizmima i proizvodi nepravdu u obliku novih privilegija, zapreka mobilnosti i ugrožavanja aktivnosti. S druge strane, i liberalno lijevi tvrde da radno zakonodavstvo i zakonodavstvo o zapošljavanju privilegira posloprimce i poslodavce u standardnim radnim odnosima, ostavljajući bez zaštite veliki dio populacije radnika. Takav „dualizam“ radnih odnosa ocjenjuje se zastarjelim u „svijetu rada nakon globalizacije“ pa radno pravo treba biti ukinuto te postati dio *common law*, pokriveno ugovornim ili deliktним pravom (*tort law*), odnosno reformirano. Rogowski, R., *Reflexive Labour Law in the World Society*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2013., str. vi.

75 Teorija Niklasa Luhmanna o svjetskom društvu, kao „jednom svijetu za jedan sustav“. Riječ je o radikalnom stajalištu prema kojem nema razlike između društva i svjetskog društva. Postoji samo jedno društvo na zemlji i zato se ne može govoriti o nacionalnim društvima u množini. Njega čini jedan globalni sustav u kojemu barem konceptualno države nemaju značenje. Paradoksalni je utjecaj globalizacije na nacionalne političke i pravne sustave takav da su nacionalno pravo i politika u isto vrijeme oslabljeni i ojačani. Luhmann, N.,

se sindikati i dijelom Međunarodna organizacija rada.⁷⁶

Ideja deregulacije povijesno se vezuje uz sindikate odnosno pravo na slobodno kolektivno pregovaranje, kao izvor uređivanja radnih odnosa odnosno oblik deregulacije.⁷⁷ No prema mišljenju Lorda Wedderburna ova je ideja u postindustrijskom društvu jako potkopana. U opasnosti su ne samo veća mobilnost na tržištu rada koja se danas smatra čimbenikom ekonomskog rasta, uz monetarnu i fiskalnu politiku kao pretpostavke rasta zaposlenosti i konkurentnosti, već i sama demokracija u proširenoj Europi. Ona može biti ugrožena ako se ne razviju **novi oblici solidarnog predstavljanja interesa**, kroz koje će se ogledati ne samo promijenjene potrebe radnika i poslodavaca kao kolektivnih partnera, nego i nezaposlenih osoba.⁷⁸

Moderno tržište rada obilježeno je različitim trendovima. Pozitivnim trendom, koji zahtijeva promjene na tržištu, smatra se sve veće sudjelovanje žena na tržištu rada od 1980-ih godina dosad kao i individualizacija, koja je rezultirala sve većom raznolikošću potreba, odnosno potrošnje i stila života. Negativni fenomen jest socijalna isključenost, rastući broj nezaposlenih i siromašnih osoba, koji ne sudjeluju punopravno u društvenom životu te čiji interesi nisu u potpunosti predstavljeni u politici niti su primjereno pravno priznati, kao i nejednakost distribucije prihoda u svjetskom, informatičkom društvu koje postajemo sve više svjesni.⁷⁹

Zastupnici teorije refleksivnog radnog prava smatraju da je potrebno preispitati korištenje regulatornih instrumenata kojima se određene skupine ili zemlje isključuju iz pristupa globalnom bogatstvu (protekcionizam). Na tržištu rada, posebice onom europskom, od 1950-ih godina započeo je **proces negativne integracije**, odnosno deregulacije brisanjem nacionalnih granica radi mobilnosti radnika koji je, čini se, nepovratan. Uspješna (refleksivna) deregulacija, prema njihovu stajalištu, temelji se na slobodnom kolektivnom pregovaranju te, među ostalim, daljnjoj delegaciji zakonodavnih ovlasti radi poboljšanja regulatorne učinkovitosti kroz autonomnu regulativu (*self-regulation*).⁸⁰

Globalization or World Society? How to conceive of modern society, *International Review of Sociology*, vol. 7, br. 1, 1997., str. 67-79.

76 Rogowski, R., op. cit., str. 138.

77 U uvjetima složene mašinerije moderne ekonomije državne norme nisu dostatne, već svoje zakonodavne ovlasti država mora prenijeti na određene društvene grupe kako bi stvorile one pravo koje najbolje odgovara njihovim potrebama i okolnostima, koje se stalno mijenjaju. Sinzheimer, H., *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, u: H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden*, 1., Frankfurt am Main, Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976. [1. izd. 1916.], cit. prema Rogowski, R., op. cit., str. 138.

78 Lord Wedderburn et al., *Labour Law in the Post-Industrial Era*, Aldershot, Dartmouth, 1994., cit. prema Rogowski, R., op. cit., str. 138-139.

79 Ibid., str. 139.

80 Rogowski, R., op. cit., str. 140.

5. NJEMAČKI „NOVI MODEL ZAPOŠLJAVANJA“

Njemački „model“ zapošljavanja u posljednje vrijeme ponovno privlači pažnju. Nakon dugog razdoblja negativnih pokazatelja ponovno odolijeva velikoj ekonomskoj krizi, uz pad stopa nezaposlenosti i rekordno visoku razinu novoootvorenih radnih mjesta.⁸¹ Stopom zaposlenosti Njemačka staje uz bok poslovično uspješnoj Danskoj, Švedskoj i Nizozemskoj. Umjesto trome države koja slabo stvara nova radna mjesta u kontekstu tipične *welfare without work* situacije, Njemačka se danas smatra *benchmark* državom u kontinuiranom rastu zapošljavanja. Uz to je važno naglasiti da se novo zapošljavanje ne temelji samo na otvaranju „loših radnih mjesta“ na margini tržišta rada njegovom deregulacijom, već i velikom broju „dobrih radnih mjesta“, vezanih posebice uz kvalificirana zanimanja u uslužnom sektoru. U literaturi se ističe kako se ovakvi rezultati nisu dogodili preko noći, već kroz dulje razdoblje kumuliranih strukturnih i institucionalnih promjena, „uravnoteženja“, uz „revitaliziranje nekih njemačkih tradicionalnih snaga i dodavanje nekih novih elemenata“. Ono što je upečatljivo jest činjenica da su ta uravnoteženja u najvećoj mjeri nestrateska i kratkoročna, da ne počivaju na sustavnoj ekonomskoj koordinaciji, već na malim koracima u sferi kadrovskih politika poslodavca, kolektivnog pregovaranja i javnih politika tržišta rada i regulative te da se takav razvoj mora tumačiti samo ozbiljnim razmatranjem uzajamnog djelovanja tih različitih razina.⁸²

Kada je riječ o deregulaciji njemačkog tržišta rada najznačajnija reforma bila je, tzv. Hartzova reforma 2002. godine. Riječ je o programu značajnog smanjenja troškova rada koji je stvaranjem širokog sektora slabo plaćenih radnika ojačao kompetitivnost njemačkog gospodarstva na svjetskom tržištu. Sindikati su takvom programu dali podršku. Iako je rezultirao velikim strukturnim promjenama u ekonomiji, doveo je do potkopavanja tradicionalnog njemačkoga modela blagostanja temeljenog na korporativizmu, značajnog snižavanja razine plaća te stvaranja ogromne skupine siromašnih radnika.⁸³ Programom je promijenjena dotadašnja paradigma tržišta rada u cilju „zapošljavanja pod svaku cijenu“. Reforma se, naime, temeljila na ideji „mrkve i batine“, odnosno politike tržišta rada koja je nezaposlenima trebala dati posao kombinirajući pozitivne poticaje i snažne sankcije. Naknade za nezaposlene značajno su ograničene, dereguliran je agencijski rad i *mini-jobs* zapošljavanje.⁸⁴ No učinci Hartzove reforme su dvojbeni.

81 Rinne, U., Zimmermann, K. F., Another economic miracle? The German labour market and the great recession, *IZA Journal of Labor Policy*, vol. 1, br. 3, 2012., str. 10. <http://izajolp.springeropen.com/articles/10.1186/2193-9004-1-3>, 8.1.2016.

82 Eichhorst, W., The Unexpected Appearance of a New German Model, *British Journal of Industrial Relations*, vol. 53, br. 1, 2015., str. 51.

83 Eurofound, Working Poor in Europe – Germany. European Working Conditions Observatory (EWCO), <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/studies/tn0910026s/de0910029q.htm>, 15.1.2016.

84 Time je napuštena dotadašnja filozofija tržišta rada koja se temeljila na investiranju u daljnje osposobljavanje nezaposlenih osoba, koje se nisu prisiljavale na prihvaćanje slabo plaćenih

Do danas nema sigurnih pokazatelja o ostvarenju temeljnog cilja reforme, a to je unaprjeđenje zapošljavanja radnika.⁸⁵ Ipak, usporedno s trendom deregulacije, vodila se značajna rasprava o jačanju temeljnih prava radnika, primjerice unošenjem u radno pravo ustavnih prava na zaštitu sfere privatnog života. Ovo posljednje uključuje pravo na pristup osobnim dosjeima radnika, pravno uređenje pristupa podacima na računalima u posjedu poslodavca, javne službe za zapošljavanje kao i antidiskriminacijsko pravo.

U literaturi se ističe kako je njemačka pravna regulativa široka i opsežna pa bi i zahtjevi za deregulacijom trebali biti snažni. No usprkos tome, vidljivo je da deregulatorne mjere imaju ograničeni doseg te su prilagođene postojećoj temeljnoj strukturi radnoga prava. Jedno od objašnjenja leži upravo u jakoj autonomiji radnoga prava te, posljedično, izmijenjenom tradicionalnom odnosu između prava i politike. Radno pravo više nije subordinirana sfera s isključivo izvršnim ovlastima. Sadržaj reformi radnoga prava u velikoj je mjeri oblikovan pod utjecajem sudske prakse, kolektivnih ugovora i pravne teorije.⁸⁶

5.1. Restrukturiranje tržišta rada

Njemačko tržište rada obično se uzima kao primjer modela fleksibilnosti koji se temelji na internoj numeričkoj i funkcionalnoj fleksibilnosti te maloj eksternoj fleksibilnosti i fleksibilnosti plaće i to zbog vrlo razvijenog sustava profesionalnog osposobljavanja i regulative radnog vremena.

Promatrano iz perspektive pojedinih sektora slika je drugačija. **Industrija**, i to u najvećoj mjeri ona izvezno orijentirana, smatra se temeljnim stupom njemačke ekonomije, iako podatci govore da je u njoj zaposlena tek jedna četvrtina njemačkih radnika. Ovaj dobro organizirani segment tržišta rada predstavlja srž novoga njemačkog modela zapošljavanja zbog snage socijalnih partnera, kolektivnog pregovaranja i profesionalnog osposobljavanja, kao i jakog interesa države vezano uz kompetitivnost, plaće i uvjete rada u industriji. Kolektivno pregovaranje u industriji utječe na uređenje plaća u drugim sektorima, a organizacije poslodavaca i sindikati u industriji na slabije organizacije u drugim sektorima. Modernizacija njemačkog industrijskog sektora rezultirala je značajnim promjenama u odnosu između stalne radne snage kod poslodavca i tzv. „marginalnih“ radnika.

poslova, novčanim potporama za nezaposlene osobe (čak i dugotrajno nezaposlene), koje su bile *means tested* i čija je visina ovisila o ranije ostvarenoj plaći nezaposlenog i slabom poticanju atipičnih oblika rada kako bi se zaštitili radnici. Bosch, G., *The German welfare state: From an inclusive to an exclusive Bismarckian model*, u: *The European Social Model in Crisis (Is Europe Losing its Soul?)*, op. cit., str. 184.

85 Hartzova reforma imala je učinak dumpinga na kretanje plaća, prije svega u uslužnom sektoru te je snizila domaću potražnju, a imala vrlo mali učinak na izveznu ekonomiju. Više: Bosch, G., op. cit., str. 187-190.

86 Blanke, T., *Autonomisation of Labour Law through Judicial Interpretation*, u: *Reflexive Labour Law – Studies in Industrial Relations and Employment Regulation* (ur. R. Rogowski, T. Wilthagen), Deventer, Kluwer, 1994., str. 207-224., cit. prema Rogowski, R., op. cit., str. 155-156.

Promjene u industrijskom sektoru, s metaloprerađivačkom industrijom na čelu, započete još 80-ih i 90-ih godina prošlog stoljeća, obuhvaćaju povećanje fleksibilnosti radnog vremena i plaće i to kroz fleksibilnost na razini poduzeća. Kolektivno pregovaranje na razini poduzeća te suradnja između menadžmenta i radničkih vijeća jača posebice 1990-ih.⁸⁷ Sektorski socijalni partneri izgubili su snagu opadanjem broja članova te pojavom nereprezentativnih sindikata. S druge strane, sve veću važnost dobiva **podugovaranje** odnosno *outsourcing*, ne samo u nacionalnim, nego i globalnim okvirima.⁸⁸ Može se reći da se restrukturiranje industrije događalo manje pod utjecajem zakonodavnih promjena i javnih politika, a više zbog decentraliziranog kolektivnog pregovaranja, osobito na razini poduzeća. Kombinacija *outsourcinga*, dugoročnog ograničenja rasta plaća i veće interne fleksibilnosti omogućila je stalnim radnicima zadržavanje radnih mjesta uz relativno povoljne uvjete rada. Poslodavcima je omogućila da su ponovno kompetitivni jer se, među ostalim, mogu osloniti na stabilnu i motiviranu stalnu radnu snagu sa specifičnim kvalifikacijama.⁸⁹

Važnost ponovno dobivaju neki **instituti**, ranije ocijenjeni kao rigidni ili zastarjeli. Tako je dualno profesionalno osposobljavanje učinkoviti instrument za jednostavan prijelaz iz škole na posao i za stvaranje kvalificiranog radnika. Kolektivno pregovaranje uspješno je modernizirano i stabilizirano kroz jaku internu fleksibilnost, što je njemačkoj industriji pomoglo vratiti kompetitivnost. Nadalje, suodlučivanje i suupravljanje pomažu u stvaranju stabilne stalne radne snage koja ostvaruje beneficije od korištenja instituta skraćenog radnog vremena pokrivenog državnim potporama. Pokazalo se da je to bolji odgovor na krizu nego pribjegavanje (u najvećoj mjeri) eksternoj fleksibilnosti. Zajedno s puno „dobrih radnih mjesta“ u uslužnom sektoru, danas postoji značajna stabilnost što potvrđuju podatci da čak oko 60 % svih radnih mjesta u industriji čine ona za koja radnici imaju ugovor o radu na neodređeno vrijeme, s punim radnim vremenom, a visoka je razina konverzije ugovora o pripravnštvu i ugovora na određeno vrijeme u ugovore na neodređeno vrijeme.⁹⁰ Ograničenje rasta plaća i interna fleksibilnost zaustavila je masovno zapošljavanje na temelju fleksibilnih ugovora.

87 Eichhorst, W., op. cit., str. 53-55.

88 Grömling, M., Matthes, J., Wächst die deutsche Industrie nur durch den Export? Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, Wirtschaftsordnung und Sozialpolitik, Universität Würzburg, 2010., http://www.wiwi.uni-wuerzburg.de/fileadmin/12010400/diskussionsbeitraege/DP_110.pdf, 9.12.2015.

89 Eichhorst, W., op. cit., str. 55.

90 Bellmann, L., Fischer, G., Hohendanner, C., Betriebliche Dynamik und Flexibilität auf dem deutschen Arbeitsmarkt, u: Handbuch Arbeitsmarkt 2009 (ur. J. Möller, U. Walwei), Bielefeld, W. Bertelsmann, 2009., cit. prema Eichhorst, W., op. cit., str. 56.; Rinne, Zimmermann, op. cit., str. 3. i d.

5.2. „Stalni“ i „marginalni“ radnici – dualizam tržišta rada

Novi model zapošljavanja stvorio je razlike u statusu stalnih radnika poslodavca, odnosno radnika s ugovorima o radu na neodređeno vrijeme te radnika s nestandardnim ugovorima, „marginalnih“ radnika. Kvalificirana **stalna radna snaga** u industriji, kao i u uslužnom sektoru zadržala je postojeću stabilnost zaposlenja te razinu plaća. Fleksibilnost radnog vremena, reorganizacija rada te fleksibilnije određivanje plaća i zadržavanje njihove razine kroz kolektivno pregovaranje doprinijelo je očuvanju ovih radnih mjesta koja su ključna za uspješno poslovanje visoko učinkovitih poduzeća. No povećao se intenzitet rada i pritisak vezan uz rezultate rada.

„Marginalni“ radnici su u drukčijoj situaciji. S jedne strane, olakšan im je ulazak na tržište rada, posebice kroz deregulirane fleksibilne oblike rada te veću dostupnost takvih radnih mjesta zbog strukturnih promjena i prilagođavanja poslodavaca. S druge strane, ova skupina radnika više je izložena rizicima fleksibilnosti tržišta rada, većoj eksternoj fleksibilnosti, tj. nestabilnim radnim mjestima i rizicima plaće. I dok stalni radnici imaju koristi od „fino ugođenih modela“ interne fleksibilnosti, s velikom stabilnosti radnog mjesta kombiniranom s nekim ustupcima poslodavcu vezano uz rast plaća i intenzifikaciju radnog vremena, izloženi su pritisku *outsidera* jer je jasno da u svakom trenutku mogu biti zamijenjeni jeftinijim radnicima.⁹¹

Iako je stvaranje segmenta jeftinijih i fleksibilnijih oblika rada pozitivno djelovalo na rast zaposlenosti i smanjenje registrirane nezaposlenosti, ojačalo je **nejednakost na tržištu rada**, a posljedično i s obzirom na prihode kućanstva. U kombinaciji sa stalnim promjenama u pojedinim sektorima i profesijama, kao i restrukturiranjem poduzeća, ugrožen je koncept jednakosti i pravične podjele ekonomskih dobiti koji je karakterističan za kontinentalnu Europu.⁹²

Vidljive su i određene **tendencije** kojima se nastoji djelovati na postojeću segmentiranost tržišta rada i redefiniranje granice. S jedne strane, poduzimaju se mjere vezano uz postojeći i očekivani manjak kvalificiranih radnika. One se sastoje u povećanju plaća pripravnika s diplomom iz deficitarnih zanimanja te jačoj inicijativi poslodavaca kod zapošljavanja i zadržavanja kvalificiranih radnika, kao i ustupaka vezanih uz *family-friendly* radno vrijeme itd. Za jednostavnija zanimanja, gdje postoji veća ponuda radnika, vidljiva je tendencija prebacivanja rizika zapošljavanja na radnike (posebice one ranjivije koji tek ulaze na tržište rada), sklapanjem većeg broja ugovora na određeno vrijeme ili širenjem (barem početnog) zapošljavanja putem agencije ili na slabo plaćenim poslovima.

91 Eichhorst, W., op. cit., str. 64-65.; Hohendanner, C., Unsichere Zeiten, unsichere Verträge? Befristete Arbeitsverträge zwischen Auf- und Abschwung, *IAB Kurzbericht*, br. 14, 2010., <http://doku.iab.de/kurzber/2010/kb1410.pdf>, 10.1.2016.

92 Grabka, M. M., Frick, J. R., Schrumpfende Mittelschicht: Anzeichen einer dauerhaften Polarisierung der verfügbaren Einkommen?, *DIW Wochenbericht*, god. 75, br. 10, 2008., Eichhorst, W., op. cit., str. 65. i d.

S druge strane, porast broja „nejednakih“, slabo plaćenih, prekarnih radnih mjesta postao je važna politička tema. Poduzetnicima i dijelu političkih stranaka odgovara postojeća situacija ili čak jačanje ovih oblika rada, dok se sindikati i neke druge stranke zalažu za značajno smanjenje nestandardnih radnih mjesta. Zabrinutost za ovaj, kvaziliberalni segment tržišta rada bila je motiv za djelomičnu reregulaciju tržišta rada. Jedna je od mjera uvođenje minimalne plaće. U brojnim segmentima uslužnog sektora ona je zadnjih godina bila utvrđena kolektivnim ugovorima,⁹³ a 2014. godine uvedena je na nacionalnoj razini.⁹⁴ Nadalje, značajni pomak postignut je vezano uz **uklanjanje razlika** u uvjetima rada, posebice plaće, **između agencijskih i stalnih radnika**, posebno primjenom načela jednakog postupanja nakon određenog kvalifikacijskog razdoblja (ustupanja). Za sada još nema zakonskog rješenja, već je to bio predmet pregovora socijalnih partnera u metaloprerađivačkom sektoru i kemijskoj industriji, u kojima su sindikati tradicionalno jaki. Postignut je sporazum o isplati dodatka na plaću nakon određenog razdoblja zaposlenja agencijskog radnika u tom sektoru, čime se status agencijskih radnika približio onome stalnih radnika poduzeća korisnika.⁹⁵

5.3. *Neki instituti u funkciji tržišta rada*

5.3.1. *Work-sharing – skraćivanje radnog vremena*

Shema skraćivanja radnog vremena jedan je od glavnih instrumenata rasta zapošljavanja u njemačkoj industriji tijekom krize 2008.-2009. godine, čime je Njemačka postala jedina država članica EU-a s takvim pozitivnim trendom. Temeljni kolektivni ugovor o skraćivanju radnog vremena (za područje zapadnog dijela Njemačke), u zamjenu za veću internu fleksibilnost koju su tražili poslodavci, sklopljen je na inicijativu sindikata iz metaloprerađivačkog sektora, koji je ne samo ekonomska okosnica njemačkog gospodarstva, nego i sektor važnih institucionalnih novina. Povećanjem fleksibilnosti radnog vremena poslodavci su htjeli izbjeći primjenu strogih pravila o prekovremenom radu i povećati produktivnost radi veće kompetitivnosti u uvjetima globalizirane ekonomije.⁹⁶

Zakonska je novina mogućnost produljenja najdužeg trajanja potpora za skraćeno radno vrijeme sa šest na 24 mjeseca u slučaju postojanja izvanrednih okolnosti na unutarnjem tržištu te povećanje potpora do razine pune naknade doprinosa za socijalno osiguranje za sate koje radnik nije odradio, počevši od šestog mjeseca rada sa skraćenim radnim vremenom, odnosno od početka rada sa

93 To se odnosi na sektore gdje je kolektivnim pregovaranjem pokriveno bar 50 %, kao što je njega starijih osoba, čišćenje, odvoz smeća, usluge čišćenja odjeće i sigurnost, kao i sektor agencijskog rada.

94 Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz - MiLoG), Mindestlohngesetz vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348), geändert durch Art. 2 Abs. 10 G v. 17.02.2016 (BGBl. I S. 203).

95 Eichhorst, W., op. cit., str. 65-66.

96 Rinne/Zimmermann, op. cit., str. 12.; Eichhorst, W., op. cit., str. 55.

skraćenim radnim vremenom ako je mjera uključivala osposobljavanje radnika za rad.⁹⁷ Uz to, kao instrumenti interne fleksibilnosti koristili su se i drugi instituti, kao što je skraćivanje radnog vremena općenito, posebice ograničenje prekovremenog rada te uračunavanje viškova iz banki radnog vremena. S obzirom na to da su korišteni postojeći zakonski instituti, koji se dakle nisu mijenjali odnosno prilagođavali novonastalim potrebama (tj. krizi), jedino prihvatljivo tumačenje ostvarenih pozitivnih rezultata bilo je da su se *promijenili upravo poslodavci*. Poučeni negativnim iskustvima iz prošlosti postupali su vrlo oprezno te tijekom krize nisu otkazivali ugovore kvalificiranim radnicima kako nakon krize, kada se potrebe za radnicima povećaju, ne bi ostali bez kvalificirane radne snage. Uzet je u obzir i demografski moment, manjak mladih radnika koji ulaze na tržište rada. Podatci pokazuju da su najviše problema imali upravo poslodavci koji su i prije krize teško zapošljavali nove radnike.⁹⁸

5.3.2. Agencijski rad

Agencijski radnici podnijeli su, uz radnike zaposlene na određeno vrijeme, najveći teret krize, odnosno eksternog uravnoteženja jer je poslodavcima bilo najlakše raskinuti ugovore za rad agencijskih radnika ili ne produžiti neke ugovore o radu na određeno vrijeme svojih stalnih radnika.

Prema statističkim podatcima privremeni rad putem agencija najčešći je oblik „vrlo fleksibilnog i slabo plaćenog rada radnika zaposlenih na rutinskim poslovima“, koji se najviše koristi u industriji i nekim dijelovima uslužnog sektora. Predstavlja dodatni fleksibilni „ublaživač“, „tampon zonu“ (*buffer*) u razdoblju krize. Važan je čimbenik kompetitivnosti poslodavca koji zbog niže plaće agencijskog radnika u odnosu na stalnog radnika zaposlenog na istim ili sličnim poslovima ima niže troškove rada, a može utjecati i na visinu plaća stalnih radnika. Osim toga, pojavljuje se i nova skupina poslodavaca (agencija) na koje se primjenjuju specifični kolektivni ugovori.

Hartzova reforma uklonila je veliki broj zakonskih zapreka za agencijski rad, koji se pokazao kao dobar način da na tržište rada uđu dugotrajno nezaposlene osobe i osobe s niskim kvalifikacijama, bez potrebe da se za to osiguraju dodatne potpore ili neko opsežnije profesionalno osposobljavanje. Prihvaćeno je i načelo jednake plaće agencijskih radnika kao i stalnih radnika korisnika, od kojeg se može odstupiti u dva slučaja: kod novog zapošljavanja nezaposlenih osoba te ako je plaća bila uređena kolektivnim ugovorom za sektor agencija. Ova posljednja mogućnost dovela je na koncu do značajnog spuštanja razine plaća agencijskih radnika u

97 Čl. 109. st. 1. Socijalnog zakonika (Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) - Arbeitsförderung - (Artikel 1 des Gesetzes vom 24. März 1997, BGBl. I S. 594)(Artikel 1 des Gesetzes vom 24. März 1997, BGBl. I S. 594, 595), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2557) geändert worden ist“, zuletzt geändert durch Art. 3 G v. 21.12.2015 I 2424 (noch nicht berücksichtigt).

98 Möller, J., The German labour market response in the world recession: de-mystifying a miracle, *Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung*, vol. 42, br. 4, str. 325-336.

odnosu na plaće radnika uređene kolektivnim ugovorom korisnika – poduzeća u metaloprerađivačkom sektoru. One su u prosjeku čak i od 25 do 30 % niže u odnosu na plaće stalnih radnika. U troškove rada (bruto satnicu) agencijskih radnika ulazi i naknada koju korisnik plaća agenciji za ustupanje radnika, pa oni gotovo i dosežu troškove rada korisnikovih stalnih radnika.⁹⁹ Ipak, korisnici se radije odlučuju za agencijske radnike kao instrument dodatne eksterne fleksibilnosti.¹⁰⁰

Statistika pokazuje da su oko 4 % radnika u metaloprerađivačkoj industriji agencijski radnici. Općenito, broj agencijskih radnika s vrlo niskim kvalifikacijama doseže i od 30 do 50 % u nekim srednjim i većim poduzećima. Zanimljiv je rezultat jednog istraživanja o porastu zapošljavanja zbog korištenja agencijskog rada. Pokazalo se da se fleksibilna radna mjesta u sektoru privremenog rada (*Zeitarbeitbranche*) stvaraju na račun stalnih radnih mjesta izvan tog sektora jer je jedna polovica svih radnih mjesta na kojima su zaposleni agencijski, dakle privremeni radnici nastala „istiskivanjem“ zapošljavanja stalnih radnika, a druga polovica su nova radna mjesta (tzv. učinak supstitucije).¹⁰¹ Analize također pokazuju da u vremenima krize zapošljavanje privremenih radnika povoljno utječe na stabilnost radnih mjesta na kojima rade stalni radnici korisnika, ali i da ne stoji tvrdnja o agencijskom radu kao prijelaznom koraku prema stalnom zaposlenju agencijskog radnika kod korisnika.¹⁰²

5.3.3. *Mini-jobs – „marginalni rad s nepunim radnim vremenom“*

Institut „marginalnog rada s nepunim radnim vremenom“ (*geringfügig Beschäftigung, mini-job, marginal part-time work*) jedan je od najvažnijih instrumenata kojim je ostvarena fleksibilnost radnog odnosa u njemačkom privatnom uslužnom sektoru, uz ugovor o radu na određeno vrijeme te samozapošljavanje.

Uslužne djelatnosti imaju veliko značenje za njemačko tržište rada. Danas oko 75 % svih radnih mjesta čine upravo ona u uslužnim djelatnostima, a posljednjih godina u tom je području zabilježen i najveći rast zaposlenosti.¹⁰³

99 Eichhorst, W., op. cit., str. 58.

100 Za korisnika to znači mogućnost da angažira agencijskog radnika privremeno, dok ima potrebu za obavljanjem određenog posla; otpadaju ili su manji indirektni troškovi (za osposobljavanje, administriranje, troškovi vezani uz otkaz: za plaću tijekom otkaznog roka, savjetovanje s radničkim vijećem i sl.) ili troškovi probnog rada i dr. Kao motiv se navodi i osiguranje socijalnog mira jer korisnikovi stalni radnici mirnije primaju otkazivanje agencijskim radnicima nego svojim stalnim kolegama. Jahn, E., Weber, E., *Zeitarbeit: Zusätzliche Jobs, aber auch Verdrängung*, *IAB-Kurzbericht*, 2013., br. 2, str. 2.

101 Ibid., str. 5.

102 Lehmer, F., Ziegler, K., *Zumindest ein schmaler Steg (Brückfunktion der Leiharbeit)*, *IAB Kurzbericht*, br. 13, 2010., <http://doku.iab.de/kurzber/2010/kb1310.pdf>, 7.1.2016.

103 Najviše je novih radnih mjesta u djelatnostima koje nisu blisko povezane s industrijom, kao što su primjerice usluge u kućanstvu ili usluge socijalnih službi. Čimbenici restrukturiranja uslužnih djelatnosti bile su društveno-ekonomske i demografske promjene te (de)regulacija tržišta rada. Povećanje udjela žena na tržištu rada znači veću ponudu radne snage, što s druge strane dovodi do povećanja potreba za uslugama u kućanstvu. Uz javne politike, važan čimbenik stvaranja novih radnih mjesta u djelatnostima zdravstva, obrazovanja, brige o djeci i znanstvenom istraživanju jest (su)financiranje od strane države.

Uz fleksibilne oblike rada i prekarne, slabo plaćene poslove, mnoga nova radna mjesta u uslužnom sektoru jesu „dobra“, kvalitetna radna mjesta, pa kao i u industriji postoji široki spektar uvjeta rada kao i kolektivnih radnih odnosa. Ako se uspoređuje s industrijom, kolektivnim je pregovaranjem pokriven samo manji dio uslužnog sektora, što rezultira većim rasponom plaća. Značajan broj radnika zaposlen je u onim djelatnostima rezerviranim za visokokvalificirane radnike ili one s posebnim kvalifikacijama, u sektoru financijskih usluga, kao što su savjetovanje ili informatička tehnologija. Riječ je o radnim mjestima na kojima radnici ostvaruju visoke plaće, uređene kolektivnim ugovorima te zaštitu od otkaza i potpunu socijalnu sigurnost. S druge strane, porastao je broj „marginalnih“ radnih mjesta, što značajno pridonosi povećanju ukupnog broja takvih radnih mjesta u Njemačkoj.¹⁰⁴

Kao što je ranije istaknuto, pretpostavka za stvaranje novih radnih mjesta u Njemačkoj bila je zakonodavno potaknuta fleksibilnost koja se ostvarivala deregulacijom, ali ne neposredno već ovisno o dinamici tržišta rada odnosno težnjama njegovih aktera.¹⁰⁵ Oni su mijenjali dani institucionalni okvir, što je posebno slučaj kod instituta marginalnog nepunog radnog vremena.¹⁰⁶

Institut je doživio neku vrstu renesanse u okviru Hartzove reforme, u kojoj je dobio i novi naziv, *mini-job*. Naime, reforma je uključila i sustav jakih potpora za „djelomično“ zapošljavanje u fleksibilnim oblicima rada. Oni su posebno zanimljivi za udane žene i druge skupine radnika koji ostvaruju neki dodatni prihod iz drugih izvora, npr. mirovinu, jer pruža mogućnost dodatne zarade od rada bez odbitaka poreza i doprinosa za socijalno osiguranje (satnica ‘bruto za neto’).

Neko zaposlenje može se kvalificirati kao *mini-job* ako mjesečna naknada za obavljeni rad ne prelazi, u pravilu, 450 eura.¹⁰⁷ Novina je i ukidanje najduljeg trajanja radnog vremena od 15 sati tjedno, a marginalnim radnim vremenom smatra se i kratkotrajno zaposlenje koje ne prelazi 50 radnih dana u kalendarskoj godini, čak i ako zarada prelazi utvrđeni iznos.

Radnik može obavljati *mini-job* bilo kao jedini posao ili kao dodatni posao (*Nebenbeschäftigung*), uz neki rad koji podliježe plaćanju navedenih davanja, odnosno uz mirovinu. No radnici zbog toga ne ostvaruju pravo na zdravstveno osiguranje niti osiguranje za slučaj nezaposlenosti, a ranije su imali tek ograničenu

104 Kalina, T., Weinkopf, C., *Niedriglohnbeschäftigung 2010: Fast jede/r Vierte arbeitet für Niedriglohn, IAQ Report, 2012.*, br. 01, <http://www.iaq.uni-due.de/iaq-report/2012/report/2012-01.pdf>, 7.1.2016.

105 Deregulacija nestandardnog rada, posebno važna za uslužni sektor, bila je motivirana stvaranjem radnih mjesta. Jeftiniji i fleksibilniji rad u interesu je pružatelja usluga koji žele ojačati poslovnu ili poduzetničku fleksibilnost. Pancaldi, F., *The Service Sector to the Fore: The Policies of „Cheap Jobs“ in Germany and Italy*, paper presented at the Espanet Conference 2012, September 6-8, Edinburg, http://www.citsee.ed.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0010/88939/Pancaldi_-_Stream_6.pdf, 7.1.2016.

106 Ovaj oblik rada korišten je osobito tijekom 80-ih i 90-ih godina prošloga stoljeća kao glavni oblik zapošljavanja za neka zanimanja u sektoru usluga (restorani ili maloprodaja), posebice nekih skupina radnika (žena i migranata). Eichhorst, W., op. cit., str. 61-62.

107 Početno, 2003. godine ta je granica iznosila 325 eura, a zatim 400 eura. Riječ je o nizu zakona o moderniziranju obavljanja rada na tržištu rada, u okviru Hartzove reforme.

mogućnost mirovinskog osiguranja. Tek 2013. godine uvedeno je obvezno mirovinsko osiguranje, ali radnik može zahtijevati oslobađanje od te obveze. Obveza poslodavca sastoji se u paušalnom doprinosu za zdravstveno i mirovinsko osiguranje, kao i paušalnom iznosu poreza na plaću od 2 %. Ovi su iznosi niži za zapošljavanje radnika u kućanstvu.¹⁰⁸

Marginalno nepuno radno vrijeme za poslodavce znači **fleksibilnost** s obzirom na raspored radnog vremena i troškove rada. Podatci pokazuju da poslodavci koriste ovaj oblik rada kako bi pokrili vrijeme s najviše posla ili drugo neuobičajeno radno vrijeme, pa se najviše koristi u ugostiteljstvu, hotelijerstvu i trgovini, kao i za usluge čišćenja, a zapošljavaju se prije svega niskokvalificirani i srednjekvalificirani radnici. S druge strane, troškovi rada odnosno bruto satnice ovih radnika za poslodavce su manji u usporedbi s troškovima za radnike kod kojih postoji obveza plaćanja doprinosa.¹⁰⁹

Zanimljivo je spomenuti još jednu mogućnost zapošljavanja koja je u Njemačkoj doživjela neočekivani uspjeh. Riječ je o mogućnosti kombiniranja (kumuliranja) zaposlenja s marginalnim nepunim radnim vremenom sa socijalnom potporom u obliku zajamčene plaće, koja je uvedena reformom Hartz IV. Takva je mogućnost jako motivirala korisnike potpore da prihvate poslove za koje mogu zaraditi do oko 160 eura mjesečno ili na kojima rade od 8 do 10 sati tjedno (tzv. klauzula o neuzimanju u obzir plaće, *earnings-disregard clause*). Danas se oko 1,3 milijuna radnika smatra „nezaposlenima koji rade“, a polovica njih u marginalnom radnom vremenu. Postoje neki dokazi da neki poslodavci koriste ovu mogućnost kako bi zaposlili radnike na nisku satnicu, ocjenjujući da oni mogu nisku plaću kompenzirati socijalnim prestacijama.

6. HRVATSKO TRŽIŠTE RADA – NUŽNOST PROMJENA

6.1. Problemi hrvatskoga tržišta rada

Početkom 2016. godine opća razina nezaposlenosti u Hrvatskoj iznosila je 17,3 %. Hrvatska ima izrazito niske stope aktivnosti i zaposlenosti i visok udio umirovljenih osoba u radnoj dobi. U 2014. godini tek je dvije trećine radno aktivnog stanovništva (od 15 do 64 godine) bilo aktivno na tržištu rada, dakle

108 Paušalno opterećenje poslodavca iznosi 30,99 %, a za rad u kućanstvu 14,44 %. Hohendanner, C., Stegmaier, J., Umstrittene Minijobs, *IAB Kurzbericht*, br. 24, 2012., str. 2, dostupno na: <http://doku.iab.de/kurzber/2012/kb2412.pdf>, 17.2.2016.

109 Nakon rada s nepunim radnim vremenom to je najčešći oblik atipičnog rada. Ovisno o izvoru statistički su podatci različiti. Prema podacima Instituta za istraživanje tržišta rada i profesija (IAB) u 2011. godini u Njemačkoj je bilo 7,4 milijuna *mini-job* zapošljavanja, a od tog broja 2,5 milijuna predstavljalo je dodatno zaposlenje. U razdoblju od 2004. do 2011. godine bilježi se ukupan porast od oko milijun *mini-job* zapošljavanja, pri čemu je vidljiv trend povećanja osobito kao dodatnog zaposlenja (1,7 mil. 2011. godine). Podatci Savezne agencije za rad (BA), koji uključuju i kućanstva te poslodavce fizičke osobe, veći su za oko 3 milijuna *mini-job* zapošljavanja. Ibid., str. 3-4.

zaposleno, nezaposleno ili je tražilo posao. Stopa zaposlenosti iznosila je 59 %, dok je stopa aktivnosti za muškarce u radnoj dobi najniža u EU, i iznosila je 76 %. Kada je riječ o strukturi nezaposlenosti, dugotrajno nezaposlenih je čak 58,4 %, a stopa nezaposlenosti mladih osoba dosegla je u 2014. godini 45,5 % (od toga 50 % dugotrajno nezaposlenih), što su posebno zabrinjavajući podatci. Poražavajući su i podatci o sivoj ekonomiji koja čini 28 % službenog BDP-a u 2014. godini, što je za 10 % više nego prosjek EU-a 31, a samo Bugarska i Rumunjska imaju lošije pokazatelje.¹¹⁰ (Vidi i pogl. Prilozi, *infra*).

Ovi podatci ukazuju na mnoge probleme. Prema stajalištu teoretičara, razlozi zbog kojih se slabo otvaraju nova radna mjesta dijelom se krije u neusklađenosti ponude i potražnje za radom. Najvećim zaprekama za dinamičnije djelovanje tržišta rada ocjenjuju se razmjerno visoke realne plaće, institucionalna strogost i značajna neusklađenost ponude i potražnje u pogledu obrazovanja i stručnosti,¹¹¹ odnosno regulatorna rigidnost, nedostatna normativna fleksibilnost kao i visoko porezno opterećenje rada.¹¹² Hrvatsko tržište rada obilježeno je jakom segmentiranošću, nerazvijenošću te slabom mobilnošću radne snage.¹¹³

Socijalni dijalog nije dosegnuo razinu koja bi zadovoljila socijalne partnere i pomogla kompetitivnosti i učinkovitosti hrvatskoga tržišta rada. Kako s pravom konstatiraju Grgurev i Vukorepa razmrmljenost sindikalne scene i nedovoljna razvijenost socijalnog dijaloga te neprikladan legislativni odgovor, među ostalim, prepreka su pri pronalaženju prikladnih i brzih rješenja usmjerenih fleksibilizaciji radnih odnosa u doba krize.¹¹⁴

6.2. Institucionalna strogost, nedostatna normativna fleksibilnost ...

Kao uzroci gore navedene dijagnoze stanja hrvatskoga tržišta rada spominju se ‘institucionalna strogost’, ‘regulatorna rigidnost’, ‘nedostatna normativna fleksibilnost’. Sve to upućuje na još jednu često spominjanu kategoriju, institute tržišta rada (engl. *labour market institutions*). Sveobuhvatna analiza zahtijevala bi puno više vremena, prostora i multidisciplinarni pristup, pa ćemo u ovom radu pokušati prikazati glavna obilježja, ali i upozoriti na neke probleme vezane uz korištenje instituta tržišta rada (odnosno njihovih indikatora) u vezi s ocjenom njihova utjecaja na tržište rada.

Prema stajalištu ekonomskih teoretičara instituti tržišta rada mogu se definirati kao intervencije politikama ili kolektivne organizacije koje se upliću u određivanje

¹¹⁰ Eurostat, 2014.

¹¹¹ Bejaković, P., Gotovac, V., Aktivnosti na gospodarskom oporavku u Republici Hrvatskoj s naglaskom na tržište rada, *Revija za socijalnu politiku*, sv. 18, br. 3, 2011., str. 331-355, 340.

¹¹² Stajalište Danijela Nestića u članku: Sočković, K., Crgić, I., Zaposlenost mora biti prioritetni nacionalni cilj, *Privredni vjesnik*, br. 3901, 9.11.2015., str. 6.

¹¹³ Bilić, A., *Fleksibilnost i deregulacija u radnim odnosima* (doktorska disertacija), Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2011., str. 263.

¹¹⁴ Grgurev, I., Vukorepa, I., Uloga sindikata u doba gospodarske krize u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 65, br. 3-4, 2015., str. 387-408.

plaće i zapošljavanja. Kao primjeri navode se sindikati, zakonodavstvo o minimalnoj plaći i o zaštiti zaposlenja, osiguranje za slučaj nezaposlenosti te aktivne politike tržišta rada.¹¹⁵ Izdvojimo još jednu skupinu instituta tržišta rada koji se često koriste u analizama: sustav naknada za nezaposlene; sindikati i kolektivno pregovaranje; uređivanje plaće; minimalne plaće; porezi na rad; pasivne i aktivne politike tržišta rada te zakonska zaštita zaposlenja.¹¹⁶ Možemo zaključiti da veći broj instituta tržišta rada ustvari predstavlja radnopravne institute.

Na prijelazu iz 20. u 21. stoljeće središte mnogih političkih rasprava u državama razvijenih ekonomija pomaknut je s makroekonomske politike na institute tržišta rada i njihov utjecaj na rezultate tržišta. Bio je to veliki zaokret za *mainstream* ekonomiste.¹¹⁷ Instituti tržišta rada, dakle i radnopravni instituti, izloženi su kritici kao čimbenici koji doprinose visokoj nezaposlenosti u Europi i šire, a političke rasprave često su se usredotočile na one reforme tržišta rada kojima se može oslabiti ili ukloniti utjecaj ovih instituta.

U Studiji o radnim mjestima OECD-a, iz 1994. godine¹¹⁸ radnopravni instituti koji ograničavaju fleksibilnost plaća i zapošljavanja prepoznati su kao uzroci velike nezaposlenosti u državama članicama EU-a. Pozornost kreatora politika i ekonomista time je usmjerena prema institutima koje je ekonomija do tada smatrala tek perifernim čimbenicima ukupnih ekonomskih učinaka (*aggregate economic performance*). Studija je državama preporučila dereguliranje tržišta rada kako bi se povećala fleksibilnost radnog vremena; plaće i troškove rada koji bi mogli odgovoriti pritiscima tržišta; slabljenje odredbi o sigurnosti zaposlenja i sustava potpora za nezaposlenost te uvođenje aktivnih politika tržišta rada (programa osposobljavanja, pomoći radnicima pri traženju posla, potpora za poslodavce koji zapošljavaju dugotrajno nezaposlene te posebne programe za mlade nakon završetka obrazovanja).

No istaknimo kako i ekonomisti priznaju da „postojanje ovih instituta u demokratskim društvima pokazuje da svoju potporu imaju u javnosti i da se smatraju čimbenicima unaprjeđenja blagostanja za najveći broj glasača“.¹¹⁹

115 Holmlund, B., What Do Labor Market Institutions Do?, *IZA DP*, br. 7809, December 2013, str. 1.

116 Freeman, R. B., Labor Market Institutions Around the World, *NBER Working Paper*, br. 13242, 2007., <http://www.nber.org/papers/w13242>, 27.2.2016.; Brixiova, Z., Labour Market Flexibility in Estonia: What more Can be Done?, *OECD Economics Department Working Papers*, No. 697, 2009., OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/224177441445>, 5.3.2016. Usp. Obadić, A., Utjecaj financijske krize na globalno tržište rada, *EFZG - Serija članaka u nastajanju*, članak broj 11-07, Zagreb, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 12.

117 Freeman, R. B., op. cit.

118 OECD, OECD Jobs Study, Evidence and Explanations, Part I: Labor Market Trends and Underlying Forces of Change, Paris, 1994.; OECD, OECD Jobs Study, Evidence and Explanations, Part II: The Adjustment Potential of the Labor Market, Paris, 1994.

119 Holmlund, B., op. cit., str. 1.

Utjecaj instituta tržišta rada posljednjih je desetljeća tema mnogih ekonomskih istraživanja, koja su se temeljila, vrlo simplificirano rečeno, na kombinaciji (međudjelovanju) teorijskog i empirijskog pristupa. Važnost pojedinog od njih razlikuje se ovisno o institutu koji je predmet analize.¹²⁰

Iz nekih novijih komparativnih ekonometrijskih istraživanja tržišta rada različitih država izdvajamo neke rezultate.

Fleksigurnost općenito i fleksigurnost tržišta rada. Kada je riječ o fleksigurnosti općenito, prema stajalištu EEAG-a, fleksigurnost,¹²¹ kao kombinacija izdašnih potpora za nezaposlenost, s jedne strane, i politike liberalnog zakonodavstva o zaštiti zaposlenja, uz jake politike aktiviranja tržišta rada, s druge strane, može biti primjer „pametne“ politike koja ograničava političko protivljenje izravnih i kratkotrajnih gubitnika reforme nudeći im izdašne potpore i bolju perspektivu ponovnog zaposlenja. Predviđaju da će se pokazati da veća fleksibilnost tržišta rada ima prednosti za radnike i za gospodarstvo, barem u srednjoročnom i dugoročnom periodu, ali ne nužno i kratkoročno, osobito za vrijeme krize. Povećanje fleksibilnosti tržišta rada ide više u korist mladim, nego starijim radnicima.¹²² Veća fleksibilnost tržišta rada, odnosno instituta tržišta rada i njihovih reformi u pojedinim zemljama, utječe na smanjenje nezaposlenosti uzrokovane šokovima. Postupno uvođenje reformi ima manje pozitivne učinke na zaposlenost nego cjelovite jednokratne reforme (*once-and-for all reforms*).¹²³

Kolektivno pregovaranje i tripartitni sporazumi. Prema stajalištu EEAG-a tripartitni sporazumi (vlada, sindikat, poslodavci) mogu politički olakšati utvrđivanje plaća koje će biti kompetitivnije (tj. niže), posebice ako se može ostvariti rezanje plaća u *javnom sektoru*. *Opt-out* klauzule kolektivnih ugovora mogu osigurati veću fleksibilnost plaće.¹²⁴

Zaštita zaposlenja. Rigidnija zaštita zaposlenja pokazuje tendenciju smanjenja zapošljavanja i stope aktivnosti.¹²⁵ Postupna reforma ugovora na neodređeno i na određeno vrijeme može biti korisna, posebice ako se slično urede otpremnina i trajanje ugovora („lančano“ sklapanje ugovora).¹²⁶ Predlaže se izbjegavanje različite zaštite privremenih i stalnih radnika.¹²⁷

120 Ibid., str. 1-3.

121 Vidi šire i: Potočnjak, Ž., *Fleksigurnost*, op. cit.

122 European Economic Advisory Group, *Labour market reforms and youth unemployment*, The EEAG Report on the European Economy, Munich, CESifo, 2013. (dalje: EEAG).

123 Bernal –Verdugo, L., Furceri, D., Guillaume, D., *Crises, labor market policy, and unemployment*, *IMT Working Paper* WP/12/65, 2012.

124 Blanchard, O., Jaumotte, F., Loungani, P., *Labour Market Policies and IMF Advice in Advanced Economies During the Great Recession*, *IMF Staff Discussion Note*, March 29, 2013.

125 Fialová, K., Schneider, O., *Labour market institutions and their impact on labor market performance in the new EU member countries*, *CESifo Working Paper* 2421, 2008.

126 EEAG, op. cit.

127 Blanchard et al., op. cit.

Plaće. Nije jasan učinak stupnja centraliziranog pregovaranja o plaćama i sindikalne organiziranosti na zapošljavanje.¹²⁸ No veoma decentralizirani i centralizirani sustav utvrđivanja plaće proizvode slične, učinkovite rezultate.¹²⁹ Rezanje plaća u javnom sektoru u mnogo je slučajeva bio važan element reformi tržišta rada u cilju vraćanja međunarodne kompetitivnosti i smanjenja nezaposlenosti.¹³⁰

Radni sporovi. Radni sporovi mogu se lakše i brže rješavati ako bi se povjerali specijaliziranim sudovima i arbitražama, a ne općim sudovima.¹³¹

Osiguranje za slučaj nezaposlenosti. Kako bi se poboljšala mikro fleksibilnost, radnike treba više zaštititi kroz osiguranje za slučaj nezaposlenosti nego kroz zaštitu zaposlenja.¹³² Potpore za nezaposlenost povezane su s višom stopom aktivnosti.¹³³

Aktivna politika tržišta rada. Programi aktivnog tržišta rada općenito su povezani s manjom nezaposlenošću.¹³⁴ Kratkoročni učinci aktivnih programa često imaju maleni ili čak negativni učinak. Ipak, mnogi programi pokazuju značajne pozitivne učinke nakon dvije do tri godine. Programi osposobljavanja u školama i na radnom mjestu pokazuju pozitivne učinke tek nakon nekoliko godina. Programi potpora za radna mjesta u javnom sektoru i programi potpora za mlade manje su uspješni nego drugi oblici aktivnih programa. Ipak, troškovi programa često su nepoznati i zbog toga je *cost-benefit* analiza nemoguća.¹³⁵ Profesionalno obrazovanje je prema stajalištu EEAG-a vitalno za zapošljivost mladih radnika, ali nije moguće predložiti jednoznačni smjer reforme jer se postojeći sustavi u europskim zemljama razlikuju, iako neki od njih imaju slične rezultate.¹³⁶

Nedavno ekonomsko istraživanje pokazalo je da su tržišni pokazatelji za Hrvatsku nepovoljni. U usporedbi s nekoliko država članica EU-a koje imaju sličnu razinu životnog standarda ili su susjedne zemlje (Češka, Estonija, Latvija, Litva, Slovačka i Slovenija), hrvatsko se tržište rada pokazuje neučinkovitim. Među ostalim, utvrđene su sljedeće pojave: najniži postotak noćnog rada ili rada u večernjim satima; najveći postotak rada u smjenama; ograničenje rada u dane tjednog odmora; najniži indeks slobode rada; najviša gustoća sindikata u srednjim i velikim poduzećima; najviša vrijednost indeksa „konfrontacije“ u odnosu između radnika i poslodavca; prioritet ponovnog zapošljavanja radnika kojem je otkazan ugovor o radu na slobodnom radnom mjestu kod poslodavca; najniži indeks praksi zapošljavanja i otkazivanja; najniži indeks plaća vezano uz produktivnost; najmanji broj menadžerskih položaja na kojima rade profesionalci (umjesto toga, rodbina). Na njih se posebno upozorava tvorce politika.

128 EEAG, op. cit.; Fialová/Schneider, op. cit.

129 EEAG, op. cit.

130 Blanchard/Jaumotte/Loungani, op. cit.

131 EEAG, op. cit.

132 Blanchard/Jaumotte/Loungani, op. cit.

133 Fialová/Schneider, op. cit.

134 Ibid.

135 Card, D., Kluve, J., Weber, A., Active labor market policy evaluations: A meta-analysis, *CESifo Working Paper 2570*, 2009.

136 EEAG, op. cit.

Navedeni pokazatelji u kombinaciji s problematičnim institucionalnim pitanjima, uzeti su kao podloga za mogući zaključak o reformi tržišta rada zasnovan na čisto teorijskim temeljima.¹³⁷ U istraživanju su korišteni sljedeći instituti tržišta rada: nezaposlenost; zaposlenost; minimalna plaća; radno vrijeme, ugovor o radu (na određeno vrijeme); odnos između radnika i poslodavca.¹³⁸

6.3. Instituti tržišta rada - otvorena pitanja

Ekonomski teoretičar R. Freeman slikovito je usporedio težnju da se utvrde učinci instituta tržišta rada na ekonomska stanja pojedinih zemalja sa šest muškaraca Hindusa iz poeme J.G. Saxa, koji su željeli mnogo naučiti te su se, iako su svi bili slijepi, uputili da vide slona kako bi se na temelju svojih opažanja mogli uvjeriti.¹³⁹

Autor smatra da i dalje ostaju otvorena pitanja: U kojoj je mjeri opravdano uzroke različitih stanja kapitalističkih ekonomija tražiti u institutima tržišta rada; na koje rezultate instituti utječu – raspodjelu plaće, alokaciju rada u sektorima, produktivnost, inflaciju, ekonomski rast te kojim putevima? Ističe da valja razlikovati dokaze o tome što radnopravni instituti stvarno čine, od onoga što bi oni *mogli* činiti. Teško je utvrditi je li učinak radnopravnih instituta samo ograničen nejednakosti plaća, što istraživanja pokazuju ili nešto više; i ako je tako, unaprijeđuju li radnopravni instituti ekonomske rezultate ili ih pogoršavaju? U prevladavanju tog problema potrebno je koristiti sva raspoloživa sredstva istraživanja, kombinirati stajališta i razmatranja iz različitih perspektiva kako bi se shvatila institucionalna stvarnost, a ne „blebetati o Slonu kojeg nitko od više slijepih Hindusa nije vidio“ (Saxe).¹⁴⁰

Vrijeme će pokazati je li Freeman bio „ekonomski prorok“ ili će ga kasnija istraživanja opovrgnuti. Autorice smatraju da će se u vremenu financijskog kapitalizma tradicionalni radnopravni instituti morati preoblikovati, što se već događa, ali sporo i s puno prijepora, a postojeći fleksibilniji oblici tražiti još fleksibilnije moduse.¹⁴¹ Nove tehnologije, segmentiranost tržišta rada, rascjepkanost i nedovoljan utjecaj sindikata rezultira snažnijim utjecajima anglosaksonskog prava na europski socijalni model i tradicionalne oblike rada. Autorice smatraju da je u

137 Osterkamp, R., *International Experiences on Labour Market Reforms, An Economic Reform Agenda for Croatia* (ur. O. Falck, S. Schönherr), München, ifo Institut, 2016., str. 143-144.

138 Indikatori su se odnosili na: slobodu rada, sindikalnu gustoću, odnos sukoba ili suradnje; obavješćivanje treće strane prije individualnog otkaza i otkaza u slučaju kolektivnog viška radnika; pravilo prioriteta pri ponovnom zapošljavanju radnika kojem je otkazan ugovor o radu; otpremnina; uređivanje plaće; rigidnost zaposlenja; zapošljavanje i otkazivanje; odnos plaće i produktivnosti radnika; profesionalni management; odljev mozgova. *Ibid.*, str. 156-158.

139 Citat je iz poeme Johna Godfreyja Saxa, *The Blind Men and the Elephant*. Izvorno riječ je o indijskoj priči.

140 Freeman, R. B., *op. cit.*, str. 26.

141 Primjerice, jedinstveni ugovor o radu, kojega Svjetska banka glede restrukturiranja tržišta rada predlaže svim zemljama kojima se obraća u svojim dokumentima.

tijeku sve veća erozija europskog socijalnog modela, a kao protuteža morat će se pronaći „amortizeri“ kako na tržištu rada, tako i u socijalnoj sferi.

7. ZAKLJUČAK

Ako u Hrvatskoj želimo fleksibilnost, dereguliranje tržišta rada koje vodi fleksigurnosti moramo postaviti pitanje koje su postavili G. Esping-Andersen i M. Regini: *Zašto deregulirati tržišta rada?* U ovome radu pokušali smo odgovoriti je li rješenje stvaranje snažne koordinacije i stvaranje konsenzusa. U dijelu rada u kojem se daje pregled hrvatskoga tržišta rada te ukazuje na nužnost promjena navedene su prepreke koje su razvidne na hrvatskom tržištu rada, a odnose se na: kolektivno pregovaranje, tripartitne sporazume, zaštitu zaposlenja, uređivanje plaće, radne sporove, sustav osiguranja za slučaj nezaposlenosti, aktivnu politiku tržišta rada. Iz svih dosadašnjih analiza očigledno je kako postoje dvije mogućnosti. Veća fleksibilnost tržišta rada, odnosno instituta tržišta rada i njihovih reformi u pojedinim državama članicama EU-a utječe na smanjenje nezaposlenosti uzrokovane ekonomskim krizama, pri čemu postupno uvođenje reformi ima manje pozitivne učinke na zaposlenost, nego jednokratne, cjelovite strukturne reforme.

Fleksibilnost, dereguliranje i fleksigurnost nisu čarobni štapić ni jedino moguće rješenje za sve države. Hrvatska mora pronaći vlastiti smjer i razviti hrvatski model ili modele. Iskustva drugih zemalja mogu pomoći, ali recept trebamo osmisliti sami. U predstojećim reformama valjalo bi posebnu pozornost posvetiti kratkoročnim i dugoročnim mjerama, vodeći računa o hrvatskoj pravnoj kulturi, ali i fragilnosti društvenih odnosa, socijalnoj osjetljivosti vezano uz te reforme. Započeta reforma obrazovanja znači dugoročne rezultate, međutim prvi pozitivni učinci aktivnog tržišta rada mogu se očekivati tek za tri i četiri godine, dok će programi osposobljavanja u školama i na radnim mjestima početi pokazivati pozitivne pomake nakon nekoliko godina.

Rigidnost tržišta rada utječe na nezaposlenost, posebice mladih radnika, što je razvidno iz analiza većina zemalja članica. Mogu li djelomične reforme postići rezultate veoma je diskutabilno. Čini se da će samo sveobuhvatne, strukturne reforme omogućiti dereguliranje tržišta rada, ali i zajamčiti fleksigurnost.

Kao što je u radu analizirano, njemački „novi model“ izvlači najbolje iz postojećeg institucionalnog okvira. Tržišni akteri primjenjuju zakonodavstvo na način da ga prilagođavaju pravilima tržišta rada. S druge strane, vidljiva je usklađenost takvog sustava s ekonomskim okruženjem. Razvidno je da je u okviru reforme Hartz IV. i sličnih pratećih reformi zaposlenost došla na rekordno visoku razinu nakon Drugog svjetskog rata. Iako nije idealna, omogućila je ekonomski prosperitet Njemačke i vidljivo povećanje zaposlenosti, zapravo najveću zaposlenost u vremenima krize među državama članicama EU-a. To govori o prilog tvrdnji kako strukturne reforme nemaju alternativu, bez obzira što u početku nemaju potporu široke javnosti.

Nema alternative ni socijalni dijalog na čiju važnost u Njemačkoj, ali i drugim zemljama ukazuju i analize komparativnog prava.

Valja upozoriti na još jednu činjenicu, da deregulatorne mjere u Njemačkoj imaju ograničeni doseg te su prilagođene postojećoj temeljnoj strukturi radnoga prava. Jedno od objašnjenja leži upravo u jakoj autonomiji radnoga prava te, posljedično, izmijenjenom tradicionalnom odnosu između prava i politike. Radno pravo više nije subordinirana sfera s isključivo izvršnim ovlastima. Sadržaj reformi radnoga prava u velikoj je mjeri oblikovan pod utjecajem sudske prakse, kolektivnih ugovora i pravne teorije.

Autorice u radu analiziraju trendove fleksigurnosti, „stanje fleksigurnosti“ odnosno promjene na tržištima rada država članica EU-a. Rasprave koje se već dugo vode o gospodarskom stanju u državama članicama EU-a polaze od analize odnosa fleksibilnosti i sigurnosti u okviru tržišta rada. Države članice EU-a razvile su vlastite modele koji se mogu promatrati kao skup određenih pravnih instituta. Ocjena uspješnosti određenog modela temelj je za ocjenu uspješnosti teorija tržišta rada inkorporiranih u odnosni model.

Razvidno je kako je višerazinski vladavinski model djelomično integriran u pravne poretke, uz jamstvo suradnje poluautonomnih političkih i administrativnih institucija. Novi vladavinski model zamišljen je kao koncept, zapravo odnos između sustava vladavine, svih dionika društva i tržišnih procesa kojim bi se mogla restrukturirati ili/i prevladati dihotomija država – tržište.

Deliberativna refleksivna poliarhija i *soft law* omogućavaju i stvaraju otvorene metode koordinacije, koje je Europska unija promovirala kao mogući instrument deregulacije tržišta rada, koja vodi fleksigurnosti. Očigledno je kako otvorene metode koordinacije ukazuju na participativnu, inkluzivnu prirodu tržišta rada te su postale sredstvo definiranja zajedničkih europskih ciljeva, stvaranja kvantitativnih i kvalitativnih indikatora, *benchmarkinga* i najboljih praksi glede tržišta rada. Kao i na europskoj razini tako i na nacionalnoj razini država članica EU-a, pa tako i Hrvatskoj, potreban je monitoring, stalno vrednovanje i *peer-review* i mogućnost, koristeći *soft law*, brzih i strelovitih prilagodbi radnopravne regulative tehničkim i tehnološkim promjenama. Time će europska gospodarstva, pa tako i hrvatsko, moći biti sposobni i kompetitivni igrači na svjetskom globaliziranom tržištu.

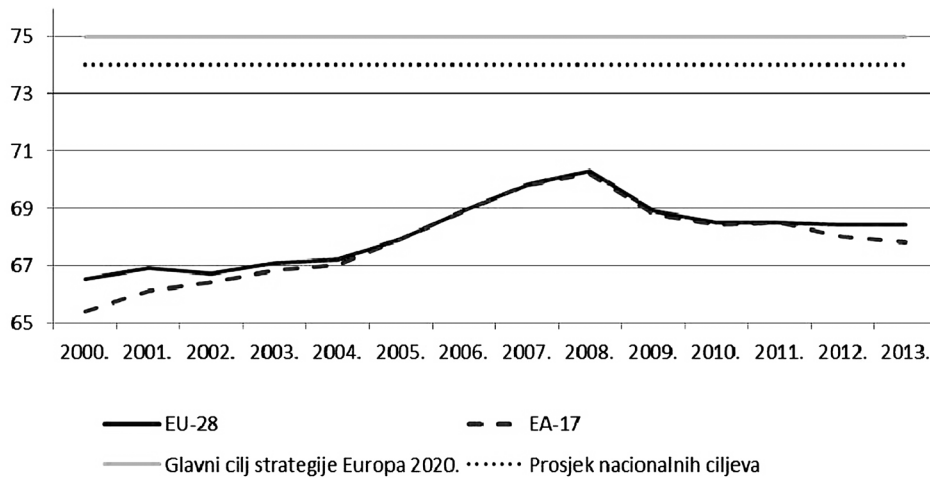
Navedeni pokazatelji tržišta rada i zaposlenosti u Republici Hrvatskoj (fleksigurnost općenito i fleksigurnost tržišta rada; kolektivno pregovaranje; zaštita zaposlenja; aktivna politika tržišta rada; politika plaća i sudska zaštita u radnim sporovima, preferirajući specijalizirane sudove, arbitraže i mirenje), bit će u središtu reformi *de lege ferenda* koje smo naprijed analizirali kao moguće, uz primjenu *soft lawa* i OMK kao (novih) instrumenata njihova osuvremenjivanja.

Prilozi**Tablica 1: Kretanje ukupne stope nezaposlenosti u državama članicama EU 2005.-2015. (u %)**

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
EU (28 zemalja)	9	8.2	7.2	7	9	9.6	9.7	10.5	10.9	10.2	9.4
EU (27 zemalja)	9	8.2	7.2	7	9	9.6	9.6		10.8	10.2	9.4
Europodručje (19 zemalja)	9.1	8.4	7.5	7.6	9.6	10.2	10.2	11.4	12	11.6	10.9
Europodručje (18 zemalja)	9.1	8.4	7.5	7.6	9.6	10.1	10.1	11.4	12	11.6	10.9
Europodručje (17 zemalja)	9.1	8.4	7.5	7.6	9.5	10.1	10.1	11.3	12	11.6	10.9
Belgija	8.5	8.3	7.5	7	7.9	8.3	7.2	7.6	8.4	8.5	8.3
Bugarska	10.1	9	6.9	5.6	6.8	10.3 ⁽⁰⁾	11.3	12.3	13	11.4	9.4
Češka	7.9	7.1	5.3	4.4	6.7	7.3	6.7	7	7	6.1	5.1
Danska	4.8	3.9 ⁽⁰⁾	3.8	3.4	6	7.5	7.6	7.5	7	6.6	6.2
Njemačka	11.2 ⁽⁰⁾	10.1	8.5	7.4	7.6	7	5.8	5.4	5.2	5	4.6
Estonija	8	5.9	4.6	5.5 ⁽⁰⁾	13.5	16.7	12.3	10	8.6	7.4	:
Irska	4.4	4.5	4.7	6.4	12	13.9	14.7	14.7	13.1	11.3	9.4
Grčka	10	9	8.4	7.8	9.6	12.7	17.9	24.5	27.5	26.5	24.9
Španjolska	9.2	8.5	8.2	11.3	17.9	19.9	21.4	24.8	26.1	24.5	22.1
Francuska	8.9	8.8	8	7.4	9.1	9.3	9.2	9.8	10.3	10.3	10.4
Hrvatska	13	11.6 ⁽⁰⁾	9.9	8.6	9.2	11.7	13.7	16	17.3	17.3	16.6
Italija	7.7	6.8	6.1	6.7	7.7	8.4	8.4	10.7	12.1	12.7	:
Cipar	5.3	4.6	3.9	3.7	5.4	6.3	7.9	11.9	15.9	16.1	15.6
Latvija	10	7	6.1	7.7	17.5	19.5	16.2	15	11.9	10.8	9.9
Litva	8.3	5.8	4.3	5.8	13.8	17.8	15.4	13.4	11.8	10.7	9.1
Luksemburg	4.6	4.6 ⁽⁰⁾	4.2	4.9	5.1	4.6	4.8	5.1	5.9	6	6.1
Mađarska	7.2	7.5	7.4	7.8 ⁽⁰⁾	10	11.2	11	11	10.2	7.7	6.8
Malta	6.9	6.8	6.5	6	6.9	6.9	6.4	6.3	6.4	5.8	5.3
Nizozemska	5.9	5	4.2	3.7	4.4	5	5	5.8	7.3	7.4	6.9
Austrija	5.6	5.3	4.9	4.1	5.3	4.8	4.6	4.9	5.4	5.6	:
Poljska	17.9	13.9	9.6	7.1	8.1 ⁽⁰⁾	9.7	9.7	10.1	10.3	9	7.5
Portugal	8.8 ^(e)	8.9 ^(e)	9.1 ^(e)	8.8 ^(e)	10.7 ^(e)	12 ^(e)	12.9	15.8	16.4	14.1	12.6
Rumunjska	7.1	7.2	6.4	5.6	6.5	7	7.2	6.8	7.1	6.8	6.8
Slovenija	6.5	6	4.9	4.4	5.9	7.3	8.2	8.9	10.1	9.7	9.1
Slovačka	16.4	13.5	11.2	9.6	12.1	14.5	13.7 ⁽⁰⁾	14	14.2	13.2	11.5
Finska	8.4	7.7	6.9	6.4	8.2	8.4	7.8	7.7	8.2	8.7	9.4
Švedska	7.7	7.1	6.1	6.2	8.3	8.6	7.8	8	8	7.9	7.4
V. Britanija	4.8	5.4	5.3	5.6	7.6	7.8	8.1	7.9	7.6	6.1	5.3
Island	2.6	2.9	2.3	3	7.2	7.6	7.1	6	5.4	5	4
Norveška	4.5	3.4 ^(b)	2.5	2.5	3.2	3.6	3.3	3.2	3.5	3.5	4.4
Švicarska	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Turska	9.5	9	9.1 ^(b)	10	13	11.1	9.1	8.4	9	9.9	:
SAD	5.1	4.6	4.6	5.8	9.3	9.6	8.9	8.1	7.4	6.2	5.3
Japan	4.4	4.1	3.8	4	5.1	5	4.6 ^(b)	4.3	4	3.6	3.4

Izvor: Eurostat (podaci ažurirani 16.3.2016.), http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/web/_download/Eurostat_Table_tsdec450HTMLNoDesc_50485cea-a6c0-4ac6-8367-8e3aa4f79894.htm, 24.3.2016.

Tablica 2: *Kretanje stopa zaposlenosti u EU-28 i europodručju u odnosu na ciljeve strategije Europa 2020. (dobna skupina od 20 do 64 godine)*



Izvor: Eurostat (LFS) i ciljevi strategije Europa 2020.

Summary

FLEXICURITY AND (DE)REGULATION OF THE LABOUR MARKET

This paper deals with the employment relations and labour market in the context of flexicurity. The authors analyse a new mode of governance, namely *soft law*, open methods of coordination, European social model, inclusive market, as concepts which are interwoven with flexicurity, employment relations and labour market. The authors take a closer look at the latter concepts' characteristics and impact on the supranational regulation, while juxtaposing regulations of other legal systems with the Croatian regulation. New forms of employment are analysed too (concerning working time, agency work, mini-jobs). This part of the paper is dedicated to the (de)regulation of the labour market, new models of employment, as well as flexicurity and the Croatian labour market *de lege lata*, with the proposals *de lege ferenda*.

Key words: *flexicurity, labour market, employment relations, (de)regulation of the labour market, European Union, Croatian labour market, new forms of employment.*

Zusammenfassung

FLEXICURITY UND ARBEITSMARKT(DE)REGULIERUNG

Die vorliegende Arbeit untersucht Arbeitsverhältnisse und Arbeitsmarkt im Kontext der Flexicurity. Der Schwerpunkt liegt auf den neuen Regulierungsmethoden wie *soft law*, offene Methoden der Koordinierung, europäisches Sozialmodell und Inklusivität als Begriffe, die in engster Verbindung zu Flexicurity, Arbeitsverhältnissen und Arbeitsmarkt stehen und deren Merkmale und Einfluss auf die supranationale Regulative unter die Lupe genommen werden. Zugleich werden rechtsvergleichende und kroatische Lösungen veranschaulicht. Darüber hinaus analysieren die Autorinnen neue Institute des Arbeitsmarktes (neue Arbeitszeitformen, Agenturarbeit, Mini-Jobs). Schließlich folgt eine Betrachtung der (De)Regulierung vom Arbeitsmarkt, neuer Beschäftigungsmodellen und Flexicurity im Zusammenhang mit dem kroatischen Arbeitsmarkt *de lege lata* und es werden Vorschläge *de lege ferenda* gemacht.

Schlüsselwörter: *Flexicurity, Arbeitsmarkt, Arbeitsverhältnisse, Arbeitsmarkt(de)regulierung, Europäische Union, kroatischer Arbeitsmarkt, neue Beschäftigungsformen.*

Riassunto

FLESSICUREZZA E (DE)REGOLAMENTAZIONE DEL MERCATO DEL LAVORO

Costituiscono l'oggetto del presente lavoro i rapporti di lavoro ed il mercato del lavoro nel contesto della flessicurezza. Nel lavoro si analizza il nuovo modello di *governance*, il *soft law*, i metodi aperti di coordinamento, il modello sociale europeo, l'inclusione; tutte le categorie che sono strettamente collegate alla flessicurezza, ai rapporti di lavoro ed al mercato del lavoro. S'indaga circa le loro caratteristiche e l'influenza sulla disciplina sopranazionale e sulle soluzioni giuridiche comparata e croata. Altresi si disaminano alcuni nuovi istituti del mercato del lavoro (nuove forme di regolamentazione dell'orario di lavoro, lavoro in agenzia, *mini-jobs*). Una particolare parte del lavoro è rappresentata dalla ricerca condotta con riguardo alla (de)regolamentazione del mercato del lavoro, dei nuovi modelli d'occupazione, come pure della flessicurezza e del mercato del lavoro croato *de lege lata*, offrendo all'uopo proposte *de lege ferenda*.

Parole chiave: *flessicurezza, mercato del lavoro, rapporti di lavoro, (de) regolamentazione del mercato del lavoro, unione Europea, mercato del lavoro croato, nuove forme d'occupazione.*

NEKE DVOJBE U PRIMJENI ZAKONA O NAKNADI ZA IMOVINU ODUZETU ZA VRIJEME JUGOSLAVENSKE KOMUNISTIČKE VLADAVINE

**- Pravna narav roka za pokretanje postupka / odnos prema Ugovoru
Republike Hrvatske i Svete Stolice o gospodarskim pitanjima -**

Dr. sc. Marko Babić, sudac Ustavnog suda RH
Docent Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu
Dr. sc. Eduard Kunštek, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK 347.232.1
Ur.: 10. ožujka 2016.
Pr.: 29. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira samo dio problema koji su se pojavili u primjeni Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine te Ugovora o gospodarskim pitanjima sklopljenog između Republike Hrvatske i Svete Stolice. Čini se da je spor o pravnoj prirodi roka za pokretanje postupka prema navedenom i drugim zakonima, barem kad je u pitanju judikatura, riješen odlukom Ustavnog suda u predmetu U-III-5694/13 od 1. ožujka 2016. To se ne može kazati za dvojbe koje postoje u svezi s primjenom tog Zakona i njegovim odnosom prema Ugovoru sa Svetom Stolicom. U radu su se iznijeli i analizirali suprotstavljeni argumenti za različita stajališta glede najvažnijih pitanja unutar polja primjene tih pravnih propisa, koji su jednako opravdani i uvjerljivi. Stoga autori preporučuju da ugovorne strane i/ili mješovito povjerenstvo iz toga Ugovora iskoriste svoje ovlasti i urede odnose Svete Stolice i Republike Hrvatske na jasan i nedvosmislen način.

Ključne riječi: *naknada za oduzetu imovinu, rok za pokretanje postupka, Sveta Stolica.*

UVOD

Primjena Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (dalje: Zakon o naknadi ili ZON)¹ izazvala je niz dvojbi

1 Narodne novine, 92/96., 39/99., 42/99., 92/99., 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., 80/02., 81/02.

koje su još uvijek predmet brojnih rasprava u hrvatskoj doktrini i judikaturi.² Ovaj rad predstavlja doprinos tim raspravama u svezi s dva problemska pitanja. Ona se odnose na:

- pravnu narav roka za podnošenje zahtjeva za naknadu i pravila o njegovu održanju koja bi trebalo primijeniti za slučaj da on pada u neradni dan – u svezi s čime su autori ovoga rada prethodno napisali prilog za XXI. Savjetovanje „Petar Simonetti“ (2015.), pri čemu se nisu posebno osvrnuli na pravnu narav samih rokova, već na prijedor koji postoji glede primjene pravila o njihovu održanju³ i
- učinke međunarodnih ugovora na primjenu Zakona o naknadi, a napose na onaj kojega je Republike Hrvatska sklopila sa Svetom Stolicom u svezi s gospodarskim pitanjima (dalje Ugovor o gospodarskim pitanjima ili Ugovor).⁴

I.

Kad je u pitanju pravna narav roka za pokretanje postupka prema ZON-u, dio judikature i doktrine zastupa stajalište prema kojemu je on materijalnopравни rok – pri čemu se posebno apostrofiraju okolnost da je njegovim odredbama, istina ne sasvim dosljedno imajući u vidu njegovo polje primjene *ratione personae*, izričajem propisano kako se propuštanjem tog roka „gube sva prava“ koja proizlaze iz navedenoga propisa.⁵ Ono proizlazi iz uobičajenog poimanja materijalnopravnog

2 V. Karlović – Đurović, Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine – praksa Upravnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 2008.; Gagro, Praksa Upravnog suda Republike Hrvatske i neke dvojbe u primjeni Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Pravo u gospodarstvu, 2003., 6.; Crnić, J., O nekim spornim pitanjima iz zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine Informator, 1997., 4475.; Crnić, J., O nekim spornim pitanjima o povratu, odnosno naknadi za konfisciranu imovinu, Informator, 2002. i 2003., 5092. - 5095, Golubić-Munjaković, Neke dvojbe u primjeni Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, 1998, 4650.; Golubić-Munjaković, Pravni režim oduzetoga poljoprivrednog zemljišta u kontekstu Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, a vezano uz Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Informator, 1997., 4542. itd.

3 V. Babić, Kunštek, Rok za pokretanje postupka – prijedor o njegovu računanju, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36., 2015.

4 Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima od 9. listopada 1998. V. Zakon o potvrđivanju Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 18/98.). Ugovor je stupio na snagu 14. prosinca iste godine. V. Objavu o stupanju na snagu Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 13/03.).

5 V. članke 65. ZON/96 i 7. ZON/02. Kad je u pitanju ZON/02 to ne bi bila točna tvrdnja, budući da on ne propisuje „gubitak svih prava“, već se ovaj zaključak u judikaturi izvodi iz okolnosti da bi domaći državljani i stranci trebali imati jednak položaj prema zakonu „pa kad

roka kao onoga o kojemu ovisi nastupanje učinaka propisanih materijalno-pravnim propisima (nastanak, prestanak ili preinaka nekog prava).

Takvom stajalištu može se utemeljeno prigovoriti, s obzirom na to da rok za pokretanje bilo kojeg postupka, pa i postupka prema ZON-u, predstavlja rok unutar kojega se može poduzeti određena (procesna) radnja usmjerena na ostvarenje prava koje proizlazi iz materijalno-pravnog propisa (prava na naknadu za oduzetu imovinu), a koje stranka u tom trenutku nema – budući da će ono kao subjektivno pravo (eventualno) nastati tek nakon donošenja odluke u tom postupku. Ovo osobito zbog toga jer postoji suglasnost u svezi s time da pravna narav roka ne ovisi o tome u kojem je propisu rok propisan (materijalnom ili procesnom), već o naravi prava s kojim je povezan.⁶

U tom smislu rok za pokretanje postupka može se smatrati procesno-pravnim – budući da je on povezan sa subjektivnim pravom poduzimanja određene postupovne radnje, a ne sa samim pravom koje bi u tom postupku stranka namjeravala ostvariti.⁷ U judikaturi se ovo stajalište sve više prihvaća.⁸

je tako propisano za domaće državljane, isto treba vrijediti i glede stranaca“.

V. presudu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske Uss-6/2012-5 od 13. rujna 2012.:

„Pri tome Sud ne nalazi odlučnim što je u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona izostala odredba kojom se kao pravna posljedica podnošenja nepravodobnog zahtjeva po to zakonu, određuje gubitak prava. Taj je zakon, naime, donesen u izvršenju odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-673/1996 i dr. od 21. travnja 1999., kojom je ukinuta odredba članka 65. stavka 4. Zakona o naknadi o posljedicama propuštanja roka ukoliko se odnose na prijašnjeg vlasnika - stranu fizičku osobu. Međutim, uvažavajući okolnost da je gubitak prava kao posljedica nepravodobnog podnošenja zahtjeva, propisan za hrvatske državljane, Sud je cjelovitim tumačenjem odredbi Zakona o naknadi shvaćanja da ista posljedica mora nastupiti i u slučaju kad zahtjev nepravodobno podnesu kategorije građana određene člankom 7. stavkom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona. Drukčije tumačenje odredbe članka 7. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona dovelo bi do neravnopravnosti hrvatskih državljana i stranih državljana i njihove nejednakosti pred zakonom, što je protivno odredbi članka 14. stavka 2. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 56/90., 8/98. - proć. tekst., 28/01., 41/01. - proć. tekst, 55/01.- ispr. i 85/10. - proć. tekst); kao i do diskriminacije hrvatskih državljana, što je protivno članku 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99., 8/99., 14/02., 9/05., 14/02., 13/03., 1/06 i 2/10.) u svezi sa zaštitom vlasništva zajamčene člankom 1. Protokola 1 uz tu Konvenciju.“

6 V. Dika, Parnične radnje, Zagreb, 2008., str. 54.

7 V. o tome više u Babić, Kunštek, op. cit., 425. *et seq.*

8 *Ibid.*, str. 429. i 431. V. odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) U-III-675/2009 od 8. veljače 2012.:

„Zadnji dan roka za podnošenje predmetne tužbe podnositeljici je isticao 21. svibnja 2006. Uvidom u kalendar za 2006. godinu (mjeseci travanj i svibanj) Ustavni sud je utvrdio kako je 21. svibanj 2006. bila nedjelja. Zadnji dan roka trebao se stoga (u smislu članka 112. stavka 4. ZPP-a) računati prvi sljedeći radni dan, dakle 22. svibnja 2006....“

V. i odluku U-III-4117/2003 od 20. svibnja 2004.:

„Na temelju navedenih činjenica, ovaj Sud utvrđuje da je u konkretnom slučaju zadnji dan roka za podnošenje tužbe podnositeljice padao u neradni dan Upravnog suda Republike Hrvatske pa se taj rok, sukladno mjerodavnim odredbama Zakona o parničnom postupku, morao produžiti na prvi sljedeći radni dan, a to je bio ponedjeljak 18. studenoga 2002. godine.....“

Inače, razlikovanje procesnopravnih i materijalnih rokova, vezano uz pravila o njihovu održanju ako zadnji dan roka pada u neradni dan, nema praktičnog značenja budući da za i jedne i druge vrijede ista pravila – istina sadržana u različitim propisima.⁹ Ova napomena vrijedi i za računanje rokova u pravu Europske unije - ako u obzir dolazi primjena njenog posebnog propisa koji se odnosi na ovu problematiku.¹⁰

Zbog navedenoga, posebno interesantnom ukazuje se recentna odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske koji se izričajem opredijelio za stajalište prema kojemu je rok za pokretanje postupka prema ZON-u procesnopravni rok.¹¹ Time je, barem u judikaturi, navedena dvojba riješena. U njoj se posebno ističe:

Ustavni sud utvrđuje sljedeća načelna pravna stajališta:

- i u članku 65. ZoNak-a/96 i u članku 7. ZID-a ZoNak-a/02 riječ je o tipičnom i uobičajenom procesnopravnom roku u upravnom pravu prekluzivnog karaktera, koji dovodi do prestanka procesnog ovlaštenja za pokretanje upravnog postupka zbog propuštanja roka za podnošenje zahtjeva za priznavanje prava na naknadu za oduzetu imovinu;
- na računanje isteka roka za podnošenje zahtjeva za priznavanje prava na naknadu za oduzetu imovinu u smislu članka 65. ZoNak-a/96 i članka 7. ZID-a ZoNak-a/02 primjenjuje se članak 101. stavak 2. ZUP-a/91 (članak 81. stavak 2. ZUP-a/09).¹²

Iz navedenoga proizlazi da je Ustavni sud promijenio svoje ranije stajalište, odnosno kako smatra da je neprihvatljivo da se navedeni rok smatra rokom materijalnopravne naravi, što se u spomenutoj odluci posebno i navodi.¹³ U njoj se ističe

Tako i Vrhovni sud Republike Hrvatske (Rev - 930/11-2 od 11. prosinca 2013.):

„Prema shvaćanju revizijskog suda rok za podnošenje tužbe zbog smetanja posjeda (subjektivni od 30 dana od saznanja za čin smetanja i počinitelja i objektivni od godine dana od počinjenog smetanja) je procesne naravi, budući je posljedica da tužba nije podnesena u roku odbačaj tužbe, a ne odbijanje tužbenog zahtjeva. Istina je da su navedeni rokovi smješteni u materijalni propis čl. 21. st. 3. ZV, no time rok za podnošenje tužbe, odnosno za traženje sudske zaštite nije postao materijalnopravni rok....“

9 *Ibid.*, str. 430.

10 V. Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits [Uredba Vijeća (EEZ, Euroatom) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju na razdoblja, datume i rokove], članak 2. stavak 4.:

Where the last day of a period expressed otherwise than in hours is a public holiday, Sunday or Saturday, the period shall end with the expiry of the last hour of the following working day (Kada je posljednji dan razdoblja koje se izražava na drugi način osim u satima blagdan, subota ili nedjelja, razdoblje završava istekom posljednjeg sata sljedećeg radnog dana).

11 U-III -5694/13 od 1. ožujka 2016.

12 Točka 46.

13 V. točku 36: “...u nastavku se obrazlažu razlozi zbog kojih je Ustavni sud, vodeći se razlozima pravne sigurnosti, ocijenio nužnim promijeniti svoj ocjenu da je ustavnopravno prihvatljivo pravno shvaćanje VUSRH-a prema kojem je rok za podnošenje zahtjeva za priznavanje prava na naknadu za oduzetu imovinu materijalnopravne prirode...”

da narav roka iz članka 65. ZON/96 ne determinira to što se u njemu predviđa „gubitak svih prava“ iz tog propisa u slučaju njegova propuštanja. Možemo ovome dodati i kako članak 7. ZON/02 čak i ne predviđa takvu posljedicu, što se teško može smatrati redakcijskom pogreškom.¹⁴

...dio odredbe o “gubitku svih prava” podnositelja zahtjeva uslijed propuštanja tog roka mora se tumačiti smisleno, u skladu s načelom pravne konzistentnosti i služeći se argumentom zdravog razuma.

Protumači li se na taj način, onda dio odredbe o “gubitku svih prava” iz Zakona o naknadi nikako ne može dovesti do prekvalifikacije klasičnog procesnopravnog roka za podnošenje zahtjeva u materijalnopravni jer prava o kojima je riječ još nisu ni stečena pa se ne mogu ni “izgubiti“. Štoviše, ta se prava ne stječu ni samim činom podnošenja zahtjeva u propisanom roku. Ona se mogu steći samo upravnim aktom koji se donosi u upravnom postupku u kojem se apstraktna pravna norma konkretizira na pojedinačni slučaj.¹⁵

U odluci se dodatno navodi:

Proizlazi da je jedini relevantni dio članka 65. stavka 4. ZoNak-a/96 onaj o odbacivanju zahtjeva uslijed propuštanja roka za njegovo podnošenje. S obzirom da podnositelj zahtjeva još nema nikakva prava iz Zakona o naknadi, dijelu odredbe koji govori da će se zahtjev odbaciti “pa podnositelj gubi sva prava iz ovoga Zakona” ne može se davati pravno značenje koje on nema.

Pri tumačenju tog dijela odredbe mora se poći od uobičajenih pravnih posljedica koje propuštanje procesnopravnog roka ima za podnositelja: on gubi sva procesna ovlaštenja za pokretanje upravnog postupka. Taj gubitak onda praktički dovodi do nemogućnosti ostvarenja subjektivnog prava koje bi stranka ostvarila u upravnom postupku da je zahtjev podnijela u roku (pod uvjetom da ispunjava zakonske uvjete za priznavanje materijalnog prava)..... Nitko od prijašnjih vlasnika još nije stekao pravo na povrat ili naknadu po odredbama tog zakona. Člankom 7. stavkom 1. ZID-a ZoNak-a/02 tek im je otvorena pravna mogućnost da u (procesnopravnom) roku podnesu zahtjev za priznavanje prava.¹⁶

U svezi s ovime, a imajući u vidu da je zbog ovakvog stajališta odbačen veći broj zahtjeva za naknadu koji su podneseni 7. siječnja 2003. Ustavni sud je u točki IV. odlučio:

Na temelju članka 31. stavaka 4. i 5. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (“Narodne novine” broj 99/99., 29/02., 49/02.) Ustavni sud povjerava provedbu ove odluke nadležnim upravnim tijelima i upravnim sudovima te određuje:

14 V. bilješku *supra* 5.

15 Točka 38.

16 Točka 39.

svi zahtjevi za priznavanje prava na naknadu za oduzetu imovinu podneseni nadležnom upravnom tijelu 7. siječnja 2003. na temelju članka 7. stavka 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ("Narodne novine" broj 80/02., 81/02. - ispravak) bili su pravodobni, pa adresati koji su ih podnijeli 7. siječnja 2003., ali su im zahtjevi odbačeni zbog nepravodobnosti, mogu ponovo podnijeti isti zahtjev u roku od šest mjeseci računajući od prvog sljedećeg dana nakon objave ove odluke u "Narodnim novinama".

II.

Kad je u pitanju Ugovor o gospodarskim pitanjima, izvjesno je kako on sadrži odredbe koje bi trebale utjecati na apsolutnu (ne)nadležnost tijela koja prema ZON-u inače donose odluke u predmetima naknade za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.¹⁷

Naime, taj međunarodni ugovor predviđa posebno tijelo/tijela koja bi bila nadležna za donošenje odluka u ovim predmetima – kad su u pitanju pravne osobe Katoličke Crkve. Međutim, čini se kako se iz postupanja upravnih tijela Republike Hrvatske, ali i pravnih osoba Katoličke Crkve može zaključiti da one ove odredbe ne uzimaju u obzir. Stoga će se u nastavku analizirati moguće posljedice takve prakse.

Iz odredbe članka 10. stavka 1. ZON-a moglo bi se zaključiti kako se on *ratione personae* ne primjenjuje na one osobe čije je pravo na naknadu za oduzetu imovinu uređeno međunarodnim ugovorom koji obvezuje Republiku Hrvatsku.¹⁸ Njegova bi primjena u odnosu na ove osobe bila moguća samo ako to izričito propisuje međunarodni ugovor.¹⁹

Opći režim naknade za oduzetu imovinu, dakle onaj koji uređuje ZON, glede nadležnosti za postupanje u tim stvarima predviđa „nadležnu službu“ onog ureda državne uprave u županiji na čijem se području nalazi imovina koja je predmet naknade.²⁰ Navedeno tijelo postupa po pravilima koja predviđa ZON, te podredno prema pravilima "starog" Zakona o općem upravnom postupku (dalje: „stari“

17 V. Staničić, Pitanje povrata imovine oduzete Katoličkoj Crkvi i problema tumačenja Ugovora o pravnim pitanjima između Republike Hrvatske i Svete Stolice, Informator, 6362 od 20. travnja 2015.

18 „Prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumima.“

19 V. odredbu članka 10. stavka 2.: „Iznimno od odredbe stavka 1. ovoga članka, prava propisana ovim Zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumima.“

20 Članak 64. stavak 2:

„Zahtjev se podnosi nadležnoj službi ureda državne uprave prema mjestu gdje se nalazi imovina koja je predmet naknade.“

ZUP).²¹ Ovo zbog toga što su svi postupci prema ZON-u pokrenuti u vrijeme važenja toga Zakona te s obzirom na prijelazne odredbe “novoga” Zakona o općem upravnom postupku.²²

S druge, strane, Ugovor o gospodarskim pitanjima sadrži odredbe iz kojih bi se trebalo zaključiti da bi za donošenje odluka o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, ovisno o tome u kakvom se obliku daje naknada, bila nadležna neka druga tijela. U tom smislu relevantne su njegove sljedeće odredbe:

Članak 3.

Republika Hrvatska se obvezuje da će Katoličkoj Crkvi, u razumnom roku, vratiti u naravi imovinu koju je moguće vratiti prema zakonskim odredbama.

U roku od šest mjeseci po stupanju na snagu ovoga Ugovora, mješovito povjerenstvo - sastavljeno od jednakog broja predstavnika Vlade Republike Hrvatske i Hrvatske biskupske konferencije - priredit će popis imovine koja će biti vraćena, s naznakom roka povratka.

Članak 4.

Republika Hrvatska, u dogovoru s mjerodavnim vlastima Katoličke Crkve i u skladu sa zakonskim odredbama, izvršit će prikladnu zamjenu za dio dobara koji nije u stanju vratiti Katoličkoj Crkvi. Zamjenu dobara i rokove također će utvrditi mješovito povjerenstvo u roku od godine dana od stupanja na snagu ovoga Ugovora.

Članak 5.

Republika Hrvatska će pravnim osobama Katoličke Crkve od godine 2000., kao naknadu za oduzeta dobra koja nije moguće vratiti, isplaćivati primjerenu novčanu naknadu u četiri godišnja obroka.

Ukupan iznos naknade za oduzetu imovinu, koja će se isplaćivati u novcu, utvrdit će crkveno-državno povjerenstvo stručnjaka na temelju procjene vrijednosti tih dobara, a u skladu sa zakonskim odredbama, najkasnije u roku od jedne godine od stupanja na snagu ovoga Ugovora.

Mjerodavno tijelo Republike Hrvatske isplaćivat će Katoličkoj Crkvi novčani iznos svaka tri mjeseca na račun Središnjega fonda Hrvatske biskupske konferencije za crkvene ustanove. Središnji fond će dospjeli iznos dostavljati (nad) biskupijama te ustanovama posvećenog života i družbama apostolskog života, na temelju vrijednosti oduzete imovine.

Očigledno je kako prethodno navedene odredbe nisu dostatno jasne. Tako se, primjerice postavlja pitanje je li, unatoč njihovoj postojanju, moguća primjena ZON-a općenito, pa i glede nadležnosti tijela za vođenje postupka i donošenje odluka? Dodatno, budući da iz Ugovora o gospodarskim pitanjima proizlazi

21 V. članak 68.:

„Postupak naknade za oduzetu imovinu provodi se po odredbama Zakona o općem upravnom postupku (“Narodne novine”, br. 53/91.), ako ovim Zakonom nije drukčije propisano.“

22 Narodne novine, 47/09. V. članak 168.:

„Postupci započeti do stupanja na snagu ovoga Zakona nastaviti će se i dovršiti prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku (»Narodne novine«, br. 53/91. i 103/96.).“

kako su njegovi izvornici oba teksta, onaj na hrvatskom i onaj talijanskom jeziku – moguće su i jezične dvojbe.²³ Također, notorno je kako ugovorne strane nisu postupile sukladno članku 3. unutar roka koji je u njemu određen. Znači li to, da nakon njegova proteka roka ne postoji nadležnost mješovitog povjerenstva da “priredi” popis imovine glede koje će se primjenjivati temeljno pravilo o naturalnoj restituciji? Valja zapaziti i kako iz članka 4. *prima facie* ne proizlazi postojanje nadležnosti “mješovitog povjerenstva”, već potreba postizanja dodatnog sporazuma između u njemu navedenih (odredivih) tijela glede oduzete imovine za koju nije moguće primijeniti pravilo o naturalnoj restituciji – u slučajevima kad bi se naknada davala prijenosom u vlasništvo neke druge imovine („prikladna zamjena“). Međutim, iz druge rečenice te odredbe trebalo bi zaključiti kako bi ono, u slučaju odsutnosti dogovora, ipak moglo biti nadležno. Dakako, moglo bi se postaviti pitanje postoji li njegova nadležnost nakon proteka roka koji je naveden u toj odredbi. Kad je u pitanju imovina za koju nije moguća niti naturalna restitucija, ni naknada u „zamjenskim dobrima“, predviđeno je kako će se dati naknada u novcu – koja bi trebala biti “primjerena”, o čemu bi odluku trebalo donijeti mješovito crkveno-državno povjerenstvo. Pri tome treba imati u vidu da je ono nadležno samo za određivanje ukupnog iznosa novčane naknade, ali ne i za donošenje odluke o tome je li moguć koji od druga dva oblika naknade – za to izričajem nije određeno niti jedno tijelo. Stoga se, primjerice može pretpostaviti da bi se odluka o naknadi u novcu mogla donijeti uvijek kada ne postoji odluka o kakvom drugom obliku naknade. Dakako, može se smatrati i nešto drugo, napose da je postojanje odluke o nemogućnosti drugih oblika naknade pretpostavka za donošenje odluke o naknadi u novcu. Ovome treba dodati da iz ove odredbe proizlazi kako bi postupanje crkveno-državnog povjerenstva trebalo biti sukladno “zakonskim odredbama”, ali je nejasno odnosi li se taj dio rečenice na “ukupan iznos naknade” ili na “procjenu vrijednosti” oduzete imovine. Dodatno je (donekle) nejasno predstavlja li „crkveno-državno povjerenstvo“ tijelo koje bi bilo različito od „mješovitog povjerenstva“. Trebalo bi kazati i kako izrazi „prikladna zamjena“ (*appropriata sostituzione*) i „primjerena naknada“ (*equo compenso*) koji se koriste u Ugovoru o gospodarskim pitanjima nemaju dostatno jasna značenja – pa su moguća različita tumačenja njihova sadržaja.

U svrhu detaljnije analize ove problematike treba imati u vidu da postoji niz odluka upravnih tijela Republike Hrvatske (rješenja) kojima se, primjerice: **a**) utvrđuje pravo određene pravne osobe Katoličke Crkve na naknadu za oduzetu imovinu,²⁴ **b**) da se oduzeta imovina ne može vratiti u posjed ovlašteniku naknade,²⁵

23 V. napomenu na kraju tekstu Ugovora o gospodarskim pitanjima:
„Potpisano u Zagrebu, 9. listopada 1998., u dva izvorna i podjednako vjerodostojna primjerka na hrvatskom i na talijanskom jeziku.“

24 Na temelju članka 12. stavka 1. ZON-a:
„Pravne osobe, odnosno njihovi pravni sljednici kojima je imovina oduzeta na temelju propisa iz članka 2. te akata i načina propisanih člankom 3. ovoga Zakona imaju pravo na naknadu za oduzetu imovinu samo ako su do donošenja ovoga Zakona na teritoriju Republike Hrvatske održale neprekinuto pravno sljedništvo, obavljale djelatnost i imale sjedište.“

25 Primjerice imajući u vidu odredbe članka 17. stavaka 1. i 5. ZON-a:

c) da će se za oduzetu nekretninu odrediti naknada na temelju Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima te d) kako je obveznik naknade Republika Hrvatska.²⁶ Nadležna upravna tijela (uglavnom) primjenjuju hrvatske nacionalne propise,²⁷ pri čemu ipak (nedostatno) imaju u vidu i odredbe međunarodnog ugovora (Ugovora o gospodarskim pitanjima) koji je po pravnom značenju iznad hrvatskih zakona.²⁸ Primjenom nacionalnih (hrvatskih) propisa određuju svoju nadležnost²⁹ – što se ne može smatrati pravilnim postupanjem, ako se uzmu u obzir odredbe međunarodnog ugovora, ali i odredbe Zakona o općem upravnom postupku o nadležnosti.³⁰ Nadležna upravna tijela u izreci katkad

“Neizgrađeno građevinsko zemljište koje je u društveno vlasništvo preneseno na temelju propisa iz članka 2. te akata i načina propisanih člankom 3. ovoga Zakona i koje je na temelju pravomoćne odluke nadležnoga tijela oduzeto iz posjeda prijašnjih vlasnika ili osobe na koju je pravo prenio prijašnji vlasnik, a kojim općina, odnosno grad do stupanja na snagu ovoga Zakona nije dalje raspolagala ili koje do donošenja ovoga Zakona nije privedeno namjeni, dati će se u vlasništvo prijašnjem vlasniku na njegov zahtjev.

Pod zemljištem privedenim namjeni smatra se ono zemljište na kojem je izgrađen objekt ili su izvedeni znatniji radovi na objektu kao i ono zemljište na kojem je općina, odnosno grad izvršila pripremu za izgradnju.“

- 26 Na temelju prethodno navedenog članka 4. Ugovora o gospodarskim pitanjima. Usp. s člankom 13. ZON-a:

“Obveznik naknade u naravi je fizička ili pravna osoba u čijoj imovini se nalazi imovina koja se na temelju ovoga Zakona daje prijašnjem vlasniku, ako ovim Zakonom za određenu imovinu nije drukčije propisano.

Obveznik naknade u dionicama, odnosno udjelima je Hrvatski fond za privatizaciju, glede naknade za oduzeta poduzeća, te u slučajevima iz članka 44. stavka 3. i članka 53. ovoga Zakona.

Obveznik naknade u novcu i obveznicama Republike Hrvatske je Fond za naknadu oduzete imovine (u daljnjem tekstu: Fond), glede ostale oduzete imovine.“

- 27 U konkretnom slučaju – ZON i Zakon o općem upravnom postupku (Narodne novine, 53/1991. i 103/1996.).

- 28 V. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10., 85/10. – pročišćeni tekst, 5/14), članak 141.:

„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 su 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.“

- 29 Na temelju odredbe članka 69. stavka 1. ZON-a.

Dakako, treba upozoriti i na odredbu članka 24. „staroga“ ZUP-a koja glasi:

„Organ koji je pokrenuo postupak kao mjesno nadležan zadržava nadležnost i kad u toku postupka nastupe okolnosti prema kojima bi bio mjesno nadležan drugi organ. Organ koji je pokrenuo postupak može ustupiti predmet organu koji je prema novim okolnostima postao mjesno nadležan, ako se time znatno olakšava postupak, osobito za stranku.“

- 30 „Stari“ ZUP u svezi s pitanjima nadležnosti sadrži sljedeće odredbe:

Članak 25.

(1) Svaki organ pazi po službenoj dužnosti u toku cijelog postupka na svoju stvarnu i mjesnu nadležnost.

(2) Ako organ nade da nije nadležan za rad u određenoj upravnoj stvari, postupit će na način propisan u članku 66. st. (3) i (4) ovog zakona.

(3) Ako je nenadležni organ izvršio koju radnju postupka, nadležni organ kojem je stvar ustupljena cijelit će da li će koju od tih radnji ponoviti.

posebno navode kako će se naknada za oduzetu imovinu „odrediti na temelju Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima.“ Pri tome posebno ističu kako ne postoji obveza tijela koje je donijelo rješenje „naći zamjensko zemljište, jer zamjenska dobra određuje mješovito povjerenstvo u skladu sa člankom 4. Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske, kojim nije propisana obveza prvostupanjskog tijela da pronalazi ta dobra“ te da će se za imovinu koja se ne može naturalno vratiti naći odgovarajuća zamjena, dok će se za ostalu imovinu isplatiti primjerena naknada (članak 5. stavak 1. Ugovora). Dodatno se apostrofira i kako ne postoji nadležnost upravnog tijela koje je donijelo odluku utvrditi visinu novčane naknade budući da je za to nadležno prethodno spomenuto crkveno-državno povjerenstvo stručnjaka.³¹ Iz takve odluke, ali i iz samoga Ugovora o gospodarskim pitanjima, ne može se sa sigurnošću zaključiti treba li se za oduzetu imovinu, ako naturalna restitucija ne dolazi u obzir, prvenstveno naći odgovarajuća zamjena, a tek ako ni to nije moguće, isplatiti novčana naknada, ili bi povjerenstvo (i koje)³² slobodno moglo birati između ove dvije mogućnosti. Drugim riječima, je li obveza Republike Hrvatske alternativna ili bi se o drugoj alternativni trebalo odlučivati tek ako zamjena nije moguća (dakle, o novčanoj naknadi bi se odlučivalo tek ako se ispuni suspenzivni uvjet – da mješovito povjerenstvo utvrdi kako nije moguće naći odgovarajuću zamjenu). Kad bi relevantni dio odrebe članka 5. tog ugovora glasilo „Republika Hrvatska će pravnim osobama Katoličke Crkve od godine 2000., kao naknadu za oduzeta dobra koja nije moguće vratiti *ili za koja nije moguće naći odgovarajuću zamjenu*, isplaćivati primjerenu novčanu naknadu.....” – situacija bi, glede nastanka obveze isplate novčane naknade, bila daleko jasnija. Ovako proizlazi da su moguće obje inačice – ovisno o tomu što ugovorne strane naknadno dogovore. U odsutnosti takva dogovora, jedna od njih bi mogla smatrati kako obveza na naknadu u novcu nastaje nakon ispunjenja suspenzivnog uvjeta (nakon što mješovito povjerenstvo utvrdi kako odgovarajuću zamjenu u dobrima

Članak 66.

.....

(3) Ako organ nije nadležan za primitak pismenog podneska odnosno priopćenja na zapisnik, službena osoba tog organa upozorit će na to podnosioca i uputiti ga organu nadležnome za primitak. Ako podnosilac i pored toga zahtijeva da se njegov podnesak primi, službena osoba dužna je primiti takav podnesak odnosno usmeno priopćenje. Ako organ nađe da nije nadležan za rad o takvu podnesku, donijet će zaključak kojim će odbaciti podnesak zbog nenadležnosti.

(4) Kad organ dobije poštom podnesak za čiji primitak nije nadležan, a nesumnjivo je koji je organ nadležan za primitak, poslat će podnesak bez odgode nadležnom organu odnosno sudu i o tome obavijestiti stranku. Ako organ koji je dobio podnesak ne može utvrditi koji je organ nadležan za rad o podnesku, donijet će bez odgode zaključak kojim će odbaciti podnesak zbog nenadležnosti i zaključak odmah dostaviti stranci.....

31 V. primjerice Rješenje Gradskog ureda za imovinsko-pravne poslove Grada Zagreba, Odjela za upravno-pravne poslove, Središnji odsjek, Zagreb, klasa: UP/I-942-0103-01/145; ur. broj: 251-14-02/103-07-13 od 6. studenog 2007.

32 Naime, postoje dva povjerenstva: **a)** mješovito iz članka 3. stavka 2. i **b)** crkveno-državno povjerenstvo iz članka 5. stavka 2.

nije moguće dati, dakle radilo bi se o nekoj vrsti „eventualne“ obveze – pod suspenzivnim uvjetom),³³ dok bi druga mogla smatrati kako se radi o alternativnoj obvezi, odnosno da će se pristupiti naknadi u novcu i kad je načelno moguće dati prikladnu zamjenu u dobrima, ali je izostala odluka mješovitog povjerenstva u tom pravcu.

Stoga se ukazuje uputnim i potrebnim da mješovito povjerenstvo o tomu prethodno zauzme stajalište.³⁴ Dakako, ako se pokaže kako ni to nije moguće, tumačenje navedene odredbe mogu dati i ugovorne strane.³⁵ Radilo bi se o autentičnom tumačenju.³⁶

Problemska pitanja načelno se mogu postaviti kako slijedi: **a)** kako postupiti ako ne postoji suglasnost glede načina na koji će se nekoj pravnoj osobi Katoličke Crkve dati naknada za oduzetu imovinu te **b)** ako postoji takva suglasnost – koji je opseg naknade (prikladne zamjene ili primjerene novčane nadoknade)?

Dakako, primarni problem svodi se na to postoji li uopće nadležnost upravnog tijela Republike Hrvatske donositi odluke u ovim stvarima. Drugim riječima, može li se odluka o tome koja će se imovina vratiti, odnosno glede koje postoji takvo pravo pravnih osoba Katoličke Crkve, donositi u upravnom postupku koji, koristeći se svojim javnopravnim ovlastima (*iure imperii*), vodi jedna od ugovornih strana iz međunarodnog ugovora – ili bi za to postojala nadležnost povjerenstva iz članka 3. stavka 2. Ugovora o gospodarskim pitanjima? Doslovnim (bukvalnim) tumačenjem te odredbe može se zaključiti da će popis imovine na koju se odnosi pravo na povrat „prirediti“ mješovito povjerenstvo. Dakako, potpuno je jasno da ono tu radnju („priređivanje“ popisa) ne može obaviti ako prethodno ne donese

33 Pri čemu bi mogao nastati dodatni spor u svezi s time kad će se smatrati da nije moguće dati „odgovarajuću zamjenu“ u dobrima.

34 V. članak 13. stavak 2. Ugovora o gospodarskim pitanjima:
„Mješovito povjerenstvo će dogovoriti pojedinosti u svezi s primjenom navedenih načela.“

35 V. članak 14.

„Sveta Stolica i Republika Hrvatska zajedničkim će dogovorom rješavati moguće dvojbe ili poteškoće koje bi mogle nastati u svezi s tumačenjem ili provođenjem bilo koje točke ovoga Ugovora.“

36 V. Degan, *Međunarodno pravo*, Zagreb, 2011., str. 139: „Najveću slobodu u tumačenju uživaju same stranke, kada zajednički tumače njihov vlastiti ugovor. One obavljaju tzv. autentično tumačenje, koje obvezuje sva druga tijela. Ne samo da one mogu pribjeći bilo kojoj metodi tumačenja, uključujući i funkcionalnu, nego, ako žele, mogu zajedničkim sporazumom izvršiti izmjenu ugovora ili ga dokinuti neovisno o odredbama u njemu o njegovu prestanku. No uvjet za autentično tumačenje ugovora jest jednoglasnost svih njegovih stranaka. Savjetodavno mišljenje Stalnoga suda međunarodne pravde iz 1923. o pitanju *Jaworzine* pozvalo se na „tradicionalno načelo“: *ejus est interpretare legem cuius condere*, objasnivši ga na sljedeći način: „... utemeljeno je načelo da pravo autentičnoga tumačenja nekoga pravnog pravila pripada jedino osobi ili tijelu koje ima moć da ga izmijeni ili dokine“ (*Series B*, No. 8, p. 37).

Iz gornjega proizlazi suprotno načelo, da jednostrano tumačenje nekoga ugovora, ili ono na koje nisu pristale sve njegove stranke, pravno ne obvezuje stranke koje na njega nisu dale svoj pristanak.“

odluku o tomu postoji li uopće pravo na povrat u odnosu na određenu imovinu.³⁷ Slijedom navedenoga, u najmanju je ruku dvojbeno bi li odluku o tomu trebalo donijeti mješovito povjerenstvo ili neko upravno tijelo Republike Hrvatske. Ako se uzme da je to ipak upravno tijelo Republike Hrvatske, onda bi odredba članka 3. stavka 2. Ugovora zapravo bila nepotrebna, jer bi mješovito povjerenstvo obavljalo samo tehničku radnju – prepisivanje nekretnina iz rješenja nadležnih upravnih tijela Republike Hrvatske u popis nekretnina koje će se (naturalno) vratiti, slijedom čega jedna od ugovornih strana zapravo ne bi bila ravnopravna. Naime, ona uopće ne bi sudjelovala u postupku donošenja odluke, odnosno mogla bi jedino odbiti sudjelovati u „priređivanju popisa“, što joj očigledno nije u interesu. Druga preostala mogućnost bila bi prihvatiti (jednostranu) odluku druge ugovorne strane, što je protivno općim načelima Povelje Ujedinjenih naroda³⁸ i Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora (suverena jednakost).³⁹ Inače, i odredbe ovoga

37 O tumačenju ugovora, v. Degan, *op. cit.*, str. 138.: „(a) Najstarija je *subjektivna metoda*, koja polazi od prvobitne namjere država pregovarateljica. Ta se metoda s nepovjerenjem odnosi prema tekstu ugovora, jer polazi od toga da riječi nemaju značenje, osim ako ne izražavaju namjeru stranaka kao najbitniji element ugovora.52 Većina odredaba o tumačenju privatnopravnih pogodbi u građanskim zakonicima država polazi od subjektivne metode njihova tumačenja.

(b) *Tekstualna metoda*, naprotiv, uzima sam tekst ugovora kao najpouzdaniji dokaz prvobitne namjere ugovornica, koji pri tumačenju treba iskoristiti koliko je to moguće. Prema tom pristupu, tek ako je tekst ugovora dvosmislen ili nejasan, ili dovodi do besmislenog ili nerazumnog ishoda, dopušteno je istraživati namjeru stranaka na temelju drugih dokaza.

(c) I napokon, modernija *funkcionalna (ili teleološka)* metoda tumačenja ne osvrće se ni na prvobitnu namjeru, pa kadšto ni na tekst ugovora. Primjenom te metode ugovor se tumači s obzirom na njegov predmet i svrhu u vremenu kad se obavlja tumačenje. Predmet i svrha mnogih mnogostranih ugovora mogu se protekom vremena izmijeniti.“

38 Narodne novine – Međunarodni ugovori – 15/94. V. preambulu te članke 1. i 55.

V. Degan, *op. cit.*, str. 237.: „To načelo u Povelji UN-a nije najsretnije formulirano, jer je, zapravo, riječ o dvama pravnim načelima: onome o suverenosti koje smo usput opisali (*supra*, §30, pod 2 (iii)), i onome o (pravnoj) jednakosti svih suverenih država. No, s obzirom na to da je nakon Povelje UN-a izraz „suverena jednakost“ ovladao u svim međunarodnim instrumentima, uključujući i Deklaraciju iz 1970, nije ga više moguće zanemariti. Razlike između država očite su i ta se značajka međunarodne zajednice nikada neće moći prevladati. Države se međusobno veoma mnogo razlikuju u broju stanovnika, po veličini državnoga područja, u prirodnim izvorima, gospodarskom potencijalu, vojnoj moći, dohotku po stanovniku i dr. No, unatoč tim razlikama, sve su suverene države pravno jednake, kao što su i pojedinci jednaki u pravima u svakome unutarnjem pravnom poretku dostojnom toga imena. Pravna jednakost država proizlazi dakle iz svojstva države da je suverena i da je subjekt međunarodnoga prava. Posljedica načela pravne jednakosti svih država jest da, kada se god neko pitanje ima urediti sporazumno, svaka država ima pravo na glas. A ako nema drukčijega sporazuma, svaka država ima jedan glas. Na diplomatskim konferencijama, u međunarodnim organima, te u tekstovima međunarodnih ugovora, države se obično svrstavaju po abecednom redosljedu njihovih imena (nekoć na francuskom, a danas pretežito na engleskom jeziku). Redosljed njihova glasanja također se obavlja po abecednom redu. Često se uvodi tzv. *roll call* glasanje. Kockom se izvuče ime države koja prva glasa, a potom glasaju sve države po abecednom redu do kraja, te potom od početka takvoga popisa.“

39 Narodne novine - Međunarodni ugovori – 16/93. V. preambulu: „Države stranke ove Konvencije..... svjesne načela međunarodnog prava utjelovljenih u Povelji Ujedinjenih naroda,

međunarodnog ugovora mogle bi se tumačiti prema toj Konvenciji neovisno o tome što ga Država Vatikanskog Grada nije ni potpisala ni ratificirala, jer je općeprihvaćeno da ona predstavlja dio običajnog međunarodnog prava.⁴⁰

Potrebno je istaknuti kako prema članku 10. spomenutoga Zakona o naknadi, nakon njegove novele iz 2002., proizlazi da prijašnji vlasnik nema pravo na

kao što su načela ravnopravnosti i samoodređenja naroda, suverene jednakosti i nezavisnosti svih država....“.

40 Primjerice, tako smatraju i Sjedinjene Države. V. objavu na internet stranici US Department of State (stranica posjećena 3. ožujka 2016.):

„The United States signed the treaty on April 24, 1970. The U.S. Senate has not given its advice and consent to the treaty. The United States considers many of the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties to constitute customary international law on the law of treaties“.

V. članak 31. Konvencije:

Opće pravilo o tumačenju

1. Ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.

2. U svrhu tumačenja ugovora, osim teksta, uključujući preambulu i priloge, kontekst obuhvaća:

(a) svaki sporazum koji se odnosi na ugovor, a kojeg su sve stranke sklopile u svezi s ugovorom;

(b) svaku ispravu koju jedna ili više stranaka sastave u svezi s ugovorom, a koju ostale stranke prihvate kao ispravu koja se odnosi na ugovor.

3. Zajedno s kontekstom, vodit će se računa:

(a) o svakom naknadnom sporazumu između stranaka o tumačenju ugovora ili o primjeni njegovih odredba;

(b) o svakoj naknadnoj praksi u primjeni ugovora kojom se ustanovljuje sporazum između stranaka o tumačenju ugovora;

(c) o svakom mjerodavnom pravilu međunarodnog prava primjenjivom na odnose između stranaka.

4. Poseban smisao pridaje se nekom izrazu ako je ustanovljeno da je to bila namjera stranaka.

Članak 32.

Dopunska sredstva tumačenja

Na dopunska sredstva tumačenja, uključujući pripremne radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen, može se pozivati da bi se potvrdio smisao koji proistječe iz primjene članka 31, ili da bi se odredio smisao kad je tumačenje prema članku 31:

(a) dvosmisleno ili nejasno; ili

(b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman.

Članak 33.

Tumačenje ugovora kojih je vjerodostojnost teksta utvrđena na dva ili više jezika

1. Ako je vjerodostojnost teksta ugovora utvrđena na dva ili više jezika, njegov je tekst jednako mjerodavan na svakom od tih jezika, osim ako ugovor određuje ili se stranke sporazumiju da u slučaju neslaganja prednost ima jedan određeni tekst.

2. Prijevod ugovora na nekom drugom jeziku, osim jezika na kojima je vjerodostojnost teksta utvrđena, smatra se vjerodostojnim tekstem samo ako to ugovor predviđa ili ako su se stranke o tome sporazumjele.

3. Smatra se da izrazi u ugovoru imaju isto značenje u svakom vjerodostojnom tekstu.

4. Osim u slučaju kad određeni tekst ima prednost na temelju stavka 1, ako usporedba vjerodostojnih tekstova pokaže razliku u smislu koju primjenom članka 31. i 32. nije moguće otkloniti, usvaja se smisao koji, uzimajući u obzir predmet i svrhu ugovora, najbolje uskladuje te tekstove.

naknadu za oduzetu imovinu kad je pitanje te naknade „riješeno međudržavnim sporazumima“.⁴¹ Čini se kako je i ta odredba redakcijski neuređena te donekle nejasna. Na stranu to što se u Zakonu rabi neujednačena terminologija („međunarodni“ ugovori – „međudržavni“ ugovori). Naime, zbog redakcijske neuređenosti nije sasvim izvjesno koji je njen konačni domašaj.⁴² Čini se kako bi bilo logično pretpostaviti da se ne misli da prijašnji vlasnik, u slučaju postojanja međunarodnog ugovora koji uređuje tu materiju, uopće nema pravo na naknadu – nego da to pravo nema prema odredbama Zakona o naknadi. Stoga bi se mogao izvući (pogrešan) zaključak kako se ovaj Zakon ne bi mogao primijeniti na osobe koje su unutar polja primjene Ugovora između Svete Stolice i Republike Hrvatske *ratione personae*.

Naime, u konkretnom slučaju i sam Ugovor između Svete Stolice i Republike Hrvatske u nekim dijelovima upućuje na primjenu „zakonskih odredbi“ (*disposizioni legislative*). Očigledno je kako se misli na hrvatske pravne propise i to, između ostaloga, u sljedećim slučajevima: **a**) za utvrđenje pitanja je li moguće izvršiti naturalnu restituciju (članak 2. točka 1.a – koju je moguće vratiti prema zakonskim odredbama; *che é possibile restituire, secondo le disposizioni legislative*),⁴³ **b**) za utvrđivanje prikladne zamjene za dobra koja nije moguće naturalno vratiti (članak 4.) i **c**) za utvrđivanje novčane naknade za oduzetu imovinu na temelju procjene vrijednosti tih stvari (tih dobara, *di tali beni*), pri čemu nije potpuno jasno odnose li se riječi „sukladno zakonskim odredbama“ na utvrđivanje novčane naknade ili na sam postupak određivanja (procjene) vrijednosti.

Za donošenje odluke o tome je li neku imovinu moguće naturalno vratiti i kad će ona biti vraćena (u kojem roku) nadležno je mješovito povjerenstvo (članak 3.

41 V. članak 10. Zakona o naknadi 1996.:

„Prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumima, ili na drugi način, ako ovim Zakonom nije drukčije propisano.“

V. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi (Narodne novine, 80/2002.) – članak 2.:

Članak 1. mijenja se i glasi:

»Prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumima.

Iznimno od odredbe stavka 1. ovoga članka, prava propisana ovim Zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumima.«

Ispravka navedene novele objavljena je u Narodnim novinama 81/2002. i glasi:

“U članku 2. umjesto riječi: »Članak 1. mijenja se i glasi:« trebaju stajati riječi:»Članak 10. mijenja se i glasi:«.

42 Odredba je primarno unesena u tekst Zakona kako bi se učinilo nedvojbenim da osobe koje su dobile ili su ovlaštene dobiti naknadu prema međunarodnim ugovorima sklopljenim s Italijom, Sjedinjenim Državama, Mađarskom itd., nemaju pravo na naknadu i prema odredbama Zakona o naknadi.

43 Ova se odredba, zapravo nepotrebno ponavlja u članku 3. stavku 1. Ugovora koji ipak (u hrvatskom izvorniku) sadrži izričitu odredbu da će se hrvatski propisi primjenjivati za donošenje odluke o tome je li moguća *naturalna* restitucija, usp. tal. *le proprietà che é possibile restituire, secondo le disposizioni legislative* i hrv. „u naravi vratiti imovinu koju je moguće vratiti prema zakonskim propisima“.

stavak 2. Ugovora), a ne upravno tijelo jedne od ugovornih strana (u konkretnom slučaju Republike Hrvatske), koje je za donošenje takve odluke inače nadležno u drugim slučajevima. Riječi „sukladno zakonskim odredbama“ ne odnose se na nadležnost tijela za utvrđivanje koja se imovina ne može vratiti (jer je to pitanje jasno uređeno međunarodnim ugovorom), nego na mjerodavno pravo koje treba primijeniti pri utvrđivanju relevantnih činjenica i donošenju odluke o tome može li se neka imovina vratiti ili ne. Stoga su rješenja hrvatskih upravnih tijela koja sadrže utvrđenja o tome je li moguće vratiti imovinu koja je u njima označena donesena od (apsolutno) nenadležnih tijela. Ona su u nekim slučajevima bila nadležna u vrijeme pokretanja postupka (ako je on pokrenut prije stupanja na snagu Ugovora o gospodarskim pitanjima), ali su tijekom njegova trajanja postala nenadležna, pa bi, temeljem članka 25. stavka 2. „staroga“ ZUP-a te predmete trebalo ustupiti mješovitom povjerenstvu. Pravilo o ustaljivanju nadležnosti (*perpetuatio fori*) iz članka 24. toga Zakona odnosi se samo na mjesnu, a ne na stvarnu i apsolutnu nadležnost.⁴⁴

Dakle, za donošenje odluke o tomu pripada li nekoj pravnoj osobi Katoličke Crkve pravo na povrat imovine nadležno je povjerenstvo iz članka 3. stavka 2. Ugovora. Drugo je pitanje to što je s tom odredbom određeno kako će povjerenstvo odluku donijeti u roku od šest mjeseci nakon njegova stupanja na snagu („prirediti“ popis).⁴⁵ Budući da je taj rok odavno protekao, postavlja se pitanje ima li ono i dalje nadležnost, tj. može li sačinjavati popis imovine koja će se vratiti i nakon proteka tog roka? Ako bi se ovaj rok smatrao, tzv. instruktivnim rokom, nadležnost mješovitog povjerenstva bi postojala, a svaka od ugovornih strana mogla bi zahtijevati donošenje odgovarajuće odluke. U svezi s ovime treba kazati i sljedeće. Naime, obje ugovorne strane, tacitno ili izričito, već niz godina pristaju na praksu prema kojoj postoji nadležnost hrvatskih upravnih tijela. Sveta Stolica kao ugovorna strana tome se ne protivi (ne protestira),⁴⁶ što bi moglo biti od značaja za tumačenje

44 V. *supra* bilješke 29. i 30.

45 V. objavu o stupanju na snagu (Narodne novine, 13/2003.).

46 V. Degan, *op. cit.*, str. 202. *et seq.*:

„Protest (prosvjed, *protest*, *protestation*), ima suprotan učinak od priznanja. On sprečava nastanak suprotstavljivoga stanja u odnosu na neki akt ili zahtjev kojega je očitovan, ali samo ako jednostrani akt ili ugovor nije osnovan na općemu međunarodnom pravu. Učinak pravno dopuštenih akata ne može se sprečavati neosnovanim protestima. Obrazložili smo već da protest većega broja država može spriječiti stvaranje novoga običajnog pravnog pravila, kao i da efektivni protesti jedne države mogu nju izuzeti iz domašaja običajnog pravila ako ono nastane (*supra*, §10). Protest isto tako sprečava stvaranje historijskih naslova. Svaki protest prekida rok zastare, iako zastarni rokovi u međunarodnom pravu nisu unaprijed određeni (v. *supra*, §27, pod (c)). Protest uvijek ima za cilj očuvanje vlastitih prava države koja ga je očitovala. On se može izraziti u pisanom obliku ili usmeno ili konkludentnim činima (v. *supra*, §10), ali u svakom slučaju mora biti efektivan i u razmjeru s naravi protupravnog djela. No, i kada se smatra da protest nije bio dovoljno efektivan, on ipak sprečava stvaranje suprotstavljivoga stanja u odnosu na državu koja ga je očitovala.“.....

„Čak ako pasivnost ne odražava stvarnu namjeru pristanka ili priznanja, od svake se države iz razloga pravne sigurnosti očekuje budnost u zaštiti vlastitih prava i interesa. Iz toga stanja čak proizlazi i osjećaj dužnosti države da protestira u uvjetima koji traže takvu reakciju.

predmetnoga Ugovora.⁴⁷ Naime, prema uvažanim doktrinarnim stajalištima u takvom bi se slučaju moglo smatrati kako je došlo da nastanka, tzv. „partikularnog običaja“ i faktičke revizije ugovora.⁴⁸

Sljedeće je pitanje kako postupiti, ako mješovito povjerenstvo ne može postići suglasnost? Naime, neovisno o ukupnom broju njegovih članova (2, 4, 6, 8 itd.), a budući da svaka od ugovornih strana ima pravo u sastav mješovitog povjerenstva imenovati jednak broj članova, postoji visok stupanj vjerojatnosti da će članovi iz reda svake od ugovornih strana imati „stajalište“ one ugovorne strane koja ih je imenovala, odnosno glasovati za odluku prema nuputcima koje su dobili od svoga vlastodavca, slijedom čega se neće moći postići potrebna većina.⁴⁹ Ako povjerenstvo ne bi moglo prirediti popis imovine koja će biti vraćena (zapravo donijeti odluku

Stoga država koja je zbog nesposobnosti ili neznanja svojih organa nemarna prema svojim vlastitim pravima može snositi teške posljedice svoje neorganiziranosti.“

47 V. članak 31. stavak 3. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora u bilješci *supra* 40. „Zajedno s kontekstom, vodit će se računa:

(a) o svakom naknadnom sporazumu između stranaka o tumačenju ugovora ili o primjeni njegovih odredba;

(b) o svakoj naknadnoj praksi u primjeni ugovora kojom se ustanovljuje sporazum između stranaka o tumačenju ugovora;

(c) o svakom mjerodavnom pravilu međunarodnog prava primjenjivom na odnose između stranaka.“

48 V. Degan, *op. cit.*, str. 108.:

„Naveli smo da, unatoč svim iznesenim ogradama, postoji posebno područje međunarodnoga prava u kojemu partikularni običaj može biti od većega praktičnog značenja. Riječ je o običaju koji nastaje u okviru ugovornog odnosa, a koji smo nazvali „specijalnim“ običajem. Države stranke nekoga ugovora mogu u tijeku njegove primjene odstupiti od njegovih propisa, napose ako se taj ugovor primjenjuje tijekom dugog razdoblja, a zbog nekih razloga ne provodi se formalna revizija njegova teksta. Tada se putem običajnih pravila usuglašuje tekst takvoga ugovora s izmijenjenim socijalnim i političkim uvjetima u kojima se on primjenjuje. Ako je takva praksa stalna, kontinuirana i jednoobrazna između svih stranaka ugovora, ona može dovesti do njihova uvjerenja o obvezatnosti te prakse (*opinio juris*). Time dolazi do stvaranja partikularnoga običajnog pravila koje ima učinak revizije *de facto* ugovornog teksta u pitanju.“

49 Svakako bi se u takvom slučaju moglo smatrati da jedna ili obje stranke ne ispunjavaju ugovor u dobroj vjeri. V. Bečku konvenciju:

Članak 26.

Pacta sunt servanda

Svaki ugovor koji je na snazi veže stranke i one ga moraju izvršavati u dobroj vjeri.

Članak 27.

Unutrašnje pravo i poštovanje ugovora

Stranka se ne može pozivati na odredbe svoga unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje ugovora. To pravilo ne dira članak 46.

Članak 46.

Odredbe unutrašnjeg prava o nadležnosti za sklapanje ugovora

1. Država se ne može pozvati na činjenicu da je njezin pristanak da bude vezana ugovorom izražen kršenjem neke odredbe njezina unutrašnjeg prava o nadležnosti za sklapanje ugovora kao na uzrok koji ništi njezin pristanak, osim ako je to kršenje bilo očito i tiče se nekoga bitnog pravila njezina unutrašnjeg prava.

2. Kršenje je očito ako je objektivno jasno svakoj državi koja se glede toga ponaša u skladu s uobičajenom praksom i u dobroj vjeri.

o tomu glede koje imovine postoji pravo na naknadu), onda bi se zapravo radilo o sporu glede primjene ovog međunarodnog ugovora. Njega ugovorne strane mogu riješiti mirnim putem koji se i predviđa prethodno spomenutim člankom 14. Ugovora,⁵⁰ a mogu se, ako postoji njihova suglasnost u tom pravcu, obratiti i Međunarodnom sudu (*International Court of Justice*). Međutim, prema dostupnim podacima Sveta Stolice, odnosno Država Vatikanskog Grada i Republika Hrvatska nisu kod Glavnoga tajnika Ujedinjenih naroda deponirale izjave iz članka 36. stavka 2. Statuta tog Suda, pa je za njegovu nadležnost potrebna posebna suglasnost ovih država.⁵¹ Dodatno, a budući da Država Vatikanskog Grada nije država članica Ujedinjenih naroda i Statuta Međunarodnog suda, problematika nadležnosti ovoga sudbenog tijela složenija je negoli kad su u pitanju druge države.⁵² Budući da se radi pitanjima koja su izvan dosega ovoga rada – ona se u nastavku neće posebno razmatrati.

50 V. bilješku *supra* 35.

51 V. članak 36. Statuta:

1. Nadležnost Suda proteže se na sve predmete koje mu podnesu stranke, kao i na sve slučajeve koji su posebno predviđeni u Povelji Ujedinjenih naroda ili u ugovorima i konvencijama koji su na snazi.

2. Države stranke ovoga Statuta mogu u svako doba izjaviti da, prema svakoj drugoj državi koja prihvati istu obvezu, priznaju kao obvezatnu, *ipso facto* i bez posebnog sporazuma, sudbenost Suda o svim pravnim sporovima što se odnose na:

a) tumačenje nekog ugovora;

b) svako pitanje Međunarodnog prava;

c) postojanje svake činjenice koja bi, ako se ustanovi, tvorila povredu međunarodne obveze;

d) prirodu ili opseg zadovoljenja koje valja dati za povredu međunarodne obveze.

3. Naprijed spomenute izjave mogu se dati bezuvjetno ili uz uvjet uzajamnosti od strane više država ili određenih država, ili za određeno vrijeme.

4. Te se izjave polažu kod glavnog tajnika Ujedinjenih naroda, koji njihov prijepis dostavlja strankama ovoga Statuta i tajniku Suda.

5. Izjave dane prema članku 36. Statuta Stalnog suda međunarodne pravde, koje su još na, snazi, smatraju se među strankama ovoga Statuta prihvatom obvezatne sudbenosti Međunarodnog suda za preostalo vrijeme njihova važenja i u skladu s njihovim odredbama.

6. U slučaju spora o nadležnosti Suda odlučuje sud.

V. i članak 38.:

1. Sud, kojemu je zadaća da njemu podnesene sporove rješava po međunarodnom pravu, primjenjuje:

a) Međunarodne konvencije bilo opće ili posebne, koje ustanovljuju pravila, izrijeком priznata od država u sporu;

b) Međunarodni običaj kao dokaz opće prakse, prihvaćene kao pravo;

c) opća načela prava, priznata od civiliziranih naroda;

d) uz rezervu odredbe članka 59, sudske rješidbe i naučavanja najpozvanijih publicista različitih naroda kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravih pravila.

2. Ova odredba ne dira u ovlast Suda da odlučuje *ex aequo et bono*, ako se stranke o tome sporazumiju.

52 V. članak 93. Povelje Ujedinjenih naroda:

1. Svi su Članovi Ujedinjenih naroda ipso facto stranke Statuta Međunarodnog suda.

2. država koja nije Članica Ujedinjenih naroda može postati stranka Statuta Međunarodnog suda uz uvjete koje, za svaki pojedini slučaj, određuje Opća skupština na preporuku Vijeća sigurnosti.

Spor između ugovornih strana može se odnositi i na nemogućnost postizanja dogovora iz članka 4. (glede prikladne zamjene za onu imovinu koju nije moguće vratiti u naturalnom obliku i roka ispunjenja te obveze) – također u slučaju da mješovito povjerenstvo iz članka 3. stavka 2. Ugovora ne može donijeti odluku. Dakako, spor se može pojaviti i glede ukupnog iznosa novčane naknade za imovinu koja se neće vratiti ili za koju neće biti dana zamjenska dobra (članak 5. stavak 2.). Što se tiče nadležnosti za donošenje odluke o visini novčane naknade – u Ugovoru se spominje „crkveno-državno povjerenstvo stručnjaka”. To je povjerenstvo svakako „mješovito“ u smislu da je sastavljeno od predstavnika obje ugovorne strane i pretpostavka je da bi trebalo imati jednak broj članova, imajući u vidu načelo ravnopravnosti stranaka u međunarodnom pravu. Međutim, čini se kako se ne radi o povjerenstvu iz članka 3. stavka 2.⁵³

U nastavku će se zanemariti problematika naturalne restitucije. Nedvojbeno je kako bi mješovito povjerenstvo takvu odluku (o mogućnosti naturalne restitucije) trebalo donijeti imajući u vidu hrvatske materijalpravne propise. Kako je mješovito povjerenstvo nadležno i za donošenje odluke o tomu za koju će se imovinu dati prikladna zamjena (članak 4. Ugovora) te kako se u Ugovoru spominje da će se postupati sukladno „zakonskim odredbama“, postavlja se pitanje o kojim se „zakonskim odredbama“ radi? Naime, u slučaju nemogućnosti naturalne restitucije, Zakon o naknadi ne sadrži nikakva posebna pravila o tomu kako bi se određivalo što bi bila prikladna „zamjenska dobra“.⁵⁴ Premda se u konkretnom slučaju ne radi o ugovoru o zamjeni,⁵⁵ mogla bi se imati u vidu pravila hrvatskoga obveznog prava koja se odnose na taj ugovor, kao i opća pravila obveznog prava.⁵⁶ Naime, u

53 V. Ugovori između Svete Stolice i Republike Hrvatske, Hrvatska biskupska konferencija, 2004. str. 303.: „Logično je da isplata naknade za oduzetu imovinu započne 2000. godine, budući je dogovoreno da će crkveno-državno povjerenstvo stručnjaka ustanoviti ukupan iznos naknade koja će se isplaćivati u novcu najkasnije u roku od jedne godine od stupanja na snagu ovoga Ugovora (čl. 5. st. 2.). Ne radi se o mješovitom povjerenstvu spomenutom u člancima 3. i 4. kako to označuje i sam naziv crkveno-državno povjerenstvo stručnjaka. Očito se htjelo naglasiti da će procjenu vrijednosti dobara koja su u pitanju utvrditi stručne osobe. Suvišno je naglasiti da će to povjerenstvo biti sastavljeno od istoga broja crkvenih i državnih stručnjaka.“

54 U članku 1. stavku 3. sadrži samo jednu odredbu:
„Ako neka osoba stječe pravo na naknadu određene imovine u naravi, iz razloga obrane ili nacionalne sigurnosti zemlje može joj se dati druga odgovarajuća imovina u vlasništvo ili druga odgovarajuća naknada.“

55 V. Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.):
Članak 474.

(1) Ugovorom o zamjeni svaki se ugovaratelj obvezuje prema svom suugovaratelju predati mu stvar u vlasništvo.

(2) Objekt zamjene mogu biti i prenosiva prava.

Članak 475.

Iz ugovora o zamjeni nastaju za svakog ugovaratelja prava i obveze koja iz ugovora o kupoprodaji nastaju za prodavatelja.

56 *Ibid.*, članak 7:

(1) Pri sklapanju naplatnih pravnih poslova sudionici polaze od načela jednake vrijednosti

konkretnom je slučaju određenom broju pravnih osoba Katoličke Crkve prije više godina prisilno oduzeta imovina i sad ih izvlastitelj (ako bi se taj izraz uopće mogao uporabiti, jer se radi o eufemizmu za radnju koja faktički predstavlja oduzimanje imovine bez naknade, a ne o izvlaštenju), odnosno njegov pravni sljednik, želi staviti u onaj pravni i imovinski položaj kojega su imale prije oduzimanja. U tom se smislu jednakost budućeg položaja s prethodnim može gledati kao jednakost u fizičkom obliku (jednaka površina zemljišta, stana ili neke druge nekretnine, jednaka klasa i/ili kultura zemljišta, jednaka tehnološka opremljenost nekretnine) ili kao jednakost po vrijednosti. Dakako, ugovorne se strane mogu dogovoriti što bi bila „prikladna zamjena“ (po vrijednosti ili po fizičkom obliku). Ukoliko to nije moguće, opće pravilo obveznog prava upućivalo bi na jednaku vrijednost činidaba.

Ako bi se radilo o želji za postizanjem načela „jednakovrijednosti“, odnosno da zamjenska dobra imaju jednaku (ili približno jednaku) vrijednost u odnosu na dobra koja su oduzeta, postavlja se pitanje kako bi se odnosne vrijednosti određivale *ratione temporis*? Bi li se relevantno vremensko razdoblje odnosilo na vrijeme u kojem se donosi odluka o vraćanju, ili bi trebalo imati u vidu vrijeme u kojem je oduzeta nekretnina koju više nije moguće vratiti? Možda bi u tome mogla pomoći neka druga pravila. Tako, primjerice Zakon o obveznim odnosima ima u vidu vrijednost u vrijeme donošenja odluke suda.⁵⁷ Isto je stajalište bilo zastupljeno i u Zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela.⁵⁸

Slična problematika javlja se i u slučaju novčane naknade za oduzetu imovinu. Naime, treba li isplatiti naknadu u novčanoj vrijednosti oduzete imovine imajući u vidu vrijednost te imovine u vrijeme oduzimanja ili imajući u vidu njezinu vrijednost u vrijeme donošenja odluke. Neke odredbe ZON-a upućuju na vrijednost imovine u vrijeme oduzimanja, ali se primjenjuju samo u slučaju da je prijašnji vlasnik tijekom razdoblja u kojem je nekretnina bila oduzeta izvršio kakva ulaganja.⁵⁹ Ako

uzajamnih činidaba.

(2) Zakonom se određuje u kojim slučajevima narušavanje toga načela povlači pravne posljedice.

57 V. članak 323.:

„U slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takva ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se narav onoga što je ispunjeno protiv vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje.“

58 Narodne novine, 151/03., 110/07., 45/11., 143/12.

V. članak 20. stavak 4. (ukinut novelom iz 2012.):

„Ako se utvrdi nemogućnost oduzimanja imovinske koristi koja se sastoji od novca, prava ili stvari, sud će obvezati pravnu osobu na isplatu protuvrijednosti u novčanom iznosu. Sud će pri određivanju novčanog iznosa uzeti u obzir tržišnu vrijednost stvari ili prava u vrijeme donošenja odluke.“

59 V. članak 49. stavak 2.

„Ako postoji razlika u vrijednosti nekretnine procijenjene u vrijeme donošenja prvostupanjskoga rješenja prema stanju nekretnine kakova bi ona bila u vrijeme oduzimanja, sadašnji vlasnik, odnosno nositelj prava korištenja i raspolaganja može zahtijevati od prijašnjega

bi se uzimala u obzir vrijednost imovine u vrijeme kad je ona oduzeta, postavilo bi se pitanje kako izjednačiti njenu vrijednost sa sadašnjom vrijednošću? To bi bila gotovo nemoguća zadaća. Ako bi se tako postupilo, onda bi na tako utvrđenu vrijednost trebalo primijeniti ili kakvu indeksnu klauzulu (npr. imajući u vidu cijene nekih roba), ili bi na tako utvrđenu vrijednost trebalo obračunati kamate. Međutim, uzimajući u obzir odredbe ZON-a, a budući da je kamata civilni plod, upitno je bi li se ona mogla obračunavati.⁶⁰

Dakako, ključno je pitanje bi li se opseg naknade za oduzetu imovinu određivao po hrvatskom ili po međunarodnom pravu?⁶¹ Ovo bez obzira na to daje li se u

vlasnika da mu prizna suvlasništvo u omjeru njegovih ulaganja ili da mu isplati odgovarajuću novčanu naknadu u omjeru tih ulaganja u skladu s propisima o stvarnim pravima, odnosno obveznim odnosima. “

60 V. članak 51. stavak 1.:

„Prijašnji vlasnik koji ostvari pravo na naknadu imovine bez obzira u kome obliku, nema pravo na vraćanje plodova, troškova, kao ni pravo na naknadu štete.“

61 V. članak 49.:

Imovina koja je predmet naknade daje se prijašnjem vlasniku prema stanju i načinu korištenja u kojem se nalazi u vrijeme donošenja prvostupanjskoga rješenja o utvrđivanju prava vlasništva, bez obzira na način korištenja u kojem se imovina nalazila u trenutku oduzimanja.

Ako postoji razlika u vrijednosti nekretnine procijenjene u vrijeme donošenja prvostupanjskoga rješenja prema stanju nekretnine kakova bi ona bila u vrijeme oduzimanja, sadašnji vlasnik, odnosno nositelj prava korištenja i raspolaganja može zahtijevati od prijašnjega vlasnika da mu prizna suvlasništvo u omjeru njegovih ulaganja ili da mu isplati odgovarajuću novčanu naknadu u omjeru tih ulaganja u skladu s propisima o stvarnim pravima, odnosno obveznim odnosima.

U slučaju iz stavka 2. ovoga članka, sadašnji vlasnik, odnosno nositelj prava korištenja i raspolaganja nekretnine nije dužan tu nekretninu predati prijašnjem vlasniku u posjed, sve dok mu prijašnji vlasnik ne isplati naknadu za učinjena ulaganja u visini utvrđenoj međusobnim ugovorom ili pravomoćnom sudskom odlukom, ako se drukčije ne sporazume.

Za sporove o kakvom stvarnom pravu ili obvezi koji proisteknu iz rekonstrukcije (adaptacije, nadogradnje, dogradnje, sanacije, izmjene postojećih postrojenja i uređaja i sl.) kao i sporove glede prava na zajedničkim dijelovima zgrade ili zemljišta koji nastanu povodom vraćanja nekretnine prijašnjem vlasniku nadležan je sud, a rokovi protekom kojih se gubi pravo ili rokovi zastare počinju teći od dana stupanja na snagu ovoga Zakona.

Članak 51.

Prijašnji vlasnik koji ostvari pravo na naknadu imovine bez obzira u kome obliku, nema pravo na vraćanje plodova, troškova, kao ni pravo na naknadu štete.

Prijašnji vlasnik ima pravo na naknadu bez obzira da li je za oduzetu imovinu primio naknadu po ranijim propisima. Moguće primljena naknada ne može se na bilo koji način potraživati od prijašnjeg vlasnika, ako ovim Zakonom nije drukčije propisano.

Prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu prema odredbama ovoga Zakona, ako je na ime naknade za oduzetu imovinu primio drugu imovinu ili mu je naknada isplaćena od strane druge države.

Članak 59.

konkretnom slučaju naknada u novcu ili u stvarima („prikladna zamjena“). Čini se (*prima facie*) kako Ugovor o gospodarskim pitanjima upućuje na to da bi uglavnom trebalo primjenjivati hrvatske materijalnopravne propise (a to bi bili i oni prema kojima se utvrđuje vrijednost oduzete imovine i oblik naknade), dok bi pravila međunarodnog prava trebalo primjenjivati samo utoliko ukoliko hrvatske propise nije moguće primijeniti (jer nisu sukladni odredbama Ugovora – u protivnom bi njegovo sklapanje bilo nepotrebno i besmisleno). To znači da za Katoličku Crkvu i njene pravne osobe ne vrijedi pravilo kako se naknada u pravilu daje u novcu (ili u vrijednosnim papirima)⁶² – prema Ugovoru o gospodarskim pitanjima pravilo je naturalna restitucija.⁶³ Podredno pravilo bilo bi kako ovim osobama pripada pravo na naknadu u obliku zamjenske imovine,⁶⁴ što nije pravilo u drugim slučajevima (osim ako ne postoje kakvi razlozi nacionalne sigurnosti ili obrane zemlje)⁶⁵ te, ako ni to nije moguće, naknada u novcu (što je također dvojbeno imajući u vidu prethodno spomenutu redakcijsku nepreciznost članka 5. stavka 1.), ali ne i u vrijednosnim papirima. Bit eventualnog spora zapravo se i svodi na tumačenje sljedeće odredbe: „Ukupan iznos naknade za oduzetu imovinu, koja će se isplaćivati u novcu, utvrdit će crkveno-državno povjerenstvo stručnjaka na temelju procjene

Visina naknade utvrđuje se prema sljedećim mjerilima:

	VRIJEDNOST ODUZETE NEKRETNINE U KUNAMA OD - DO	VISINA NAKNADE U POSTOCIMA (%) OD - DO	IZNOS NAKNADE U KUNAMA OD - DO
I	0 - 100.000	100 - 73,26	0 - 73.265
II	100.000 - 1.000.000	73,26 - 67,07	73.265 - 670.696
III	1.000.000 - 2.000.000	67,07 - 61	670.696 - 1.219.816
IV	2.000.000 - 5.000.000	61 - 46,78	1.219.816 - 2.338.846
V	5.000.000 - 10.000.000	46,78 - 31,99	2.338.846 - 3.199.259
VI	10.000.000 - 75.000.000	31,99 - 4,93	3.199.259 - 3.699.999
VII	preko 75.000.000	4,93 - 0	3.700.000

Mjerila iz stavka 1. ovoga članka utvrđuju se prema izrazu:

$N = 3.700.000 (1 - 0.9999998^P)$

gdje je:

N = visina naknade u kunama

P = vrijednost oduzete imovine u kunama

62 V. članak 1. stavak 2.:

„Naknada za imovinu oduzetu prijašnjim vlasnicima u smislu ovoga Zakona u načelu je isplata u novcu ili vrijednosnim papirima (dionice ili udjeli i obveznice), a iznimno u naravi.“

63 Članak 3. stavak 1.

“Republika Hrvatska se obvezuje da će Katoličkoj Crkvi, u razumnom roku, vratiti u naravi imovinu koju je moguće vratiti prema zakonskim odredbama.”

64 V. članak 4.

65 V. članak 1. stavak 3.:

„Ako neka osoba stječe pravo na naknadu određene imovine u naravi, iz razloga obrane ili nacionalne sigurnosti zemlje može joj se dati druga odgovarajuća imovina u vlasništvo ili druga odgovarajuća naknada.

vrijednosti tih dobara, a u skladu sa zakonskim odredbama, najkasnije u roku od jedne godine od stupanja na snagu ovoga Ugovora.“ Drugim riječima, sporno je odnosi li se dio ove rečenice koji glasi „a u skladu sa zakonskim odredbama“ na „procjenu vrijednosti dobara“ ili na to da bi se „zakonske odredbe“ primjenjivale na iznos naknade za oduzetu imovinu koja uopće ne mora korespondirati s njihovom procijenjenom vrijednošću.⁶⁶

Dakle, ako se naknada daje u obliku „zamjenske imovine“, radilo bi se o „prikladnoj“ imovini pri čemu je problem utvrditi „jednakovrijednost“ oduzete imovine i imovine koja se daje u zamjenu. Dodatno, ako se naknada daje u novcu, također je problem utvrditi o kojoj se vrijednosti radi (u vrijeme oduzimanja ili u vrijeme donošenja odluke o vraćanju), kao i donijeti odluku o tome treba li tako utvrđenu vrijednost umanjivati – kao kad su u pitanju drugi ovlaštenici naknade.

Nisu nam dostupni *travaux préparatoires* glede ovoga Ugovora, što bi moglo biti iznimno značajno za njegovo tumačenje, ali se može pretpostaviti da su ga Sveta Stolica i Republika Hrvatska sklopile upravo zbog toga da Katoličku Crkvu stave u drukčiji položaj u odnosu na druge ovlaštenike prava na naknadu.⁶⁷ Međutim, ostalo je nejasno koliko je taj položaj različit. Naime, nesumnjivo je da je on različit u pogledu općeg načela da se Katolička Crkva ima prvenstveno restituirati u naturalnom obliku, kao i da joj se, ako to nije moguće, trebaju dati zamjenske nekretnine. Ta načela ne vrijede za ostale ovlaštenike ovoga prava. No, je li se riječima „prikladna“ zamjena ili „primjerena“ naknada, također željelo staviti Katoličku Crkvu u drukčiji položaj od drugih ovlaštenika naknade, odnosno da „prikladnost“ ili „primjerenost“ zapravo pretpostavlja jednaku ili barem približnu vrijednost „zamjenskih“ dobara ili novčanu naknadu koja korespondira s utvrđenom vrijednošću oduzetih nekretnina (i u koje vrijeme), odnosno bez umanjivanja koje se odnosi na ostale ovlaštenike prava? Što se tiče prikkladne zamjene, drugi ovlaštenici prava na naknadu uopće nemaju pravo na prikkladnu zamjenu (osim u prednje navedenim iznimnim slučajevima), ali ostaje sporno odnosi li se „prikladnost“ na stanje i oblik imovine koja se daje u zamjenu ili na njegovu vrijednost? S druge strane, ako se daje novčana naknada ostaje sporno treba li se procijenjena vrijednost umanjiti sukladno zakonskim odredbama ili se „zakonske odredbe“ odnose samo na procjenu? To napose i zbog toga što se u nekim odredbama Ugovora o gospodarskim pitanjima uopće ne spominje „primjerena“ novčana naknada, niti da ona treba biti „u skladu sa zakonskim odredbama“.⁶⁸

66 V članak 59. u *supra* bilješki 59.

67 V. Degan, *op. cit.*, str. 141.:

„Članak 32. Bečke konvencije izlaže „dopunska sredstva tumačenja“, kada je tumačenje na temelju „općeg pravila o tumačenju“ iz članka 31. dvosmisleno ili nejasno, ili dovodi do ishoda koji je očito besmislen (apsurdan) ili nerazuman, ili čak samo da bi se potvrdio smisao koji proistječe iz članka 31., tj. na temelju tekstualne metode tumačenja. Ta dopunska sredstva uključuju (ali se ne svode na njih): pripreme radove (*travaux préparatoires*) i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen“.

68 V. članak 2.:

“U želji da financiranje Katoličke Crkve bude uređeno na suvremen i djelotvoran način, u skladu s demokratskim društvenim ustrojem, Republika Hrvatska se obvezuje da će:

Ako između ugovornih strana postoji nesuglasje o značenju izraza „prikladna“ zamjena ili „primjerena“ naknada, treba spomenuti da su se one obvezale dogovorom riješiti eventualna sporna pitanja.⁶⁹ Ugovor ne sadrži nikakve procesne odredbe o tome je li taj dogovor obvezatan način rješavanja spora, odnosno procesna pretpostavka za njegovo rješavanje na neki drugi način te koliko dugo dogovaranje treba trajati kako bi se moglo zaključiti da su se pregovori izjalovili. Zabunu unosi i odredba članka 13. stavka 2. prema kojoj bi mješovito povjerenstvo bilo nadležno „za postizanje dogovora u svezi s primjenom navedenih načela.“⁷⁰ Budući da je očito kako se ova odredba ne odnosi na odredbu stavka 1. tog članka, jer ona govori o početku primjene Ugovora, treba zaključiti kako bi mješovito povjerenstvo, između ostaloga, bilo nadležno i za postizanje dogovora oko toga koje je značenje izraza „prikladna zamjena“ i/ili „primjerena naknada“, a ako se u unutar povjerenstva ne postigne dogovor, onda bi to trebale nastojati osobe koje su prema međunarodnom pravu ovlaštene djelovati u ime ugovornih strana u svezi sa sklapanjem međunarodnih ugovora.⁷¹

Ako izostane dogovor ugovornih strana, tumačenje pojedinih ugovornih odredbi može dati i Međunarodni sud (ICJ), ako stranke pristanu na njegovu nadležnost, pri čemu treba imati u vidu okolnost da jedna od njih nije država članica Ujedinjenih naroda i predstavlja iznimno specifičan subjekt međunarodnog prava. U nastavku će se zanemariti problematika (ne)nadležnosti ovog sudbenog tijela te dati opći pregled međunarodnih izvora prava koje bi ono moglo primjenjivati u konkretnom slučaju,⁷² kao i stajalište autora o tomu koje je moguće tumačenje

1. a) Katoličkoj Crkvi vratiti imovinu koja joj je oduzeta u vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, a koju je moguće vratiti prema zakonskim odredbama.

b) naći odgovarajuću zamjenu za dio dobara, koji nije moguće vratiti;

c) isplaćivati pravnim osobama Katoličke Crkve naknadu u novcu za ostalu imovinu koja neće biti vraćena;

2. priznajući opće društveno vrijedan rad Katoličke Crkve na kulturnom, odgojnom, društvenom i etičkom polju, Katoličkoj Crkvi osiguravati određen godišnji novčani iznos.“

69 V. članak 14. u *supra* bilješki 35.

70 V. članak 13. u *supra* bilješki 34.

71 V. članak 7. Bečke konvencije:

„1. Smatra se da neka osoba zastupa državu glede usvajanja ili utvrđivanja vjerodostojnosti teksta ugovora ili glede izražavanja pristanka te države da bude vezana ugovorom:

(a) ako podnese odgovarajuću punomoć, ili

(b) ako iz prakse zainteresiranih država ili iz drugih okolnosti proistječe da su namjeravale smatrati da glede toga ta osoba zastupa državu i da ne zahtijevaju podnošenje punomoći.

2. Na temelju svojih funkcija i bez obveze da podnesu punomoći, smatra se da svoje države zastupaju:

(a) državni glavari, šefovi vlada i ministri vanjskih poslova glede svih čina koji se odnose na sklapanje ugovora;

(b) šefovi diplomatskih misija glede usvajanja teksta ugovora između države koja akreditira i države u kojoj su akreditirani;

(c) akreditirani predstavnici država na međunarodnoj konferenciji ili u međunarodnoj organizaciji, ili u nekom njezinom organu, glede usvajanja teksta ugovora na toj konferenciji, u toj organizaciji ili u tom organu.“

72 V. *supra* bilješku 51. (članak 38. Statuta).

pojedinih izraza iz Ugovora o gospodarskim pitanjima između Svete Stolice i Republike Hrvatske. Također će se zanemariti da stranke mogu ovlastiti Međunarodni sud ili neko drugo tijelo da odlučuje po pravičnosti (*ex aequo et bono*), kao i da načela pravičnosti mogu imati u vidu ako bi se odlučile suglasiti o tumačenju (značenju) spornih odredaba izravnim pregovorima.⁷³

Ugovorne strane pri ispunjavanju svojih obveza svakako trebaju postupati sukladno općim pravnim načelima koja se u Statutu Međunarodnog suda pobliže određuju kao ona koja su „priznata od civiliziranih naroda“, što je prilično dvojbeno i zastarjela konstrukcija koja pretpostavlja da postoje „necivilizirani narodi“.⁷⁴ U konkretnom slučaju bi se moglo nedvojbeno reći kako su vezane, primjerice načelom *pacta sunt servanda*, što znači da slobodno preuzete ugovorne obveze trebaju ispunjavati u dobroj vjeri (*bona fides*), sukladno načelu zabrane zloporabe prava itd.

Prethodno je navedeno kako se jezičnim tumačenjem pojedinih odredaba Ugovora o gospodarskim pitanjima ne može doći do obostrano zadovoljavajućeg rezultata, kao i da u konkretnom slučaju nisu dostupne isprave i drugi podatci koji se odnose na *travaux preparatoires*, a koji bi mogli biti korisni za izvođenje zaključka o tomu koje su značenje ugovorne strane htjele dati izrazima „prikladna

73 V. Degan, *op. cit.*, str. 62. *et seq.*:

„Pravičnost *contra legem* može se vezivati za posebno ovlaštenje dano od stranaka sudu da njihov spor odluči *ex aequo et bono*. Pri tome valja naglasiti da sud ne smije nikada otkloniti primjenu pravila pozitivnoga prava ako ono postoji, da bi izbjegao nepravednu odluku, osim ako ga na to obje stranke izričito ne ovlaste. U dosadašnjoj praksi prijeratnoga Stalnoga suda međunarodne pravde i sadašnjega Međunarodnog suda nema ni jedne presude izrečene na temelju stavka 2. članka 38. Statuta Suda. Moguće je ipak i za takve slučajeve utvrditi širinu slobode sudačkog odlučivanja. Ona je mnogo veća od presuđivanja po pravu, ali nije neograničena. Takva vrsta sudačkog odlučivanja najsličnija je izravnim pregovorima stranaka u svrhu zaključenja ugovora. Ako stranke same nisu uspjele sklopiti ugovor, one mogu na sud ili na arbitra prenijeti ovlast da za sporni slučaj svojom presudom propiše novo pravo. No, dok stranke mogu sklopiti nagodbu (transakciju) i na temelju oportuniteti, sud i u tim okolnostima mora izreći pravdu, i ne smije se voditi razlozima političke ili druge oportuniteti. On mora biti nepristran prema zahtjevima objiju stranaka. Ako je ovlašten da spor presudi *ex aequo et bono* da bi postigao pravdu, sud može, ali i ne mora, svojom presudom u okviru predmeta spora djelomično ili potpuno izmijeniti stečena subjektivna prava stranaka, ili može vrlo slobodno tumačiti ili čak dokidati njihove međusobne ugovore. Iako se i takvo presuđivanje može makar djelomično ocijeniti kao po pravičnosti *contra legem*, sud ni tada ne smije činiti ništa što ne smiju ni stranke pri sklapanju ugovora. Presuda ne smije prekoračiti ni jedno imperativno pravilo općega međunarodnog prava (*jus cogens*), jer bi to i ugovor učinilo ništavim. Ona ne smije zadirati ni u prava trećih država koje nisu stranke spora, jer ga treće države nisu ovlastile presuđivati, a napose ne da odlučuje *ex aequo et bono*.

Izvan sudačkoga odlučivanja koje se dokončava obvezujućom presudom, a u nedostatku objektivnijih kriterija, pravičnost ima malo značenje kao cilj postizanja nekoga rješenja. Primjerice, u pregovorima o razgraničenju nekoga kopnenog ili morskog prostora svaka od stranaka tvrdit će da je njezin zahtjev pravičan, a da je zahtjev susjedne države nepravičan, neumjeren i nerazuman. Stoga ni kao sredstvo, a ni kao cilj, pravičnost ne može biti zamjena za pravna pravila, niti može biti izvorom međunarodnoga prava.“

74 V. o tome više u Degan, str. 66. *et seq.*

zamjena“ ili „primjerena naknada“. ⁷⁵ Međutim, mogle bi se imati u vidu odredbe drugih međunarodnih ugovora (konvencija) u kojima su sadržana pravila o naknadi za oduzetu imovinu (izvlaštenu, nacionaliziranu, konfisciranu), a koja su stranke iz Ugovora o gospodarskim pitanjima izriječno priznale. Kad je u pitanju Republika Hrvatska, odnosno njezino uobičajeno postupanje prilikom sklapanja međunarodnih ugovora, mogu se spomenuti oni koji tretiraju ovu ili sličnu materiju. Tako, primjerice Ugovor o pitanjima sukcesije sklopljen između država sljednica bivše SFRJ ⁷⁶ predviđa obveze ugovornih strana o pružanju zaštite imovinskih interesa pravnih subjekata koji su pripadali toj državi. Ova se zaštita odnosi na njihovu cjelokupnu imovinu i stečena prava. ⁷⁷ Posebno se spominju prava koja se odnose na pokretnine ili nekretnine na području država sljednica stečena do 31. prosinca 1990. godine. Naime, postoji obveza da se ova prava priznaju i imovina vrati sukladno „standardima i normama međunarodnog prava“, a ako to nije moguće, da se isplati naknada - opet sukladno „normama građanskog i međunarodnog prava“, ⁷⁸ Na ovome mjestu treba istaknuti da pojmovi poput „standardi međunarodnog prava“ ili „norme međunarodnog prava“ nemaju općeprihvaćeno značenje, pa ova odredba nije od velike pomoći ni za rješavanje problematike iz tog Ugovora, kao niti u slučaju

75 Neizravno se ipak može zaključiti da su ugovorne strane prilikom sklapanja Ugovora o gospodarskim pitanjima pod izrazom „sukladno zakonskim odredbama“ imale u vidu Zakon o naknadi. V. Ugovori između Svete Stolice i Republike Hrvatske, op. cit., str. 302.: „To je očito i zato što je u prvim nacrtima Ugovora taj zakon bio izričito spomenut“. Što se tiče izraza „primjerena naknada“, v. str. 303.: „U prvotnom nacrtu ugovora govorilo se o pravednoj naknadi, jer se htjelo naglasiti moralnu obvezu pravednoga rješenja. Ipak, s pravne točke gledišta sadašnje je kompromisno rješenje ispravnije. Zависи o dobroj volji dviju strana da primjerena novčana naknada bude i pravedna.“

76 Ugovor o pitanjima sukcesije od 29. lipnja 2001. (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 2/04.), stupio na snagu 2. lipnja 2004. godine (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/04.).

77 *Ibid.*, Aneks G, članak 1.:

„Privatna imovina i stečena prava građana i drugih pravnih osoba SFRJ države sljednice štitiće se u skladu s odredbama ovog Aneksa.“ (Private property and acquired rights of citizens and other legal persons of the SFRY shall be protected by successor States in accordance with the provisions of this Annex.).

78 *Ibid.*, članak 2. stavak 1. točka (a):

„Prava na pokretnu i nepokretnu imovinu koja se nalazi u nekoj državi sljednici na koju su građani ili druge pravne osobe SFRJ imali pravo na dan 31. prosinca 1990. priznat će se, te će biti zaštićena i vraćena od te države u skladu s utvrđenim standardima i normama međunarodnog prava bez obzira na nacionalnost, državljanstvo, mjesto boravka ili prebivalište tih osoba. To uključuje osobe koje su, nakon 31. prosinca 1990. stekle državljanstvo ili mjesto boravka ili prebivalište u nekoj drugoj državi, a ne u državi sljednici. Osobe koje ne mogu ostvariti ova prava imaju pravo na naknadu u skladu s normama građanskog i međunarodnog prava.“ (The rights to movable and immovable property located in a successor State and to which citizens or other legal persons of the SFRY were entitled on 31 December 1990 shall be recognised, and protected and restored by that State in accordance with established standards and norms of international law and irrespective of the nationality, citizenship, residence or domicile of those persons. This shall include persons who, after 31 December 1990, acquired the citizenship of or established domicile or residence in a State other than a successor State. Persons unable to realize such rights shall be entitled to compensation in accordance with civil and international legal norms.).

Ugovora o gospodarskim pitanjima. Naime, prilično se često spominje kako je u međunarodnom pravu uobičajeno bez odlaganja isplatiti punu naknadu izvlaštenom subjektu („*prompt, adequate and effective compensation*“, tzv. *Hull* formula),⁷⁹ ali postoje i drukčija stajališta koja su usvojena i u rezolucijama Ujedinjenih naroda. Prema njima se u slučaju dvojbe ima isplatiti „odgovarajuća“ naknada utvrđena u postupku pred domaćim sudom i primjenom domaćeg prava. Takav je slučaj i s Poveljom o ekonomskim pravima i dužnostima država iz 1974.⁸⁰ Međutim, činjenica je da *Hull* formula u različitim inačicama, te neovisno o jasno izraženom stajalištu, odnosno protivljenju Opće skupštine Ujedinjenih naroda, prevladava u bilateralnim ugovorima koji uređuju materiju poticanja i zaštite inozemnih ulaganja, pa i onima koje obvezuju Republiku Hrvatsku.⁸¹ Ona je na takvu odredbu pristala i u nekim

79 Takav „standard“, odnosno načela za naknadu izvlaštenim subjektima prvi je spomenuo državni tajnik Sjedinjenih Američkih Država Cordell Hull za vrijeme nacionalizacija imovine američkih naftnih društava u Meksiku 1936. V. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment, 2004/4 „Indirect Expropriation“ and the „Right to Regulate“, u: International Investment Law, str. 2.

80 V. United Nations A/RES/29/3281 Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, Art. 2.2. „Each State has the right:c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.“

81 Tako primjerice Ugovor o poticanju i zaštiti ulaganja između Litve i Hrvatske (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 5/08.) sadrži (u članku 4.):

.....2. Naknada iz točke (c) stavka (1) ovoga članka biti će jednaka tržišnoj vrijednosti izvlaštenog ulaganja neposredno prije nego što je izvlaštenje poduzeto ili je postalo javno poznato, što god je od toga ranije, i bit će isplaćena bez neopravdane odgode. Naknada će uključivati kamatu obračunatu na osnovi LIBOR-a od dana izvlaštenja do dana cjelovite isplate.

Ugovor između Azerbajdžana i Hrvatske (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 2/08.) - članak 6.:

.....2. Ta naknada bit će jednaka realnoj tržišnoj vrijednosti izvlaštenog ulaganja neposredno prije nego što je izvlaštenje poduzeto ili je postalo javno poznato, što god je od toga ranije, te će se isplatiti bez neopravdane odgode.

3. Realna tržišna vrijednost iskazat će se u slobodno konvertibilnoj valuti na temelju tržišnog tečaja za tu valutu na dan prijenosa. Naknada će također obuhvatiti kamatu po tržišnoj stopi utvrđenoj na osnovi LIBOR-a za odnosnu valutu od datuma izvlaštenja do datuma stvarnog plaćanja.

Ugovor između Finske i Hrvatske (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 11/01.) - članak 5.:

.....2. Naknada će biti plaćena bez odlaganja.

3. Takva će naknada biti jednaka stvarnoj tržišnoj vrijednosti izvlaštenog ulaganja neposredno prije nego što je izvlaštenje poduzeto ili je postalo javno poznato, što god je od toga ranije.

4. Stvarna tržišna vrijednost bit će izražena u slobodnoj konvertibilnoj valuti temeljem tržišnog tečaja za tu valutu u vrijeme koje se navodi u stavku 2. ovog članka. Naknada će također uključivati kamatu po komercijalnoj stopi izračunatu na tržišnoj osnovi za tu valutu od dana izvlaštenja do dana stvarnog plaćanja.

multilateralnim ugovorima, primjerice u Ugovoru o Energetskoj povelji.⁸² U ovom kontekstu može se spomenuti i članak 1. Protokola 1. uz Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda koji, kao ni prethodno spomenuti Ugovor o pitanjima sukcesije bivše SFRJ, ne daje zadovoljavajući odgovor.⁸³

Ugovor između Danske i Hrvatske (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 14/00.) – članak 4.:
...2. Ta naknada odgovarat će stvarnoj tržišnoj vrijednosti izvlaštenog ulaganja neposredno prije nego se za izvlaštenje ili predstojeće izvlaštenje saznalo na takav način da je to utjecalo na vrijednost ulaganja (u daljnjem tekstu »datum procjene«).

3. Ta stvarna tržišna vrijednost obračunavat će se u slobodno konvertibilnoj valuti na osnovi tržišnog tečaja za tu valutu na dan procjene. Naknada se mora isplatiti pravovremeno i mora uključivati i kamate po komercijalnoj stopi ustanovljenoj na tržišnoj osnovi, od datuma izvlaštenja do datuma isplate.

82 Narodne novine – Međunarodni ugovori, 15/97. (*Energy Charter Treaty*), v. članak 13.:

„1. Investments of investors of a Contracting Party in the area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as expropriation) except where such expropriation is:

(a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the investment expropriated at the time immediately before the expropriation or impending expropriation became known in such a way as to affect the value of the investment (hereinafter referred to as the valuation date).

Such fair market value shall at the request of the investor be expressed in a freely convertible currency on the basis of the market rate of exchange existing for that currency on the valuation date. Compensation shall also include interest at a commercial rate established on a market basis from the date of expropriation until the date of payment.

2. The investor affected shall have a right to prompt review, under the law of the Contracting Party making the expropriation, by a judicial or other competent and independent authority of that Contracting Party, of its case, of the valuation of its investment, and of the payment of compensation, in accordance with the principles set out in paragraph 1.

3. For the avoidance of doubt, expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in its area in which an investor of any other Contracting Party has an investment, including through the ownership of shares. „

83 V. ECHR Article 1. „Protection of Property“:

„Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.“.

Prijevod na hrvatski koji je objavljen u službenom glasilu (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 18/97., 6/99. i 8/99.) glasi:

„Članak 1.

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.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.“.

On zapravo predviđa mogućnost primjene domaćeg prava, kao i primjenu općih načela međunarodnog prava, pri čemu u konkretnom slučaju možemo zanemariti problematiku mogućnosti njegove primjene *ratione temporis*.⁸⁴

Iz prednje navedenoga može se zaključiti kako Republika Hrvatska u svojoj praksi sklapanja međunarodnih ugovora uglavnom prihvaća, tzv. *Hull* formulu, ali i da joj se na načelnoj razini, kao sljednica bivše SFRJ, protivi (u prednje navedenoj Povelji Ujedinjenih naroda o ekonomskim pravima i dužnostima država iz 1974. godine). To nije neuobičajeno, jer je i inače primjetno kako države koje se pri glasovanju za pojedine odluke Ujedinjenih naroda protive *Hull* formuli, njene bitne odrednice prihvaćaju u brojnim međunarodnim ugovorima. Radi se zapravo o njihovoj faktičkoj neravnopravnosti, želji za privlačenjem stranoga kapitala, ali katkad i nedostatnom znanju i/ili neodgovornosti njihovih dužnosnika.⁸⁵

Ovome treba dodati i sljedeće. Prema Bečkoj konvenciji međunarodni ugovor se mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora. U tom smislu treba prethodno utvrditi jesu li ugovorne strane u konkretnom slučaju željele dovesti pravne osobe Katoličke Crkve u jednaku ili barem približno jednaku imovinsku situaciju koju su imale prije oduzimanja njihove imovine ili su imale kakvu drugu namjeru. To jezičnim tumačenjem nije moguće utvrditi, a isprave koje se odnose *travaux preparatoires* nisu dostupne. Ako bi se uzela u obzir praksa Republike Hrvatske pri sklapanju drugih međunarodnih ugovora, onda bi mogući zaključak bio da ona pod primjerenom ili prikladnom naknadom u većini slučajeva podrazumijeva „potpunu naknadu“. Međutim, u Ugovoru o gospodarskim pitanjima tako nešto nije izričajem navedeno, zbog čega bi se moglo tvrditi i da bi Republika Hrvatska, ako je imala namjeru Katoličkoj Crkvi dati potpunu naknadu (*Hull* formula), pristala da se takva izričita odredba unese u Ugovor o gospodarskim pitanjima. U konkretnom slučaju takav je izražaj izostao, pa bi se moglo tvrditi da smisao riječi

Prijevod na hrvatski jezik, kako je to objavljeno u službenom glasilu Republike Hrvatske, je nepravilan. Iz naslova iznad odredbe članka 1. dalo bi se zaključiti da se štiti vlasništvo, a zapravo se štiti imovina (*property*) koja je daleko širi pojam od vlasništva (osim vlasništva postoje i druga stvarna prava). Iz engleskoga teksta odredbe članka 1. moglo bi se smatrati i da se štiti ostvarivanje posjedovnih prava (*peaceful enjoyment of his possessions*). U praksi suda se štite sva imovinska prava, pa tako i tražbine, mirovinska prava itd. V. npr. V. Dubenko v. Ukraine (N° 74221/01) od 11. siječnja 2005., Gizzatova v. Russia (N° 5124/03) od 13. siječnja 2005. Poznakhirina v. Russia (N° 25964/02) od 24. veljače 2005., Stummer v. Austria (N° 37452/02) od 11. listopada 2007. itd.

84 U vrijeme donošenja Zakona o naknadi, primjena ECHR-a nije dolazila u obzir *ratione temporis*, budući da je ona stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku naknadno (5. studenog, 1997. godine). Međutim, njezina bi primjena mogla biti prijeporna glede odluka koje su u svezi s tim Zakonom donesene nakon stupanja Konvencije na snagu.

85 *Hull* formula prevladava i u praksi međunarodnih sudova i arbitražnih tijela (npr. *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Iran – United States Claims Tribunal*) te odredbama međunarodnih ugovora. Stoga bi značenje riječi „prikladna zamjena“ ili „primjerena naknada“ trebalo biti što je moguće bliže značenju riječi „(pot)puna naknada“. Dakle, valja držati da se radi o naknadi koja po vrijednosti, a u slučaju zamjenskih dobara i po fizičkim osobinama, najviše odgovara vrijednosti oduzete imovine.

„primjerena naknada“ ili „prikladna zamjena“ ne uključuje i „potpunu naknadu“. Tako je, primjerice postupio arbitražni sud ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) u pravorijeku od 25. siječnja 2000. – *Maffezini protiv Kraljevine Španjolske* (Arb/97/7).⁸⁶ Stajališta smo da su ipak uvjerljiviji argumenti u prilog potpunoj naknadi, već i zbog toga što odredba članka 5. stavka 3. Ugovora o gospodarskim pitanjima implicira kako bi naknada trebala odgovarati vrijednosti oduzete imovine. Naime, s njom se predviđa da će se primljeni novčani iznosi raspoređivati na pojedine pravne osobe Katoličke Crkve sukladno vrijednosti oduzete imovine

86 V. Kunštek, *Procedural Effects of the BITs Most Favoured Nation Clauses on ICSID Arbitration*, *Croatian Arbitration Yearbook* 15, 2008.

Relevantni dio pravorijeka na španjolskom jeziku glasi:

„... El Tribunal también ha examinado en detalle la práctica que ha seguido España en cuanto a los tratados bilaterales de inversión con otros países. El Tribunal observa asimismo que de todos los tratados españoles que ha podido examinar, el único que se refiere a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo” en lo que respecta a la cláusula de la nación más favorecida es el suscrito con Argentina. Todos los demás tratados, incluidos los suscritos con Uruguay y Chile, omiten esta referencia y solamente disponen que “este tratamiento” estará sujeto a la cláusula, que es naturalmente una formulación más restrictiva.“

Summary

CERTAIN DOUBTS REGARDING THE IMPLEMENTATION OF THE LAW ON COMPENSATION FOR PROPERTY TAKEN DURING THE YUGOSLAV COMMUNIST REGIME

- legal nature of time limit for instituting proceedings/relationship to the Treaty on Economic Issues between the Republic of Croatia and the Holy See -

This paper focuses on some of the problems that have arisen in the implementation of the Law on Compensation for Property Taken during the Yugoslav Communist Regime and the Treaty on Economic Issues concluded between the Republic of Croatia and the Holy See. It appears that the dispute about the legal nature of time limit for instituting proceedings according to the latter and other laws has been resolved by the decision of the Constitutional Court in case no. U-III-5694/13 of March 1st, 2016, at least insofar as judicature is concerned. On the other hand, the application of the above mentioned legal act and its relation to the Treaty with the Holy See raises certain doubts. This paper presents and analyses opposing arguments for alternative conclusions on the most important issues within the scope of the above acts' application – which are equally legitimate and persuasive. Concluding, the authors recommend that the parties to the present Treaty and/or mixed commission use their powers in order to regulate the rights and duties of the Holy See and the Republic of Croatia in a clear and unambiguous manner.

Keywords: *compensation for taken property, time limit for instituting proceedings, the Holy See.*

Zusammenfassung

ZU ZWEIFELN IN DER ANWENDUNG DES GESETZES ÜBER SCHADENSAUSGLEICH FÜR WÄHREND DES JUGOSLAWISCHEN KOMMUNISTISCHEN REGIMES WEGGENOMMENES VERMÖGEN

- Die Rechtsnatur der Frist für Einleitung des Verfahrens und Beziehung zum Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Republik Kroatien über wirtschaftliche Fragen -

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit einigen Probleme in der Anwendung des Gesetzes über Schadensausgleich für während des jugoslawischen kommunistischen Regimes weggenommenes Vermögen und des Vertrages zwischen dem Heiligen Stuhl und Republik Kroatien über wirtschaftliche Fragen. Die Streitigkeit um die Rechtsnatur der Frist für die Einleitung des Verfahrens gemäß den genannten Gesetzen scheint jedoch durch die Entscheidung des Verfassungsgerichts Nr: U-III-5694/13 vom 1. März 2016 gelöst zu sein. Im Gegensatz dazu bestehen auch weiterhin Zweifel hinsichtlich der Anwendung dieses Gesetzes, sowie seiner Beziehung zum Vertrag mit dem Heiligen Stuhl. Die Autoren stellen und analysieren entgegengesetzte Argumente dar – die gleichermaßen legitim und überzeugend sind - und die zur unterschiedlichen Schlussfolgerungen über die wichtigsten Fragen zur Anwendung der genannten Gesetze führen. Zum Schluss wird vorgeschlagen, dass die Vertragsparteien und/oder gemischte Kommission ihre Vertragsbefugnisse dazu ausnutzen um die Verhältnisse zwischen dem Heiligen Stuhl und Republik Kroatien klar und eindeutig zu regeln.

Schlüsselwörter: *Schadensausgleich für weggenommenes Vermögen, Frist für Einleitung des Verfahrens, der Heilige Stuhl.*

Riassunto

ALCUNI DUBBI CIRCA L'APPLICAZIONE DELLA LEGGE SULL'INDENNIZZO PER IL PATRIMONIO SOTTRATTO AL TEMPO DEL REGIME COMUNISTA JUGOSLAVO

- Natura giuridica del termine per l'avvio del procedimento - - Rapporto nei confronti dell'Accordo della Repubblica di Croazia e della Santa Sede sulle questioni economiche -

Nel lavoro di analisi parte delle questioni sorte in ragione dell'applicazione della Legge sull'indennizzo per il patrimonio sottratto durante il regime comunista jugoslavo e dell'Accordo sulle questioni economiche stipulato tra la Repubblica di Croazia e la Santa Sede. Pare che la diatriba circa la natura giuridica del termine per l'avvio del procedimento in forza di tale e di altre leggi, perlomeno nella giudicatura, sia stata risolta con la decisione della Corte costituzionale nel caso U-III-5694/13 del 1 marzo 2016. Non si può affermare, invece, altrettanto per i dubbi che esistono riguardo all'applicazione di tale legge ed il suo rapporto nei confronti dell'Accordo con la Santa Sede. Nel lavoro vengono esposti ed analizzati argomenti contrapposti forieri di orientamenti diversi riguardo le questioni più importanti all'interno del campo di applicazione di tali disposizioni normative, i quali sono egualmente giustificati e convincenti. Pertanto gli autori suggeriscono che le parti contrattuali e/o una commissione mista di tale Accordo utilizzino i propri poteri e regolino i rapporti tra la Santa Sede e la Repubblica di Croazia in maniera chiara ed univoca.

Parole chiave: *indennizzo per il patrimonio sottratto, termine per l'avvio del procedimento, Santa Sede.*

NEKE AKTUALNE GRAĐANSKOPRAVNE DIMENZIJE KAZNENOG PRAVA I KAZNENOG SUDOVANJA - USTAVNOPRAVNI ASPEKTI

Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor i sudac,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Ustavni sud RH
Dr. sc. Duška Šarin, sutkinja
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 347:343
Ur.: 7. prosinca 2015.
Pr.: 17. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Ovaj rad tematizira odnos građanskog i kaznenog prava u okvirima kaznenog prava i kaznenog sudovanja. Temeljni je zaključak da je između ovih dijelova prava potrebna veća sinergija jer se bez toga mnoga kaznena djela (napose ona iz zone gospodarskoga kriminala) uopće ne mogu razumjeti, a pogotovo se bez toga ne mogu presuđivati adhezijski civilni zahtjevi koji se postavljaju u okvirima kaznenoga postupka. Isto je tako nužno pravno jače, nomotehnički ispravnije i modernom civilu sukladnije regulirati odgovornost države za štetu uslijed nezakonitih lišavanja slobode. Tu je na ispitu i test države (sudova također) koliko su spremni priznati vlastite pogreške počinjene u suđenju. Rad u svom zaključnom dijelu pledira na stvaranje „sudskog prava“ kao novog pojma koji bi na prikladan način objedinio nužne točke međusobnog prožimanja građanskog i kaznenog prava. Autori rada povezuju i pitanja međusobne uvjetovanosti građanskog i kaznenog prava s ustavnim pravom i ustavnosudskim postupkom jer bez toga nijedan potpuni zaključak pravno nije mogući.

Ključne riječi: *građansko pravo, kazneno pravo, građanski postupak, kazneni postupak, adhezioni građanski postupak u kaznenom postupku, građanski elementi u opisu bića kaznenog djela, nezakonito osuđivanje i neutemeljeno uhićenje, sudsko pravo, ustavno pravo, ustavnosudski postupak, apstraktna kontrola ustavnosti, ustavne tužbe.*

I. UVOD

Opće je poznata činjenica značaja i utjecaja austrijskog Općeg građanskog zakonika (OGZ) iz 1811. godine na razvoj našeg (hrvatskoga) građanskog prava i prava uopće.

Poznat je i podatak da je glavni redaktor OGZ-a bio Franz von Zeiller (1751.-1828.), profesor prirodnog prava i sudac Vrhovnog suda u Beču.

Manje je, međutim, poznato da je prof. Zeiller bio jedan od redaktora 1. dijela Kaznenog zakona Austrije iz 1803. godine.

Na domaćem, hrvatskom planu možemo, npr. izdvojiti sličnu situaciju s poznatim odvjetnikom dr. Ivom Politeom (1887.-1956.).

On je prije svega poznat po vrhunskim obranama u mnogim kaznenim procesima, među kojima su poseban odjek imale obrana Josipa Broza 1928. godine u Zagrebu („bombaški proces“) i zagrebačkog nadbiskupa Alojzija Stepinca 1946., godine, također u Zagrebu.

Dr. Ivo Politeo bio je, međutim, i odličan odvjetnik u građanskim stvarima, a ostavio nam je i više vrijednih znanstvenih radova iz ove oblasti prava.¹ Njegova zapažanja o kompleksnosti paulijanske tužbe (pobijanje dužnikovih pravnih radnji) i danas su aktualna i predstavljaju ostvarenja neprolazne vrijednosti.

Prethodno ističemo kao „Schlagwort“ za temu koju ćemo ovdje razviti: da je danas sve manje prihvatljiva teza o podjeli pravnik, sudaca napose, na „kaznenjake“ i „civiliste“, odnosno da je nužno stvarati jedan sinergijski pojam sudskog pravnik.²

Proteklih desetljeća, napose u bivšoj državi i bivšem pravno-političkom sustavu, ovakva je podjela bila potencirana „višim zadacima“ koje su u zaštiti vrijednosti sustava imali kazneni suci. Civilni (građanski) suci i pravnici gurani su na margine prava. U svakom slučaju svaka je od ovih grupa imala svoje posebno i specifično područje djelovanja.³

Suvremena društva (hrvatsko također) jesu ili ulaze u fazu više razvojne razine diktirane pojačanim razvojem gospodarskih odnosa koji se odvijaju u jakoj, a ponekad i frenetičnoj konkurenciji (formalno) jednakopravnih subjekata prava.

Uvijek prijeteće pojave kriminala doživljavaju, stoga vrlo jaku pravnu transformaciju: kriminalni interes se s „krvnog kriminala“ seli na gospodarski teren, s gospodarskim motivima i ciljevima („kriminal bijelih okovratnika“). Ovaj novi kriminal ne može se pratiti ostane li kazneno pravo u svojim dosadašnjim okvirima. *Mutatis mutandis* isto vrijedi i u obrnutom smjeru.

1 Navest ćemo ovdje samo neka djela dr. Ive Politea:

- Vanstečajna prinudna nagodba, Hrvatski štamparski zavod, Zagreb, 1923.

- Stečajni zakon za Kraljevinu Jugoslaviju, Zakon o prinudnom poravananju van stečaja i Zakon o uvođenju u život obiju zakona (sva tri od 22. IX. 1929.), Tipografija, Zagreb, 1929.

- Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice (od 4. IV. 1930.), Minerva, Zagreb, 1930.

- Zakon o pobijanju pravnih djela izvan stečaja (od 22. I. 1931.), s predgovorom, Tipografija, Zagreb, 1931.

2 Postoji nekako lažna tradicionalna dilema da li čovjek mora biti „specijalist“ ili „generalist“. Nakon desetljeća euforije specijalizacije u svemu i svačemu (u medicini na prvom mjestu) čini se da slijedi proces sustavnog (cjelovitog) prilaženja problemima. Modernije rečeno govori se i o „holističkom pristupu“ (na grčkom „holos“=cio) a taj bi proces i u pravu imao mnogo smisla.

3 Izuzeci su postojali samo kod manjih općinskih sudova (1-2 suca) gdje su se po naravi stvari suci morali baviti i građanskim i kaznenim pravom. No, to svakako nije bila bitna značajka sustava.

U ovom ćemo radu obraditi samo neke aspekte dodira građanskog i kaznenog prava odn. građanskog i kaznenoga sudskog postupka.

Nećemo, primjerice, obraditi pitanja oduzimanja imovinske koristi, (vrlo važna) prethodna pitanja, problem civilnog vještačenja u kaznenom postupku itd. Ograničavamo se na nekoliko pitanja (koje slijede u nastavku ovoga rada) a koja, po našoj ocjeni, ovog trenutka zaslužuju pažnju i iz teorijskih i iz praktičnih razloga.

Sustavi sudskih postupaka (građanskog i kaznenog) nalaze se konstantno u procijepu između težnje za zakonitošću i težnje za efikasnošću. Pomirenje ovih dvaju načela načelno nije nemoguće, ali je dosta teško i ide uz velike napore, oscilacije i otpore.

Čini nam se da jedino holističko, sinergijsko podizanje profesionalne i stručno-znanstvene kompetencije svih pravosudnih sudionika sudskih postupaka povećava mogućnosti stvaranja uspješnog pravnog i sudskog sustava.

Posebna je zadaća i cilj ovoga rada izdići predmetnu civilno - kaznenu problematiku i na relevantnu ustavnu razinu koja zaokružuje odgovore na postavljena pitanja.

U tom smislu dajemo posebnu glavu ovog rada, mada su i ostali dijelovi teksta pisani tako da traže ustavnopravne odgovore.

II. TEMELJNE ZASADE MOGUĆNOSTI DA KAZNENI SUD RJEŠAVA GRAĐANSKOPRAVNA PITANJA

Važeći Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske (čl. 153.-162. ZKP-a, Glava XI) rabi (i dalje) naziv „Imovinskopravni zahtjev“.

U međuvremenu su se znanost, zakonodavstvo i praksa sudova značajno evoluirali u pravcu da je „imovinsko pravo“ samo jedan (doduše i sada pretežitiji) dio građanskog prava, odnosno da uz imovinsko pravo postoji i drugi dio - neimovinsko građansko pravo, poznat pod nazivom „pravo osobnosti“.⁴

Postupovno građansko pravo (Zakon o parničnom postupku - ZPP) uočilo je taj proces pa sada u „udarnom“ čl. 1. toga zakona stoji da građanski sud ne uređuje više samo zaštitu imovinskih odnosa nego je općenadležan za rješavanje „... građanskopravnih odnosa“.

Šteta što i ZKP ne slijedi ovakav razvoj ukupnoga građanskog prava. Pravi naziv Glave XI ZKP-a trebao bi zapravo glasiti: „Građanskopravni zahtjevi u kaznenom postupku“.⁵

4 Središnja regulacija prava osobnosti u hrvatskom je pravu u Zakonu o obveznim odnosima (NN 35/05 i 41/08). Zakon (ZOO) u relativno malo članaka (st. 2. čl. 19., st. 1. čl. 346., 1048., 1099., 1100., 1105.) sadrži barem temeljnu regulaciju vrlo kompleksnog učenja o pravu osobnosti. Valja tu svakako podvući da ZOO (slijedeći tzv. objektivističku koncepciju prava osobnosti) izjednačava pojmove „neimovinske štete“ i „povrede prava osobnosti“ (čl. 1046.), a ta je činjenica od veće važnosti i za kazneni postupak. Dijelovi „prava osobnosti“ su i u drugim propisima (o medijima, autorskom pravu, medicinskom pravu itd.).

5 U ovom ćemo radu nastavno reći koji su to zahtjevi, ali na ovom mjestu valja podvući mogućnost pluralizma građanskopravnih zahtjeva, napose stoga da se otkloni moguća zabuna da to može biti samo jedan zahtjev.

Ovo zaostajanje propisa kaznenog postupka nije samo terminološke prirode; ono može utjecati (i utječe) i na bit gledanja na ovu problematiku.⁶

Adhezioni postupak (*Adhaesionsverfahren, adhesional proceeding, causa civile nel procedimento penale*) obilježava vođenje građanskog (civilnog) postupka unutar (u okvirima) kaznenog prava i kaznenog postupka.

Taj bi postupak (adhezioni, dakle) trebao pridonijeti boljoj i bržoj (efikasnijoj) zaštiti oštećenika, ali i tome da spriječi (zapravo) dvostruko suđenje u povodu istog događaja (najprije kazneno, a onda još i civilno).

U adhezionom kaznenom postupku oštećenikova se postupovna pozicija olakšava i time⁷ što u tom postupku ne mora dokazivati sve činjenične tvrdnje i predlagati dokaze što bi inače (dosta otežano) morao činiti u redovnoj građanskoj parnici. Kazneni sud, naime, izvodeći dokaze u kaznenoj stvari⁸ istovremeno izvodi i dokaze potrebne za odlučivanje o adheziono postavljenom civilnom pitanju. Od nemalog je značaja za oštećenika i to što je adhezioni postupak daleko jeftiniji od redovitoga građanskog postupka (ne plaća, npr. ni pristojbe na tako postavljeni zahtjev).

Riječ „adhezioni“, kako je poznato, dolazi od latinske riječi *adhesio*, što znači „pristupam“ (prva osoba jednine glagola *adhaere* odnosno imenice *adhesio*).⁹

Ovo pristupanje, pridruživanje i sl. ne smije se, međutim, shvatiti kao pristajanje na nekakvu sporednu ulogu u nečemu čemu se oštećenik „pridružio“. To nije smisao adhezionog civilnog zahtjeva u kaznenom postupku.

Ovakva adheziona narav civilnog dijela kaznenog postupka je mogućnost, ne i obveza kaznenog suda. Po važećem ZKP-u (arg. iz st. 2. čl. 158.) kazneni sud će oštećenika uputiti na parnicu „ako podaci iz kaznenog postupka ne daju pouzdanu osnovu ni za potpuno ni za djelomično presuđenje“. Tu je uvijek i dodatna odredba da se o građanskopravnom zahtjevu neće odlučivati „ako bi se time znatno odugovlačio kazneni postupak“ (čl. 153.).

Žalba protiv odluke kaznenog suda da neće rješavati postavljeno građanskopravno pitanje nije dopuštena.¹⁰ U prilog takvom rješenju rabi se tradicionalno

6 Postojeća formulacija u ZKP-u napose „zamračuje“ novo pravo osobnosti gdje u novoj koncepciji ZOO-a svaka neimovinska šteta *ipso facto* predstavlja i povredu prava osobnosti.

7 To „olakšavanje“ položaja oštećenika ipak nije i bez nekih njegovih obveza; naknada štete koja se uređuje posebnim zakonom (npr. Zakonom o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela (NN 27/11) ne može se ostvarivati kao adhezioni zahtjev u kaznenom postupku (čl. 4., čl. 43., st. 2. čl. 154. ZKP-a).

8 Tijela kaznenog suđenja dužna su, po postavljenom građanskopravnom zahtjevu, „ispitati okolnosti koje su važne za utvrđivanje ... zahtjeva“ (čl. 157. ZKP-a). To je, čini nam se, dosta preusko i trebalo bi reći da su dužni provesti predložene dokaze, odnosno provjeriti činjenične tvrdnje istaknute u građanskopravnom zahtjevu.

9 Adhezioni karakter civilnih zahtjeva u kaznenom postupku ne treba miješati s problematikom adhezionog zaključivanja ugovora koja u našem obveznom pravu postoji pod pojmom „opći uvjeti ugovora“ (čl. 295.-296. ZOO-a).

10 Ovo je, koliko nam je poznato, bio čvrst stav sudske prakse, napose temeljen na tome da se na taj način suštinski materijalnopравни zahtjev oštećenika ne odbija. Čl. 471. st. 3. ZKP-a, međutim, moguće dovodi u pitanje takav stav i ako bi odgovor bio takav da se odluka o

argument da se takvom odlukom materijalnopравни zahtjev oštećenika suštinski ne odbija.

No, može biti pogrešna prosudba kaznenog suda da nema postupovnih uvjeta iz čl. 153. i 158. ZKP-a. Praksa pokazuje priličnu učestalost takvih pogrešnih prosudbi.

Perzistiranjem stava da se ne može napadati odluka kaznenog suda da neće raspravljati adhezioni civilni zahtjev kazneni se sudovi zapravo potiču na neraspravljanje takvog zahtjeva i to zasigurno nije sukladno zamišljenim ciljevima civilnog postupka unutar kaznenog postupka. Događa se tako da se civilni zahtjev ne raspravlja (i presuđuje) čak ni onda kada on i u osnovi i u visini potpuno korespondira činjenično-pravnom opisu kaznenog djela zbog kojeg se optuženik kazneno optužuje.

Čini se da u postojećoj situaciji valja ozbiljno razmotriti mogućnost revizije postojećih shvaćanja i prakse.¹¹

Važeći ZKP (st. 1. čl. 153.) ima još jedan značajan nedostatak koji kaznene suce obeshrabruje od moguće namjere rješavanja adhezionih pitanja.

Propis na odnosnom mjestu, naime, govori da je „imovinskopravni zahtjev“ onaj zahtjev „... koji je nastao zbog počinjenja kaznenog djela ...“. To je, zaci-jelo, dosta neodređeno i već po sebi odvraća kaznenog suca od razmišljanja o građanskopravnim aspektima predmetnog kaznenog postupka.

Raniji je ZKP govorio određenije. Tradicionalno su pravnici učili da se imovinskopravni zahtjev može odnositi na tri zahtjeva: naknadu štete, poništaj pravnog posla i vraćanje stvari. Ni ovi izrazi nisu bili savršeni, ali sadašnja formulacija čini zagonetnim moguće posljedice kaznenog djela s aspekta građanskog prava i stoga kaznene suce od toga odbija.

Po našem mišljenju moguća su samo dva oblika adhezionog civilnog zahtjeva u kaznenom postupku: zahtjev za popravljivanje štete i zahtjev za utvrđenje (ili poništenje) pravno relevantne izjave volje ili pravnog posla.

„Popravljanje štete“ zajednički je izraz za sve oblike sanacije počinjene štete te obuhvaća vraćanje stvari (restituciju), naknadu štete u novcu i sve imovinske i neimovinske oblike popravljanja neimovinske štete.

Relevantne izjave volje u građanskom pravu su sve izjave volje koje izazivaju određene građanskopravne posljedice. Poblži *terminus technicus* za to je „pravni poslovi“ (to su prije svega ugovori, ali ima i pravnorelevantnih izjava volje, odnosno pravnih poslova koji nisu ugovori, kao npr. izdavanje vrijednosnih papira, javno obećanje nagrada, ponuda i sl.).

neprihvatanju raspravljanja po postavljenom adhezionom zahtjevu može žalbeno pobijati, mi bismo je pozdravili jer bi bila na liniji raspravljanja tog zahtjeva uvijek kada je to moguće.

11 Njemačka je, npr. 2004. godine značajno izmijenila svoj Zakon o kaznenom postupku upravo poboljšanjem položaja oštećenika kako sudionika u kaznenom postupku tako (istovremeno) i tužitelja u pridruženoj građanskoj parnici (*Gesetz zur Verwendung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren-t.z. Opferechtsreformgesetz*). U objašnjenju prijedloga Zakona posebno je istaknuta nužnost ograničavanja kaznenog suda da otklanja suđenje pridružene civilne stvari.

U životu je vrlo učestala pojava da kazneni delikt (zbog kojeg se vodi kazneni postupak) predstavlja ujedno i građanski delikt za kojeg je primarno zainteresiran oštećenik. Građanski delikt, odnosno građanska odgovornost je u pravilu pravno šira odgovornost koja postoji čak i kada nema kaznene odgovornosti (npr. objektivna odgovornost za štetu u cestovnom prometu). Zbog toga kada kazneni sud utvrđuje kaznenu odgovornost (a to je prvi uvjet za usvajanje adhezionog civilnog zahtjeva, arg. iz st. 2. čl. 158. ZKP-a) on je time najčešće utvrdio i građansku odgovornost. Utvrditi više (kaznenu odgovornost) uvijek znači obuhvatiti manje (građanska odgovornost).

Kod utvrđivanja nevaljanosti izjava volje, odnosno pravnih poslova situacija je slična. Ako je, naime, kazneno djelo počinjeno povredom oštećenikova prava na slobodno i ozbiljno izražavanje volje (arg. iz st. 3. čl. 249. ZOO-a), logična bi posljedica toga bila i građanskopravna invalidacija takvog ponašanja okrivljenika.

Ni popravljanje štete ni invalidacije nevaljanog pravnog posla ne idu pod pojam „oduzimanje imovinske koristi“. Ta je korist „višak“ koji prelazi štetu i odgovornost za štetu. Ne bi stoga u adhezionom civilnom postupku moglo biti govora i o materiji stjecanja bez osnove (čl. 1111.-1120. ZOO-a) jer stjecanje bez osnove od odgovornosti za štetu dijeli samo to što kod stjecanja bez osnove nema krivnje, odnosno nema štetne radnje. Po obimu odgovornosti tu nema razlike i nema stoga potrebe za formulacijom koja je sada u ZKP-u („zahtjev ... zbog počinjenja kaznenog djela ...“).

„Oduzimanje imovinske koristi“ odnosi se u kaznenom postupku na oduzimanje „zarade“ koju je okrivljenik stekao počinjenjem kaznenog djela. To je izvan privatnopravnog zahvata i ne potpada pod materiju adhezionog građanskog postupka u okviru kaznenog postupka.

Postavljanjem adhezionog građanskopravnog zahtjeva u kaznenom postupku nastupa učinak litispendencije (*litis pendet*). O istom zahtjevu nije stoga više dopuštena redovna građanska tužba.¹²

Kazneni sud mora respektirati neke važne standarde građanskog sudovanja: nema rasprave o civilnom zahtjevu bez tužbe (*nemo iudex sine actore*), vezan je postavljenom visinom (*ne eat iudex ultra et extra petita partium*), oštećenik kao tužitelj može svoj zahtjev povući ili promijeniti po odredbama ZPP-a.

No organizacija žalbenog postupka i uopće postupka ulaganja pravnih lijekova je kaznena. To znači da i žalbeni kazneni sud ima pravo i obvezu preispitivanja civilnog dijela osuđujuće kaznene presude. Izvanredni pravni lijek, također je kazneni a ne civilni, ne revizija po ZPP-u nego izvanredno preispitivanje pravomoćne presude (st. 1. čl. 159. ZKP-a).

12 Nejasno bi npr. bilo kad bi oštećenik najprije podnio adhezioni zahtjev na naknadu imovinske štete, a zatim redovnu građansku tužbu radi novčane naknade neimovinske štete („bolnine“). Čini se da bi to bilo dopušteno i da prigovor litispendencije ne bi bio opravdan. Problem jedino može zakomplicirati činjenica da se iz adheziono postavljenog zahtjeva ne vidi koji se oblik popravljivanja štete traži.

III. ELEMENTI CIVILA (GRAĐANSKOG PRAVA) U KAZNENOM MATERIJALNOM PRAVU

Obvezno pravo svakako je najobimnija i najkompleksnija zona civila u kojoj valja napose razlikovati dva njena bitna dijela – ugovorni i izvanugovorni.

Republika Hrvatska ima moderan i vrlo sveobuhvatan propis o obvezama (ZOO, NN 35/05 i 41/08), a brojna druga pravila za obvezne odnose nalaze se u drugim propisima, pravnim običajima, pravilima poslovanja i sl.

Kazneno pravo je uvijek pokazivalo interes za neke ekscesne ispade u obveznom pravu, npr. za lihvarstvo. Lihvarstvo, nazvano „lihvarski ugovor“ je kazneno djelo (čl. 242. KZ-a), ali je i važan razlog civilnopravne nevaljanosti (ništetnosti) pravnog posla (čl. 329. ZOO-a).¹³

U aktualnom hrvatskom kaznenom zakonodavstvu više ne postoji kazneno djelo „zaključivanje štetnog ugovora“. Tržišno gospodarstvo tako nešto ne podnosi, jer slobodni (privatni) subjekt može sklapati bilo kakav ugovor (ovisno o prosudbi svojih interesa), pa ponekad i štetan ako mu to, npr. donosi neki drugi probitak (zadržavanje suradnje s poslovnim partnerom).¹⁴ U poslovanju javnopravnih subjekata sankcije za zaključenje štetnog ugovora valja prepustiti njihovim predstavničkim tijelima.¹⁵

Ugovorno obvezno pravo uvijek značajno određuje ukupne rezultate gospodarskog poslovanja pojedinaca i pravnih osoba koje se time bave.

Kaznena djela protiv gospodarstva (Glava XXIV., čl. 246.-265. KZ-a) predstavljaju odgovornost onih subjekata koji su izazvali poremećaj u poslovanju.

Stečaj nekog subjekta gospodarskog poslovanja uvijek mora biti i kaznenopravno suspektan. Posljedice stečaja negativno se odražavaju na zaposlenike (gube plaću i posao), državu (nema uplate poreza i doprinosa) i vjerovnike (ne naplaćuju potraživanja za isporučenu robu ili izvršenu uslugu). Stečaj, naravno, nije dobar ni za samog subjekta poslovanja, ali to, po naravi stvari, ne može biti objekt ni civilnopravne, a niti kaznenopravne sankcije.

13 Čini se da je, u ovoj usporedbi, regulacija lihvarstva u ZOO-u nešto šira. Čak su i nazivi različiti (ZOO - zelenaški ugovor, KZ - lihvarski ugovor). Mislimo da tu ni u sadržaju ni u formi razlike ne bi smjelo biti.

14 U kaznenom pravu postoji i posebna grana tog prava pod nazivom „gospodarsko kazneno pravo“. Mada je to pravo zapravo u začecima, praćeno je visokokvalitetnom literaturom (P. Novoselac, Uvod u gospodarsko kazneno pravo, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2009.).

15 Naše jedinice područne i lokalne samouprave su, između ostalog, i nositelji prava vlasništva na nekretninama, štoviše na posebno atraktivnim nekretninama (građevinsko zemljište). U pravnom prometu tim zemljištima vode se mnogi, dosta razvikani kazneni postupci gdje se napose operira tvrdnjama da je nešto kupljeno ili prodano odnosno zamijenjeno po cijeni koja „nije tržišna“. Potom se, u pravilu, poziva na to da je drukčiju cijenu „utvrdio vještak“. Vještak ništa ne utvrđuje, nego samo daje mišljenje; utvrđuje (odlučuje) samo nadležni sud koji pritom mora imati u vidu da je „tržišna cijena“ isključivo ono što priznaje tržište, a što se (osim uz savjetodavnu pomoć vještaka) napose može utvrđivati usporedbom konkretno sporne cijene s cijenama u sličnim prostornim i vremenskim situacijama.

Prouzročenje stečaja je kazneno djelo (čl. 249. KZ-a). Kazneno djelo je i pogodovanje vjerovnika (čl. 250. KZ-a) jer pogodovanjem (stavljanje u povoljniji položaj jednog vjerovnika) automatski se u nepovoljniji položaj dovodi drugog vjerovnika, odnosno sve ostale vjerovnike.

U domaćem tržišnom gospodarstvu treba obnoviti značaj pravila iz klasike civila: da je normalno (i jedino normalno!) da vjerovnik naplati svoje potraživanje u iznosu, vremenu i mjestu kako je ugovoreno. Sve izvan toga, napose sve neprihvatljivo eksczesno treba dobiti i zaštitu kaznenog prava.

Razne prisilne kompenzacije, isto takve asignacije, prisilne ili predstečajne nagodbe¹⁶ ili što slično, kao u osnovi čudnovato preživjeti relikv socijalističke „dogovorne ekonomije“, neprihvatljive su pojave za gospodarstvo koje želi biti tržišno organizirano.

Vjerovnik koji je sukladno ugovoru izvršio svoju obvezu, a nije naplatio tražbinu (ili to ovisi o državnom činovniku u procesu predstečajne nagodbe) dobiva time samo dvije alternative: ili se okrenuti vanjskom tržištu (što uvijek nije lako, napose kad tečaj novca to otežava) ili obustaviti proizvodnju.

Insolventijsko građansko pravo, vrlo važno i u civilnopravnoj i u kaznenopravnoj zoni, mora stoga kao prvi zaštitni objekt imati u vidu zaštitu ugovornih interesa vjerovnika.¹⁷

Naknada štete kao drugi bitni dio obveznog prava nalazi se u KZ-u na više mjesta. Najprije kao kazneno djelo oštećenja tuđe stvari (čl. 235. KZ-a) za što oštećeniku uvijek pripada pravo na naknadu štete (ako ju on, naravno, zatraži). Mnogo su, međutim, važnija kaznena djela koja nastaju kao povreda prava osobnosti (čl. 19., čl. 1046. ZOO-a), a zbog čega oštećenici imaju pravo na popravljivanje neimovinske štete. Kaznena djela tjelesnih ozljeda (čl. 117.-120. KZ-a), povreda časti i ugleda (čl. 147.-149. KZ-a), povreda spolne slobode (čl. 152.-153. KZ-a), napada na zdravlje ljudi (čl. 180.-182. KZ-a) i dr. ne mogu se razumjeti i pratiti bez poznavanja prava osobnosti. Napose se bez tog znanja ne može uspješno presuđivati adhezioni civilni zahtjev po tim osnovama.

U pitanjima imovinske štete važna je konsideracija da je vraćanje stvari (kad god je moguće) samo po sebi i „naknada“ (tj. popravljivanje) štete jer je to prvi i glavni oblik popravljivanja štete uopće (čl. 1085. ZOO-a).

16 Poznata je situacija kakva je prošlih godina nastala u vezi s predstečajnim nagodbama u RH. Te su se nagodbe reklamirale kao značajno „dostignuće“ koje „spašava tisuće radnih mjesta kod dužnika“. Zaboravilo se, međutim, pritom reći što je s radnim mjestima kod vjerovnika koji je isporučio robu ili izvršio rad, a to nije naplatio. Propis je imao i druge anomalije, napose npr. da sam dužnik utvrđuje tko je i koliko dužan (!?) kao i da o tome sud praktički ne odlučuje. Novi Stečajni zakon donesen je tijekom 2015. godine (NN 71/05) i stupio je na snagu 1. 9. 2015. Vidljiva su određena poboljšanja u naznačenim pitanjima, ali tek će vrijeme pokazati jesu li pronađena prava rješenja. Međutim, teoretski će ostati pitanje kako u prinudnoj nagodbi (to je njen pravi i tradicionalni naziv) tretirati vjerovnika koji toj nagodbi nije pristupio (pravilo je građanskog prava da pravni posao obvezuje samo onog tko ga je sklopio).

17 U Njemačkoj je 2014. godine značajno reformirano insolventijsko pravo („*Neues Deutsches Insolvenzrecht*“). U raspravi koja je prethodila istaknuta je primarna zadaća Zakona - zaštita interesa vjerovnika.

Tek ako je tuđu pokretnu stvar nemoguće vratiti ide se na novčanu naknadu. Visina naknade uvijek obuhvaća i vrijednost stvari i izmaklu dobit (čl. 1089. ZOO-a). Visina štete, odnosno visina naknade određuje se prema vrijednosti odnosno stvari na dan presuđenja (st. 2. čl. 1089. ZOO-a) i to je važan valoristički element kojeg mora imati u vidu i građanski i kazneni sudac.¹⁸ Samo iznimno naknada štete može prelaziti objektivnu vrijednost oštećene stvari i to ako je šteta kaznenim djelom počinjenim namjerno (st. 4. čl. 1089. ZOO-a), u kom slučaju oštećenik može dobiti naknadu¹⁹ prema vrijednosti koju je stvar imala samo za njega.

Ponešto je kompleksnija dosuda neimovinske štete, ali ne u mjeri koja bi opravdala vladajuće pravilo da se ta šteta u adhezionom postupku ne presuđuje. Postoje određeni standardi („tabele“, praksa i sl.) koji ne smiju biti nepoznati kaznenom sudu.

Neimovinski oblici popravljanja neimovinske štete (čl. 1099. ZOO-a) isto tako ne bi smjeli biti strani kaznenom sudu; pravilna (istovremena) civilna i kaznena sankcija predstavljaju najbolji odgovor na događaj koji je izazvao intervenciju suda.²⁰

Zaštita stvarnih prava (prava vlasništva prije svega) u KZ-u je predviđena u Glavi XXIII. (čl. 228.-245.). Tuđa pokretna stvar može biti ukradena (čl. 228.-231.), utajena (prisvojena posjedovanjem, čl. 232.), također i pronevjerena ako je bila povjerena na radu (čl. 233.).

KZ ne predviđa slično pravilo za nekretnine. One se, po naravi stvari, ne mogu fizički „ukrasti“, ali nisu nemoguće određene „akrobacije“ kojima se vlasniku takve stvari protupravno oduzima pravo vlasništva. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (čl. 125. ZV-a) i Zakon o zemljišnim knjigama (čl. 129.) predviđaju određenu građanskopravnu zaštitu za takve slučajeve, ali ne bi bilo suvišno da se u ovu materiju umiješa i kazneno pravo.

Oduzimanje tuđe pokretne stvari u se civilu sankcionira obvezom vraćanja stvari. Reivindikaciona odnosno publicijanska tužba (čl. 162., čl. 166. ZV-a) jamče vlasniku vraćanje posjeda njegove stvari.

18 Naša pravna znanost i praksa vrlo slabo poznaju i prate monetarno pravo. To je nedostatak kojeg smo naslijedili od Austrije koja nije poznavala inflaciju koja potiče na stvaranje monetarnog prava. Čl. 1089. st. 2. ZOO-a izraz je jednog od pravila suvremenog monetarnog prava da nije oštećena stvar kao takva nego vrijednost koju ona predstavlja i da zato oštećenik (kada dobiva novac za stvar) treba dobiti onoliko koliko ta stvar vrijedi u času kada mu sud dosuđuje naknadu. Protuinflacijske odredbe su uvijek i odredbe o kamatama (minimalno moraju pratiti inflaciju), a dakako i odredbe o valutnim i sličnim klauzulama (čl. 22.-24. ZOO-a).

19 U pitanju je poznata naknada po afekcijskoj (afekcionoj) cijeni. Za kazneni sud se može pojaviti kao značajan aspekt kaznenog djela i kao element odlučivanja o adhezionom zahtjevu. U oba slučaja takva se vrijednost (cijena) ne može odrediti bez sagledavanja osobnosti oštećenika (npr. ubijen mu je pas koji je njemu kao slijepoj osobi bio od bitne pomoći).

20 ZOO (čl. 1099.) kao popravljanje neimovinske štete predviđa i „što drugo“. Prava je šteta da se ova odredba ne koristi kao mogućnost da se štetnika, odnosno osuđenika ne natjera na određeno davanje u dobrotvorne ili humanitarne svrhe. To može pogotovo činiti kazneni sud.

U adhezionom postupku ova pitanja mogu se vrlo prikladno postaviti, a i odmah riješiti s obzirom na to da se u pravilu kazneni postupak i vodi baš zbog toga da vlasnik opet uspostavi posjedovno stanje koje mu pripada. Oduzimanje predmeta kaznenog postupka (čl. 77.-79. KZ-a) u ovim slučajevima nužno mora ustupiti prednost građanskopravnom zahtjevu (st. 2. čl. 77. KZ-a).

Ostala stvarna prava (pravo služnosti, zaloga, stvarnog tereta i pravo građenja) objektivno su rjeđi predmet kaznene zaštite, ali mogu biti uključena kao kazneno djelo povrede tuđih prava (čl. 241. KZ-a).²¹

Nasljedno pravo, zakonsko i oporučno, također (mada u nešto manjoj mjeri) pobuđuje interes kaznenog prava. Zakonsko nasljeđivanje je dosta standardizirano, dosta jasno u smislu tko ima pravo naslijediti. „Poremećaji“ nasljednih redova prije svega su mogući dostavom lažnih osobnih podataka od strane matičara ili bilježnika i to su onda kaznena djela protiv službene dužnosti (Glava XXIII., čl. 291.-300. KZ-a) ili kazneno djelo krivotvorenja (Glava XXIII., čl. 274.-283. KZ-a).

Oporučno nasljeđivanje može biti „napadnuto“ pritiscima na slobodno izražavanje volje oporučitelja što potpada pod opću kaznenopravnu zaštitu relevantnih građanskopravnih izjava volje (čl. 236., čl. 243. KZ-a).

Zaštita braka i obitelji je izvan tradicionalnog građanskog prava, ali u širem smislu nedvojbeno spada u privatno pravo. Te su vrijednosti, dakako, uvijek zanimljiv objekt kaznenopravne zaštite (Glava XIII. „Kazneno djelo protiv braka, obitelji i djece“, čl. 167.-179. KZ-a). Živimo u vremenu značajnih promjena u sociologiji braka i obitelji, što je pravo dužno slijediti. U tom smislu nadolaze i neka nova kaznena djela (npr. kazneno djelo povrede privatnosti djeteta, čl. 178. KZ-a) i na te pojave ni građanski ni kazneni sudac ne može ostajati indiferentan.

Naprijed izloženo nije potpuni prikaz elemenata civila u materijalnom kaznenom pravu nego naznaka značajnog obima moguće prisutnosti građanskog prava u kaznenom sudovanju, ali i argument za povećanu sinergiju ovih dijelova prava. Dakako ni građansko ni kazneno pravo nisu samo u jednom zakonu (ZOO, KZ) pa je zadaća koja se nameće mnogo šira.

21 Po našoj ocjeni takvog je kaznenoga gonjenja vrlo malo. Stanje je zapravo razumljivo jer su ova prava po svojoj naravi čisti građanskopravni rezervat. U težim slučajevima ipak valja pribjeći i kaznenopravnoj intervenciji. Među „tuđa prava“ valja navesti i zaštitu prava intelektualnog vlasništva (čl. 282.-290. KZ-a) i posebnu zaštitu nekih drugih prava, prava na slobodu (čl. 135.-140. KZ-a), prava na privatnost (čl. 141.-146. KZ-a) itd. Neka sporna prava iz prava osobnosti u izvjesnoj su koliziji s nekim odredbama civila (npr. st. 3. čl. 112. KZ-a kolidira u izvjesnom smislu s pravom na eutanaziju tamo gdje postoji, a kod nas je nejasno postoji li ili ne, a isto je s čl. 115. KZ-a gdje je predviđeno kazneno djelo protupravnog prekida trudnoće, a dopustivost, odnosno nedopustivost prekida trudnoće moramo cijiniti po Zakonu iz čak 1978. godine - Zakon o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece, NN 18/78).

IV. PRAVO NA NAKNADU ŠTETE ZBOG NEOPRAVDANE OSUDE I NEUTEMELJENOG UHIĆENJA

Naknada štete zbog neopravdane osude i neutemeljenog uhićenja „skrivena“ je u čl. 573. ZKP-a. Tu su, naime, prijelazne i završne odredbe Zakona (Glava XXIII.), a u alineji 3. se navodi da će se „do donošenja posebnog zakona i dalje primjenjivati glava XXX. ranijeg ZKP-a“ koji je na tom mjestu uredio pravo na naknadu štete za slučajeve nezakonitih kažnjavanja i lišenja slobode.

Predmetni aspekt odgovornosti za štetu vrlo je važan u ukupnoj dijalektici kaznenog postupaka i nije baš primjereno upućivanje važećeg ZKP-a na prije važeći ZKP. Na opisani način regulacije (čl. 573.) ostavlja se gotovo dojam da važeći ZKP ova pitanja čak ni ne uređuje.

Raniji, dakle u ovom dijelu još uvijek važeći ZKP (čl. 476.-484.) sadrži u pitanju naknade štete više posebnih i pravno specifičnih odredbi:

- razlikuje pravo na naknadu u slučaju „neopravdane osude“ (st. 1. čl. 476.) i pravo na naknadu štete zbog neutemeljenog uhićenja (čl. 480.): u oba slučaja je oduzimanje slobode *conditio sine qua non* cijelog postupanja
- zastara prava na naknadu štete zastarijeva u roku od 3 godine od pravomoćnosti oslobađajuće presude (st. 1. čl. 477.)
- pasivna strana u postupku za naknadu štete je Republika Hrvatska (st. 3. čl. 478.), ali se prije podnošenja tužbe oštećenik mora obratiti Ministarstvu pravosuđa „radi postizanja nagodbe“ (st. 2. čl. 477.)²²
- predviđeno je pravo na nasljeđivanje imovinske štete, no samo u okvirima „već postavljenog zahtjeva“ (st. 1. čl. 479.)²³

Ako važeći čl. 573. ZKP-a na neki način „zamračuje“ značaj i veličinu problema odštetne odgovornosti zbog nezakonita kažnjavanja i lišavanja slobode, znanost prava je - sa svoje strane - dala značajan doprinos problemu i osvijetlila njegove relevantne aspekte.²⁴

22 Izraz „radi postizanja nagodbe“ može upućivati na zaključak da se nagodba mora postići. Naravno, da ni sam zakonodavac tako ne misli jer dopušta tužbu. Ipak, pravilno bi bilo reći „radi mogućeg postizanja nagodbe“. Ako dođe do tužbe zahtjev ostaje isti.

23 Bilo bi jako pogrešno da se odredba iz prve rečenice st. 1. čl. 479. ZKP-a tumači restriktivno, tj. da se riječ „naknada imovinske štete“ shvati samo kao imovinska šteta u užem smislu te riječi (obična šteta i izmakla dobit kao oblici štete na stvarima i imovinskim pravima); „imovinska šteta“ treba, naprotiv, obuhvatiti i novčano (imovinsko, materijalno) popravlanje neimovinske štete (čl. 1100. ZOO-a). Ostaje otvoreno pitanje neimovinskih oblika popravlanja neimovinske štete (čl. 1099. ZOO-a). Odredba iz st. čl. 25. Ustava RH govori o „pravu na odštetu“, što može biti samo popravlanje štete u svim njegovim oblicima, imovinskim i neimovinskim.

24 Ukazat ćemo ovdje samo na neke najznačajnije radove: D. Krapac - S. Bagić: Pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude ili zbog neutemeljenog uhićenja ili pritvaranja te njegova suvremena ustavnopravna i kaznenopravna regulacija, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5-6/2012., str. 1237.-1281.; J. Brežanski, Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1/2003, str. 677.-714.; J. Čuveljak, Naknada štete zbog neopravdane osude i neutemeljenog lišenja slobode (www.pravnadatoteka.hr; nepoznato je li objavljeno i u tiskanom izdanju).

Odgovornost za štetu je *sedes materia* građanskog prava, poblizje - odštetnog (izvanugovornog) prava u okviru obveznog prava.

Središnji zakon je u tom smislu svakako ZOO. To nije „zakonik“ u smislu hijerarhijske nadređenosti drugim propisima iz odštetne oblasti, tako ni ZKP-u. ZOO je u tom slučaju svakako „opći propis“, a ZKP „posebni propis“.

Moguća prednost ZKP-a u tom smislu ipak ne može ne voditi računa o ukupnoj determiniranosti koja postoji u zoni odštetne odgovornosti:

- valja prvo imati na umu ustavno jamstvo da svatko tko je bio nezakonito lišen slobode ili osuđen ima, u skladu sa zakonom, pravo na odštetu i javnu ispriku (st. 4. čl. 25. Ustava RH);²⁵
- drugo, valja imati na umu da obvezno pravo (ZOO) baštini bogato nasljeđe u pravu odgovornosti za štetu i temeljne zasade odštetne odgovornosti ne može mimoići bilo koji posebni propis iz ove zone, napose ne ove:
 - da je „šteta“ zbirni pojam za imovinsku i neimovinsku štetu, odnosno da se imovinska šteta sastoji od umanjenja nečije imovine ili sprječavanja njezina povećanja, a neimovinska od povrede prava osobnosti (arg. iz čl. 1046. ZOO-a);²⁶
 - da ZOO (što je izraz općeg stava znanosti odštetnog prava) priznaje pravo na naknadu cjelokupne štete, bez postavljanja limita;²⁷
 - da je pravo na naknadu štete imovinsko pravo koje se nasljeđuje po pravilima nasljednog prava²⁸ te
 - da obvezno odštetno pravo, napose u njegovim novijim kretanjima, postavlja poseban cilj odštetnog prava da svaki oštećenik dobije naknadu za štetu koju je pretrpio odnosno da mu ta šteta bude popravljena (arg. iz čl. 8. ZOO-a)²⁹.

25 Ustavna odredba o „pravu na odštetu“ svakako je provedena u ZKP-u. Ovaj drugi dio o pravu na „javnu ispriku“ samo je donekle provedeno u čl. 481. ZKP-a. Mi inzistiramo na stavu da je tu neophodna primjena ZOO-a o zaštiti prava osobnosti i da se o tome vodi opći postupak popravljivanja štete, a ne ovaj po ZKP-u.

26 Smatramo doista nužnim povezivanje st. 4. čl. 25. Ustava RH sa st. 1. čl. 1046. ZOO-a. Bez toga postoji rizik davanja parcijalnih i pravno vrlo pogrešnih rješenja.

27 Naš ZOO poznaje, tzv. paušaliziranje naknade štete (st. 3. čl. 345.), ali to se odnosi samo na ugovornu štetu. Mnoge zemlje poznaju taj sustav i za neopravdano lišenja slobode. Njemačka, npr. predviđa 25 eura na dan (*Gesetz ueber die Entschaedigung fuer Strafverfolgungsmassnahmen*), što se u općoj javnosti karakterizira kao vrlo nedostatno. Isto je tako opća javnost zabilježila najveću datu naknadu od 1,25 milijuna dollara (USA).

28 Čini nam se da ZKP tu ne slijedi do kraja ZOO. Nije jasno zašto bi nasljednik ostvario pravo samo u okviru zahtjeva kojeg je postavio njegov srodnik (arg. iz st. 1. čl. 478. ZKP-a), što bi, npr. bilo s uvijek mogućim računskim greškama? Isto tako - što je s pravom na novčano nasljeđivanje neimovinske štete koje ZOO (čl. 1105.) postavlja dosta liberalno?!

29 Načelo *neminem laedere* (nikome ne škoditi) ima u modernom obveznom (odštetnom) pravu služiti i kao interpretativno sredstvo u cilju da svi oštećenici ostvare svu naknadu štete. To je važno načelo našeg ZOO-a.

Suvremeno odštetno pravo napose nastoji poboljšati, podići materijalnopravnu i postupovnopravnu poziciju oštećenika tako da sve šire propisuje objektivnu odštetnu odgovornost štetnika.

Mada je izvorno ovakva (objektivna) odgovornost vezana uz tehniku i tehnologiju, ona danas ide i izvan toga kao neki „sustav bez sustava“.³⁰

Prvo pravilo odštetnog prava je ipak odgovornost po krivnji; po *causa*-i se odgovara samo ako je to izrijeком predviđeno. Naš ZOO krivnju presumira (arg. iz st. 1. čl. 1045.) i to svakako ide u prilog oštećeniku. No, ta se njegova prednost može „istopiti“ ako protivna strana dokaže svoju nekrivnju.

Kod objektivne odgovornosti dokaz nekrivnje štetniku ne pomaže; on će odgovarati i kada nije kriv³¹, a mogućnost eskulpacije (oslobađanje od odgovornosti) priznaje mu se samo u tri slučaja: da je šteta nastala zbog više sile, radnje trećeg i radnje samog oštećenika (arg. iz čl. 1067. ZOO-a). Naravno, teret dokaza ovih razloga je na štetniku.

ZKP u regulaciji prava na naknadu štete slijedi Zakon o sudovima (NN 28/13, 33/15 i 82/15) koji (st. 1. čl. 105.) predviđa odštetnu odgovornost države za štetu koju stranci u postupku nanese sudac svojim nezakonitim ili nepravilnim radom. To je već u zoni objektivne odgovornosti za štetu,³² a ZKP ide i na daljnje pojačavanje položaja oštećenika time što štetnu radnju (nezakoniti ili nepravilan rad) i pitanje uzročnosti (kauzalni *nexus*) uzima kao presumpciju koja se više ne može dovoditi u pitanje.

Nedvojbena objektivna odštetna odgovornost države (RH) pokazuje tu svoju osobinu i time što predviđa mogućnost njene eskulpacije samo ako je osuđenik svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namjerno prouzročio svoju osudu, osim ako je na to bio prisiljen (st. 2. čl. 476. ZKP-a).

Ovo nije sporno po građanskom, ali može biti sporno po kaznenom pravu s obzirom na opće pravo okrivljenika da se brani kako želi, da šuti ako želi i da ima pravo na zaštitu od samooptuživanja.

Na razini teorije čini se da bi ovaj eskulpacijski razlog trebalo dosta rijetko i dosta restriktivno primjenjivati.

Država si je u ovom odštetnom području osigurala određeni „ekskluzivitet“ - osuđena se osoba prije tužbe mora njoj obratiti radi (mogućeg) postizanja nagodbe.

30 Suvremena teorija odštetnog prava iz tog širenja (ponekad možda i pretjeranog) objektivne odštetne odgovornosti nalazi podlogu za zaključak da sustav objektivne odštetne odgovornosti nije nikakav sustav i da on ne postoji kao takav (tako npr. V. Vodinić, *Građansko pravo*, Beograd, 2012., str. 490.).

31 Odgovornost bez krivnje, koncepcija potpuno suprotna teorijama prirodnog prava o krivnji kao temelju odgovornosti, polazi od bitne činjenice da bez krivnje odgovara onaj tko ima posebnu korist od neke djelatnosti ili ima posebnu odgovornost za tu djelatnost

32 Jasno je pritom da se „nezakonit i nepravilan rad“ tretira kao štetna radnja, a za odgovornost se krivnja smatra irelevantnom. Eskulpacijski razlozi se imaju u vidu (viša sila, radnja trećeg, radnja samog oštećenika), ali relevantan ostaje samo jedan - radnja, ponašanje samog oštećenika (osuđenika). To ide u prilog oštećeniku. Država se, dakle, ne može pozivati na višu silu ili radnju trećeg.

Povoljno je što za to vrijeme zastara ne teče (st. 2. čl. 478. ZKP-a), što ipak ne otklanja moguće prigovore da za ovaj ekskluzivitet nema razloga.

Postupci naknade štete zbog nezakonitih kaznenih osuda i neutemeljenog uhićenja uvijek pokazuju one slabije strane kaznenog prava i kaznenog postupka. To je na neki način „odjel patologije“ u ukupnom sustavu prava i kaznenog sudstva; tu se *ex post* pokazuje i vidi gdje je „doktor“ (sudac) pogriješio.

Sociologija kaznenog prava³³ može tu doći do vrlo dragocjenih zaključaka. I ne s ciljem podizanja hysterije oko (ne) odgovornosti sudaca nego radi poblizjeg i realnog sagledavanja vrijednosti svih elemenata kaznenog sustava pa i sustava prava u cjelini.

Na predmetnom planu odštetne odgovornosti svaka društvena zajednica pokazuje svoju spremnost na priznanje i popravljavanje počinjenih pogrešaka. To je i na pojedinačnoj i na općoj razini važno etičko pitanje. Upravo bi to, čini nam se, trebao biti veći razlog za punu transparentnost postupaka što bi, primjerice, moglo voditi i tome da postupci ostvarivanja prava ne moraju prethodno ići na relativno nedostupno pregovaranje između države i oštećenika. Po našoj ocjeni neimovinsko popravljavanje neimovinske štete ni sada ne podliježe ovoj prethodnoj proceduri.

U uvodu ovog dijela našeg rada (t. 19.) podvukli smo važnu pretpostavku da se mora raditi o oduzimanju slobode.

To proizlazi iz st. 4. čl. 25. Ustava RH koji je temelj ZKP-a u ovome dijelu. Neopravdana osuda bez oduzimanja slobode (npr. uvjetna osuda) ne potpada pod ovu vrstu naknade štete, ni supstancijalno ni postupovno. No, nastala protupravnost (i nastala šteta, napose ona neimovinska) može biti predmet opće pravne zaštite zbog povrede prava osobnosti i odgovornosti za neimovinsku štetu. Članak 481 st. 3. ZKP-a ne udovoljava potrebi ove opće zaštite i ne pokriva razloge zbog kojih je potrebno upućivanje na zaštitu (svih) prava osobnosti.

V. ODLUKE USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE NA GRANICI IZMEĐU GRAĐANSKOG I KAZNENOG PRAVA

Premda općenito gledano kazneni sudovi nerado prihvaćaju raspravljanje građanskopravnih zahtjeva, u slučajevima kada to ipak čine do Ustavnog suda RH stižu u pravilu samo pritužbe na dosuđenu visinu naknade štete, napose one neimovinske.³⁴

33 „Sociologija“ kaznenog, građanskog ili nekog drugog prava kod nas nije posebno razvijena. Na razini studija izučava se opća sociologija što ima izvjesne veze i s pravom, ali ne daje i ne može davati veće odgovore na jače probleme pojedinih pravnih područja. Sociologiju prava zanima samo stvarno, realno stanje stvari što je dragocjena osnovica za veliku analizu načina i stupnja primjene prava. U kaznenom pravu svjedoci smo vrlo pompozno najavljenim i medijski spektakularno praćenim uhićenjima koja potom ne završe ni presudom ni brzim optuženjem, a ponekad izostane i samo optuženje. Sociološki bi doista bilo zanimljivo vidjeti zašto je tome tako, napose jesu li propisi loši ili nešto ne valja u njihovoj primjeni.

34 Predmeti brojeva U-III-2678/2002, U-III-2328/2003, U-III-3776/2003, U-III-2508/2008, U-III-5368/2011, U-III-1248/2012

Takve se ustavne tužbe gotovo uvijek odbijaju jer Ustavni sud RH ne ispituje građanskopravnu pravilnost dosude nego samo moguće povrede ustavnih prava što pitanja visine naknade štete načelno nisu.

Ustav RH (čl. 35.) jamči građanima štovanje i pravnu zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti. Čini nam se da ovakva odredba na području naknade štete, odnosno visine naknade štete dopušta intervenciju Ustavnog suda RH u ustavnopravnom postupanju u povodu ustavnih tužbi samo ako bi po redovnom sudstvu dosuđena naknada štete bila nedostojanstveno niska i takva da se takvom naknadom ne postiže svrha zaštite osobnosti oštećenika (tužitelja u postupku parnice).

U jednom predmetu³⁵ Ustavni sud RH upustio se posredno u ocjenu visine naknade neimovinske štete, smatrajući revizijsku odluku (koja je smanjila naknadu s 80.000,00 kn na 40.000,00 kn) „samovoljom“.

Na doktrinarnom planu ovakva pravna ocjena može trpjeti značajne kritike. Vrhovni sud RH, naime, ima ustavnu obvezu osiguravanja jedinstvene primjene prava (st. 1. čl. 119. Ustava RH), a, osim toga, pravna narav neimovinske štete je takva da visina te štete nema jednu sigurnu i stabilnu referentnu vrijednost zbog čega je onda teško govoriti da je smanjenje neke konkretne dosude „samovoljno“.

U drugom vrlo zanimljivom slučaju³⁶ došlo je do inače, naravno, nedozvoljene litispendingije između adhezionog i općeg parničnog postupka. Oštećenik je, naime, odštetni zahtjev najprije adheziono podnio u kaznenom postupku, a onda (umjesto da traži ovrhu) još jednom u redovnom parničnom postupku. Ustavnu tužbu je podnijela (protiv kasnije presude) tužena koja se našla pred rizikom da zapravo dva puta plati istu dosudu.

Postupovno gledano ova je druga presuda zapravo ništetna ili čak nepostojeća (bez obzira što ove pojmove ZPP ne poznaje), ali je pitanje treba li ju Ustavni sud RH u ime vladavine prava (čl. 3. Ustava RH) ukloniti iz pravnog poretka ili to treba prepuštiti redovnim sudovima da oni sami to isto utvrde.

Adhezioni civilni postupci u kaznenom sudovanju, premda građanski po naravi, idu po kaznenoj proceduri i u ustavnosudskom postupku. U općem građanskom postupku ulaganje je redovne revizije uvjet za pristup Ustavnom sudu RH, ali se za adhezionu civilnu stvar ne traži podnošenje zahtjeva za izvanredno preispitivanje kaznene presude koje je pravno sredstvo pandan reviziji u civilu.³⁷

U predmetima apstraktne kontrole kaznenog materijalnog zakonodavstva (KZ-a, prije svega) Ustavni sud RH je u više prilika uočio pretjeranu blanketnost odredbi koje određuju biće kaznenog djela u oblasti gospodarskih kaznenih djela.

35 Predmet broj: U-III-576/2000. To je, doduše, bio redovni parnični postupak ali je problem *mutatis mutandis* isti.

36 Predmet broj: U-III-4433/2011. Do trenutka predaje ovog rada (6.11.2015.) odluka nije donesena.

37 Ovakav je stav Ustavni sud RH ponovio odnosno posebno podvukao na svom 23. Stručnom sastanku od 18. Rujna 2012.

Ustavni sud RH (ipak) nije prihvatio prijedloge³⁸ za ispitivanje ustavnosti čl. 337. i 339. KZ-a, vodeći - osim razloga navedenih u obrazloženju odluke - računa i o tome da je do časa ovog odlučivanja već više tisuća građana bilo osuđeno za ova kaznena djela, odnosno što su već bili na izdržavanju kazne ili su kaznu čak i odslužili.

Kritičari prakse Ustavnog suda RH će možda nedosljednim ocijeniti konkretnu odluku u istoj kaznenoj materiji gdje se ustavna tužba prihvaća i ukidaju donesene redovnosudske odluke.³⁹

U oblasti naknade štete zbog neopravdane dosude i neutemeljenog uhićenja na Ustavni sud RH također najviše dolaze ustavne tužbe zbog nezadovoljstva visinom dosuđene naknade.

I tu se ustavne tužbe u pravilu odbijaju jer je intervencija Ustavnog suda RH opravdana samo u slučaju povrede čl. 35. Ustava RH.

Ustavni sud RH inzistira na pravilu da osuđenik (premda oslobođen) nema pravo na naknadu štete kada je svoju štetu sam skrivio.⁴⁰

VI. ZAKLJUČAK

Vjerujemo da je ova, premda kratka, analiza prisustva elemenata građanskog prava u kaznenom pravu, odnosno kaznenom sudovanju potvrdila tezu o neophodnosti sinergije ovih dijelova prava. Takva jedna holistička perspektiva („*holistic approach*“, „*holistic view*“) o neophodnosti spajanja građanskog i kaznenog prava trebala bi dovesti do stvaranja jednoga novog zajedničkog pojma - sudske prava.

Mnoga kaznena djela, napose ona iz sfere gospodarskoga kaznenog prava, ne mogu se razumjeti bez prepoznavanja značajne civilne dimenzije u opisu bića kaznenog djela. Djeluje otužno lutanje naših kaznenih sudaca kada ne razumiju pojam „najpovoljnije ponude“ (pogrešno misleći da se on odnosi isključivo na cijenu), kada im vještak „utvrđuje“ tržišnu cijenu ili kada ne vide razliku između

38 Odluka broj: U-I-1085/2000, U-I-23/2001, U-I-717/2001 i U-I-4025/2005 od 30. travnja 2008. Ova odluka nije donesena jednoglasno jer su suci akademik Davor Krapac i sudac dr. sc. Marko Babić glasali za usvajanje prijedloga i o tome su dali izdvojeno pisano mišljenje.

39 Predmet broj: U-III-5807/2010

40 U predmetu broj: U-III-3244/2006 nije priznato pravo na naknadu štete jer je podnositelj svojim nedopuštenim postupcima prouzročio uhićenje (izbjegavao je primiti poziv za raspravu).

U predmetu broj: U-III-2820/2006 podnositeljici ustavne tužbe nije priznato pravo na naknadu štete jer se šteta odnosila na dobit njenog poduzeća, tj. trgovačkog društva koji je zaseban pravni subjekt. No, na razini teorije civila ovdje valja primijetiti da bi šteta podnositeljice mogla biti u dobiti na koju ona ima pravo (kao vlasnik ili suvlasnik društva) od dobiti društva.

Nije (predmet broj: U-III-839/2003) priznato ni pravo na naknadu štete zbog otkaza radnog odnosa, što pogotovo može biti pravno suspektno kada je prekid, odnosno gubitak radnog odnosa izravno uzročno povezan s neopravdanom osudom ili neutemeljenim uhićenjem.

ugovora kojim dioničari uređuju način upravljanja dioničarskim poduzećem (suvlasničke stvari) od ugovora o prijenosu dioničarskih (suvlasničkih) prava itd.

Ako se ista civilna dimenzija kaznenog djela ne vidi, nužno se pribjegava i otklonu presuđenja civilnih pitanja u okviru kaznenog postupka. Nužne su tu mjere kojima će se mogućnosti tog otklona bitno smanjiti.

Kazneni sudovi moraju mnogo više imati u vidu da se bitna svrha kaznenopravnog postupka (kažnjavanje počinitelja kaznenog djela) ne može u potpunosti postići ako se za počinjena djela ne izrekne i građanskopravna sankcija uvijek kada je (a to je vrlo često) kazneni delikt ujedno i građanski delikt.

Osobito je značajno koordinirano djelovanje građanskog i kaznenog prava na području odgovornosti za štetu zbog nezakonitog lišavanja slobode.

U tom je smislu odnosne odredbe nužno vratiti u ZKP bez „skrivanja“ u ranije važeći zakon, ali također i obogatiti ih novim tendencijama u bogatoj građanskopravnoj materiji odgovornosti za štetu.

Približavanje građanskog i kaznenog prava zasigurno neće ići tako lako jer su stvorena pravila ponašanja koja će se tome suprotstavljati. Moramo, međutim, znati da takvih podjela u prošlosti (malo daljoj, doduše) nije bilo, a u razvijenijem dijelu svijeta ona ni danas ne postoji. U SAD-u se i kazneni postupak naziva parnicom i tu podjela na kaznene i građanske suce ne postoji. Naš je kazneni postupak, uostalom, postao gotovo potpuno akuzatoran (baš kao civilni) pa je i to dodatni razlog ne samo za nužnost nego i za mogućnost većeg približavanja građanskog i kaznenog prava.

„Sudsko pravo“ može predstavljati i vrlo prikladan odgovor na suvremena pitanja razvoja ustavnopravnog sustava Republike Hrvatske u kojem se ovog časa kazneno sudovanje objektivno pokazuje kao jedna od slabijih točaka.

Hrvatsko pravosuđe mora ustrajati na poštovanju temeljnih zasada na kojima se temelji: samostalnosti, neovisnosti i nepristranosti prije svega. Bez toga nema stabilnog pravosuđa, napose ne dobroga sudstva.

No, da bi ta prava opravdalo (i na njima razvijalo vrijednosti koje mu je Ustav namijenio) hrvatsko pravosuđe mora bitno podići razinu svoje efikasnosti. Uz nisku efikasnost, prije ili kasnije, jače ili tiše javljat će se glasovi koji će ugrožavati stabilnu ustavnopravni položaj pravosuđa.

Podizanje pravne kompetencije pravosuđa, u što spada i ovdje elaborirano poticanje sinergije građanskog i kaznenog prava, vjerujemo da u tom pravcu može pomoći.

Uvodno smo rekli da nećemo razmatrati sva zanimljiva pitanja odnosa građanskog i kaznenog prava u kaznenom postupku i kaznenom sudovanju.

Ostavili smo tako izvan domašaja ovoga rada probleme prethodnih pitanja i oduzimanja imovinske koristi.

Provedena analiza ostalih pitanja daje nam, međutim, temelje i za zaključak da se bez jačeg poznavanja građanskog prava ne mogu u kaznenom postupku efikasno rješavati ni prethodna pitanja, ni oduzimati imovinska korist. Kazneni suci će onda „bježati“ od rješavanja prethodnih pitanja (to će onda prepustiti civilnim sucima, ali uz cijenu da to jako produljuje kazneni postupak), odnosno kod oduzimanja

imovinske koristi sresti će se također s pitanjima koja „ne spadaju u njihovu nadležnost“ (pitanja dobre vjere trećih npr.).

Prihvatanje ovdje predloženog koncepta sinergije građanskog i kaznenog prava moralo bi za posljedicu imati nešto drukčiju organizaciju rada sudova i ostalih dijelova pravosuđa, ali i određenu promjenu u obrazovanju pravnika uopće.

Izvjesno je i da bi naznačena kooperacija građanskog i kaznenog prava u bitnoj mjeri povećala efikasnost i brzinu kaznenog postupka, ali istovremeno i rješavanje pravozaštitnog zahtjeva oštećenih osoba.

Aposteriorna sinteza odgovora također potvrđuje nužnu vezu građanskog i kaznenog prava s ustavnim pravom i ustavnosudskim postupkom. To je na razmatranom planu nova “komplikacija” u čije se rješavanje dobar sudac može i mora upustiti.

Summary

SOME TOPICAL CIVIL-LAW DIMENSIONS OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL ADJUDICATION – ASPECTS OF CONSTITUTIONAL LAW

This paper considers the relationship between civil and criminal law within the framework of criminal law and criminal adjudication.

The basic conclusion is that there should be greater synergy between these two types of law, because, without it, many criminal offences (especially those related to economic crime) cannot be understood, and in particular adhesion civil claims within the framework of criminal proceedings cannot be adjudicated.

It is equally essential to regulate the responsibility of the state for damages incurred due to unlawful deprivations of liberty in a legally sounder, and nomotechnically more precise manner which is better aligned to modern civil law. In this respect, there is a test for the state (and its courts) to assess how prepared they are to admit their own errors in adjudication.

In its concluding part, the paper calls for the creation of “court law” as a new term which would appropriately combine the key points of the mutual intertwining of civil and criminal law.

The authors also link the issues of the inter-conditionality of civil and criminal law to constitutional law and constitutional proceedings, because no full conclusion is legally possible without it.

Keywords: *civil law, criminal law, civil proceedings, criminal proceedings, adhesion civil proceedings in criminal proceedings, civil elements in the description of the substance of a criminal offence, unlawful conviction and unfounded arrest, court law, constitutional law, constitutional proceedings, abstract review of constitutionality, constitutional complaints.*

Zusammenfassung

EINIGE AKTUELLE ZIVILRECHTLICHE DIMENSIONEN DES STRAFRECHTES UND STRAFGERICHTSBARKEIT – VERFASSUNGSRECHTLICHE ASPEKTE

Diese Arbeit thematisiert das Verhältnis des Zivil- und Strafrechtes in Rahmen des Strafrechtes und Strafgerichtsbarkeit. Die Grundschlussfolgerung ist, dass zwischen diesen Rechtsteilen eine größere Synergie nötig ist, weil man ohne diese Synergie viele Straftaten (vor allem aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität) überhaupt nicht verstehen kann und vor allem können ohne sie die Adhäsionszivilansprüche, die in Rahmen des Strafverfahrens gesetzt werden, nicht verurteilt werden. Außerdem ist es juristisch stärker, nomotechnisch korrekter und dem modernen Zivil übereinstimmender die Staatverantwortung für den Schaden wegen illegaler Freiheitsberaubung zu regulieren. Hier wird auch der Staat (Gerichte auch) getestet, zu welchem Grade man bereit ist, eigene Fehler, die in der Gerichtverhandlung begangen sind, zuzugeben. Die Arbeit plädiert in ihrem Schlussteil auf die Erzeugung des "Gerichtrechtes" als eines neuen Begriffs, der auf angemessene Weise die nötigen Punkte des gegenseitigen Ineinanderflechtens des Zivil- und Strafrechtes zusammenfügt. Die Autoren verbinden außerdem die Fragen der gegenseitigen Bedingtheit des Zivil- und Strafrechtes mit dem Verfassungsrecht und dem verfassungsrechtlichen Verfahren, weil ohne sie keine absolute Schlussfolgerung möglich ist.

Schlusswörter: *Zivilrecht, Strafrecht, Zivilverfahren, Strafverfahren, Adhäsionszivilverfahren im Strafverfahren, Zivilelemente in der Beschreibung des Straftatwesens, illegale Aburteilung und unbegründete Verhaftung, Gerichtsrecht, Verfassungsrecht, verfassungsrechtliches Verfahren, abstrakte Verfassungsmäßigkeitskontrolle, Verfassungsmäßigkeitsklagen.*

Riassunto

ALCUNE ATTUALI DIMENSIONI CIVILISTICHE DEL DIRITTO PENALE E DEL PROCESSO PENALE – PROFILI COSTITUZIONALISTICI

Il presente lavoro tratta del rapporto tra diritto civile e penale nell'ambito del diritto penale e del processo penale.

La conclusione di fondo è che tra tali ambiti del diritto sia necessaria una maggiore sinergia, poiché altrimenti molti reati (in ispecie quelli nell'ambito della criminalità economica) difficilmente riescono ad essere compresi. Soprattutto, altrimenti non si può decidere delle pretese adesive civili che si innestano nell'ambito del procedimento penale.

Si rende altresì necessario disciplinare giuridicamente in maniera più forte, più corretta sotto l'aspetto della tecnica normativa ed in maniera più consona al diritto civile moderno la responsabilità dello stato in seguito ad un'ingiusta privazione della libertà. Qui è sotto esame anche il test dello stato (e delle corti) su quanto siano pronti a riconoscere i propri errori commessi nel corso del processo.

Nella parte conclusiva del lavoro si caldeggia la creazione di un „diritto giudiziario“; nuova nozione, che unirebbe in maniera adeguata tutti i punti di intersezione del diritto civile e penale.

Gli autori del contributo collegano altresì le questioni del reciproco condizionamento dei diritti civile e penale con il diritto costituzionale e la procedura costituzionale, poiché senza di ciò non è possibile giungere ad alcuna conclusione giuridica compiuta.

Parole chiave: *diritto civile, diritto penale, procedimento civile, procedimento penale, procedimento civile adesivo del procedimento penale, elementi civilistici nella descrizione dell'essenza del reato, condanna illegittima ed arresto infondato, diritto giudiziario, diritto costituzionale, procedimento costituzionale, controllo astratto di costituzionalità, ricorso costituzionale.*

PRAVNI OKVIR ZA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA (U VEZI SA ZDRAVLJEM) U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Dr. sc. Marko Bevanda, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Dr. sc. Maja Čolaković, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“
u Mostaru, Bosna i Hercegovina

UDK: 342.738:613.8(4)
Ur.: 29. veljače 2016.
Pr.: 15. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

*Data protection is a democratic value and it can reinforce democracy in the digital age.¹
We should value our privacy because the control of our own personal information is essential to our sense of self.²*
Giovanni Buttarelli, Europski nadzornik za zaštitu podataka

Sažetak

Pravo na zaštitu osobnih podataka temeljno je pravo sadržano u nizu međunarodnih i nacionalnih pravnih dokumenata. Posebnu zaštitu uživaju osobni podatci u vezi sa zdravstvenim stanjem. Važnost prava na zaštitu osobnih podataka (u vezi sa zdravljem) naglašava i sudska praksa Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije. Autori u ovome radu daju prikaz najznačajnijih pravnih izvora iz područja zaštite osobnih (zdravstvenih) podataka u pravu Europske unije i relevantne sudske prakse Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije, te se osvrću na sadašnju iznimno složenu reformu okvira za zaštitu (osobnih) podataka u Europskoj uniji.

Ključne riječi: *privatnost, osobni podatci, Direktiva 95/46/EZ, zaštita osobnih zdravstvenih podataka.*

-
- 1 Data protection as a bulwark for digital democracy, Keynote speech at the 6th International e Democracy 2015 Conference on Citizen rights in the world of the new computing paradigms Athens, 10 December 2015, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2015/15-12-10_eDemocracy_EN.pdf (30.1.2016.).
 - 2 A New Year, a new chapter, <http://neurope.eu/article/a-new-year-a-new-chapter/> (30.1.2016.).

1. UVOD

Posljednjih godina nijedno područje unutar Europske unije nije probudilo toliko veliki interes i zadobilo naročitu pozornost javnosti, ali i stručnjaka iz različitih znanstvenih disciplina, kao što je to učinilo područje zaštite osobnih podataka. Današnje vrijeme revolucije „velikih podataka“ (engl. *Big data*), odnosno vrijeme dostupnosti velike količine podataka, raznolikosti tipova podataka, velike brzine akumulacije i dostupnosti novih podataka, donosi velike prednosti, ali i ogromne izazove.³ Europski građani sude o Europskoj uniji i po njezinim sposobnostima da odgovori na najveće izazove s kojima se danas suočavaju naša društva,⁴ a jedan od tih izazova svakako je postizanje visoke razine zaštite osobnih podataka, uključujuću podatke o zdravlju pojedinca.

Pravo na zaštitu osobnih podataka temeljno je pravo sadržano u nizu međunarodnih i nacionalnih pravnih dokumenata. Ustavi brojnih država jamče sigurnost i tajnost osobnih podataka, te utvrđuju pravo svakog pojedinca na zaštitu osobnih podataka.⁵ U pravnoj literaturi se ističe da je zaštita osobnih podataka jedna od podvrsta zaštite prava osobnosti (prava ličnosti).⁶⁷

3 KOCIJAN, Kristina, *Big Data: kako smo došli do Velikih podataka i kamo nas oni vode*, u: *Komunikacijski obrasci i informacijska znanost* (urednici: Vrana, Radovan i Pečarić, Đilda), Zagreb, 2014., str. 37. - 62., http://darhiv.ffzg.unizg.hr/5064/1/KocijanK_BigData.pdf; Vidi: Europska komisija, *Priopćenje za tisak*, Bruxelles, 2. srpnja 2014., http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-769_hr.pdf (16.1.2016.).

4 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Program rada Komisije za 2016., *Vrijeme je za drugačiji način rada*, COM(2015) 610 final, Strasbourg, 27.10.2015.

5 Tako je primjerice člankom 37. Ustava Republike Hrvatske (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. - pročišćeni tekst) propisano: „Svakom se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka. Bez privole ispitanika, osobni se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz uvjete određene zakonom. Zakonom se uređuje zaštita osobnih podataka te nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava u državi. Zabranjena je uporaba osobnih podataka suprotna utvrđenoj svrsi njihovoga prikupljanja“.

6 „... jer je protupravnom povredom osobnih podataka o fizičkim osobama moguća povreda ne samo prava na privatnost nego i prava na ugled, čast i dostojanstvo, te prava na duševni integritet pojedine osobe.“, MAGANIĆ, Aleksandra, *Zaštita prava osobnosti*, u: *Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda*, Beograd, 2009., str. 437.; Vidi: RADOLOVIĆ, Aldo, *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznom odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., no. 1., 2006., str. 129. – 170.; BARETIĆ, Marko, *Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56., Poseban broj, 2006., str. 461.- 500; RADOLOVIĆ, Aldo, *Specifični postupnovpravni problemi u zaštiti prava osobnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 63., no. 3-4., 2013., str. 695. – 715.; RADOLOVIĆ, Aldo, *Pravni poslovi prava osobnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 35., no. 1., 2014., str. 95. – 118.; BUKOVAC PUVAČA, Maja, *Deset godina nove koncepcije neimovinske štete*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36., no. 1., 2015., str. 157. – 180.

7 „tajnost osobnih podataka (engl. *secrecy of personal dana*; njem. *Verschwiegenheit der Personenstanden*; franc. *Secret de l'etat civil*) osobno pravo kojim svaka fizička osoba ima

Važnost temeljnog prava na zaštitu osobnih podataka je neupitna. Svrha zaštite osobnih podataka je osigurati ostvarenje i zaštitu privatnog života (prava na privatnost)⁸ i ostalih ljudskih prava i temeljnih sloboda u prikupljanju, obradi i korištenju osobnih podataka.⁹ Temeljno pravo na zaštitu osobnih podataka ipak nije apsolutno pravo, nego pravo koje je podložno određenim ograničenjima. To je pravo uvjetovano svojim općim društvenim značenjem, odnosno općim interesima i zaštitom prava i sloboda drugih osoba.

Posebnu zaštitu uživaju osobni podatci u vezi sa zdravstvenim stanjem.¹⁰ Podatci u vezi sa zdravljem pojedinca bitan su element privatnog života i ulaze u posebnu kategoriju podataka. S obzirom na svoju prirodu ti osjetljivi podatci pri obradi mogu predstavljati rizik za njihove „vlasnike“ i treba ih dodatno zaštititi.¹¹ Rizik od otkrivanja osobnih podataka u vezi sa zdravstvenim stanjem čini sve pojedince (pacijente) ranjivom kategorijom osoba.¹² Kako ističu neki autori,¹³ osobni zdravstveni podatci su vrlo osjetljiva kategorija podataka čije neopravdano objavljivanje može prouzročiti posramljenost, stigmatizaciju i diskriminaciju pojedinca u društvu, odnosno povredu osobnih neimovinskih dobara osobe čiji su zdravstveni podatci objavljeni. To može dovesti i do nastanka odnosa odgovornosti za štetu.

zaštitu tajnosti svojih osobnih podataka, a radi ostvarenja prava na privatnost, što je jedno od prava osobnosti i ostalih ljudskih prava i temeljnih sloboda“, Pravni leksikon, Zagreb, 2007., str. 1596.

- 8 Neki autori naglašavaju da je pojam privatnog života mnogo širi od pojma privatnosti, „obuhvaćajući oblast u kojoj svaki pojedinac može da slobodno razvija i ispunjava svoju ličnost, kako u odnosu s drugima tako i prema spoljašnjem svetu.“, ROAGNA, Ivana, Zaštita prava na poštivanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Vijeće Europe, Strasbourg, 2012., str. 14., http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb11_privatelife_bosnian.pdf (12.1.2016.).
- 9 Vidi primjerice: čl. 1. hrvatskoga Zakona o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 103/03., 118/06., 41/08., 130/11. i 106/12. – pročišćeni tekst); čl. 1. slovenskoga Zakona o varstvu osebnih podatkov (Uradni list RS, št. 86704., 67/07., 94/07.- pročišćeni tekst); čl. 1. Zakona o zaštiti osobnih podataka Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 49/06., 76/11. i 89/11.).
- 10 „U okviru zaštite osobnih podataka posebno mjesto zauzima zaštita medicinskih osobnih podataka. Podaci o zdravstvenom stanju osoba vrlo su značajni, spadaju u specifične podatke i potrebne su stroge norme koje će regulirati pristup tim podacima u pogledu ovlaštenih osoba i pod kojim uvjetima. Zahtijeva se točnost tih podataka, ali je isto tako potreban i brz pristup.“, DULČIĆ, Katerina, BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, Zaštita osobnih podataka pacijenta u europskom i hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., no. 1., 2008., str. 373.
- 11 Priručnik o europskom zakonodavstvu o zaštiti podataka, Agencija Europske unije za temeljna prava, Vijeće Europe, Luksemburg: Ured za publikacije Europske unije, 2014., str. 41., http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_HRV.pdf (dalje u tekstu: Priručnik o zaštiti podataka 2014.) (15.1.2016.).
- 12 GROZDANIĆ, Velinka, ŠKORIĆ, Marissabell, RITTOSSA, Dalida, Liječnička tajna u funkciji zaštite privatnosti osoba s duševnim smetnjama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 64., br. 5-6., 2014., str. 835.
- 13 ORENTLICHER, David, Prescription Dana Mining and the Protection of Patients' Interests, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 38., No. 1., 2010., str. 76.

Važnost kako temeljnog prava na poštovanje privatnog života tako i temeljnog prava na zaštitu osobnih podataka (u vezi sa zdravljem) zajamčenih brojnim međunarodnim i nacionalnim pravnim dokumentima naglašava i sudska praksa Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU).¹⁴

Danas je posebice važno pitanje prekograničnog prijenosa, upotrebe i zaštite osobnih podataka o zdravlju pacijenata. Snažan razvoj zdravstvenih inovacija¹⁵ i sustava mobilnog zdravstva (m-zdravstvo)¹⁶ omogućio je prikupljanje i obradu velike količine zdravstvenih podataka osoba pri uporabi tehnologija mobilnog zdravstva, te je otvorio pitanje sigurnosti i zaštite istih.¹⁷ M-zdravstvo nudi brojne nove mogućnosti u smislu boljeg i odgovornijeg zdravstva za pojedince (potrošače, pacijente),¹⁸ ali ima i nedostatke koji mogu negativno utjecati na prava pojedinaca na privatnost i zaštitu osobnih podataka.¹⁹ Brojne internetske usluge i mobilne aplikacije vezane za zdravlje stavljaju se na internetsko tržište kao „besplatne”, ali zapravo zahtijevaju plaćanje u obliku osobnih podataka u vezi sa zdravstvenim stanjem koje pružaju pojedinci, što može predstavljati poseban rizika za njihovu dobrobit, pravo na privatnost i zaštitu podataka zbog zlouporabe, nezakonitog

-
- 14 Sud Europske unije čine tri suda: Sud, Opći sud (osnovan 1988.) i Službenički sud (osnovan 2004.), a njihovo je sjedište u Luxembourg, <http://curia.europa.eu/>, Vidi: RODIN, Siniša, Europski sud kao najviši sud Europske unije, Informator, br. 6242-6243, Zagreb, 2014., str. 1. – 3.
 - 15 Jedan od posebnih ciljeva trećeg Programa djelovanja Unije u području zdravlja (2014 – 2020) je promicanje dobrovoljne primjene zdravstvenih inovacija i e-zdravstva povećanjem interoperabilnosti registara pacijenata i drugih rješenja e-zdravstva, te podrška suradnji u vezi s e-zdravstvom u Uniji, posebno u pogledu registara, i njegovoj primjeni od strane zdravstvenih djelatnika. Vidi čl. 3.(3) i toč. 3. priloga I. „Doprinos inovativnim, učinkovitim i održivim zdravstvenim sustavima“ Uredbe (EU) br. 282/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. ožujka 2014. o uspostavi trećeg Programa djelovanja Unije u području zdravlja (2014. – 2020.) i o stavljanju izvan snage Odluke br. 1350/2007/EZ (Tekst značajan za EGP), Službeni list L 86, 21. 3. 2014.
 - 16 Kako se navodi u Zelenoj knjizi o mobilnom zdravstvu Europske komisije (Bruxelles, 10. 04. 2014., COM(2014) 219 final) pod pojmom „mobilno zdravstvo“ kako ga definira Svjetska zdravstvena organizacija smatra se liječnička praksa i praksa javnog zdravstva uz potporu mobilnih uređaja, kao što su mobilni telefoni, uređaji za praćenje pacijenata, osobni digitalni pomoćnici i drugi bežični uređaji.
 - 17 Vidi: Radni dokument službi Komisije o postojećem pravnom okviru koji se primjenjuje na aplikacije o načinu života i dobrobiti: U prilog Zelenoj knjizi o mobilnom zdravstvu (m-zdravstvu) (COM(2014) 135 završna verzija od 10.04.2014.).
 - 18 „Informacijske i komunikacijske tehnologije mogu pridonijeti tako što će europskim građanima osigurati bolje, jeftinije i kvalitetnije usluge u zdravstvu i socijalnoj skrbi te omogućiti kvalitetno starenje. Procjenjuje se da će se samo uvođenjem informacijskih i komunikacijskih tehnologija i telemedicine učinkovitost zdravstvene skrbi povećati za 20 %.“, Politike Europske unije: Digitalna agenda za Europu, Ured za publikacije Europske unije, Luxembourg, 2014., str. 6.
 - 19 Izvršni sažetak mišljenja Europskog nadzornika za zaštitu podataka o mobilnom zdravstvu: usklađivanje tehnološke inovacije sa zaštitom podataka, Službeni list EU C 232, 16. 07. 2015., str. 8. – 10.

i neopravdanog korištenja i objavljivanja tih podataka.^{20,21} Osobni podatci o zdravstvenom stanju u suvremenom digitalnom svijetu i sve razvijenijem mobilnom zdravstvu imaju veliku vrijednost (valuta digitalnog svijeta),²² jer bez takvih podataka (informacija) mobilno zdravstvo ne bi moglo niti nastati, kao i uspješno se razvijati i prilagođavati neprestanim promjenama u suvremenom društvu i digitalnom okruženju.

Iznimno je opasno, pravno i etički neprihvatljivo kada zdravstvene ustanove, privatne prakse, trgovačka društva (za obavljanje zdravstvene djelatnosti), liječnici ili drugi zdravstveni radnici koji posjeduju podatke vezane uz zdravlje neke osobe te podatke koriste u svrhu ostvarenja materijalne ili druge vrste koristi za sebe, što je protivno svrsi za koju su prikupljeni, a to je dobrobit pacijenta (npr. liječnik otkriva zdravstvene podatke svojih pacijenata nekoj farmaceutskoj kompaniji, koja zauzvrat financira njegov poslijediplomski doktorski studij).²³ Obveza povjerljivosti i čuvanja osobnih podataka o pacijentu i njegovom zdravstvenom stanju otvara niz važnih, složenih i osjetljivih pravnih i etičkih pitanja, dvojbi i problema. Koja je pravna priroda prava na zaštitu osobnih podataka pacijenta, tko ulazi u krug osoba obvezanih čuvati medicinske informacije o pacijentu (čuvanje profesionalne tajne),²⁴ koji je predmet obveze čuvanja, koji su razlozi koji opravdavaju otkrivanje osobnih podataka u vezi sa zdravstvenim stanjem, itd.? Posebice je važno pitanje (građanskopravne) odgovornosti za povredu temeljnog prava na zaštitu osobnih

20 Izvršni sažetak Preliminarnog mišljenja Europskog nadzornika za zaštitu podataka o privatnosti i konkurentnosti u razdoblju velike količine podataka, Službeni list EU C 225, 16. 07. 2014., str. 6. – 9.

21 Prema ispitivanju Eurobarometra o zaštiti podataka u lipnju 2015. više od osam od deset građana (ispitanika) ističu da nemaju potpunu kontrolu nad svojim osobnim podacima, a dvije trećine zabrinute su što nemaju potpunu kontrolu nad informacijama koje dostavljaju putem interneta, ispitanici su najviše zabrinuti za zapise njihovih aktivnosti kod kartičnog plaćanja i upotrebe mobilnih telefona i aplikacija, Posebni Eurobarometar br. 431 o zaštiti podataka, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf; Prema ispitivanju Eurobarometra o zaštiti podataka u Republici Hrvatskoj (Eurobarometar 83.1, rezultati za Hrvatsku, 2015.) od različitih tijela (državna tijela, lokalne vlasti, agencije) i privatnih tvrtki ispitanici (građani RH) najviše vjeruju zdravstvenim (medicinskim) ustanova da će zaštititi njihove osobne podatke, a najmanje povjerenja imaju u operatere fiksne i mobilne telefonije, pružatelje internetskih usluga, te internetske servise (tražilice, društvene mreže, usluge elektroničke pošte), http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_431_fact_hr_hr.pdf (15.2.2016.).

22 „Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world.“ KUNEVA, Meglena European Consumer Commissioner, Keynote Speech (Speech/09/156), Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling, Brussels, 31 March 2009., http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm (12.1.2016.).

23 Vidi: ORENTLICHER, David, op. cit. u bilj. 13., str. 74. – 84.

24 Vidi: ČIZMIĆ, Jozo, Pravo pacijenta na obaviještenost, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., no. 1., 2008., 243. – 250.

podataka (nezakonito objavljivanje osobnih podataka u vezi sa zdravljem).^{25,26}

Unutar sadašnjeg europskog sustava pravne zaštite temeljnog prava na poštovanje privatnog života i prava na zaštitu osobnih podataka postavlja se pitanje primjene i učinkovitog balansiranja između mnogobrojnih interesa, posebice interesa pacijenta, davatelja zdravstvene usluge i općeg društvenog interesa. Sadašnjom iznimno složenom reformom pravnog okvira za zaštitu (osobnih) podataka u Europskoj uniji nastoji se odgovoriti na ključne izazove suvremenog digitalnog svijeta.

2. PRAVNI IZVORI

2.1. Uvod

Današnji sustav zaštite podataka u Europi zasniva se na Konvenciji br. 108 Vijeća Europe, pravnim aktima Europske unije (EU), te sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije.^{27,28}

-
- 25 Sukladno članku 340. stavku 2. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU): “u pogledu izvanugovorne odgovornosti Unija je, u skladu s općim načelima koja su zajednička pravima država članica, dužna nadoknaditi svaku štetu koju njezine institucije ili službenici prouzroče pri obavljanju svojih dužnosti.” Prema praksi Suda EU-a da bi postojala izvanugovorna odgovornost Unije u smislu članka 340. stavka 2. UFEU-a zbog nezakonitog postupanja njezinih tijela, potrebno je kumulativno ispunjenje nekoliko pretpostavki: 1. postupanje institucije mora biti protupravno; 2. mora biti pretrpljena šteta; 3. mora postojati uzročna veza između spornog postupanja (štetne radnje) i prouzročene štete (koju tužitelj mora dokazati). Vidi presudu Općeg suda (šesto vijeće) od 3. prosinca 2015. u predmetu T-343/13 CN protiv Europskog parlamenta (ECLI:EU:T:2015:926) povodom odštetnog zahtjeva radi ishođenja naknade štete koju je tužitelj navodno pretrpio zbog prenošenja određenih uz njega vezanih osobnih podataka na internetskoj stranici Parlamenta.
- 26 Jedan od najuglednijih svjetskih izdavača Springer objavio je 2016. godine knjigu pod naslovom: *Damages for Violations of Human Rights: A Comparative Study of Domestic Legal Systems*, (BAGIŃSKA, Ewa, urednica, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 9, 1st ed., 2016.). U navedenoj knjizi autori daju prikaz odštetne odgovornosti za kršenje ljudskih prava u nacionalnim pravnim sustavima (Hrvatska, Češka, Estonija, USA, Velika Britanija, Turska itd.) i pravu Europske unije, odnosno praksi suda EU-a. <http://www.springer.com/us/book/9783319189499>.; Značajno je napomenuti da je isti izdavač objavio i knjigu pod naslovom: *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law* (Urednici: TRSTENJAK, Verica, WEINGERL, Petra (Eds.), *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, vol. 15, 1st ed., 2016., <http://www.springer.com/us/book/9783319253350>).
- 27 Priručnik o zaštiti podataka 2014., str. 3.
- 28 U pravnoj literaturi (MILADIN, Petar, *Odgovornost za zaštitu osobnih podataka u bankarstvu, u: Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti* (ALABURIĆ, Vesna i dr.), Zagreb, 2006., str. 322. i 323.) se ističe kako su pravna vrela prava na zaštitu osobnih podataka kao prava osobnosti višeslojna i o njima nema jednodušnog stajališta u poredbenom pravu. U Republici Hrvatskoj je Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.) ključan privatnopravni izvor prava na zaštitu osobnih podataka kao posebnog prava osobnosti.

Prvi dokument na međunarodnoj razini značajan za zaštitu prava na privatni život jest Opća deklaracija o ljudskim pravima,²⁹ usvojena i proglašena na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, Rezolucijom 217 A (III), 10. prosinca 1948. godine.³⁰ Ona u svome članku 12. jasno iznosi pravo svake osobe na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. Ta odredba glasi: „Nitko ne smije biti podvrgnut samovoljnom miješanju u njegov privatni život, obitelj, dom ili dopisivanje, niti napadima na njegovu čast i ugled. Svatko ima pravo na zakonsku zaštitu protiv takvog miješanja ili napada.“

Pravo na privatnost³¹ dio je prava zaštićenih člankom 8. **Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda**³² (Rim, 1950.) kojim se jamči pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja te propisuju uvjeti u kojima su dopuštena ograničenja toga prava. U navedenom članku stoji sljedeće: „1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.“³³ 2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u

29 <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Na temelju članka 32. Zakona o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Narodne novine, br. 28/96.), Vlada Republike Hrvatske je, na sjednici održanoj 12. studenoga 2009. godine, donijela Odluku o objavi Opće deklaracije o ljudskim pravima.

30 Vidi: HANNUM, HURST, The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25., 1995., str. 287. – 354., <http://ssrn.com/abstract=1957798>; MATKOVIĆ, Ante, Postanak Opće deklaracije o pravima čovjeka, *Crkva u svijetu*, vol. 4., no. 1., 1969., str. 5. – 16., <http://hrcak.srce.hr/3.2.2016>.

31 Pravo na privatnost kao relativno novi pravni koncept iznijeli su dvojica bostonskih odvjetnika Samuel D. Warren i Louis D. Brandeis još davne 1890. godine u poznatome članku pod nazivom „The Right of Privacy“ (*Harvard Law Review*, vol. 4, br. 5, 1890., str. 193. – 220., <http://www.jstor.org/stable/1321160>). U navedenom članku autori analiziraju brojne slučajeve vezane za osobna prava i iz njih zaključuju da postoji posebno osobno pravo – pravo na privatnost, odnosno „pravo da nas se ostavi na miru - the right to be let alone“. Thomas M. Cooley u knjizi pod nazivom „A Treatise of the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract“ (Chicago, 1879., str. 29. kao posebno pravo pojedinca izdvaja „personal immunity“: The right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. Jedna od prvih definicija prava na privatnost nalazi se u slučaju *Brents v. Morgan* (Court of Appeals of Kentucky, 221 Ky. 765, 1927): „A new branch of the law has been developed in the last few years which has found place in the text-books and the opinions of courts which is denominated the right of privacy. It has not been concretely defined, and probably is not subject to a concrete definition, but it is generally recognized as the right to be let alone; that is, the right of a person to be free from unwarranted publicity, or the right to live without unwarranted interference by the public about matters with which the public is not necessarily concerned., <https://casetext.com/case/brents-v-morgan> (13.1.2016.).

32 Višestrani međunarodni sporazum sklopljen u okviru Vijeća Europe (stupio na snagu 3. rujna 1953.), <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005>.

33 Europski sud za ljudska prava u presudi od 12. lipnja 2014. (predmet *Marić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 50132/12) ističe da su koncepti privatnog i obiteljskog života široki pojmovi koji nisu podložni iscrpnoj definiciji. Pojam “privatni život” širok je pojam koji podrazumijeva fizički (tjelesni) i psihički integritet osobe, te ponekad može obuhvatiti vidove tjelesnog i društvenog identiteta pojedinca. (toč. 53. presude Europskog suda za ljudska prava od 7. veljače 2002. u predmetu *Mikulić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 53176/99) Informacije o zdravlju osobe bitan su element privatnog života (toč. 66. presude Europskog suda za ljudska

skladu sa zakonom³⁴ i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.³⁵ Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava izričito se ne jamči pravo na zaštitu osobnih podataka. Međutim, ovo se pravo smatra od temeljne važnosti za uživanje prava na privatni život.³⁶ Prema članku 6. stavku 3. Ugovora o Europskoj uniji temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za

prava od 04. prosinca 2008. u predmetu *S i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjevi br. 30562/04 i 30566/04.); Europski sud za ljudska prava u svojoj poznatoj presudi od 25. veljače 1997. godine u slučaju *Z protiv Finske* navodi sljedeće: „Sud uzima u obzir da je zaštita osobnih podataka, pa tako i medicinskih, od temeljne važnosti za uživanje prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života neke osobe, kako je zajamčeno člankom 8. Konvencije. Poštovanje povjerljivosti podataka o zdravlju je vitalno načelo pravnih sustava svih država potpisnica Konvencije. Ono je od ključne važnosti ne samo u smislu poštovanje privatnosti pacijenta nego i za očuvanje njegovog/njenog povjerenja u medicinsku profesiju i medicinske ustanove uopće. Bez ovakve zaštite, oni kojima je potrebna medicinska pomoć mogli bi se ustručavati od otkrivanja podataka privatne i intimne prirode, što može biti nužno kako bi se dobio odgovarajući tretman, ili čak traženja pomoći uopće, ugrožavajući time i svoje zdravlje, i zdravlje zajednice ukoliko se radi o zaraznim bolestima.“ U presudi Europskog suda za ljudska prava od 9. listopada 2014. (*Konovalova protiv Rusije*, zahtjev br. 37873/04) navodi se da prisustvovanje studenata Medicinskog fakulteta porodu, koji su pri tom imali pristup povjerljivim informacijama o zdravstvenom stanju podnositeljice, predstavlja miješanje u njezino pravo na zaštitu privatnog života, slijedom čega je Sud ustanovio kako je došlo do povrede članka 8. Konvencije. Navedeno prema: Pregled prakse europskog suda za ljudska prava, Ured zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, listopad-prosinac, 2014., str. 29. i 30.; Sud u toč. 40. iste presude ističe da čl. 8. Konvencije uključuje fizički integritet osobe, a s obzirom na to da je tijelo najintimniji aspekt privatnog života pojedinca, i medicinske intervencije, čak i ako su manjeg značaja, predstavljaju zadiranje u privatni život.

- 34 „Izraz „u skladu sa zakonom“ na temelju članka 8. stavka 2. u načelu zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni temelj u domaćem propisu; također se odnosi i na kvalitetu predmetnog propisa koji treba biti u skladu s vladavinom prava te dostupan osobi na koju se odnosi koja mora, štoviše, moći predvidjeti posljedice za sebe, te da mjera mora biti u skladu s vladavinom prava.“ Točka 80. presude Europskog suda za ljudska prava od 15. siječnja 2015. u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (zahtjev br. 68955/11).
- 35 „Iako je cilj članka 8. u biti zaštititi pojedinca od proizvoljnog miješanja javnih vlasti, on može uključiti mjere koje donose te vlasti, a kojima je cilj osigurati poštivanje privatnog života čak i u sferi odnosa između pojedinaca. Bez obzira analizira li se predmet u smislu pozitivne obaveze države da poduzme razumne i prikladne mjere kako bi zajamčila prava podnositelja zahtjeva na temelju stavka 1. članka 8., ili u smislu miješanja javne vlasti koje treba biti opravdano u skladu sa stavkom 2., primjenjiva načela su dosta slična. U oba se konteksta treba uzeti u obzir pravična ravnoteža koju treba postići između konkurentnih interesa pojedinca i zajednice kao cjeline. Pored toga, čak i u odnosu na pozitivne obveze koje proistječu iz prvog stavka članka 8., u postizanju tražene ravnoteže ciljevi navedeni u drugome stavku mogu biti od određene važnosti.“ Točka 138. presude Europskog suda za ljudska prava od 24. travnja 2014. u predmetu *Udovičić protiv Hrvatske* (zahtjev br. 27310/09).
- 36 DRAGIČEVIĆ, Dražen, GUMZEJ, Nina, *Obvezno zadržavanje podataka i privatnost*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 64., br. 1., 2014., str. 44.

ljudska prava, čine opća načela prava Unije, iako Unija i nije članica iste.^{37,38}

Godine 1973. i 1974. Odbor ministara Vijeća Europe usvojio je dvije rezolucije o zaštiti osobnih podataka pozivajući se na članak 8. Europske konvencije o ljudskim pravima,³⁹ a 1981. godine za potpisivanje je otvorena **Konvencija Vijeća Europe za zaštitu osoba u vezi s automatskom obradom osobnih podataka** (ETS broj 108).⁴⁰ Konvencija je sastavljena u Strasbourgu, 28. siječnja

37 Točka 102. presude Općeg suda (šesto vijeće) od 3. prosinca 2015. u predmetu T-343/13 (*CN protiv Europskog parlamenta*) ECLI:EU:T:2015:926.

38 U literaturi se navodi kako je pristup Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda jedan od najvažnijih razvoja unutar prava EU-a u posljednjih nekoliko godina koji je s jednim mišljenjem Sud EU-a iz prosinca 2014. pretrpio novi udarac. Tako: MEŠKIĆ, Zlatan, *Pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava*, Nova pravna revija, god. 6., vol. 10., 2015., str. 103. Naime, u zahtjevu za mišljenje koji je Sudu Europske unije na temelju članka 218. stavka 11. UFEU-a 4. srpnja 2013. podnijela Europska komisija stoji pitanje: „Je li nacrt sporazuma o pristupanju Unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisanoj u Rimu 4. studenoga 1950., u skladu s Ugovorima?“ U mišljenju Suda EU-a (Mišljenje 2/13: Mišljenje Suda (puni sastav) od 18. prosinca 2014., Službeni list C 65, 23.02.2015., ECLI:EU:C:2014:2454) stoji: „Sporazum o pristupanju Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda nije u skladu s člankom 6. stavkom 2. UEU-a ni s Protokolom EU (br. 8) koji se odnosi na članak 6. stavak 2. Ugovora o Europskoj uniji o pristupanju Unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.“ U toč. 179. – 181. istog mišljenja Sud EU-a naglašava da s obzirom na to da Unija nije pristupila Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda, ona nije pravni instrument formalno ugrađen u pravni poredak Unije, te bi zbog pristupanja istoj, poput svakog drugog međunarodnog sporazuma koji je sklopila Unija, na temelju članka 216. stavka 2. UFEU-a, obvezivao institucije Unije i države članice i stoga činio sastavni dio prava Unije. Stoga bi Unija, kao i svaka druga ugovorna stranka, bila podvrgnuta vanjskom nadzoru čiji je cilj poštovanje prava i sloboda koje bi se Unija obvezala poštovati, te bi i njezine institucije, uključujući Sud, bile bi podvrgnute nadzornim mehanizmima predviđenima tom konvencijom i osobito odlukama i presudama Europskog suda za ljudska prava. Zaključuje se da bi, ako bi Europski sud za ljudska prava prilikom svojeg ispitivanja sukladnosti sekundarnog prava s Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda izabrao vlastito tumačenje među onima koja su moguća, načelo isključive nadležnosti Suda za konačno tumačenje prava Unije bilo bi zacijelo povrijeđeno (toč. 246.). U toč. 1. i 2. stajališta nezavisne odvjetnice Juliane Kokott od 13. lipnja 2014. (Postupak za mišljenje 2/13 pokrenut na zahtjev Europske komisije, ECLI:EU:C:2014:2475) se navodi kako „planirano pristupanje Europske unije Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda treba dovesti do veće djelotvornosti i veće usklađenosti u poštovanju temeljnih prava u Europi. No, prije svega, Unija će se tim pristupanjem sama podvrgnuti vanjskom nadzoru u pogledu poštovanja standarda temeljnih prava, što se već dugo zahtijeva s više strana. Na taj način Unija će u konačnici dopustiti da se na nju primjenjuju ista pravila poštovanje kojih ona također uvijek iznova zahtijeva od svojih sadašnjih i budućih država članica. Planirano pristupanje EKLJP-u iznimno je važan projekt ne samo zbog snažne političke poruke nego i zbog ustavnopravne dimenzije. Tim projektom europske institucije bave se uvijek iznova već desetljećima, a i Sud se već po drugi put bavi pravnim aspektima tog projekta.“

39 Rezolucija (73) 22 o zaštiti privatnosti pojedinaca *vis-à-vis* elektroničkih banki podataka u privatnom sektoru, 26. rujna 1973.; Rezolucija (74) 29 o zaštiti privatnosti pojedinaca *vis-à-vis* elektroničkih banki podataka u javnom sektoru, 20. rujna 1974., Priručnik o zaštiti podataka 2014., str. 15.

40 Vijeće Europe posvećuje posebnu pozornost problematici zaštite privatnosti i osobnih podataka. Uz prethodno navedene preporuke Vijeće je do danas usvojilo brojne preporuke

1981. godine, a stupila je na snagu 1. listopada 1985. godine. Dodatni protokol uz Konvenciju za zaštitu osoba u vezi s automatskom obradom osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka sastavljen je u Strasbourgu 8. studenog 2001. godine, a stupio je na snagu 1. srpnja 2004. godine. Konvenciju je do sada potpisalo 47 država, a ratificiralo 46 država, dok je Dodatni protokol do sada potpisalo 36 država, od kojih 8 država nije ratificiralo Dodatni protokol.

U članku 4. Konvencije 108 propisana je dužnost stranaka Konvencije. Naime, svaka stranka poduzima u svojem unutrašnjem pravu potrebne mjere kako bi ostvarila temeljna načela za zaštitu podataka sadržana u Konvenciji, a te se mjere moraju poduzeti najkasnije u trenutku njena stupanja na snagu za tu stranku.⁴¹

Svrha Konvencije broj 108 određena je njezinim člankom 1.: „svakoj fizičkoj osobi, bez obzira na njezino državljanstvo i boravište, na području svake stranke, osigurati poštovanje njezinih prava i temeljnih sloboda, a osobito njezino pravo na privatnost glede automatizirane obrade osobnih podataka koji se na nju odnose (zaštita podataka)“.

Dodatni protokol predviđa osnivanje neovisnog nadzornog tijela koji će pratiti i nadzirati sukladnost provedbe Konvencije s poduzetim mjerama u unutrašnjem pravu država potpisnica, kao i posredovanje i pokretanje sudskih postupaka u slučaju kršenja odredaba unutrašnjeg prava kojima se štite načela Konvencije i Protokola (čl. 1.) te mogućnost prekograničnog protoka osobnih podataka prema

koje se odnose na zaštitu osobnih podataka. Posljednja takva preporuka usvojena je 13. siječnja 2016.: Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to Member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality. U području zaštite osobnih zdravstvenih podataka Vijeće Europe usvojilo je 23. siječnja 1981. preporuku (Recommendation No. R (81) 1 of the Committee of Ministers to Member States on regulations for automated medical data banks) koja je zamijenjena 13. veljače 1997. kada je usvojena nova preporuka o zaštiti medicinskih podataka (Recommendation No. R (97) 5 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of medical data), Pravni instrumenti Vijeće Europe za zaštitu podataka dostupni na: https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/legal_instruments_en.asp (20.2.2016.).

- 41 Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju 108 5. lipnja 2003. u Strasbourgu, Hrvatski sabor donio je na sjednici 14. travnja 2005. godine Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka i Dodatnog protokola uz konvenciju za zaštitu osoba glede automatizirane obrade osobnih podataka u vezi nadzornih tijela i međunarodne razmjene podataka (Narodne novine, br. 04/05.). Konvencija i Dodatni protokol stupili su na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 1. listopada 2005. godine. Temeljni pravni akt koji uređuje zaštitu osobnih podataka o fizičkim osobama te nadzor nad prikupljanjem, obradom i korištenjem osobnih podataka u Republici Hrvatskoj je Zakon o zaštiti osobnih podataka iz 2003. godine. Odbor za zakonodavstvo Hrvatskoga sabora na 23. sjednici održanoj 17. rujna 2012. utvrdio je pročišćeni tekst Zakona o zaštiti osobnih podataka koji obuhvaća Zakon o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 103/03.), Zakon o dopunama Zakona o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 118/06.), Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 41/08.) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti osobnih podataka (Narodne novine, br. 130/11.).

primatelju koji nije podložan jurisdikciji stranke Konvencije, uz odgovarajuću razinu zaštite ili zaštitna jamstva koja mogu proizlaziti iz ugovornih odredbi (čl. 2.).

U **Povelji Europske unije o temeljnim pravima**⁴² navode se temeljna prava, poput prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života i prava na zaštitu osobnih podataka, u kojima se odražavaju zajedničke vrijednosti i ustavno nasljeđe Europe.⁴³ U članku 7. Povelje izričito se ističe da „svatko ima pravo na poštovanje svojeg privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja“. Pravo na zaštitu osobnih podataka temeljno je pravo priznato člankom 8. Povelje. U članku 8. pod nazivom „Zaštita osobnih podataka“ stoji: „Svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose. Takvi podaci moraju se obrađivati pošteno, u utvrđene svrhe i na temelju suglasnosti osobe o kojoj je riječ, ili na nekoj drugoj legitimnoj osnovi utvrđenoj zakonom. Svatko ima pravo na pristup prikupljenim podacima koji se na njega ili nju odnose i pravo na njihovo ispravljanje. Poštovanje tih pravila podliježe nadzoru neovisnog tijela.“⁴⁴ Temeljno pravo na zaštitu osobnih podataka ipak nije apsolutno pravo.⁴⁵

Sud EU-a u svojoj presudi od 8. travnja 2014. u spojenim predmetima C-293/12 i C-594/12 podsjeća na to da zaštita osobnih podataka koja proizlazi iz izričite obveze predviđene u članku 8. stavku 1. Povelje ima osobitu važnost za pravo na poštovanje privatnog života iz njezina članka 7.⁴⁶

Iz prakse Suda EU-a proizlazi da se temeljna prava zajamčena Poveljom moraju poštovati kada nacionalna pravila potpadaju u područje primjene prava

42 Službeni list EU C 303, 12. 12. 2007. Europski parlament, Vijeće Europske unije i Komisija su 7. prosinca 2000. u Nici svečano proglasili Povelju Europske unije o temeljnim pravima (Službeni list C 364, 18.12.2000), koja danas ima istu pravnu snagu kao Ugovori. Povelja je postala pravno obvezujuća stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 1. prosinca 2009. godine.

43 Europska komisija, Priopćenje za tisak, Temeljna prava: Povelja EU-a sve je važnija i koristi građanima, Bruxelles, 14. travnja 2014.

44 U skladu s člankom 52. stavkom 1. Povelje, svako ograničenje pri ostvarivanju prava i sloboda priznatih njome mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit tih prava i sloboda te su, podložno načelu proporcionalnosti, ograničenja tih prava i sloboda moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba. Prema čl. 53. nijedna odredba Povelje ne smije se tumačiti kao ograničavanje ili nepovoljno utjecanje na ljudska prava i temeljne slobode, na način na koji ih u njihovim područjima primjene priznaju pravo Unije i međunarodno pravo te međunarodni sporazumi čije su stranke Unija ili sve države članice, uključujući Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te ustavi država članica.

45 „The right to the protection of personal data is not, however, an absolute right, but must be considered in relation to its function in society.“, toč. 48. presude Suda EU-a 09. studenog 2010. u spojenim slučajevima *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) and Hartmut Eifert (C-93/09) v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662.

46 Toč. 53. presude Suda (veliko vijeće) od 8. travnja 2014. (zahtjev za prethodnu odluku koji su uputili High Court of Ireland, Verfassungsgerichtshof – Irska, Austrija) – *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl i dr. (C-594/12) protiv Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and the Attorney General*, ECLI:EU:C:2014:238.

Unije, odnosno primjena prava Unije uključuje primjenu temeljnih prava zajamčenih Poveljom.^{47,48} Sve institucije i države članice EU-a obvezne su tumačiti Povelju u kontekstu postojeće sudske prakse Europskog suda za ljudska prava.⁴⁹ Institucije EU-a moraju djelovati u skladu s Poveljom u provođenju svih aktivnosti, pa tako i tijekom zakonodavnog procesa, jer u protivnome je moguće da određena mjera (npr. direktiva) bude proglašena nevažećom zbog kršenja temeljnih prava iz Povelje.⁵⁰

Ugovor o funkcioniranju Europske unije u članku 16. (bivši čl. 286. UEZ-a)⁵¹ ističe da: „Svatko ima pravo na zaštitu svojih osobnih podataka. Europski parlament i Vijeće, odlučujući u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, utvrđuju pravila o zaštiti pojedinaca s obzirom na obradu osobnih podataka u institucijama, tijelima, uredima i agencijama Unije te u državama članicama kad obavljaju svoje aktivnosti u području primjene prava Unije i pravila o slobodnom kretanju takvih podataka. Poštovanje tih pravila podliježe nadzoru neovisnih tijela.“

47 Presuda Suda EU-a od 16. travnja 2015. u spojenim predmetima (C-446/12) *W. P. Willems protiv Burgemeester van Nuth* i (C-447/12) *H. J. Kooistra protiv Burgemeester van Skarsterlân*, ECLI:EU:C:2015:238.

48 Prema čl. 51. Povelje: „Određbe Povelje odnose se na institucije, tijela, urede i agencije Unije, uz poštovanje načela supsidijarnosti, te na države članice samo kada provode pravo Unije. Oni stoga moraju poštovati prava i držati se načela te promicati njihovu primjenu u skladu sa svojim ovlastima i poštujući ograničenja nadležnosti Unije koje su joj dodijeljene u Ugovorima.“

2. Poveljom se ne proširuje područje primjene prava Unije izvan ovlasti Unije, ne uspostavlja se nova ovlast ni zadaća za Uniju niti se mijenjaju ovlasti i zadaće kako su utvrđene Ugovorima.

49 Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Izvješće o primjeni Povelje EU-a o temeljnim pravima za 2014. COM(2015) 191 final, Bruxelles, 8.5.2015., str. 12.

50 Tako je primjerice Sud (Veliko vijeće) u ranije navedenoj presudi od 8. travnja 2014. u spojenim predmetima C-293/12 i C-594/12 odlučio da je Direktiva 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ (Službeni list L 105, 13. 04. 2006.) nevaljana zbog kršenja temeljnih prava na privatnost i zaštitu osobnih podataka zajamčenih člancima 7. i 8. Povelje. Prema navedenoj presudi usvajanjem Direktive 2006/24 zakonodavac Unije prekoračio je granice koje nameće poštovanje načela proporcionalnosti s obzirom na članak 7., članak 8. i članak 52. stavak 1. Povelje., Ibid., str. 3.

51 Vidi: Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (Official Journal of the European Union C 306, 17.12.2007.); Lisabonski ugovor Europske unije - Konsolidirani tekst Ugovora o Europskoj uniji (Maastricht, 1992.) - Konsolidirani tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije (Rim, 1957.): protokoli, prilozi i izjave (glavni redaktor hrvatskoga prijevoda Davorin Rudolf), Adrias, No. 16., Zagreb – Split, 2009.; ČAPETA, Tamara, Europska unija po Lisabonskom ugovoru, Hrvatska javna uprava, god. 10., br. 1., 2010., str. 35. – 47.

2.2. Direktiva EU-a o zaštiti podataka

Prošlo je dvadeset godina od usvajanja iznimno važnog pravnog akta institucija Europske unije koji će značajno ojačati temeljna prava pojedinca na zaštitu podataka i postaviti čvrste temelje za izgradnju i moderniziranje područja zaštite podataka.⁵² Taj pravni instrument EU-a daje sadržaj i jača načela iz Konvencije Vijeća Europe za zaštitu pojedinaca u vezi s automatskom obradom osobnih podataka iz 1981. godine. Riječ je o 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 (dalje u tekstu: Direktiva o zaštiti podataka ili Direktiva 95/46/EZ).^{53,54}

Direktivom 95/46/EZ je utvrđen opći okvir za zaštitu osobnih podataka u Europskoj uniji.⁵⁵ Cilj Direktive o zaštiti osobnih podataka je zaštita temeljnih prava i sloboda fizičkih osoba,⁵⁶ a posebno prava na privatnost u vezi s obradom osobnih podataka (čl. 1.). Ona jamči visoku razinu zaštite temeljnih prava i sloboda fizičkih

52 Zaštita pojedinaca s obzirom na obradu osobnih podataka od strane institucija Unije zajamčena je Uredbom (EZ) br. 45/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 18. prosinca 2000. o zaštiti pojedinaca pri obradi osobnih podataka od strane institucija i tijela Zajednice te o slobodnome protoku takvih podataka (Službeni list L 8, 12. 01. 2001.). Ova Uredba ne utječe na prava i obveze država članica iz Direktive 95/46. U skladu s Uredbom 45/2001, institucije i tijela osnovana Ugovorima ili na temelju Ugovora o osnivanju Europskih zajednica dužni su štititi temeljna prava i slobode fizičkih osoba, a posebno njihovo pravo na privatnost pri obradi osobnih podataka, te ne smiju ograničiti niti zabraniti slobodan protok osobnih podataka među njima ili prema primateljima, i to sukladno nacionalnome pravu država članica koje provode Direktivu 95/46/EZ. Uredba se 45/2001 primjenjuje na obradu osobnih podataka u svim institucijama i tijelima Unije pod uvjetom da se takva obrada provodi u okviru obavljanja djelatnosti koje su u potpunosti ili djelomično u području primjene prava EU-a. Također, ova se Uredba primjenjuje na obradu osobnih podataka u potpunosti ili djelomično putem automatskih sredstava, kao i na obradu osobnih podataka ostalim sredstvima koja čine dio sustava datoteka ili su namijenjena da budu dio sustava datoteka.

53 Službeni list EU L 281, 23. 11. 1995.

54 Direktiva 97/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. prosinca 1997. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području telekomunikacija (Službeni list EU L 24, 30. 01. 1998.) prenijela je načela navedena u Direktivi 95/46/EZ u posebna pravila za područje telekomunikacija. Ova je Direktiva stavljena izvan snage i zamijenjena Direktivom 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Službeni list EU L 201, 12. 07. 2002.). Vidi: četvrtu uvodnu izjavu Preambule navedene Direktive.

55 Toč. 19. Preambule Uredbe Komisije (EU) br. 611/2013 od 24. lipnja 2013. o mjerama koje se primjenjuju na obavješćivanje o povredama osobnih podataka u skladu s Direktivom 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o privatnosti i elektroničkim komunikacijama, službeni list L 173, 26. 06. 2013.

56 „Iz članka 1., kao i uvodnih izjava 2. i 10., Direktive 95/46 proizlazi da ona nastoji ne samo zajamčiti učinkovitu i potpunu zaštitu temeljnih prava i sloboda fizičkih osoba, a posebno temeljnog prava na poštovanje privatnosti u vezi s obradom osobnih podataka, nego i visoku razinu zaštite tih temeljnih prava i sloboda“, Presuda Suda Europske unije od 6. listopada 2015. u predmetu C-362/14 (Schrems) toč. 39.

osoba, a posebno njihova prava na privatnost u vezi s obradom osobnih podataka.⁵⁷ Direktiva o zaštiti podataka ima za cilj i uklanjanje zapreka slobodnom protoku tih podataka, kako je navedeno u uvodnim izjavama 25. i 41.⁵⁸

Pojam „osobnih podataka“ definiran je u članku 2. točki (a) Direktive 95/46/EZ kao „bilo koji podaci koji se odnose na utvrđenu fizičku osobu ili fizičku osobu koju se može utvrditi (“osoba čiji se podaci obrađuju”);⁵⁹ osoba koja se može utvrditi je osoba čiji je identitet moguće utvrditi, izravno ili neizravno, a posebno navođenjem identifikacijskog broja ili jednog ili više činitelja značajnih za njegov fizički, fiziološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet, dok “obrada osobnih podataka” (čl. 2. toč. b.) znači „bilo koji postupak ili skup postupaka koji se provode nad osobnim podacima, bilo automatskim putem ili ne, kao što je prikupljanje, snimanje, organiziranje, pohrana, prilagođavanje ili mijenjanje, vraćanje, obavljanje uvida, uporaba, otkrivanje prijenosom i širenjem, ili stavljanje na raspolaganje drugim načinom, poravnavanje ili kombiniranje, blokiranje, brisanje ili uništavanje“.

Članak 3. pod naslovom „Područje primjene“ određuje da se Direktiva 95/46/EZ primjenjuje na osobne podatke koji se u cijelosti ili djelomično obrađuju automatskim putem i na obradu podataka koja nije automatska, a koja čini dio sustava arhiviranja ili će činiti dio sustava arhiviranja. Istim člankom određeno je da se Direktiva 95/46/EZ ne primjenjuje na obradu osobnih podataka tijekom aktivnosti

57 Presuda Suda EU-a od 1. listopada 2015. godine u predmetu C-230/14 (*Weltimmo s. r. o. protiv Nemzeti Adatvédelmi és Információs Szabadság Hatóság*): „... 25. S obzirom na to da je cilj Direktive 95/46 učinkovita i potpuna zaštita temeljnih prava i sloboda fizičkih osoba, a posebno prava na privatnost u vezi s obradom osobnih podataka, 26. Kako bi se postigao taj cilj i kako bi se izbjeglo to da pojedinac bude lišen zaštite koju mu jamči ta direktiva, uvodna izjava 18. navedene direktive propisuje da se bilo kakva obrada osobnih podataka u Uniji mora izvršavati u skladu sa zakonodavstvom jedne od država članica i da obradu za koju je odgovoran nadzornik s poslovnim nastanom u državi članici treba urediti zakonodavstvom te države.“

58 „25. budući da se načela zaštite s jedne strane moraju odraziti u obvezama koje su preuzele osobe, javna tijela, poduzetnici, agencije ili druga tijela nadležna za obradu, posebno u vezi s kvalitetom podataka, tehničkom sigurnošću, obavješćivanjem nadzornog tijela te okolnostima pod kojima se obrada može provoditi, i s druge strane, pravima koja imaju pojedinci čiji su podaci predmet obrade da ih se izvijesti da je obrada u tijeku, da imaju uvid u podatke, da zatraže ispravak i čak da se usprotive obradi pod nekim okolnostima; 41. budući da svaka osoba mora biti u mogućnosti ostvariti pravo na pristup podacima koji se na nju odnose, a koji se obrađuju kako bi posebno provjerila točnost podataka te zakonitost obrade; budući da iz istih razloga svaka osoba čiji se podaci obrađuju također ima pravo znati logiku u automatskoj obradi podataka, barem u slučaju automatskih odluka iz članka 15. stavka 1. ove Direktive; budući da to pravo ne smije utjecati na poslovne tajne ili intelektualno vlasništvo te posebno na autorska prava kojim se štiti programska oprema; budući da ta pitanja međutim ne smiju dovesti do toga da se osobi čiji se podaci obrađuju odbiju svi podaci.“

59 „... tumačenje pojma „osobnih podataka“ u smislu Direktive 95/46 ne proizlazi samo iz teksta njezina članka 2. točke (a) nego je potvrđeno i njezinim ciljem i strukturom.“, Toč. 41. presude Suda EU-a od 17. srpnja 2014. u spojenim predmetima C-141/12 *Y. S. protiv Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* i C-372/12 *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel protiv M., S.*, ECLI:EU:C:2014:2081.

koja je izvan područja primjene prava Unije, kao što je predviđeno u glavama V. i VI. Ugovora o Europskoj uniji i u svakom slučaju na postupke obrade koji se odnose na javnu sigurnost, obranu, nacionalnu sigurnost (uključujući gospodarsku dobrobit države kada se operacija obrade odnosi na pitanja nacionalne sigurnosti) i aktivnosti države u području kaznenog prava, te na obradu osobnih podataka koju provodi fizička osoba tijekom aktivnosti isključivo osobne ili domaće naravi. Prema praksi Suda EU-a navedeno odstupanje mora se tumačiti strogo.⁶⁰

Direktivom 95/46/EZ je predviđeno osobito široko teritorijalno područje njezine primjene, koje je propisano člankom 4. Prema stavku 1. točki (a) navedenog članka svaka država članica na obradu osobnih podataka primjenjuje nacionalne propise koje donese u skladu s Direktivom kada se obrada provodi u okviru aktivnosti poslovnog nastana nadzornika na području države članice. Kada taj nadzornik ima poslovni nastan na području nekoliko država članica, on mora poduzeti potrebne mjere kako bi osigurao da svaki od tih poslovnih nastana ispunjava obveze propisane važećim nacionalnim pravom.⁶¹ Propisujući osobito široko područje teritorijalne primjene zakonodavac EU-a je želio izbjeći to da pojedinac bude lišen zaštite koju mu jamči direktiva kao i zaobilaznje te zaštite.⁶²

U Glavi II. Direktive 95/46/EZ pod naslovom „Opća pravila o zakonitosti obrade osobnih podataka“ sadržana su načela koja se odnose na kvalitetu podataka (čl. 6.) i mjerila za zakonitost obrade podataka (čl. 7.). Svaka obrada osobnih podataka treba biti u skladu s tim načelima, odnosno mjerilima.

Sukladno članku 8. stavku 1. Direktive 95/46/EZ obrada podataka u vezi sa zdravljem izričito je zabranjena.⁶³ Navedenim je člankom određeno da države članice zabranjuju obradu osobnih podataka kojima se otkriva rasno ili etničko podrijetlo, politička mišljenja, vjerska ili filozofska uvjerenja, članstvo u sindikatu i obrada podataka u vezi sa zdravljem ili spolnim životom. Ovo pravilo međutim ima određene iznimke.⁶⁴ Jedna od njih je sadržana u odredbi članka 8. stavka 3. koja

60 Vidi: C-212/13, *František Ryněš protiv Úřad pro ochranu osobních údajů*, ECLI:EU:C:2014:2428.

61 „Članak 4. stavak 1. točku (a) Direktive 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 treba tumačiti na način da omogućuje primjenu zakonodavstva koje se odnosi na zaštitu osobnih podataka države članice koja je različita od one u kojoj je nadzornik obrade tih podataka registriran ako on putem stabilnih dogovora na području te države članice provodi, čak i najmanju, efektivnu i stvarnu aktivnost u okviru koje se ta obrada provodi.“, Presuda Suda EU-a od 1. listopada 2015. godine u predmetu C-230/14 (*Weltimmo s. r. o. protiv Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*).

62 Toč. 54. presude Suda EU-a od 13. svibnja 2014. u predmetu C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. protiv Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

63 „Reference to the fact that an individual has injured her foot and is on half-time on medical grounds constitutes personal data concerning health within the meaning of Article 8(1) of Directive 95/46.“ Presuda Suda EU- a od 6. studenog 2003. u predmetu C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596.

64 Čl. 6. Konvencije 108 Vijeća Europe glasi: „Osobni podaci koji otkrivaju rasno podrijetlo, politička mišljenja, vjerska ili druga uvjerenja, kao i osobni podaci koji se tiču zdravlja

glasi: „Stavak 1. ovog članka ne primjenjuje se kada je obrada podataka potrebna u svrhe preventivne medicine, medicinske dijagnoze, zdravstvene skrbi ili liječenja ili upravljanja zdravstvenim službama, te kada te podatke obrađuje zdravstveni radnik koji na temelju nacionalnog zakonodavstva ili pravila koje donesu nacionalna nadležna tijela podliježe obvezi čuvanja profesionalne tajne ili druga osoba koja također podliježe istoj obvezi čuvanja tajne.“

U točki 33. i 34. uvodne izjave Direktive 95/46/EZ se ističe da se: „... podaci koji po svojoj prirodi mogu prekršiti temeljne slobode ili privatnost ne smiju obrađivati ako osoba čiji se podaci obrađuju nije dala svoju izričitu suglasnost; budući da međutim se odstupanja od ove zabrane moraju izričito navesti za posebne potrebe, posebno kada obradu podataka u zdravstvene svrhe provodi osoba na koju se odnosi zakonska obveza čuvanja profesionalne tajne ili kada neke udruge ili ustanove čija je svrha omogućavanje ostvarenja temeljnih sloboda tijekom obavljanja zakonitih aktivnosti;“ kao i da: „države članice također moraju biti ovlaštene, kada je to opravdano na temelju važnog javnog interesa, za odstupanje od zabrane obrađivanja osjetljivih kategorija podataka kada to opravdavaju važni razlozi javnog interesa na područjima kao što je javno zdravstvo i socijalna zaštita – posebno kako bi se osiguralo da kvaliteta i isplativost postupaka koji se koriste za rješavanje zahtjeva za ostvarenje pogodnosti i usluga iz sustava zdravstvenog osiguranja – znanstveno istraživanje i vladine statistike; budući da im je dužnost da pruže konkretnu i odgovarajuću zaštitu temeljnih prava i privatnosti pojedinaca“. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda EU-a zaštita prava na poštovanje privatnog života u svakom slučaju zahtjeva da su odstupanja i ograničenja u zaštiti osobnih podataka u granicama onog što je strogo nužno.⁶⁵

2.3. Direktiva EU o pravima pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti

Uspješan razvoj prekograničnih zdravstvenih usluga ovisi i o povjerenju korisnika tih usluga (pacijenata) da njihova privatnost neće biti ugrožena, odnosno da će podatci o njegovom zdravlju biti na odgovarajući način korišteni i zaštićeni.

Jedno od područja koje dijelom dotiče Direktiva 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti (u daljnjem tekstu: Direktiva 2011/24/EU)⁶⁶ je i prekogranični prijenos i zaštita osobnih podataka o zdravlju

ili spolnog života, ne mogu se automatizirano obrađivati ako unutarnje pravo ne predviđa primjerenu zaštitu. Isto se primjenjuje na osobne podatke koji se odnose na kaznene presude.“

65 Toč. 52. presude Suda (Veliko vijeće) od 8. travnja 2014. (zahtjev za prethodnu odluku koji su uputili High Court of Ireland, Verfassungsgerichtshof – Irska, Austrija) – *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl i dr. (C-594/12) protiv Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and the Attorney General*, ECLI:EU:C:2014:238.

66 Službeni list L 88, 4. 4. 2011. Direktiva 2011/24/EU je potpisana 9. ožujka 2011. u Strasbourgu, a stupila je na snagu dvadesetog dana od dana objave u Službenom listu Europske unije. Države članice trebale su prenijeti Direktivu 2011/24/EU u nacionalna zakonodavstva do 25. listopada 2013. godine.

pacijenata. Ovom Direktivom utvrđuju se pravila za olakšavanje pristupa sigurno i kvalitetnoj prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti te promiče suradnja u području zdravstvene zaštite između država članica uz potpuno poštovanje nacionalnih nadležnosti pri organizaciji i pružanju zdravstvene zaštite.⁶⁷

Direktiva 2011/24/EU se primjenjuje ne dovodeći u pitanje Direktivu 95/46/EZ i Direktivu 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija.⁶⁸

Kako stoji u točki 25. Preambule Direktive 2011/24/EU: „Osiguranje kontinuiteta prekogranične zdravstvene zaštite ovisi o prijenosu osobnih podataka o zdravlju pacijenata. Potrebno je omogućiti protok osobnih podataka iz jedne države članice u drugu, ali istodobno treba zaštititi temeljna prava osoba. Direktivom 95/46 ... utvrđuje se pravo osoba na pristup svojim osobnim podacima o zdravlju, na primjer podacima u svojim zdravstvenim kartonima koji sadrže podatke poput dijagnoza, rezultata pregleda, ocjena liječnika i svih obavljenih postupaka liječenja ili intervencija. Te bi odredbe trebalo primjenjivati i u kontekstu prekogranične zdravstvene zaštite.“ Prema članku 4. stavku 2(e)(f) država članica liječenja osigurava da je zaštićeno temeljno pravo na privatnost u vezi s obradom osobnih podataka u skladu s nacionalnim mjerama kojima se provode propisi Unije o zaštiti osobnih podataka, posebno Direktiva 95/46/EZ, te da zbog osiguranja kontinuiteta skrbi pacijenti koji su primili terapiju imaju pravo na pisani ili elektronički zdravstveni karton te terapije i dobivanje barem jednoga primjerka toga kartona u skladu s i podložno nacionalnim mjerama kojima se provode odredbe Unije o zaštiti osobnih podataka, posebno Direktiva 95/46/EZ i 2002/58/EZ.

Države članice liječenja osiguravaju da se informacije o pravu na obavljanje djelatnosti zdravstvenih stručnjaka navedenih u nacionalnim ili lokalnim registrima uspostavljenim na njihovom državnom području na zahtjev stave na raspolaganje nadležnim tijelima drugih država članica za potrebe prekogranične zdravstvene

67 Opširnije o Direktivi 2011/24/EU: PEETERS, Mark, *Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Health care*, *European Journal of Health Law*, vol. 19., 2012., str. 29. – 60.; SOKOL Tomislav, MINTAS HODAK Ljerka, ABRAMOVIĆ, Ana, *Patient Mobility Directive: One Step Forward or Two Steps Back for Cross-Border Healthcare*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 8., no. 8., 2012., str. 143. – 173.; ČOLAKOVIĆ, Maja, BEVANDA, Marko, *Ostvarenje zdravstvene zaštite u Bosni i Hercegovini u svjetlu Direktive 2011/24/EU o primjeni prava pacijenata u prekograničnoj zdravstvenoj skrbi* Zbornik radova: II Međunarodna konferencija Bosna i Hercegovina i euroatlantske integracije - Trenutni izazovi i perspektive, god. 2, br. 2, tom I, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Centar za društvena istraživanja Internacionalnog Burč univerziteta, Bihać, 2014., str. 361. – 382.

68 „Pravila o međunarodnim prijenosima podataka utvrđena Direktivom 95/46/EZ temelje se na jasnoj razlici između, s jedne strane, prijenosa trećim zemljama koje osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite (članak 25. Direktive) te, s druge strane, prijenosa trećim zemljama za koje je utvrđeno da ne osiguravaju odgovarajuću razinu zaštite (članak 26. Direktive).“ *Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o prijenosu osobnih podataka iz EU-a u Sjedinjene Američke Države u skladu s Direktivom 95/46/EZ nakon presude Suda u predmetu C-362/14 (Schrems), COM(2015) 566 final, Bruxelles, 06.11.2015.*

zaštite u skladu s poglavljima II. i III. i s nacionalnim mjerama kojima se provode odredbe Unije o zaštiti osobnih podataka, posebno Direktiva 95/46/EZ i 2002/58/EZ te s načelom pretpostavke nedužnosti (čl. 10. st. 4. Direktive 2011/24/EU).

Prema članku 14. Direktive 2011/24/EU Unija podupire i olakšava suradnju i razmjenu informacija među državama članicama koje djeluju u sklopu dobrovoljne mreže koja povezuje državna tijela odgovorna za e-zdravstvo, a koja su imenovale države članice. Ciljevi mreže e-zdravstva su: djelovanje u smjeru pružanja održivih ekonomskih i socijalnih naknada europskih sustava e-zdravstva te usluga i interoperabilnih aplikacija radi postizanja visoke razine povjerenja i sigurnosti, unaprjeđenja kontinuiteta zdravstvene zaštite i osiguranja pristupačnosti sigurne i kvalitetne zdravstvene zaštite; izrada smjernica o netaksativnom popisu podataka koje treba uključiti u sažetke o pacijentima i koje zdravstveni stručnjaci mogu međusobno razmjenjivati kako bi se omogućio kontinuitet prekogranične zdravstvene zaštite i sigurnosti pacijenata; i učinkovitim metodama za omogućavanje korištenja medicinskih podataka za javno zdravstvo i istraživanje; te potpora državama članicama u razvoju zajedničkih mjera za identifikaciju i utvrđivanje vjerodostojnosti radi pojednostavljenja mogućnosti prenošenja podataka u prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti. Navedeni ciljevi poduzimaju se uz dužno poštovanje načela zaštite podataka kako je navedeno posebno u direktivama 95/46/EZ i 2002/58/EZ.

2.4. Uredba EU-a o kliničkim ispitivanjima lijekova

Iznimno važan zakonodavni akt EU-a u području zaštite osobnih podataka u zdravstvenom sektoru je Uredba EU-a o kliničkim ispitivanjima lijekova.^{69,70} U prvoj točki Preambule i članku 3. navedene Uredbe izričito se navodi da se tijekom provođenja kliničkog ispitivanja trebaju zaštititi prava, zdravlje, dostojanstvo i dobrobit ispitanika, te da interesi ispitanika uvijek trebaju imati prednost pred svim drugim interesima. Dakle, kliničko ispitivanje koje se provodi u EU može se provesti samo ako su prava ispitanika na fizički i mentalni integritet, privatnost i zaštitu podataka koji se odnose na njih zaštićena u skladu s Direktivom 95/46/EZ (čl. 28., st. 1(d)).

69 Uredba (EU) br. 536/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o kliničkim ispitivanjima lijekova za primjenu kod ljudi te o stavljanju izvan snage Direktive 2001/20/EZ (Tekst značajan za EGP) (Službeni list EU L 158, 27. 05. 2014.).

70 Prema čl. 99. ova Uredba stupa na snagu dvadesetog dana od dana objave u Službenom listu Europske unije. Primjenjuje se šest mjeseci nakon objave obavijesti navedene u članku 82. stavku 3., ali u svakom slučaju ne ranije od 28. svibnja 2016. Čl. 82. glasi: „1. Agencija, u suradnji s državama članicama i Komisijom sastavlja funkcionalne specifikacije za portal EU-a i bazu podataka EU-a, zajedno s vremenskim okvirom za njihovu provedbu. 2. Upravni odbor Agencije na temelju neovisnog revizijskog izvješća obavješćuje Komisiju o tome kada je utvrdio da su portal EU-a i baza podataka EU-a potpuno funkcionalni i sustavi ispunjavaju funkcionalne specifikacije sastavljene u skladu sa stavkom 1. 3. Komisija objavljuje obavijest u Službenom listu Europske unije kada bude smatrala da su uvjeti iz stavka 2. ispunjeni.“

Sukladno tome, Uredbom (EU) 563/2014 se poštuju temeljna prava i uzimaju u obzir načela koja su posebno priznata Poveljom EU-a o temeljnim pravima, posebno ljudsko dostojanstvo, integritet osobe, prava djeteta, poštovanje privatnog i obiteljskog života, zaštita osobnih podataka te umjetnička i znanstvena sloboda (točka 83. Preambule).

Direktiva 95/46 se primjenjuje na obradu osobnih podataka provedenu u državama članicama pod nadzorom nadležnih tijela država članica u okviru ove Uredbe, posebno nezavisnih javnih tijela koja imenuju države članice i Uredbe 45/2001 koja se primjenjuje na obradu osobnih podataka koju provode Komisija i Agencija u okviru ove Uredbe pod nadzorom Europskog nadzornika za zaštitu podataka. Ti instrumenti jačaju prava na zaštitu osobnih podataka te obuhvaćaju pravo na pristup, ispravak i povlačenje, kao i određivanje situacija kada se može nametnuti ograničenje na ta prava. S ciljem poštovanja prava na zaštitu osobnih podataka, istodobno štiteći konzistentnost i pouzdanost podataka iz kliničkih ispitivanja koji se koriste u znanstvene svrhe te sigurnost ispitanika koji sudjeluju u kliničkim ispitivanjima, primjereno je osigurati da povlačenje informiranog pristanka, ne dovodeći u pitanje Direktivu 95/46, ne utječe na rezultate aktivnosti koje se provode, poput pohrane i upotrebe podataka dobivenih na temelju informiranog pristanka prije povlačenja.⁷¹

U točki 66. i 67. preambule Uredba EU-a o kliničkim ispitivanjima lijekova ističe se važnost uspostave baze podataka EU-a o kliničkim ispitivanjima (engl. *Clinical Trials Register*)⁷² dostupne putem portala EU-a u koje se ne smiju zabilježiti nikakvi osobni podatci ispitanika koji sudjeluju u kliničkom ispitivanju.⁷³ Nadalje se ističe da te informacije trebaju biti javne (osim ako ne postoje određeni razlozi za neobjavljivanje nekih informacija kako bi se zaštitilo pravo pojedinca na privatni život i pravo na zaštitu osobnih podataka, koji su utvrđeni člancima 7. i 8. Povelje) i doprinijeti zaštiti javnog zdravlja i poticanju inovacijskog kapaciteta europskog medicinskog istraživanja istodobno prepoznajući legitimne ekonomske interese naručitelja ispitivanja.

2.5. Praksa Suda Europske unije u području zaštite osobnih podataka

Kako je uvodno navedeno, važnost kako temeljnog prava na poštovanje privatnog života, zajamčenog u članku 7. Povelje, tako i temeljnog prava na zaštitu osobnih podataka, zajamčenog u članku 8. Povelje, naglašava i sudska praksa Suda EU-a. Poznato je da je Sud EU-a najviši autoritet za tumačenje prava EU-a koja je obvezujuća za nacionalne sudove država članica.⁷⁴ Stoga i presude Suda EU-a

71 Toč. 76. uvodne izjave Uredbe (EU) 563/2014.

72 EU Clinical Trial Register - <https://www.clinicaltrialsregister.eu>. Vidi: <https://eudract.ema.europa.eu/> (28.1.2016.).

73 Vidi čl. 81. i 82. Uredbe (EU) 563/2014.

74 RODIN, Siniša, Hrvatski sudac između prava EU i nacionalnog prava, Informator, br. 5871, Zagreb, 2010., str. 5. i 6., RODIN, Siniša, Konstitucionalizacija općih načela prava u novijoj praksi Europskog suda, Informator, br. 5847, Zagreb, 2010., str. 1. i 2.

u području zaštite osobnih podataka (u vezi sa zdravljem) imaju veliku važnost za nacionalne sudove država članica, ali i za sudove država koje teže pristupanju Uniji.

Presudom Suda EU-a od 6. listopada 2015. u predmetu C-362/14 (*Schrems*)⁷⁵ ponovno se potvrđuje važnost temeljnog prava na zaštitu osobnih podataka, kako je utvrđeno u Povelji EU-a o temeljnim pravima, uključujući slučajeve kad se takvi podatci prenose izvan EU-a.⁷⁶

Prema praksi Suda EU-a članak 2. točku (a) Direktive 95/46/EZ kojom je definiran pojam „osobnog podatka“ treba tumačiti na način da „upisnik radnog vremena, poput onoga u glavnom postupku, koji za svakog radnika pokazuje početak i završetak radnog vremena, kao i prekide ili odgovarajuće pauze, ulazi u pojam „osobnih podataka“, u smislu te odredbe.“ Direktiva 95/46 dopušta, u načelu, obradu samo onih podataka za koje je odnosna osoba dala svoju suglasnost, ali ona se ne primjenjuje na obradu osobnih podataka koju provodi fizička osoba tijekom aktivnosti isključivo osobne ili domaće naravi.⁷⁷

Sukladno ustaljenoj sudskoj praksi, zaštita temeljnog prava na privatni život zajamčena člankom 7. Povelje Europske unije o temeljnim pravima zahtijeva da su odstupanja i ograničenja u zaštiti osobnih podataka u granicama onog što je strogo nužno. U presudi Suda EU-a od 11. prosinca 2014. u predmetu C-212/13 (*Ryneš*) se navodi: „U mjeri u kojoj se odredbe Direktive 95/46, uređujući obradu osobnih podataka koji mogu povrijediti temeljne slobode i posebno pravo na privatnost, nužno moraju tumačiti u svjetlu temeljnih prava koja prema ustaljenoj sudskoj praksi čine sastavni dio općih načela prava čije poštovanje Sud osigurava i koja su upisana u Povelju, odstupanje predviđeno člankom 3. stavkom 2. mora se strogo tumačiti.“⁷⁸

Dakle, prema praksi Suda EU-a odstupanje i ograničenje u zaštiti podataka mora se tumačiti strogo. Tako Sud EU-a određuje: „Članak 3. stavak 2. drugi podstavak Direktive 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka treba tumačiti u smislu 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.“⁷⁹

75 C-362/14, *Maximillian Schrems protiv Data Protection Commissioner, uz sudjelovanje: Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI:EU:C:2015:650.

76 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o prijenosu osobnih podataka iz EU-a u Sjedinjene Američke Države u skladu s Direktivom 95/46/EZ nakon presude Suda u predmetu C-362/14 (*Schrems*), COM(2015) 566 final, Bruxelles, 6.11.2015.

77 Sud Europske unije, Priopćenje za medije br. 175/14, u Luxembourgju 11. prosinca 2014., presuda u predmetu C-212/13 *František Ryneš / Úřad pro ochranu osobních údajů*.

78 Toč. 29., C-212/13, *František Ryneš protiv Úřad pro ochranu osobních údajů*, ECLI:EU:C:2014:2428.

79 Presuda u predmetu C-212/13 *František Ryneš / Úřad pro ochranu osobních údajů*.

Zaštita temeljnog prava na poštovanje privatnosti podrazumijeva osobito to da ta osoba može biti sigurna da su osobni podatci koji se odnose na nju točni i obrađeni na zakoniti način.⁸⁰ U presudi Suda EU-a od 1. listopada 2015. u predmetu C-201/14 (Bara i drugi) stoji: „U skladu s odredbama Glave II. Direktive 95/46, naslovljene „Opća pravila o zakonitosti obrade osobnih podataka“, osim odstupanja predviđenih u članku 13. te Direktive, svaka obrada osobnih podataka treba s jedne strane biti u skladu s načelima koja se odnose na kvalitetu podataka navedenima u članku 6. spomenute Direktive i, s druge strane, odgovarati na jedno od načela koja se odnose na zakonitost obrade podataka navedenih u članku 7. te iste Direktive. Nadalje se ističe da „članke 10., 11. i 13. Direktive 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 treba tumačiti na način da su im protivne nacionalne mjere, kao što su one o kojima je riječ u glavnom postupku, koje tijelu javne uprave države članice dopuštaju da osobne podatke proslijedi nekom drugom tijelu javne uprave te da ih naknadno obradi a da dotične osobe nisu bile obaviještene ni o tom prosljeđivanju ni o toj obradi.“⁸¹

Prema praksi Suda EU-a članak 6. stavak 1. točke (b) i (c), kao i članak 7. točke (c) i (e) Direktive 95/46 treba tumačiti na način da se ne protive nacionalnom propisu, poput onoga u glavnom postupku, koji poslodavcu nameće obvezu stavljanja upisnika radnog vremena na raspolaganje nacionalnom tijelu nadležnom za područje nadzora uvjeta rada kako bi mu omogućio neposredan uvid, pod uvjetom da je ta obveza nužna tom tijelu za izvršavanje zadaća nadzora primjene pravila u području uvjeta rada, a posebno u vezi s radnim vremenom.⁸²

Članak 12. točka (a) Direktive 95/46/EZ propisuje: „Države članice osiguravaju da svaka osoba čiji se podaci obrađuju ima pravo dobiti od nadzornika: (a) bez prisile, u razumnim rokovima te bez pretjerane odgode ili troška potvrdu obrađuju li se ili ne podaci koji se na nju odnose te podatak barem u vezi svrhe obrade, vrste podataka te primatelje ili vrste primatelja kojima se podaci otkrivaju; obavijest u razumljivom obliku o podacima koji se obrađuju te bilo koje podatke o njihovom izvoru, ...“ Dakle, države članice imaju obvezu osiguravanja da svaka osoba čiji se podaci obrađuju može od nadzornika dobiti obavijest o svim podacima te vrste koje on obrađuje, a koji se odnose na nju. Ipak, državama članicama je ostavljena „mogućnost utvrđivanja konkretnog materijalnog oblika te obavijesti, ako je „razumljiva“, odnosno ako omogućava osobi čiji se podaci obrađuju dobivanje

80 Toč. 44. presude Suda EU-a od 17. srpnja 2014. u spojenim predmetima C-141/12 *Y. S. protiv Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* i C-372/12 *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel protiv M., S.*, ECLI:EU:C:2014:2081.

81 C-201/14, *Smaranda Bara i dr. protiv Președintele Casei Naționale de Asigurări de Sănătate, Casa Națională de Asigurări de Sănătate, Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF)*, ECLI:EU:C:2015:638.

82 Rješenje Suda (osmo vijeće) od 19. lipnja 2014. (zahtjev za prethodnu odluku Tribunal do Trabalho da Covilhã - Portugal) – *Pharmacontinente-Saúde e Higiene SA i drugi protiv Autoridade Para As Condições do Trabalho (ACT)*, (Predmet C-683/13) ECLI:EU:C:2014:2028.

uvida u te podatke te provjeru njihove točnosti i usklađenosti njihove obrade s tom direktivom, a kako bi se ta osoba mogla, ako je primjenjivo, koristiti pravima koja joj dodjeljuju članak 12. točke (b) i (c), članak 14., članak 22. i članak 23. te direktive. Stoga, budući da drugi oblik obavijesti može u potpunosti zadovoljiti cilj tog prava na pristup, osoba čiji se podaci obrađuju ni na temelju članka 12. točke (a) Direktive 95/46 ni na temelju članka 8. stavka 2. Povelje ne može imati pravo na dobivanje preslike izvornog dokumenta ili spisa u kojem se ti podaci nalaze. Kako se osobi čiji se podaci obrađuju ne bi dao pristup drugim informacijama, osim osobnim podacima koji se odnose na nju, ta osoba može dobiti presliku izvornog dokumenta ili spisa u kojem su te druge informacije učinjene nečitljivima.⁸³

Prema jednoj presudi Suda EU-a: „Članak 12. točku (a) Direktive 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 treba tumačiti na način da mu nije protivna naplata troškova prilikom obavijesti javnog tijela o osobnim podacima. Članak 12. točku (a) Direktive 95/46 treba tumačiti na način da, kako bi se osiguralo da naplaćeni troškovi prilikom korištenja prava na pristup osobnim podacima ne budu pretjerani u smislu ove odredbe, njihov iznos ne smije prelaziti trošak obavijesti o tim podacima. Na nacionalnom je sudu da učini potrebne provjere imajući u vidu okolnosti glavnog postupka.“⁸⁴

Odredbom članka 13. stavak 1. Direktive 95/46/EZ propisano je da države članice mogu donijeti propise za ograničavanje područja primjene obveza i prava iz članka 6. stavka 1., članka 10., članka 11. stavka 1. te članka 12. i 21. Direktive kada takvo ograničavanje predstavlja potrebne mjere za zaštitu: (a) nacionalne sigurnosti; (b) obrane; (c) javne sigurnosti; (d) sprječavanja, istrage, otkrivanja i progona kaznenih djela ili kršenja etike zakonom uređenih djelatnosti; (e) važnoga gospodarskog ili financijskog interesa države članice ili Europske unije, uključujući novčana, proračunska i porezna pitanja; (f) nadzora, inspekcije ili regulatorne funkcije povezane, čak i povremeno, s izvršavanjem javnih ovlasti u slučajevima iz točke (c), (d) i (e); (g) zaštite osobe čiji se podaci obrađuju ili prava i slobode drugih. Prema praksi Suda EU-a članak 13. stavak 1. Direktive 95/46/EZ treba tumačiti na način da „države članice nemaju obvezu, nego mogućnost prenijeti u svoje nacionalno pravo jednu ili više iznimaka od obveze obavještanja osobe čiji se podaci obrađuju o obradi njihovih osobnih podataka, koje su predviđene tim stavkom. Aktivnost privatnog detektiva koji djeluje za račun profesionalnog tijela kako bi istražio kršenje etike u zakonom uređenim djelatnostima, u ovom slučaju profesije trgovca nekretninama, spada pod iznimku iz članka 13. stavka 1. točke (d) Direktive 95/46/EZ.“⁸⁵

83 Toč. 57. i 58. presude Suda EU-a od 17. srpnja 2014. u spojenim predmetima C-141/12 *Y. S. protiv Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* i C-372/12 *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel protiv M., S.*, ECLI:EU:C:2014:2081.

84 C-486/12, presuda od 12. prosinca 2013., ECLI:EU:C:2013:836.

85 Presuda Suda (treće vijeće) od 7. studenog 2013. (zahtjev za prethodnu odluku Cour constitutionnelle - Belgija) – Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) protiv Geoffroya Engleberta, Immo 9 SPRL, Grégory Francotte (Predmet C-473/12).

U presudi Općeg suda (šesto vijeće) od 3. prosinca 2015. povodom odštetnog zahtjeva radi ishođenja naknade štete koju je tužitelj navodno pretrpio zbog prenošenja određenih uz njega vezanih osobnih (zdravstvenih) podataka na internetskoj stranici Parlamenta se navodi da iz sudske prakse proizlazi da izrazu „podaci koji se tiču zdravlja“ treba dati široko tumačenje tako da obuhvaća podatke o svim kako fizičkim tako i duševnim aspektima zdravlja određene osobe. Međutim, kako ističe Sud taj se pojam ne smije proširivati do te mjere da uključuje izraze koji ne dovode do otkrivanja bilo kakvog podatka o zdravlju ili zdravstvenom stanju osobe.^{86,87}

86 Predmet T-343/13 (*CN protiv Europskog parlamenta*), ECLI:EU:T:2015:926.

87 Okolnosti spora, toč. 1. – 14. presude: „1. Tužitelj, CN, do 2011. bio je dužnosnik Vijeća Europske unije. Isti je 23. rujna 2009. Europskom parlamentu, putem obrasca dostupnog na njegovoj internetskoj stranici, podnio predstavku vezano uz potporu odobrenu članovima obitelji s invaliditetom europskog dužnosnika, poteškoće s kojima se susreću europski dužnosnici koji tijekom karijere iskuse zdravstvene probleme i loše postupanje Vijeća u njegovu predmetu. 2. Vijeće se 8. siječnja 2010. konzultiralo s Europskom komisijom, sukladno članku 202. stavku 6. Poslovnika Parlamenta (SL 2011., L 116, str. 1.), koji je prema tekstu iz srpnja 2014. postao članak 216. stavak 6. Poslovnika. 3. Odbor za predstavke Parlamenta 15. siječnja 2010. obavijestio je tužitelja da je njegova predstavka proglašena dopuštenom. 4. Nakon što je primio Komisijin odgovor, Odbor za predstavke odlučio je 15. ožujka 2010. zaključiti postupak po predstavci te je 14. lipnja 2010. o tome obavijestio tužitelja. 5. Parlament je nakon odbijanja predstavke o njoj na svojoj internetskoj stranici objavio dokument naslovljen „Priopćenje zastupnicima“. U Priopćenju se sažeto prenosi sadržaj predstavke kao i Komisijin odgovor. Konkretno, navodi se tužiteljevo ime te se pojašnjava da je tužitelja pogodila teška bolest koja predstavlja opasnost za njegov život te da njegov sin ima teške duševne ili tjelesne smetnje. 6. U svibnju 2011. Vijeće je tužitelju otvorilo bolovanje zbog njegova zdravstvenog stanja. 7. U travnju 2012. tužitelj je poslao dopis Komisijinoj službi „Kontaktni centar Europe Direct“ koja ga je 10. travnja 2012. prosljedila Parlamentu. Tužitelj je u dopisu tražio da se Priopćenje povuče s internetske stranice Parlamenta. 8. Parlament je 20. travnja 2012. tužitelju odgovorio da je Priopćenje povukao s interneta. 9. Tužitelj je 31. kolovoza 2012. putem svojeg savjetnika ponovio zahtjev jer su dotični osobni podaci po njegovim navodima još uvijek bili vidljivi na internetskoj stranici Parlamenta. 10. Parlament je 24. rujna 2012. odgovorio da je objava Priopćenja bila zakonita. Dodao je da će tužiteljevi osobni podaci svejedno biti uklonjeni s interneta, bez obzira na to što za to ne postoji nikakva pravna obveza. 11. Parlament je u odgovoru na pisano pitanje Općeg suda naveo da su posljednje radnje uklanjanja glede uobičajenih pretraživača obavljene 8. listopada 2012. 12. Tužiteljev savjetnik je 4. prosinca 2012. ponovio zahtjev navodeći da su dotični osobni podaci i dalje vidljivi na internetu. 13. Parlament je tužiteljevom savjetniku 10. siječnja 2013. odgovorio kako smatra da je njegovo postupanje zakonito. Dodao je da su bez obzira na to svi dokumenti dostupni na njegovoj internetskoj stranici obrađeni ili se obrađuju u cilju uklanjanja tužiteljevih osobnih podataka. 14. Tužitelj tvrdi da su dotični osobni podaci na internetu bili dostupni barem do tog posljednjeg navedenog datuma.“

3. REFORMA U ZAŠTITI OSOBNIH PODATAKA U EUROPSKOJ UNIJI

Reforma okvira za zaštitu podataka osobito je osjetljiva. U srpnju 2015. Europski nadzornik za zaštitu podataka dao je Preporuke o mogućnostima EU-a u pogledu reforme zaštite podataka.⁸⁸ Kako se navodi u jednom godišnjem izvješću Europskog nadzornika „reformiranje okvira za zaštitu podataka predstavlja jedan od najvećih i najsloženijih izazova za zakonodavce u EU-u posljednjih godina.“⁸⁹ Ona bi trebala odgovoriti brojnim izazovima suvremenog digitalnog doba.⁹⁰

Veliku (povijesnu) reformu zaštite podataka (s ciljem ojačanja prava pojedinaca na zaštitu podataka te poboljšanja poslovnih mogućnosti olakšanjem slobodnog protoka osobnih podataka na jedinstvenom digitalnom tržištu) Komisija je predložila početkom 2012. godine (Opća uredba o zaštiti podataka).^{91,92} Do današnjeg dana tekst Uredbe koji je predložila Komisija doživio je određene, u nekim dijelovima bitne, izmjene.⁹³

Ako bude usvojena, Opća uredba o zaštiti podataka će utjecati na sve pojedince (dakle i pacijente) u EU-u, na sve organizacije u EU-u koje obrađuju osobne podatke te organizacije izvan EU-a koje obrađuju osobne podatke o pojedincima

88 Preporuke Europskog nadzornika za zaštitu podataka o mogućnostima EU-a u pogledu reforme zaštite podataka, Službeni list EU C 301, 12. 09. 2015. (dalje u tekstu: preporuke Europskog nadzornika za zaštitu podataka 2015.).

89 Europski nadzornik za zaštitu podataka, Godišnje izvješće za 2014., Luxembourg: Ured za publikacije Europske unije, 2015., str. 5.

90 „Među izazovima s kojima se suvremeno društvo suočava su i potrebe za zaštitom privatnosti na internetu, jamčenjem pristupa internetu te sprečavanjem zlouporabe videonadzora, oznaka za radiofrekvencijsku identifikaciju (pametnih čipova), bihevioralnog oglašavanja, internetskih pretraživača i društvenih mreža.“ http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU_5.12.8.pdf (10.2.2016.).

91 COM(2012)00 11 završna verzija: Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka (Opća uredba o zaštiti podataka).

92 Iste godine Komisija je predložila i Direktivu Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca pri obradi osobnih podataka od strane nadležnih tijela u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenopravnih sankcija te slobodnom kretanju takvih podataka. Europski parlament donio je svoje izvješće o prijedlogu ove Direktive 12. ožujka 2014. Europski nadzornik za zaštitu podataka dao je 8. ožujka 2012. mišljenje o prijedlogu Komisije. Vidi: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12555-2015-INIT/hr/pdf> (17.1.2016.).

93 Oko 4.000 izmjena i dopuna tijekom prvog čitanja u Europskom parlamentu. Nakon prvog čitanja Europski parlament donio je zakonodavnu rezoluciju od 12. ožujka 2014. o prijedlogu Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca pri obradi osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka (Opća uredba o zaštiti podataka) (COM(2012) 0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) (Redovni zakonodavni postupak: prvo čitanje)., Navedeno prema: Izvršni sažetak mišljenja Europskog nadzornika za zaštitu podataka o budućem razvoju područja slobode, sigurnosti i pravde, Službeni list EU C 224, 15. 07. 2014., str. 28.

u EU-u.⁹⁴ U pravnoj literaturi postoji sumnja da će novi pravni okvir za zaštitu podataka donijeti nešto novo i bolje od postojeće regulacije, te uspjeti zadovoljiti stvarne potrebe zdravstvenog sektora i moći unaprijediti sigurnost pacijenata.⁹⁵ Tako i Europski nadzornik ističe da će donošenje EU-ovog paketa reformi u području zaštite podataka koji je usmjeren na budućnost biti impresivno, ali unatoč tome nepotpuno postignuće.⁹⁶

Predloženom Općom uredbom, što se tiče materijalnog područja primjene (čl. 2. st. 1.), Uredba se primjenjuje na obradu osobnih podataka koji se u cijelosti ili djelomično obrađuju automatiziranim putem, bez obzira na metodu obrade, te na obradu osobnih podataka koji čine dio sustava podataka ili će činiti dio sustava podataka obradom koja nije automatizirana. Vezano uz teritorijalno područje primjene (čl. 3), pojašnjava da će poduzeća koja nemaju poslovni nastan u Uniji morati primjenjivati pravo EU-a u vezi sa zaštitom podataka kada nude robu i usluge europskim potrošačima ili prate njihovo ponašanje, odnosno temeljno pravo na zaštitu podataka poštovat će se neovisno o geografskoj lokaciji poduzeća ili njegova pogona za obradu.⁹⁷

Sukladno članku 9. stavak 1. prijedloga Uredbe podatci u vezi sa zdravljem ulaze u posebnu kategoriju podataka čija je obrada zabranjena. Međutim, predviđeno je (čl. 9. st. 2(h)) da se navedeni stavak ne primjenjuje u određenim slučajevima, kao što je npr. slučaj kada je obrada podataka o zdravstvenom stanju nužna u zdravstvene svrhe i podliježe uvjetima i mjerama zaštite utvrđenima člankom 81. Uredbe koji određuje sljedeće: „... obrada osobnih podataka o zdravstvenom stanju mora se provoditi na temelju zakonodavstva Unije ili zakonodavstva države članice kojim se osiguravaju prikladne, dosljedne i posebne mjere za očuvanje interesa i temeljnih prava osobe čiji se podaci obrađuju, u mjeri u kojoj su potrebne i razmjerne i na način ...“.

U 42. uvodnoj izjavi Uredbe stoji da bi se odstupanja od zabrane obrade osjetljivih kategorija podataka također trebala dopustiti kad za to postoji zakonska osnova i pod uvjetom da postoje odgovarajuće mjere za zaštitu osobnih podataka i drugih temeljnih prava kad je to opravdano zbog javnog interesa, te posebno u zdravstvene svrhe, na područjima kao što je javno zdravlje i socijalna zaštita, upravljanje zdravstvenim službama, posebno kako bi se osigurala kvaliteta i isplativost postupaka koji se koriste za rješavanje zahtjeva za ostvarenje pogodnosti i usluga iz sustava zdravstvenog osiguranja ili u svrhe povijesnog, statističkog i

94 Preporuke Europskog nadzornika za zaštitu podataka, str. 2.

95 Tako: HERVEG, Jean, *Data Protection and the Patient's Right to Safety*, *European Journal of Health Law*, vol. 21., 2014., str. 269.; Vidi: MOEREL, Lokke, *Big Data Protection, How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*, Tilburg University, 2014., str. 51. – 54. http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20-%20PUBLICATIONS/Moerel_oratie.pdf (17.2.2016.).

96 Preporuke Europskog nadzornika za zaštitu podataka, str. 5.

97 Komunikacije Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: Ponovna uspostava povjerenja u protoku podataka između EU-a i SAD-a, COM(2013)846 final, Bruxelles, 27. 11. 2013.

znanstvenog istraživanja⁹⁸ ili za usluge arhiviranja.⁹⁹

Uzimajući u obzir navedeni prijedlog Komisije upućen Europskom parlamentu i Vijeću u brojnim (posebice „glavnim“) institucijama EU-a neprestano se vode žustre rasprave o brojnim osjetljivim prijedlozima (pitanjima i problemima) vezanim uz problematiku upotrebe i zaštite (osobnih) podataka, uključujući i osobne podatke u vezi sa zdravljem (pacijenata). Europski parlament, Vijeće i Europska komisija započele su 24. lipnja 2015. pregovore u vezi sa suodlučivanjem o predloženoj Općoj uredbi o zaštiti podataka (neformalni „trijalog“) čiju osnovu čine navedeni prijedlog Komisije iz siječnja 2012., zakonodavna rezolucija Parlamenta od 12. ožujka 2014. o prijedlogu Opće uredbe o zaštiti podataka¹⁰⁰ i opći pristup Vijeća usvojen 15. lipnja 2015. godine.^{101,102}

4. ZAKLJUČAK

Zaštita osobnih podataka koja proizlazi iz izričite obveze predviđene u brojnim međunarodnim i nacionalnim propisima ima osobitu važnost za pravo na poštovanje privatnog života. Pravo na zaštitu osobnih podataka i pravo na poštovanje privatnog života dva su različita, ali usko povezana temeljna prava. Prema ustaljenoj praksi Sud EU-a pravo na zaštitu osobnih podataka nužno je ostvarivati u ravnoteži s drugim temeljnim pravima. To pravo ima osobitu važnost za pravo na poštovanje privatnog života. Osobni zdravstveni podatci bitan su element privatnosti. Ti su podatci posebna, vrlo osjetljiva kategorija podataka. Stoga je i obrada takvih podataka posebno osjetljiva i mora se uvijek provoditi uz očuvanje interesa,

98 „Pravila o zaštiti podataka ne smiju ometati povijesna, statistička i znanstvena istraživanja koja su zaista u javnom interesu. Oni koji su odgovorni moraju poduzeti potrebne mjere kako bi spriječili da se osobni podaci upotrebljavaju protiv interesa pojedinca, obraćajući posebnu pozornost na pravila koja uređuju osjetljive informacije u vezi s, primjerice, zdravljem.“ Preporuka nadzornika

99 Prema prvotnom prijedlogu Komisije ova uvodna izjava je glasila: „Odstupanja od zabrane obrade osjetljivih kategorija podataka također bi se trebala dopustiti kad za to postoji zakonska osnova i – pod uvjetom da postoje odgovarajuće mjere za zaštitu osobnih podataka i drugih temeljnih prava – kad je to opravdano zbog javnog interesa, te posebno u zdravstvene svrhe, na područjima kao što je javno zdravlje i socijalna zaštita, upravljanje zdravstvenim službama, posebno kako bi se osigurala kvaliteta i isplativost postupaka koji se koriste za rješavanje zahtjeva za ostvarenje pogodnosti i usluga iz sustava zdravstvenog osiguranja ili u svrhe povijesnog, statističkog i znanstvenog istraživanja.“

100 Zakonodavna rezolucija Europskog parlamenta od 12. ožujka 2014. o prijedlogu Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca pri obradi osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka (Opća uredba o zaštiti podataka) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

101 Vijeće Europske unije, Prijedlog uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka (Opća uredba o zaštiti podataka) – priprema općeg pristupa, Međuinstitucijski predmet: 2012/0011 (COD), Dokument br. 9565/15, Bruxelles, 11. lipanj 2015., <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/hr/pdf> (14.2.2016.).

102 Preporuke Europskog nadzornika za zaštitu podataka 2015., str. 1.

temeljnih prava i dostojanstva osobe čiji se podatci obrađuju. Pravo na zaštitu osobnih podataka u vezi sa zdravljem je pravo zaštite (legitimnih, moralnih i ekonomskih) interesa pojedinca koje se odnosi na učinkovitu zaštitu njegovih osobnih podataka u vezi sa zdravljem od rizika zlouporabe kao i od svih neustavnih, nezakonitih, neopravdanih pristupa i korištenja, te na sankcioniranje protupravnog korištenja i zlouporabe.¹⁰³

S obzirom na narušenost povjerenja europskih građana u povjerljivost osobnih podataka, posljednjih je godina zabrinutost oko privatnosti i jamstva temeljnog prava na zaštitu osobnih podataka zasigurno s razlogom postala naglašenija nego ikada.¹⁰⁴ Opravdano se postavlja pitanje postoji li u sadašnjem trenutku odgovarajuća (učinkovita) zaštita osobnih podataka građana EU-a, uključujući osobne zdravstvene podatke. Možda je preteška konstatacija, ali ne i daleko od istine, da su u današnje digitalno doba temeljna prava pojedinca na privatnost i zaštitu osobnih podataka (vezanih uz zdravstveno stanje) irealna i da je njihova nemoć očevidna.¹⁰⁵ Pojedinici (pacijenti) imaju sve manji nadzor nad osobnim podacima vezanim uz zdravstveno stanje.

Brojni propisi EU-a sadrže odredbe o zaštiti podataka pojedinca koji se odnose na stanje njegova zdravlja. Međutim, u sadašnjem trenutku ne postoji regulativa koja se specifično bavi problemima zaštite osobnih podataka u vezi sa zdravljem na europskoj razini.

Donošenje jakog, jasnog i suvremenog okvira za zaštitu podataka u EU-u koji će se moći nositi s brojnim izazovima suvremenog digitalnog doba i globalnog digitalnog tržišta, te podizanje kulture privatnosti i zaštite osobnih podataka na višu razinu, nema alternative. Kako to ističe Europski nadzornik za zaštitu podataka: „U današnjem digitalnom okruženju poštovanje zakona nije dovoljno; moramo uzeti u obzir etičku dimenziju obrade podataka. Temeljna prava na privatnost i zaštitu osobnih podataka postala su važnija za zaštitu ljudskog dostojanstva nego ikada prije.“¹⁰⁶

Skori odgovor institucija EU-a na brojne i osjetljive izazove suvremenog (digitalnog) doba u području zaštite privatnosti i osobnih podataka (Opća uredba o zaštiti podataka) sigurno će utjecati i na pitanje zaštite osobnih podataka u vezi sa zdravljem kao posebne kategorije podataka. Novi pravni okvir za zaštitu podataka treba olakšati protok zdravstvenih podataka, ali istodobno mora omogućiti učinkovitu zaštitu osobnih (zdravstvenih) podataka od rizika zlouporabe kao i od svih nezakonitih, neželjenih, nepotrebnih pristupa i korištenja tih podataka. Drugim riječima, mora se osigurati visoka razina zaštite osobnih podataka u vezi

103 Vidi: <http://azop.hr/prava-ispitanika/detaljnije/prava-ispitanika> (22.1.2016.).

104 Vidi: Izvršni sažetak mišljenja Europskog nadzornika za zaštitu podataka o budućem razvoju područja slobode, sigurnosti i pravde, Službeni list C 224, 15. 7. 2014., str. 27.

105 Vidi: VILLEY, Michel, Pravo i prava čovjeka, Disput, Zagreb, 2002., str. 10.

106 Izvršni sažetak Mišljenja br. 4/2015 Europskog nadzornika za zaštitu podataka o mobilnom zdravlju, „Prema novoj digitalnoj etici: Podatci, dostojanstvo i tehnologija” Službeni list EU C 392., 25. 11. 2015., str. 9.

sa zdravljem. Također, potrebno je neprestano jačati i razvijati nove tehnologije i mehanizme otkrivanja i nadzora kojima se u praksi omogućuju prepoznavanje i sankcioniranje mogućih povreda temeljnog prava na zaštitu osobnih podataka u vezi sa zdravljem.¹⁰⁷

Sustav pravne zaštite osobnih podataka u vezi sa zdravljem mora učinkovito balansirati prava pojedinca i opće društvene interese. Pravila o zaštiti osobnih podataka ne smiju ometati istraživanja, razvoj i inovacije koje su zaista u javnom interesu, ali pri tom je nužno poduzeti potrebne mjere kako bi se spriječilo da se osobni podatci upotrebljavaju protiv interesa (dobrobiti) pojedinca, obraćajući posebnu pozornost na zaštitu osobnih podataka u vezi sa zdravljem.¹⁰⁸

107 Vidi: toč. 81. presude Suda EU-a od 6. listopada 2015. u predmetu C-362/14 (*Schrems*).

108 Vidi: Preporuke Europskog nadzornika za zaštitu podataka 2015., str. 4.

Summary

LEGAL FRAMEWORK FOR THE PROTECTION OF PERSONAL DATA (HEALTH-RELATED) IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

The right to the protection of personal data is a fundamental right enshrined in numerous international and national legal documents. Personal data related to health status enjoy special protection. The importance of the right to the protection of personal data (health-related) has been highlighted in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of the European Union. This paper provides an overview of the most important legal sources in the protection of the personal (health) data in the European Union and relevant case law of the European Court of Human Rights and the Court of the European Union. At the same time the authors give attention to the current extremely complex reform of the legal framework for the protection of (personal) data in the European Union.

Key words: *privacy, personal data, Directive 95/46 EC, protection of the personal health data.*

Zusammenfassung

DER RECHTLICHE RAHMEN FÜR DEN (GESUNDHEITS) DATENSCHUTZ IM EU-RECHT

Das Recht auf Schutz von persönlichen Daten ist in mehreren internationalen Abkommen und nationalen Regelungen festgeschriebenes Grundrecht. Personenbezogene Daten im Rahmen der Gesundheit genießen ein besonders hohes Schutzniveau. Letzteres ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, wie auch des Gerichtshofs der Europäischen Union. Die Autoren betrachten die wichtigsten Rechtsquellen im Hinblick auf den Schutz von Personenbezogenen (Gesundheits)Daten im EU-Recht und Rechtsprechung der oben genannten Gerichtshöfe. Außerdem überlegen sie die zu ausführlich gestaltete Reform des Rahmens für den Schutz von personenbezogenen (Gesundheits)Daten in der EU.

Schlüsselwörter: *Datenschutz, personenbezogene Daten, Richtlinie 95/46/EG, Gesundheitsdatenschutz.*

Riassunto

IL QUADRO NORMATIVO DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (SULLA SALUTE) NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Il diritto alla protezione dei dati personali è un diritto fondamentale che trova conferma in numerosi documenti internazionali e nazionali. Godono di particolare protezione i dati personali relativi allo stato di salute. L'importanza del diritto alla protezione dei dati personali (sulla salute) viene evidenziata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Gli autori in questo contributo passano in rassegna le fonti giuridiche più significative in materia di protezione dei dati personali (sulla salute) nel diritto dell'Unione europea, come pure nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, concentrandosi sull'attuale complessa riforma del quadro normativo per la protezione dei dati (personali) nell'Unione europea.

***Parole chiave:** riservatezza, dati personali, Direttiva 95/46/CE, protezione dei dati personali sulla salute.*

FUNKCIJE PRAVIČNE NOVČANE NAKNADE U HRVATSKOM ODŠTETNOM PRAVU

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača,
izvaredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.426.6(497.5)
Pr.: 29. veljače 2016.
Ur.: 8. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U hrvatskom je pravnom sustavu kao primarna i isključiva funkcija odgovornosti za štetu priznata funkcija popravljanja štete. Stoga se na normativnoj i teorijskoj razini kao jedina funkcija pravične novčane naknade razmatra materijalno zadovoljenje kao oblik popravljanja neimovinske štete. Takav pristup, međutim, ne odgovara na pitanje koju funkciju ima ta naknada u slučaju da oštećenik ne može doživjeti zadovoljenje. U radu se naglašava da u poredbenom pravu postoje i druge priznate funkcije pravila o odgovornosti, a sudska praksa pravičnu novčanu naknadu vidi kao oblik priznavanja prava oštećenika. Autor smatra da nema razloga da tako ne bude i u hrvatskom pravu, posebno nakon usvajanja objektivne koncepcije neimovinske štete kojom je pravo na pravičnu novčanu naknadu priznato i pravnim osobama.

Ključne riječi: *funkcije odštetnog prava, neimovinska šteta, pravična novčana naknada, satisfakcija, popravlanje štete.*

UVOD

Zbog svoje posebne prirode, odnosno činjenice da predstavlja povredu neimovinskih prava i interesa oštećenika koji nemaju svoju objektivno mjerljivu i u novcu izrazivu vrijednost (cijenu), neimovinska šteta ne može biti otklonjena tj. popravljena naknadom u novcu. Usprkos tome, u većini pravnih poredaka kao oblik njena popravljanja priznata je i naknada određenog novčanog iznosa. Pristupi zakonodavaca, sudske prakse i pravne teorije pojedinih država, razvijali su se, vrlo načelno govoreći, različitim tempom, ali u istom smjeru, od potpune neprihvatljivosti novčane naknade kao oblika popravljanja neimovinske štete, k njenom priznavanju.¹ Istovremeno se iskristaliziralo niz spornih pitanja kojima je

¹ Ovaj su razvoj, općenito govoreći, omogućile sudska praksa i pravna teorija, jer su zakonodavci bili u priznavanju novčane naknade za neimovinske štete, vrlo restriktivni.

zajednički izvor sama priroda neimovinske štete zbog koje novčana naknada nije i ne može biti naknada u pravom smislu te riječi jer ne predstavlja ekvivalent povrijeđenom dobru oštećenika. Polazna su pitanja koja je priroda novčane naknade za neimovinsku štetu, te s kojim se ciljem i svrhom ona dosuđuje oštećeniku? Odgovori na ova pitanja posredno odgovaraju i na pitanje koje su sve funkcije odgovornosti za štetu priznate u pojedinom pravnom sustavu.

Kada se razmatra odgovornost za imovinsku štetu, odnosno funkcija te odgovornosti, nesporno je da je to popravljavanje štete, odnosno uspostava imovinskog stanja oštećenika kakvo je bilo prije izvršene povrede ili bi bilo da do same povrede nije došlo. Suprotno tome, određivanje funkcije odgovornosti za neimovinsku štetu, zbog same je njene prirode vrlo složeno. To dodatno naglašava činjenica da se neimovinska šteta javlja u vrlo različitim pojavnim oblicima, za koje pojedini zakonodavci i sudska praksa izražavaju različit stupanj priznavanja i pristup njihovu popravljaju, iza čega se zapravo krije različito poimanje funkcije odgovornosti za tu vrstu štete.

Općeprihvaćeno je mišljenje naše teorije da je primarni cilj popravljavanja neimovinskih šteta pružanje zadovoljenja oštećeniku. Ono se ne temelji na subjektivnim očekivanjima samog oštećenog, već na pravnim standardima propisanim zakonom i razvijanim u sudskoj praksi. Stoga oštećenik ima na raspolaganju one oblike popravljavanja neimovinske štete koje je kao takve prepoznao i priznao pravni poredak, a ne one koje bi on sam doživio kao satisfakciju. Budući da su se pojedini poredbenopravni sustavi jasno opredijelili za priznavanje prava na neke oblike popravljavanja neimovinske štete i oštećenicima koji ne mogu doživjeti satisfakciju, moguće je zaključiti da popravljavanje neimovinskih šteta ima i neke druge ciljeve, a odgovornost za tu štetu i neke druge funkcije osim samog zadovoljenja (satisfakcije) oštećenika. Je li to i u kojoj mjeri tako i u našem odštetnom pravu, pitanja su na koja ćemo u ovom radu nastojati ponuditi neke od mogućih odgovora.

1. Općenito o funkciji novčane naknade za neimovinsku štetu u odnosu na popravljavanje štete kao opće priznatu funkciju odgovornosti za štetu

1.1. Poredbeno pravo

Kao funkciju odgovornosti za štetu u pojedinom pravnom poretku moguće je priznati samo popravljavanje štete i isključiti sve druge funkcije. Popravljavanje štete u nekim se pravnim sustavima, dakle, smatra ne samo primarnom, već i jedinom

Komparativni prikaz razvoja pojma neimovinske štete i pregled teorija o naknadi iste vidi kod: KALOĐERA, M., Naknada neimovinske štete, Rasprava iz komparativnog prava, Zagreb, 1941. i STANKOVIĆ, O., Naknada štete, Nomos, 1998., Beograd. Zanimljivo je kako su, bez obzira na veliki vremenski odmak, argumenti koji se ističu za i protiv novčane naknade neimovinske štete zapravo i dalje aktualni. O istim pitanjima u suvremenom poredbenom odštetnom pravu vidi: MAGNUS, U. (ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001.

i isključivom funkcijom odgovornosti za štetu, odnosno odštetnog prava (uz naše ovdje spada, npr. i talijansko pravo²). Takav je pristup teorijski lako prihvatljiv, budući da se temelji na strogom odvajanju odštetnog od kaznenog prava, za što u povijesnom razvoju³ svakako ima opravdanja, ali suvremeni razvoj odštetnog prava ipak ukazuje da se i neke druge funkcije ne mogu (niti trebaju) potpuno isključiti.

Većina suvremenih poredbenih pravnih sustava, u većoj ili manjoj mjeri, bilo izričito ili posredno, uz popravljavanje štete priznaje i neke druge funkcije odgovornosti za štetu: priznavanje prava oštećenika, zaštitu pravnog sustava, edukaciju i odvracanje štetnika od štetnih ponašanja, kažnjavanje štetnika, sprječavanje njegova obogaćenja i sl. Ove se navedene različite funkcije odgovornosti za štetu vrlo često preklapaju i nisu strogo odvojene. Zapravo, za većinu se navedenih funkcija može reći da im je zajednički cilj sprječavanje štetnih radnji, odnosno da predstavljaju različite smjerove preventivnog djelovanja pravila o odgovornosti za štetu. Uz popravljavanje štete, brojne dodatne funkcije odgovornosti za štetu priznaje, npr. englesko pravo.⁴ Prevencija kao samostalna funkcija odštetnog prava priznata je u engleskom common lawu,⁵ Austriji⁶ i Francuskoj,⁷ smatra se “željenim efektom” u Njemačkoj,⁸ a u SAD-u su je djelomično priznali sudovi.⁹ Bitna posljedica priznanja preventivne funkcije odštetnog prava mogućnost je priznavanja viših iznosa naknada no što su one koje proizlaze samo iz funkcije popravljavanja štete.¹⁰ Priznavanje preventivne funkcije odštetnog prava usko je povezano s idejom da naknada štete, iako primarno predstavlja oblik popravljavanja

2 Vidi: BUSNELLI, F. D., COMANDÉ, G., *Damages under Italian Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 118.

3 Povijesno se građanskopravna odgovornost za štetu i kaznena odgovornost prvo javljaju u obliku jedinstvenog odgovora primitivnih zajednica na nedopušteno ponašanje pojedinca i ne pravi se razlika između radnji usmjerenih na kažnjavanje i onih usmjerenih na popravljavanje štete oštećenog. Stoljećima je trajalo njihovo razdvajanje, a dugo vremena je čak i nakon priznanja razlika između funkcije popravljavanja štete i funkcije kažnjavanja, isti sud u istom postupku odlučivao o obje. Danas se o kažnjavanju štetnika kao funkciji odštetnog prava govori kao o dodatnoj (uz temeljnu funkciju popravljavanja štete) i nevezanoj na funkciju kažnjavanja u kaznenom pravu. O razvoju i odvajanju tih funkcija vidi opširnije: *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI, Torts*, (ed. André Tunc), Part I, Ch. I., *An Historical and Geographical Survey of the Law of Tort*, str. 33-62.; IV. *The Functions of The Law of Tort*, str. 87.-104.

4 Vidi: ROGERS HORTON, W. V., *Damages under English Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 53.-54.

5 Loc. cit.

6 KOZIOL, H., *Damages under Austrian Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 7.

7 GALAND-CARVAL, S., *Damages under French Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 77.

8 MAGNUS, U., *Damages under German Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 90.

9 SCHWARTZ, G., *Damages under US Law*, *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 175.

10 MAGNUS, U., *Comparative Report on the Law of Damages*, *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 186.

štete, može biti inspirirana i idejom kažnjavanja štetnika. Pritom se, naravno, o naknadi štete govori kao o obliku privatnopravne kazne, neovisne o kažnjavanju kao javnopravnoj funkciji. Kažnjavanje štetnika se kao funkcija odštetnog prava priznaje, npr. u Engleskoj, Francuskoj, Austriji, a posebno je izražena u SAD-u. Funkcija kažnjavanja ostvaruje se uzimanjem u obzir krivnje i stupnja krivnje štetnika pri određivanju iznosa naknade štete (za neke vrste šteta odgovara se samo ako su počinjene namjerno ili grubom nepažnjom), te propisivanju posebnih vrsta naknade u određenim slučajevima namjernog prouzročenja štete (tzv. punitive damages).¹¹

Utvrđivanje postojanja oštećenikovih prava prethodi svakoj pojedinačnoj odluci o odgovornosti (odluci o tome je li došlo do povrede i kojih oštećenikovih subjektivnih prava i interesa, te hoće li se i na koji način odgovorna osoba obvezati na popravlanje prouzročene štete). Pitanje je može li priznavanje postojanja oštećenikovih prava biti i samostalna funkcija pravila o odgovornosti za štetu, odnosno mogu li ta pravila sama po sebi služiti kao zaštita oštećenikova interesa. U tom se kontekstu u obzir moraju uzeti, odnosno razmatrati tzv. „nominalne odštete“ i tužbe na utvrđenje, kod kojih oštećenik ne traži naknadu kojom bi popravio štetu (jer je ona ili samo simboličnog iznosa ili je uopće ne traži), već od pravnog poretka traži priznanje postojanja svoga prava i utvrđenje da je isto povrijeđeno. U tim slučajevima najčešće je popravlanje same štete sporedna, a priznavanje prava ili samostalna ili samo jedan smjer djelovanja preventivne funkcije pravila o odgovornosti.

1.2. Hrvatsko pravo

1.2.1. Pravična novčana naknada kao materijalno zadovoljenje oštećenika

Naš pravni poredak formalno spada u one koji popravlanje štete smatraju ne samo primarnom, već i jedinom funkcijom odgovornosti za štetu. Zakon o obveznim odnosima,¹² spominje samo tu funkciju, odnosno govori isključivo o popravljanju štete, kako glasi i sam naziv Odsjeka 7. (Popravlanje štete) u Odjeljku 1. (Prouzročenje štete), glave IX. ZOO-a (Izvanugovorni obvezni odnosi). U tom se odsjeku prvo nalaze pravila o popravljanju imovinske štete (čl. 1085.-1098. ZOO), a na popravlanje neimovinske štete odnose se čl. 1099.-1106. ZOO-a (5. Popravlanje neimovinske štete). Slijedeći navedenu sistematiku ZOO-a naši autori o pravičnoj novčanoj naknadi, objavi presude ili ispravka, povlačenju izjave ili drugim oblicima djelovanja na koja sud može obvezati osobu odgovornu za prouzročenje neimovinske štete, pišu isključivo kao o oblicima popravlanja štete.

Popravlanje štete u našem pravu, kada je to moguće, ostvaruje se uspostavom prijašnjeg stanja ili naknadom u novcu (što je redovno ostvarivo kod imovinskih

¹¹ Vidi *infra*, 4.1.

¹² NN 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15. (dalje u tekstu: ZOO).

šteta), a kada to nije moguće (kod neimovinske štete), pružanjem zadovoljenja oštećeniku, bilo moralnog bilo materijalnog. Iz ovakvog načelnog pristupa funkciji odgovornosti za štetu, novčana naknada koja se dosuđuje za neimovinsku štetu definira se u pravilu kao materijalno zadovoljenje (satisfakcija) oštećenika s funkcijom popravljivanja te vrste štete. Domaća pravna teorija podupire stav da se oštećeniku, čija se šteta ne može popraviti povratom u prijašnje stanje, odnosno isplatom novčanog ekvivalenta povrijeđenom mu ili uništenom neimovinskom dobru, kroz materijalno zadovoljenje (pravičnom novčanom naknadom) omogućuje da si pribavi neka dobra kojima će lakše prihvatiti i/ili prebroditi stanje u koje je doveden štetnom radnjom (poremećaj dotadašnjeg duševnog mira ili zadovoljstva). Sudska se praksa nije izričito, a posebno ne detaljno izjašnjavala o tome što je zapravo funkcija odgovornosti za neimovinsku štetu i s kojim se ciljem dosuđuje novčana naknada u pojedinim takvim slučajevima, ali smatramo da je i ona uglavnom suglasna s navedenim shvaćanjem pravične novčane naknade kao materijalnog zadovoljenja u funkciji popravljivanja štete.

Dakle, za potrebe održanja načelnog stava da je isključiva funkcija odgovornosti za štetu njeno popravljivanje, za po prirodi „nepopravljive“ štete (neimovinske štete, tj. povrede prava osobnosti) kaže se da se popravljaju kroz dva osnovna oblika zadovoljenja (satisfakcije) oštećenika, moralnog ili materijalnog. Je li materijalno zadovoljenje kroz pravičnu novčanu naknadu samo jedan od oblika popravljivanja štete ili se njime ostvaruje (i) neka druga funkcija odgovornosti za štetu u našem pravu? Odgovor na ovo pitanje ne smatramo samo zanimljivom temom za teorijske rasprave, već vrlo bitnim za formiranje stavova sudske prakse pri utvrđivanju prava na isplatu pravične novčane naknade i određivanju njezine visine. Ne sporimo da se isplata određenog novčanog iznosa zbog pretrpljene neimovinske štete može smatrati materijalnim zadovoljenjem (satisfakcijom) oštećenika, ali nismo sigurni treba li ju gledati isključivo kao oblik popravljivanja štete. Smatramo, naime, da se kroz satisfakciju oštećenika, bilo moralnu, bilo materijalnu, u većoj mjeri ostvaruju funkcija samog priznavanja prava oštećenika i preventivna funkcija nego funkcija popravljivanja štete.

U poredbenom se pravu raspravlja i o pitanju funkcije, tzv. nominalnih (simboličnih) naknada, kada oštećenici utužuju naknade vrlo niskih iznosa. U našoj su praksi takvi slučajevi rijetki. Nešto se češće javljaju tužbeni zahtjevi usmjereni na to da se pravična novčana naknada ne isplati neposredno oštećeniku već nekom trećem, najčešće u dobrotvorne svrhe. Takvim se zahtjevima koriste oštećenici javno poznate osobe svjesne da će njihov spor biti medijski popraćen, s jasnom porukom da im materijalno zadovoljenje ne treba, već ono moralno. U oba slučaja utužene naknade (simbolične i „preusmjerene“), odlukom samog oštećenika nisu usmjerene na njihovo materijalno zadovoljenje, već na samo priznanje prava oštećenika.

1.2.2. *Veza između koncepcije neimovinske štete i funkcije pravične novčane naknade za istu*

U ranije prihvaćenoj, subjektivnoj koncepciji neimovinske štete, prema kojoj je neimovinska šteta bila nanošenje fizičkog ili psihičkog bola i straha,¹³ čemu je pravna teorija, sasvim opravdano, upućivala brojne kritike,¹⁴ pitanje funkcije pravične novčane naknade nije toliko dolazilo do izražaja. Od kada je pojmom neimovinske štete obuhvaćena svaka povreda prava osobnosti,¹⁵ te su kao takve priznate i one povrede koje nisu prouzročile boli i strah i omogućeno je dosuđivanje pravične novčane naknade i pravnim osobama, jasno je da se funkcijom te naknade ne može više smatrati isključivo zadovoljenje oštećenika.¹⁶

Objektivna koncepcija neimovinske štete¹⁷ omogućava širenje funkcija pravične novčane naknade iz uskog okvira samog popravljanja te štete. Posebno je naglašena funkcija priznavanja prava oštećenika u slučajevima lakših povreda prava osobnosti kod kojih iako je došlo do povrede prava osobnosti, oštećeniku ne pripada pravo na pravičnu novčanu naknadu. Ovdje se priznavanje prava oštećenika javlja kao samostalna funkcija pravila o odgovornosti za štetu (neovisna o pravu na naknadu kao obliku popravljanja štete). Pravo oštećenika da traži zaštitu svog prava osobnosti putem utvrđenja povrede, bez traženja pravične novčane naknade, nije sporno. Međutim, u postupcima u kojima je tužbeni zahtjev osim na utvrđenje povrede bio usmjeren i na isplatu pravične novčane naknade zbog iste, a u tom je dijelu tužitelj odbijen, otvara se pitanje procjene uspjeha u sporu takvog tužitelja.¹⁸

- 13 Čl. 155. Zakona o obveznim odnosima NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99. (dalje u tekstu: stari ZOO): Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola i straha (nematerijalna šteta).
- 14 KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 589., GORENC, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRiF plus*, Zagreb, 1998., str. 207.-208., RADOLOVIĆ, A., *Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21., br. 1., 2000., str. 219.–243. Isti: *Neimovinska (nematerijalna) šteta po ZOO-u*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 2., 1981., str. 143.–160., *Moguće (i pravno poželjne) promjene koncepta neimovinske štete u novom pravnom sustavu Hrvatske*, *Pravo u gospodarstvu*, 33., br. 11.–12., 1994., str. 1083.–1088., *Pravo ličnosti u građanskom pravu Republike Hrvatske*, *Vladavina prava*, 2/98, str. 73.–93.
- 15 Za povezivanje pojmova neimovinske štete i prava osobnosti u svojim se radovima dugo zalagao prof. Radolović, koji je ovu izmjenu koncepcije neimovinske štete ocijenio povijesnom. Vidi: RADOLOVIĆ, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., br. 1., 2006., str. 129.-170., str. 158.
- 16 Da bi ustrajanje na stajalištu da pravična novčana naknada služi isključivo satisfakcijskoj funkciji izazvalo nekonzistentnosti i deformacije u primjeni instituta neimovinske štete upozorava Baretić u: BARETIĆ, M., *Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, posebni broj, str. 461.-500., str. 500.
- 17 O tome koliko je u praksi zaista i došlo do promjena zbog promjene koncepcije neimovinske štete vidi: BUKOVAC PUVAČA, M., *Deset godina nove koncepcije neimovinske štete*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, br. 1, str. 157-180.
- 18 O postupovnim pitanjima zaštite prava osobnosti vidi: DIKA, M., *Zaštita prava osobnosti u parničnom i ovršnom postupku*, u: ALABURIĆ, V. et al., *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006.

2. Funkcija priznavanja prava oštećenika kao funkcija pravične novčane naknade

Primarna funkcija pravične novčane naknade, popravlanje štete oštećeniku kroz njegovo materijalno ili moralno zadovoljenje, ne može se ostvariti bez prethodnog priznavanja prava oštećenika. Zato svaka odluka kojom je odlučeno o postojanju odgovornosti za neimovinsku štetu te oštećeniku dosuđena pravična novčana naknada, sadrži u sebi priznanje postojanja povrijeđenog prava osobnosti oštećenika. Može li funkcija priznavanja prava oštećenika biti samostalna funkcija odštetnog prava, neovisna o popravljanju štete i može li se ostvarivati pravičnom novčanom naknadom?

Razlikovanje mogućih funkcija pravila o odgovornosti općenito, a posebno pravične novčane naknade vrlo je bitno, u konkretnim slučajevima, usudujemo se reći čak i nužno. Da je tome tako dokazuje niz spornih pitanja koja su prepoznata u pravnoj teoriji i sudskoj praksi poredbenog prava, a koja je naša teorija i sudska praksa posve neopravdano gotovo zanemarila. Potreba razlikovanja različitih funkcija pravične novčane naknade posebno je naglašena u slučajevima u kojima novčana naknada ne može ostvariti funkciju popravlanja neimovinske štete jer oštećenik ne može doživjeti satisfakciju (kada je oštećenik fizička osoba u nesvjesnom stanju ili pravna osoba).

2.1. Funkcija pravične novčane naknade dosuđene oštećeniku koji ne može „doživjeti“ satisfakciju

Satisfakcija (zadovoljenje) termin je kojim se označava osnovni cilj različitih oblika popravlanja neimovinske štete. Ono što je povrat u prijašnje stanje kod imovinske štete, to je pružanje zadovoljenja oštećenoj osobi kod neimovinske. Dakle, kao primarni cilj popravlanja neimovinskih šteta ističe se pružanje oštećeniku nekog oblika satisfakcije. Još od Viznerovog izričitog određenja da je „osnovni i jedini cilj svakog popravlanja nematerijalne štete samo satisfakcija...“¹⁹ o cilju se pravične novčane naknade u našoj pravnoj teoriji nije puno sporilo.

Kako smo uvodno naveli, zadovoljenje se ne može temeljiti na subjektivnim očekivanjima samog oštećenog, već na pravnim standardima propisanim zakonom i priznatim sudskom praksom. Opća očekivanja oštećenika u određenim slučajevima, odnosno kod istih ili sličnih povreda prava osobnosti, s istim ili sličnim posljedicama, trebala bi biti utkana u standarde prema kojima će sud u svakom pojedinačnom slučaju odlučivati o visini pravične novčane naknade za neimovinsku štetu.²⁰ Budući da je cilj pružanje zadovoljštine oštećeniku, logično je da teže povrede i posljedice istih daju pravo na viši iznos naknade. Težina povrede prava

19 VIZNER, B., Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, knjiga 2., Zagreb, 1978., str. 916.-917.

20 O čemu sud treba voditi računa pri određivanju visine pravične novčane naknade u našem pravu propisuje ZOO u čl. 1100. st. 2. Vidi *infra*, 2.1.2.

osobnosti ključna je okolnost o kojoj ovisi odluka suda o tome hoće li dosuditi pravičnu novčanu naknadu oštećeniku te u kojoj visini.²¹

Međutim, nameće se pitanje što ako cilj kojem naknada služi uopće ne može biti ostvaren jer je povreda toliko teška da oštećenik ne može doživjeti satisfakciju jer je zbog povrede doveden u trajno vegetativno stanje. Budući da pravna osoba po prirodi stvari ne može „doživjeti“ satisfakciju, u pravnim sustavima koji priznaju pravo na novčanu naknadu za prouzročenu neimovinsku štetu i pravnim osobama, jasno je da ta naknada ne može imati za cilj zadovoljenje oštećenika. Mogućnost dosuđivanja novčane naknade u slučajevima kada oštećenik ne može doživjeti satisfakciju zbog svog trajnog vegetativnog stanja ili same svoje prirode, ukazuje na potrebu razmatranja koja je svrha te naknade u tim slučajevima.

2.1.1. Pravična novčana naknada dosuđena oštećeniku u nespvesnom stanju u sudskoj praksi poredbenog prava

U suvremenim je europskim pravnim sustavima prevladao stav da svjesno stanje nije pretpostavka za stjecanje prava na novčanu naknadu za neimovinsku štetu, ali je još uvijek sporno pitanje koliki iznos te naknade može odnosno treba dobiti oštećenik koji je pretrpio tjelesnu povredu koja je dovela do tog nespvesnog stanja.²²

U francuskom se odštetnom pravu novčane naknade dosuđuju za neimovinsku štetu (bol i patnja, gubitak mogućnosti) i žrtvama koje su potpuno bez svijesti i u komi. U tim se slučajevima položaj žrtve procjenjuje prema objektivnom kriteriju. Cour de cassacion je 1995. godine izričito zauzeo mišljenje da „vegetativno stanje ljudskog bića ne isključuje niti jedan naslov štete i njegov se gubitak mora popravljati u cijelosti“.²³

I njemački se BGH, nakon ranijih brojnih dvoumljenja oko ovoga pitanja 1992. godine opredijelio u korist novčane naknade za neimovinsku štetu žrtvi u nespvesnom stanju, istaknuvši da povreda osobnosti i gubitak osobnih kvaliteta kao posljedica teških povreda mozga, predstavlja sama po sebi štetu koju treba popravljati neovisno o tome osjeća li oštećenik ta oštećenja, te da naknade trebaju biti više od simboličnih, jer šteta predstavlja gubitak osobnosti i ljudskoga dostojanstva.²⁴ Za naknadu koja se dosuđuje za neimovinsku štetu oštećenika u nespvesnom stanju ističe se da ima posebno naglašenu funkciju priznavanja prava oštećenika.²⁵

21 O težini povreda prava osobnosti na zdravlje više vidi: KLARIĆ, P., *Težina povrede prava osobnosti na tjelesno i duševno zdravlje*, u: BARETIĆ, M. et al., *Naknada neimovinske štete – nove hrvatske orijentacijske medicinske tablice za procjenu oštećenja zdravlja*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010.

22 DAM, C. van, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006., str. 323.

23 Odluka citirana kod *ibid.*, str. 324., f. n. 110.

24 Ova odluka i neke kasnije odluke njemačkih sudova o ovom pitanju citirane kod *ibid.*, str. 324, f. n. 111.

25 *Ibid.*, str. 303.

U engleskom se pravu za bol i patnju (pain and suffering) i gubitak mogućnosti (loss of amenity) ne dosuđuju posebne, već jedinstvena naknada, iako se prosuđuju prema različitim kriterijima, bol i patnja subjektivnom, a gubitak mogućnosti objektivnom. Ističe se da sudovi nikada nisu jasno razgraničili bol i patnju, ali nesporno je da s tog naslova nema prava na naknadu oštećenik koji je u trajno nesvjesnom stanju i zato ne osjeća bol.²⁶ Gubitak mogućnosti je mnogo teže definirati, obuhvaća „sve što je oštećenik izgubio“ i stoga pritom treba u obzir uzeti sve osobne okolnosti. Sve do nedavno nije bilo jasno dosuđuje li se naknada s obzirom na objektivne gubitke mogućnosti ili na subjektivnu psihičku bol zbog tih gubitaka.²⁷ U slučaju *Wise v. Kaye*²⁸ tužiteljica je od samog štetnog događaja i u vrijeme odlučivanja o naknadi par godina kasnije bila u nesvjesnom stanju. Pretrpjela je gubitak gotovo svih funkcija, ali kod nje nije postojala svijest o tome. Iz tog je razloga među članovima vijeća Court of Appeal bilo mišljenja da joj treba dosuditi samo mali iznos naknade po tom naslovu štete, ali je većina bila suprotnog mišljenja. U kasnijim je odlukama potvrđen stav da nesvjesno stanje nije relevantno, jer ono ne uklanja stvarno pretrpljeni gubitak redovnog iskustva i mogućnosti života, što je gubitak sam za sebe, bez obzira je li ga oštećenik svjestan ili ne.²⁹

Iz prikazanih se iskustava poredbenog prava vidi da su najviši sudovi, bez obzira na različite tradicije i pristupe zakonodavaca neimovinskoj šteti, došli do istog zaključka, a to je da teške povrede zdravlja koje su oštećenika dovele u nesvjesno stanje predstavljaju štetu samu po sebi, za koju se novčana naknada mora dosuditi i to ne samo u simboličnom iznosu, bez obzira što oštećenik tih povreda nije svjestan. Naknada za neimovinsku štetu svoju primarnu funkciju da oštećeniku omogući pribavljanje dobara u kojima može uživati umjesto onih kojih je lišen, kod oštećenika u nesvjesnom stanju ne može ispuniti. Zbog toga se u tim slučajevima pravni sustavi okreću objektiviziranju neimovinske štete i udaljavaju od ideja naknade štete i zadovoljenja (satisfakcije) oštećenika k funkciji priznavanja i obrane oštećenikovih povrijeđenih dobara.

2.1.2. Pravična novčana naknada dosuđena oštećeniku u nesvjesnom stanju u našoj sudskoj praksi

Odluka³⁰ o dosuđenoj pravičnoj novčanoj naknadi u iznosu od milijun kuna oštećeniku u trajnom vegetativnom stanju bila je neposredni povod da postavimo pitanje koja je funkcija pravične novčane naknade u tom slučaju u našem pravu. Popravlja li se u tom slučaju šteta, budući da je jasno da oštećenik ne može dobiti nikakvu satisfakciju, ni moralnu ni materijalnu, bez obzira koliki iznos naknade

26 MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN, A., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, A Comparative Outline*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014., str. 46.

27 *Ibid.*, str. 47.

28 Odluka citirana kod *ibid.*, str. 48., f. n. 11.

29 Odluke citirane kod *loc. cit.*, f. n. 12.-14.

30 VSRH, Revr 689/08-2, od 1. travnja 2009., Portal IUS-INFO, <http://www.iusinfo.hr>.

mu bio dosuđen? Smatramo da se odgovor nameće sam po sebi. Neimovinska šteta je u ovakvim slučajevima apsolutno nepopravljiva, ali se iz toga ne smije izvoditi zaključak da oštećeniku ne pripada pravo na naknadu. Kao i u poredbenom pravu, ne može se ignorirati činjenica da je oštećenik štetu pretrpio.

Težina povrede kao jedan od osnovnih kriterija iz čl. 1100. st. 1. ZOO-a,³¹ koji opravdavaju dosuđivanje pravične novčane naknade nesporno je ispunjan u ovakvim slučajevima. Naime, prema čl. 1100. st. 1. ZOO-a u slučaju povrede prava osobnosti sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, neovisno o postojanju imovinske štete i naknadi iste. Težina povrede, međutim, nije jedini i isključivi kriterij, sud mora voditi računa da dosudu pravične naknade opravdavaju i okolnosti slučaja. Moguće je, dakle, da čak i neka teža povreda prava osobnosti u konkretnom slučaju ne da pravo na dosudu pravične novčane naknade, ako bi okolnosti slučaja to opravdale.³²

Ako težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju dosudu pravične novčane naknade, sud prelazi određivanje visine iste, pri čemu mora voditi računa o kriterijima propisanim u čl. 1100. st. 2. ZOO-a: jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada te da se naknadom ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.

Smatramo da bi se, ako je isključiva funkcija pravične novčane naknade popravljjanje štete, navedenim kriterijima mogao opravdati i potpuni izostanak prava na naknadu u slučajevima najtežih povreda prava osobnosti na zdravlje. To bi bilo u slučajevima u kojima bol i strah uopće nisu postojali ili ih oštećenik nije mogao osjetiti (trenutne ozljede mozga i sl.), a cilj pravične novčane naknade, popravljjanje štete u obliku novčanog zadovoljenja (satisfakcije) ne može biti ostvaren jer ga oštećenik ne može doživjeti. Nepogodovanje težnjama nespojivim s naravi i društvenom svrhom pravične naknade obično se u našoj teoriji tumačilo kao brana lukrativnosti, odnosno granica teorijski neograničenoj visini naknade koja bi se mogla dosuditi. I taj bi se, treći kriterij mogao tumačiti „na štetu“ oštećenika, odnosno braniti stav da je nesvrshodno obvezivati štetnika na plaćanje visokih iznosa naknada u slučajevima u kojima one ionako neće služiti oštećeniku za popravljjanje štete. Iz navedenih razloga smatramo potrebnim naglasiti da

31 Čl. 1100. ZOO:

(1) *U slučaju povrede prava osobnosti sud će, ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.*

(2) *Pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njezinom naravi i društvenom svrhom.*

(3) *Za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe sud će, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi joj pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.*

32 Npr. teža povreda prava osobnosti na zdravlje koja je nanesena u prekoračenju nužne obrane ili sl.

pravična novčana naknada u tim slučajevima ima funkciju različitu od funkcije popravljanja štete moralnim ili materijalnim zadovoljenjem oštećenika, a to je, kao i u poredbenom pravu, funkcija priznavanja i zaštite prava oštećenika.

2.1.3. Funkcija pravične novčane naknade dosuđene pravnoj osobi

Kao što ne može doživjeti ni boli ni strah, pravna osoba po prirodi stvari ne može osjetiti, tj. „doživjeti“ satisfakciju. Pravna osoba ima pravo na sve oblike popravljanja neimovinske štete, pa tako i na pravičnu novčanu naknadu u slučaju povrede prava osobnosti, kao i fizička osoba.³³ Da ne bi bilo ikakvog spora o tome, u čl. 1100. st. 3. ZOO-a za pravnu se osobu ponavlja (po nama potpuno suvišno, jer bi trebalo biti jasno da se st. 1. istoga članka odnosi na povrede prava osobnosti kako fizičkih, tako i pravnih osoba), da će, za povredu prava osobnosti pravne osobe sud, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu nezavisno o naknadi imovinske štete, a i kad nje nema. Ovo ponavljanje, međutim, može se tumačiti i na način da je u st. 3. posebno regulirano dosuđivanje i odmjeravanje visine pravične novčane naknade pravnim osobama, kao posebno pravilo koje isključuje primjenu prethodna dva stavka istoga članka na pravne osobe, odnosno pravičnu novčanu naknadu koja se njima dosuđuje. Time bi, osim jačine i trajanja povredom izazvanih boli i straha (koji su po prirodi stvari isključeni kao kriterij dosuđivanja i odmjeravanja visine pravične novčane naknade za pravne osobe), bio isključen i cilj kojem ta naknada služi i nepogodovanje težnjama nespojivim s naravi i društvenom svrhom pravične novčane naknade. Drugim riječima, sud bi tu naknadu pravnim osobama mogao dosuđivati rukovodeći se isključivo težinom povrede prava osobnosti i okolnostima slučaja, bez obzira na njezin cilj, narav i društvenu svrhu. Ovo smatramo potpuno neprihvatljivim, bez obzira na činjenicu da se radi o pojmovima o čijem je sadržaju zaista nužno raspravljati.

Procjena težine povrede prava osobnosti pravne osobe vrlo je složen zadatak. Koje će sve okolnosti slučaja sudovi uzimati u obzir i kako će ih dovoditi u vezu s visinom pravične novčane naknade, tek nam predstoji da vidimo. Iako im je ZOO dao tu mogućnost, pravne se osobe još uvijek „ustručavaju“ tražiti pravičnu novčanu naknadu za neimovinsku štetu koju pretrpe. Možemo pretpostaviti da će upravo imovinska šteta koja je nastala istom štetnom radnjom, ili je s njome u uzročnoj vezi, biti jedna od okolnosti koje će govoriti u prilog da je povreda prava osobnosti pravne osobe dovoljno teška da daje pravo na dosudu pravične novčane naknade (npr. povreda ugleda pravne osobe zbog koje je došlo do smanjenja prometa, gubitka klijenata i sl. što je prouzročilo imovinsku štetu). Međutim, kada imovinska šteta izostane, zaista je teško procijeniti težinu povrede prava osobnosti pravne osobe, posebno zato što nema dodatnih kriterija koji vrijede kod procjene težine povrede prava osobnosti fizičke osobe (nema boli ni straha). Svakako će

33 O neimovinskoj šteti pravne osobe i dvojbama oko iste vidi: KLARIĆ, P., Nematerijalna šteta pravne osobe, u: KLARIĆ, P., *Odstetno pravo*, Narodne novine, 2003., str. 325.-346.

biti zanimljivo pratiti kakve će odgovore dati sudska praksa, odnosno čime će se obrazlagati dosuđivanje pravičnih novčanih naknada pravnim osobama.

Bez obzira kojim se konkretnim kriterijima procjene težine povrede prava osobnosti pravnih osoba i visine pravične novčane naknade za istu, sudovi budu rukovodili, pitanje funkcije pravične novčane naknade ne može se izbjeći. Zašto iako je po prirodi stvari nesposobna da doživi zadovoljenje, bilo materijalno bilo moralno, prava osoba ima pravo na pravičnu novčanu naknadu? I u ovim nam se slučajevima funkcija priznavanja prava oštećenika, čini puno naglašenijom od same funkcije popravljivanja štete kroz zadovoljenje oštećenika. Jedino će jasna ideja o tome koja je funkcija pravične novčane naknade u slučajevima povrede prava osobnosti pravnih osoba i barem okvirni kriteriji po kojima bi moguće povrede prava osobnosti pravnih osoba bile kvalificirane prema svojoj težini (na lakše, srednje i teške, npr.), omogućiti šire korištenje privatnopravne zaštite prava osobnosti pravnih osoba u našem pravu.

3. „Kažnjavanje“ štetnika kao funkcija pravične novčane naknade

3.1. Poredbeno pravo

Preventivna funkcija pravila odštetnog prava često se razmatra uz funkciju „kažnjavanja“ štetnika, što je posljedica činjenice da je teško jasno razgraničiti ove dvije funkcije. Za obje je zajedničko to što je fokus pravila na ponašanje štetnika, a ne na povrijeđenim pravima i interesima oštećenika. Pri odmjeravanju visine naknade u obzir se uzima ponašanje štetnika, tj. njegova krivnja, zbog čega je dopušteno i dosuđivanje vrlo visokih naknada da bi one mogle imati ulogu kažnjavanja štetnika i istovremeno djelovati preventivno, dakle odvratiti druge potencijalne štetnike od takvih ponašanja.

Kažnjavanje štetnika kao funkcija odštetnog prava najizraženije je u pravu SAD-a, koje se ističe po tzv. kaznenim naknadama (punitive damages). To su izuzetno visoki iznosi naknada koje oštećenicima dosuđuje porota koja želi „kazniti“ štetnika. Iako su u Europi iznosi značajno manji, također se u pravilima odštetnog prava pojedinih sustava mogu susresti elementi kažnjavanja.³⁴ Posebno je to izraženo kod slučajeva povreda prava osobnosti poput ugleda i privatnosti, za koje su naknade vrlo visoke u usporedbi s naknadama za tjelesne povrede i osim popravljivanja štete oštećeniku imaju i svrhu odvratanja štetnika od takvih daljnjih postupanja.³⁵

U engleskom pravu postoje dvije vrste naknada koje se dosuđuju na temelju ponašanja štetnika, a ne same štete oštećenika: exemplary damages i aggravated damages. Postoji li i u čemu je točno razlika između te dvije vrste naknada, u engleskom je pravu sporno pitanje oko kojeg se vode rasprave, a ističe se da za

³⁴ DAM, C. van, op. cit., str. 303.

³⁵ Ibid., str. 304.

sada prevladava stav u korist postojanja razlika.³⁶ Zajedničko im je to što povisuju naknadu uspješnom tužitelju (oštećeniku) i često se javljaju u istom području odštetnog prava (sramoćenje i neosnovano lišenje slobode). Za dosudu exemplary damages potrebno je da se štetni događaj sagleda iz položaja štetnika i zaključi da ga treba posebno pogrditi i da zaslužuje oblik privatne kazne. Za aggravated damages ističe se da povisuju naknadu zbog uzimanja u obzir jačine povrede oštećenikovih osjećaja dostojanstva i ponosa.³⁷ Exemplary damages nikada se ne mogu dosuditi za osobne povrede, bez obzira kako visok stupanj nemara štetnik pokazao i kako teška povreda bila, što je razlika u odnosu na američko pravo, odnosno punitive damages. Ipak, ako se radi o povredi prouzročenoj namjernom štetnom radnjom, sud ima diskrecijsko pravo dosuditi povećanu naknadu, odnosno aggravated damages.³⁸

Veliko vijeće njemačkoga Federalnog suda još je 1955. godine analizirajući ideju popravljivanja neimovinske štete novčanom naknadom (Schmerzensgeld) iz § 253. II BGB-a (tada § 847.) ustanovilo dvije osnovne funkcije ove odredbe – funkciju pravične naknade oštećeniku za doživljenu povredu (za koju je zaključilo da se ne može ispuniti u slučajevima kada je oštećenik dobro situiran i može si priuštiti zadovoljstva i bez naknade koju mu isplati štetnik), te satisfakcijsku funkciju naknade, zbog doživljene povrede. Ovaj drugi element, satisfakcija, naišao je na kritike dijela pravne teorije koji ju je smatrao protuustavnim kažnjavanjem. Federalni sud je osporio kažnjivu funkciju naknade, obrazlažući da kažnjavanje služi općem interesu, a satisfakcija privatnim interesima oštećenika, te je potpuno privatnopravne naravi, zbog čega činjenica da je štetnik već bio kazneno sankcioniran ne utječe na dosuđivanje naknade u kasnijem građanskom postupku.³⁹ Za razliku od kažnjavanja štetnika kao funkcije novčane naknade za neimovinsku štetu, njena se preventivna funkcija, kako smo uvodno naveli, smatra poželjnim efektom u njemačkom odštetnom pravu. To je posebno izraženo u postupcima za naknadu štete protiv medija, zbog povrede prava na privatnost poznatih osoba. Iznosi koji se dosuđuju za povrede prava na privatnost nerazmjerno su visoki u odnosu na iznose koji se dosuđuju za osobne povrede. Pred njemačkim Ustavnim sudom to su isticali roditelji troje djece poginule u prometu, pozvavši se na nejednakost. Naime, majci je zbog smrti djece bila dosuđena naknada u iznosu od 35.800, a ocu u iznosu od 20.500 eura, te su isticali kako je zbog objave izmišljenog intervjua, princezi Karolini od Monaka bila dosuđena naknada u visini od 92.000 eura. Ustavni je sud odbio prigovor nejednakog postupanja, istaknuvši da su razlike u iznosima koji se dosuđuju opravdane posebnim razlozima. Sud se pritom potpuno fokusirao na preventivni učinak naknada istaknuvši da visoke naknade mogu spriječiti komercijalnu eksploataciju prava osobnosti druge osobe, dok to nije moguće u prometnim nezgodama, jer naknade ne plaća štetnik već njegov osiguratelj.⁴⁰

36 MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN, A., op. cit., str. 45.

37 Ibid., str. 3.

38 Ibid., str. 45.

39 Ibid., str. 62.-63.

40 DAM, C. van, op. cit., str. 305.

I u francuskom pravu je osnovna funkcija odštetnog prava popravlanje štete oštećeniku, ne kažnjavanje štetnika. Ipak, u literaturi se spominje koncept kazne privatnog prava, posebno u području neimovinske štete (dommage moral). Teoretičari često iznose svoje sumnje da su naknade koje su dosuđene u visokim iznosima često povišene upravo zato da bi sud pokazao kako ne odobrava štetnikovo ponašanje.⁴¹ Na to ukazuje više elemenata: pojam neimovinske štete u francuskom je pravu vrlo elastičan, visoki iznosi naknada dosuđuju se i pravnim osobama (trgovačkim društvima), sudac pri odmjeravanju naknade izričito uzima u obzir ponašanje štetnika, a Cour de cassation jednom je prilikom išao i dalje i oslobodio tužitelja obveze dokazivanja postojanja neimovinske štete u slučaju neloyalne konkurencije.⁴²

U talijanskom se pravu, kako je uvodno navedeno, popravlanje štete priznaje kao jedina funkcija odgovornosti za štetu. Zanimljivo je da su pod utjecajem američkog prava neki talijanski teoretičari predlagali uvođenje punitive damages u talijansko pravo, ali to nije bilo šire prihvaćeno. Oštećenik ima pravo biti stavljen u položaj u kojem bi bio da nije bilo povrede, bez ikakve dodatne koristi. Budući da se u slučaju osobnih povreda potpuna naknada ostvaruje na „približan“ način, smatra se da se u određenim vrstama naknada ipak mogu prepoznati neki kažnjivi elementi.⁴³ Povrede zdravlja same za sebe predstavljaju štetu (danno biologico). Prema sadašnjem uređenju⁴⁴ danno biologico treba naknađivati unutar parametara koji ne uzimaju u obzir mogućnosti zarađivanja same žrtve, već je to je šteta sama za sebe, oštećenje pravno (i ustavno) zaštićenog prava na zdravlje. Lokalni sudovi koriste svoje tablice za svaki postotak oštećenja, uz primjenu različitih parametara (godine, spol, zdravlje žrtve...).⁴⁵ Moralna šteta (danno morale) obuhvaća bol i patnju pretrpljenu u svezi s povredom, dosuđuje se uzimajući u obzir okolnosti pojedinog slučaja, ali ukupan iznos u praksi rijetko prelazi polovicu iznosa dosuđenog za danno biologico.⁴⁶ Ako sudac smatra da je oštećenik pretrpio štetu u iznosu višem od onog koji mu može biti dosuđen prema navedenim metodama, može kreirati novi naslov oštećenja, pa zato danno biologico danas obuhvaća sve aspekte povrede osobnih prava izvan moralne i imovinske štete, štete nanesene ne samo neposredno zdravlju, već i društvenom životu pojedinca.⁴⁷

41 Loc. cit.

42 Ibid., str. 306.

43 MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN, A., op. cit., str. 83.

44 U 19. st. i prvoj polovici 20. u Italiji se svaka povreda zdravlja dovodila u vezu s mogućnošću zarađivanja i socijalnim statusom oštećenika, pa je posljedica toga bila da su se siromašne ili stare osobe mogle smatrati „osobama bez ikakve vrijednosti“ i bez prava na naknadu štete. Danas to nije tako i novi način gledanja na štetu ojačan je odlukama Ustavnog suda i načelima koja je razvio a prema kojima je zdravlje esencijalna vrijednost, temeljno ljudsko pravo koje zaslužuje potpunu zaštitu, kako onu javnopravne prirode, tako i u privatnim odnosima. Ibid., str. 84.-85.

45 Tako za 100 % invaliditeta, ovisno o sudu, maloljetna osoba može dobiti 300-650.000 eura, odrasla osoba 230-450.000 eura, starija osoba (65 god.) 110-370.000 eura. Ibid., str. 19. Primjere tablica s iznosima koje priznaju pojedini sudovi vidi ibid., str. 225.-227.

46 Ibid., str. 84.

47 Ibid., str. 86.

3.2. Hrvatsko pravo

Iako je popravlanje štete jedina priznata funkcija našeg odštetnog prava, postoje i pravila u kojima se naziru neki elementi kažnjavanja štetnika. Odredba o odgovornosti za štetu koja ne može sakriti svoj kažnjivi karakter je ona o afekcijskoj cijeni, odnosno st. 4. čl. 1089. ZOO-a.⁴⁸ To je jedan od izuzetaka⁴⁹ načela potpune naknade, temeljnog načela popravljanja imovinske štete propisanog čl. 1090. ZOO-a. Razlika od tržišne vrijednosti uništene ili oštećene stvari do njezine afekcijske cijene predstavlja poseban oblik naknade neimovinske štete s kaznenim karakterom.⁵⁰

Među općim pravilima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu i popravlanju iste nema drugih koja bi visinu naknade dovodila u vezu s krivnjom štetnika. Međutim, o stupnju krivnje štetnika koja za posljedicu ima njegovu obvezu naknađivanja prouzročene štete vode računa odredbe o pravu na regres. Krivnja, doduše, ovdje ne utječe na visinu naknade koju je štetnik dužan naknaditi, već na samu obvezu naknađivanja iste. Tako poslodavac koji je oštećeniku popravio štetu ima pravo regresa troškova popravljanja štete od zaposlenika ako je ovaj štetu prouzročio namjerno ili iz krajnje nepažnje (čl. 1061. st. 3. ZOO), a isto vrijedi i za pravnu osobu koja je popravila štetu koju je prouzročilo njezino tijelo (čl. 1062. st. 2. ZOO).

Prema općem pravilu⁵¹ o obujmu naknade kod ugovorne odgovornosti, krivnja štetnika bitna je pretpostavka određivanja istog. Naime, vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi te pravičnu naknadu neimovinske štete, ali samo u granicama njihove predvidivosti u vrijeme sklapanja ugovora (samo one štete koju je dužnik morao predvidjeti kao moguće posljedice ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu bile ili morale biti poznate).⁵² Ali, ako je dužnik postupao prijeverno ili povredu ugovora počinio namjerno ili zbog krajnje nepažnje,

48 *Kad je stvar uništena ili oštećena kaznenim djelom učinjenim namjerno, sud može odrediti visinu naknade prema vrijednosti koju je stvar imala za oštećenika.*

49 Uz navedenu odredbu, izuzetke od ovog načela predstavljaju pravila o ograničenju odgovornosti, mogućnosti sniženja naknade prema čl. 1091. i 1092. ZOO-a, koja se iako su propisana za imovinsku, temeljem čl. 1106. ZOO-a primjenjuju i na neimovinsku štetu.

50 Budući da su životinje izjednačena sa stvarima, ova se odredba primjenjuje i na slučajeve njihova ubojstva ili ranjavanja. U jednom slučaju odbijen je tužbeni zahtjev maloljetnog tužitelja koji je tražio naknadu zbog povrede prava osobnosti jer je zbog ubojstva svog kućnog ljubimca kojem je svjedočio trpio posljedice po svoje zdravlje, budući da štetna radnja nije bila usmjerena na njegovu osobnost. Sud je zaključio da je trebao tražiti naknadu prema citiranom članku, tj. afekcijsku cijenu za ubijenog ljubimca. ŽS u Varaždinu, Gž-1113/12-2., od 11. prosinca 2013., Portal IUS-INFO, <http://www.iusinfo.hr>.

51 Koje vrijedi samo ako stranke ugovorom nisu drugačije uredile obujam naknade štete u slučaju povrede ugovornih obveza.

52 *Vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi te pravičnu naknadu neimovinske štete, koje je dužnik u vrijeme sklapanja ugovora morao predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate* (čl. 346. st. 1. ZOO).

vjerovnik ima pravo na naknadu cjelokupne štete nastale tom povredom, bez obzira na neznanje dužnika o posebnim okolnostima zbog kojih su nastale.⁵³

Može li se izbjeći da sud pri utvrđivanju prava na pravičnu novčanu naknadu i odmjeravanju visine iste, svojom odlukom štetnika „kazni“ zbog njegova protupravnog ponašanja? Smatramo da je to vrlo teško, iz jednostavnog razloga što sud mora „mjeriti“ ono što je po svojoj prirodi nemjerljivo. Pri utvrđivanju težine povrede prava osobnosti, moguće je (čak i vrlo vjerojatno za pojedine vrste tih povreda) da one koje su prouzročene namjerno ili iz grube nepažnje budu kvalificirane kao teže u odnosu na one koje to nisu. Ako i neće utjecati neposredno na težinu povrede, krivnja kao odnos štetnika prema samoj štetnoj radnji i njenoj posljedici sigurno će biti među okolnostima slučaja o kojima će sud voditi računa pri utvrđivanju prava na naknadu i odmjeravanju njene visine. Kod tjelesnih ozljeda se, kao i u poredbenom pravu, iznosi naknada nastoje staviti u neke okvire,⁵⁴ ali za druge oblike povreda prava osobnosti, nažalost, ne postoje nikakvi okvirni iznosi kojima bi se sud mogao ili trebao rukovoditi. Zato je moguće da za istu povredu prava osobnosti u različitim slučajevima, čak i kada okolnosti tih slučajeva nisu bitno različite, budu dosuđeni vrlo različiti iznosi pravičnih novčanih naknada,⁵⁵ ovisno o tome koju je funkciju toj naknadi namijenio sud koji je o njoj odlučivao.

4. Zaključak

Pravila o odgovornosti za štetu nisu isključivo u funkciji popravljivanja štete. S tom funkcijom svakako treba izjednačiti preventivnu funkciju koju ta pravila imaju, posebno kada se radi o odgovornosti za neimovinsku štetu. U konkretnim se slučajevima, pri odlučivanju o odgovornosti obje ove funkcije trebaju uzeti u obzir. Kod odgovornosti za imovinsku štetu, koja je popravljiva, prevladava funkcija

53 *U slučaju prijevare ili namjernog neispunjenja te neispunjenja zbog krajnje nepažnje vjerovnik ima pravo zahtijevati od dužnika naknadu cjelokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale* (čl. 346. st. 2. ZOO).

54 Da su i u primjeni novoga ZOO-a aktualni Orijentacijski kriteriji iz 2002. godine potvrdio je Vrhovni sud u niz svojih odluka. Vidi, npr.: VSRH, Rev 637/09-2., od 24. ožujka 2010., VSRH, Revr 991/10-2. od 19. kolovoza 2010., VSRH, Revr 990/10-2., od 15. rujna 2010., VSRH, Rev 1092/11-2 od 14. studenog 2012., VSRH, Rev 928/11-2., 14. studenog 2012., sve dostupne na www.vsrh.hr.

55 Tako je kod povrede prava na slobodu u jednom slučaju primjerenom ocijenjena naknada u iznosu od 400 kn po danu neosnovanog pritvaranja (VSRH, Rev 2101/10., od 16.11.2011., www.vsrh.hr), dok je drugom ta naknada po danu iznosila gotovo 4 puta više (za 117 dana dosuđena je naknada od 180.000,00 kn, dakle preko 1.500 kn po danu (VSRH, Rev 406/2010., od 11.1.2012., www.vsrh.hr), a u trećem za lišenje slobode koje je trajalo manje od jednog dana je tužiteljima dosuđena naknada u iznosu od 2.500 kn (ŽS u Varaždinu, GŽ 22/08-2., od 14. srpnja 2008., Portal IUS-INFO, <http://www.iusinfo.hr>). Naravno da su na navedene iznose utjecale i okolnosti svakog od tih slučajeva o kojima su sudovi vodili računa, ali se ne možemo oteti dojmu da je i neka polazna vrijednost dana oduzete slobode bila bitno različita, što svakako nije dobro.

popravljanja štete. Činjenica da vrijedi načelo popravljanja štete u potpunosti (uz određene izuzetke), ne znači da se preventivna funkcija uopće ne ostvaruje. Već sama činjenica da će se za prouzročenu štetu odgovarati, djeluje u smjeru odvratanja oštećenika od protupravnog ponašanja kojim može nanijeti štete, a svakoj odluci o popravljanju imovinske štete prethodi ona o priznanju postojanja prava oštećenika kao element prevencije.

Kod neimovinske štete, suprotno tome, prevladava preventivna funkcija i to zbog toga što je ta šteta po svojoj prirodi nepopravljiva. Osim zadovoljenja oštećenika, materijalnog ili moralnog, potrebno je priznati i samo priznavanje prava oštećenika kao vrlo bitan element preventivne funkcije odgovornosti za štetu. Ponekad će oštećenik uz priznavanje prava dobiti i materijalno i moralno zadovoljenje, ali ne nužno u svim slučajevima. Kada ga dobije, smatramo da nije potrebno na to gledati isključivo kao na ispunjavanje funkcije popravljanja štete, već i ispunjavanje preventivne funkcije odštetnog prava. Na priznavanje prava oštećenika može se gledati kao na treći oblik popravljanja neimovinske štete (uz moralno i materijalno zadovoljenje oštećenika), ali je ipak pravilnije gledati ga kao dio preventivne funkcije odštetnog prava. U tom smislu se pravična novčana naknada koja se dosuđuje osobama koje ne mogu doživjeti zadovoljenje treba promatrati kao način priznavanja prava oštećenika s izrazito preventivnim djelovanjem. Kada se ona dosuđuje osobama koje mogu doživjeti satisfakciju, istovremeno se ostvaruje i funkcija popravljanja i funkcija prevencije koju ta naknada ima u našem odštetnom pravu. Koja će u konkretnom slučaju prevladavati, ovisi o tome kako pravičnu novčanu naknadu na subjektivnoj razini doživljavaju konkretni štetnik i oštećenik.

Čak i ako se kažnjavanje štetnika potpuno isključi kao moguća funkcija pravila o odgovornosti, ne može se posve negirati činjenica da u nekim pravilima o odgovornosti ima elemenata kažnjavanja, u smislu potrebe da se „strože“ reagira na štete prouzročene namjerno ili iz grube nepažnje. Takva pravila, iako ne „kažnjavaju“ štetnika, sigurno imaju pojačani preventivni učinak.

Summary

FUNCTIONS OF FAIR MONETARY COMPENSATION IN CROATIAN TORT LAW

In the Croatian legal system, reparation of harm is recognized as the primary and exclusive function of liability for damages. Therefore, on the normative and theoretical level, material satisfaction is considered as the only function of fair monetary compensation and a kind of reparation of non-pecuniary damage. Such an approach, however, does not answer the question what function this compensation has in the case that the injured party cannot experience satisfaction. In this paper, it is pointed out that some other functions of liability for damage are recognized in comparative law and in case law fair monetary compensation is seen as a form of recognition of injured parties rights. The author concludes that there is no reason for this not to be the same in the Croatian law, especially after the adoption of the objective concept of non-pecuniary damage in which legal persons are entitled to a fair monetary compensation, also.

Key words: functions of tort law, non-pecuniary damage, fair monetary compensation, satisfaction, reparation of damage.

Zusammenfassung

FUNKTIONEN DES FAIREN SCHADENSERSATZES IN GELD IM KROATISCHEN SCHADENSERSATZRECHT

Im Rahmen des kroatischen Rechtssystems liegt die primäre und einzige Funktion von Haftung für Schäden darin, jeglichen Schaden zu beheben. Daher wird auf der normativen und theoretischen Ebene eine materielle Zufriedenstellung als Form von Behebung immateriellen Schadens als die einzige Funktion eines fairen Schadensersatzes in Geld in Betracht gezogen. Diesbezüglich wird die Funktion solchen Schadensersatzes im Falle, dass der Geschädigte keine Zufriedenstellung erlebt, nicht berücksichtigt. Aus diesem Grund wird besondere Aufmerksamkeit rechtsvergleichenden Funktionen von Haftungsregeln, sowie der Rechtsprechung gewidmet, wobei fairer Schadenersatz in Geld als Anerkennung von Rechten des Geschädigten betrachtet wird. In diesem Sinne schließt die Autorin, bestehe kein Grund nicht die gleiche Praxis in das kroatische Recht einzuführen, insbesondere nach der Einführung der objektiven Konzeption des immateriellen Schadens, durch

welchen auch juristischen Personen Anspruch auf fairen Schadensersatz in Geld gewährt wird.

Schlüsselwörter: *Funktionen des Schadensersatzrechts, immaterieller Schaden, fairer Schadensersatz in Geld, Zufriedenstellung, Schadensbehebung.*

Riassunto

LE FUNZIONI DELL'INDENNIZZO NEL DIRITTO RISARCITORIO CROATO

Nel sistema giuridico croato la funzione primaria ed esclusiva della responsabilità da illecito è quella della riparazione del danno. Per questo motivo, sul piano normativo e teorico, la soddisfazione materiale viene considerata come l'unica funzione della compensazione pecuniaria al fine di riparare un danno non patrimoniale. Tuttavia, tale approccio non dà risposta al quesito quale funzione abbia tale risarcimento nel caso in cui il danneggiato non possa giovare del soddisfacimento. Nel lavoro si pone in rilievo che nel diritto comparato esistono anche diverse funzioni riconosciute nelle regole risarcitorie, mentre la giurisprudenza interpreta l'indennizzo quale forma di riconoscimento del diritto spettante al danneggiato. L'autore ritiene che non v'è ragione che così non sia anche nel diritto croato, specialmente dopo l'accoglimento della concezione oggettivistica del danno non patrimoniale, con il quale il diritto all'indennizzo è riconosciuto anche alle persone giuridiche.

Parole chiave: *funzioni del diritto risarcitorio, danno non patrimoniale, indennizzo, soddisfazione, riparazione del danno.*

NAČELO RAZMJERNOSTI U DONOŠENJU UPRAVNIH ODLUKA*

Dr. sc. Dario Đerđa, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.924
Ur.: 12. siječnja 2016.
Pr.: 27. siječnja 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Svrha je ovoga rada istražiti institut razmjernosti te njegov utjecaj na hrvatsko upravno i upravnosudsko odlučivanje. U radu se najprije utvrđuje značenje i sadržaj načela razmjernosti, kao općeg pravnoga načela. Zatim se razmatra njegov utjecaj u pravu Unije, kao međunarodne integracije koje je Republika Hrvatska članica, i čija se pravna stečevina primjenjuje u Hrvatskoj. Nadalje se razmatra normiranost ovoga načela u hrvatskom upravnom zakonodavstvu, kako zakonima koji uređuju pojedina upravna područja tako i u Zakonu o općem upravnom postupku. Analizira se njegovo učešće u upravnome odlučivanju javnopravnih tijela te se utvrđuju kriteriji testiranja primjene ovoga načela. Ukazuje se i na probleme s kojima se u radu susreću upravni sudovi u nadzoru zakonitosti odluka koje su donesene uz primjenu ovoga načela.

Ključne riječi: načelo razmjernosti, upravni postupak, upravna odluka, slobodna ocjena, utvrđivanje činjeničnog stanja.

1. UVOD

Puna provedba načela zakonitosti ideal je kojem se nastoji približiti svaki pravni sustav. Načelo zakonitosti temeljni je zahtjev prava uopće te bez zakonitosti, zakonite provedbe propisa i nadzora zakonitosti pravno vezanih postupaka, pravo bi izgubilo svaku svrhu. Zakonitost je vrijednost koja se nalazi u temelju pravnih sustava svih država svijeta. Iako u pravilu utvrđena kao ustavna vrijednost, detaljnije se redovito razrađuje u različitim postupovnim i materijalnim zakonima.¹

* Ovaj rad objavljen je u okviru projekta Hrvatske zaklade za znanost br. 5709 „Perspectives of maintaining the social state: towards the transformation of social security systems for individuals in personalized medicine“.

1 O zakonitosti u pravnoj teoriji više vidi u Harašić, Žaklina, Zakonitost kao pravno načelo i pravni argument, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47., br. 3., 2010., str. 745-767.

Ovo načelo čvrsto je ustanovljeno i u hrvatskom pravnom sustavu, gdje je utvrđeno u ustavu, ali i u drugim zakonskim odredbama. *Ustav Republike Hrvatske* propisuje da je svatko dužan držati se *Ustava* i zakona i poštovati pravni poredak Republike Hrvatske, da pojedinačni akti državne uprave i tijela koja imaju javne ovlasti moraju biti utemeljeni na zakonu te da se zajamčuje sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.² Ovo načelo ujedno je i osnova za ostvarivanje vladavine prava kao pretpostavke pravne sigurnosti i stabilnosti pravnoga poretka.³

Načelo zakonitosti posebnu važnost zauzima i u upravnom postupku. *Zakon o općem upravnom postupku* javnopravnim tijelima nameće obvezu da upravnu stvar rješavaju isključivo na temelju zakona i drugih propisa te općih akata donesenih na temelju zakonom utvrđenih javnih ovlasti.⁴ Ovom zakonskom formulacijom pri vođenju upravnog postupka i rješavanju upravne stvari javnopravna tijela vezana su pravilima materijalnog i postupovnoga prava. Drugim riječima, nadležno javnopravno tijelo mora provesti upravni postupak poduzimajući sve propisane radnje u postupku, utvrditi činjenično stanje, na zaključak o činjeničnom stanju pravilno primijeniti sve materijalne propise na temelju kojih se rješava konkretna upravna stvar te donijeti rješenje u propisanom obliku i s propisanim sadržajem.⁵

Upravo načelo zakonitosti u upravnome odlučivanju štiti stečena prava i legitimna očekivanja pojedinca, time doprinoseći pravnoj sigurnosti u društvu. U pojedinim slučajevima, međutim, sama zakonitost dopušta intervenciju državnoga ili drugog javnopravnoga tijela u privatna prava pojedinca. Takva intervencija ipak nije dopuštena u svakome slučaju, već se smatra prihvatljivom jedino pod uvjetom da se njome štiti interes trećih osoba odnosno interes šire društvene zajednice. U tim slučajevima, uz načelo zakonitosti, u posljednje vrijeme sve se češće pozornost posvećuje jednom relativno novome načelu, koje u okviru zadane zakonitosti, odluku i postupanje javnopravnog tijela treba približiti idealnoj pravičnosti, kako se ona shvaćala još u antička vremena.⁶ To načelo naziva se načelom razmjernosti.

2 Članak 5. stavak 2. te članak 19. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

3 Pravna načela, a posebno ovo temeljno načelo, izuzetno su važna za primjenu prava uopće. U upravnom pravu načela imaju poseban značaj kada su još i utvrđena i potkrijepljena sudskom praksom upravnih sudova. Ona predstavljaju osnovu očekivanja budućega rješavanja istih ili u bitnome sličnih predmeta, čime pridonose predvidljivosti primjene prava u društvu. Načelima veliku važnost posvećuju i javnopravna tijela, jer u nedostatku jasne pravne norme ova tijela pomoću načela argumentiraju i objektivno racionaliziraju donesenu odluku. Time isključuju ili barem umanjuju arbitrnost i subjektivnost pri odlučivanju. O značenju načela u radu javnopravnih tijela više u Harbo, Tor-Inge, The function of the proportionality principle in EU law, *European Law Journal*, vol. 16., no. 2., 2010., str. 159-162.

4 Članak 5. stavak 1. *Zakona o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

5 Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 44-45.

6 Načelo pravičnosti najjednostavnije se može sažeti u sljedećoj formulaciji: osobama koje su jednake treba dati jednako dobara i tereta, a osobama koje su nejednake treba dati nejednako dobara i tereta i to razmjerno njihovoj nejednakosti. Visković, Nikola, *Teorija države i pravo*, Birotehnika, Zagreb, 2001., str. 141.

Na načelo razmjernosti u Hrvatskoj se sve češće pozivaju javnopravna tijela u obrazloženju svojih odluka, ali i upravni sudovi pri rješavanju upravnih sporova. Unatoč sve učestalijoj uporabi ovoga načela, njegova pravna regulacija prilično je štura te ne daje precizan sadržaj prava i obveza koje ono nosi sa sobom. Niti u pravnoj literaturi upravnoga prava do sada mu nije dano dovoljno pozornosti.⁷ Stoga je svrha ovoga rada istražiti institut razmjernosti te njegov utjecaj na hrvatsko upravno i upravnosudsko odlučivanje. U radu se najprije utvrđuje značenje i sadržaj načela razmjernosti, kao općega pravnoga načela. Zatim se razmatra njegov utjecaj u pravu Unije, kao međunarodne integracije koje je Republika Hrvatska članice, i čija se pravna stečevina primjenjuje u Hrvatskoj. Nadalje se razmatra normiranost ovoga načela u hrvatskom upravnom zakonodavstvu, kako zakonima koji uređuju pojedina upravna područja tako i u *Zakonu o općem upravnom postupku*. Analizira se njegovo učešće u upravnome odlučivanju javnopravnih tijela te se utvrđuju kriteriji testiranja primjene ovoga načela. Konačno, ukazuje se na probleme s kojima se u radu susreću upravni sudovi u nadzoru zakonitosti odluka koje su donesene uz primjenu ovoga načela.

2. RAZMJERNOST KAO PRAVNO NAČELO

Načelo razmjernosti kao pravno načelo oblik dobiva u 17. stoljeću pod utjecajem škole prirodnoga prava. U to vrijeme javlja se shvaćanje kako se pojedinci organiziraju u društvene zajednice, između ostaloga, radi zaštite njihovih temeljnih prava. Slijedom toga, kada god se u zajednici prema pojedincima zakonito primjenjuju bilo kakva sredstva prisile, ona moraju biti racionalna i isključivo usmjerena ostvarivanju legitimnih ciljeva zajednice, pod kojima se osobito razumijevaju zaštita života, zdravlja i imovine. Zbog toga, a sukladno navedenim shvaćanjima, primjena sredstava prisile prema pojedincu uvijek je morala biti najmanjeg mogućeg intenziteta, a koji je dostatan za učinkovito postizanje željenoga cilja. Rješavajući sporove koji se odnose na zakonitu primjenu slobodne ocjene policijskih službenika pri obavljanju njihovih ovlasti u području javnoga reda i mira, moderno značenje načelu razmjernosti daju upravni sudovi u Pruskoj tijekom 19. stoljeća.⁸ Shvaćajući pravo kao korisnu svrhu, tj. „*sredstvo za postizanje namjeravanoga cilja*“, pruski upravni sudovi svojim su odlukama inzistirali na obveznom uspostavljanju uzročno-posljedične veze između korištenoga sredstva i

7 U novijoj pravnoj literaturi o načelu razmjernosti u upravnom pravu pisali su tek Šikić, Ofak i Turčić. Vidi Šikić, Marko, Ofak, Lana, Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32., br. 1., 2011., str. 127-153., Šikić, Marko, Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, *Novi informator*, br. 5857., 24. travnja 2010., str. 1-3. te Turčić, Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima*, Organizator, Zagreb, 2010., str. 13-15.

8 Ovi sudovi razmjernima su ocjenjivali mjere policijskih službenika „*koje su nužne da bi se očuvao javni poredak*“.

cilja koji se njime želi postići. Nastojeći u što većoj mjeri zaštititi prava stranaka to osnovno shvaćanje načela razmjernosti, s vremenom su nadogradili njemački upravni sudovi tvrdeći da kada tijelu javne vlasti na raspolaganju stoji više zakonom ponuđenih sredstava za postizanje željenoga cilja, mora primijeniti ono sredstvo koje je najpogodnije za stranku u tom postupku. Budući da se uskoro pokazalo kako najpogodnije sredstvo nije uvijek i ono koje dovodi do najmanje povrede prava stranke, sudovi postrožuju shvaćanje načela razmjernosti tumačeći ga na način da se između nekoliko jednako učinkovitih sredstava treba upotrijebiti ono koje ima najblaži učinak na ograničavanje prava stranke. Konačno, nakon Drugog svjetskog rata, upravni sudovi u Njemačkoj načelu razmjernosti pridodali su još jedan zahtjev, sukladno kojemu intenzitet ograničavanja prava stranke uvijek mora biti razmjeran postizanju željenoga cilja.⁹

Ovo načelo 50-ih godina 20. stoljeća postupno se širi iz njemačkoga pravnog sustava u pravne sustave drugih europskih, ali i izvaneuropskih država. Na važnosti posebno dobiva kao kriterij sudskoga nadzora zakonitosti akata i odluka državnih i drugih javnopravnih tijela. Značajnu ulogu ima ne samo u upravnom pravu, već i u ustavnom pravu, gdje se posebno koristi pri utvrđivanju sukladnosti zakona s ustavnim vrijednostima, u međunarodnom pravu, gdje se posebno koristi u određivanju „odgovarajućih sredstava prisile“ te u kaznenom pravu, gdje se posebno koristi u određivanju odgovarajuće kazne te granice dopuštenoga korištenja sile u samoobrani. Danas je široko prihvaćeno u Njemačkoj, Francuskoj, Španjolskoj, Italiji, Belgiji, Danskoj, Irskoj, Grčkoj, Nizozemskoj, Portugalu, Švicarskoj, kao i u Ujedinjenom Kraljevstvu, Sjedinjenim Američkim Državama, Argentini itd. Iz pravnih sustava pojedinih država preuzeto je i u pravo nekih međunarodnih organizacija, kao što su Europska unija i Svjetska trgovinska organizacija, a često ga koriste i međunarodni sudovi, kao što je Europski sud za ljudska prava, Interamerički sud za ljudska prava te Sud Europske unije.¹⁰

9 O ovome Rodin, Siniša, Načelo proporcionalnosti – porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. 50., br. 1-2., 2000., str. 33-34., Schwartze, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2006., str. 679. i Emiliou, Nicholas, *The principle of proportionality in European law: a comparative study*, Kluwer, London, Hague, Boston, 1996., str. 23-24.

10 O ovome Sauter, Wolf, Proportionality in EU law: a balancing act?, *TILEC Discussion Paper*, Tilburg University, 2013., str. 1., Kingsbury, Benedict, The Concept of ‘ Law ’ in Global Administrative Law, *European Journal of International Law*, vol. 20., no. 1., 2009., str. 33. i Cianciardo, Juan, The principle of proportionality: its dimensions and limits, *Selected works of Juan Cianciardo*, 2009., str. 2. O značenju načela razmjernosti u odlučivanju međunarodnih organizacija više vidi Stone, Sweet, Mathews, Jud, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47., 2008., str. 138-159. Istovremeno s razvojem razmjernosti u Europi, u Sjedinjenim Američkim Državama razvija se teorija „vaganja“ koja sadržajno odgovara načelu razmjernosti. O ovome više vidi u Cohen-Eliya, Moshe, Porat, Iddo, American balancing and German proportionality: The historical origins, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8., no. 2., 2010., str. 263–286. i Panaccio, Charles-Maxime, In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 24., no. 1., 2011., str. 109-128. Međutim, ova teorija više je prilagođena primjeni u području ustavnoga negoli upravnoga prava.

Cilj je načela razmjernosti zaštita prava pojedinaca od neograničene upotrebe zakonodavnih i provedbenih ovlasti državnih i drugih javnopravnih tijela. Dopuštajući zakonodavcu, ali i izvršnim tijelima da djeluju samo do mjere koja je potrebna za postizanje nekoga cilja od javnoga interesa, ono doprinosi unaprjeđenju pravičnosti u društvu.¹¹ Načelo razmjernosti u najopćenitijem značenju nalaže tijelima državne vlasti, da kada donose zakone i druge propise te provedbene odluke kojima zadiru u individualnu sferu pojedinca na način da ograničavaju njegova ustavna i zakonom zajamčena prava, ciljeve normativne regulacije moraju ostvariti isključivo primjerenim sredstvima.¹² Time ovo načelo zahtijeva da se pri donošenju svake odluke uzmu u obzir odredbe koje štite prava i pravne interese pojedinaca i odredbe koje štite javni interes. Međutim, kako su ove odredbe u pravilu suprotstavljene, načelo razmjernosti nastoji utvrditi onu finu granicu do koje se pojedincu može podijeliti neko pravo, a da se pritom ne povrijedi javni interes, odnosno do koje se može zaštititi javni interes, a da se pritom prekomjerno ne povrijede prava nekoga pojedinca. Slijedom toga, može se ustvrditi kako se načelo razmjernosti bavi „*vaganjem*“ dviju suprotnih vrijednosti – subjektivnih prava pojedinca, kao ovlaštenja nekoga pravnoga subjekta utemeljenoga na pravnoj normi te zaštite objektivnoga javnog interesa, kao interesa cijele društvene zajednice ili pojedinih njezinih dijelova o kojem pravo treba voditi računa.¹³ Upravo odgovarajuća ravnoteža u zaštiti interesa privatne osobe i javnoga interesa treba biti postignuta u donošenju svakoga pravnoga akta u društvu, bez obzira je li on opće ili pojedinačne prirode. Stoga, zahtjevima načela razmjernosti treba odgovarati svaki zakon, propis i drugi opći akt, baš kao i svaka pojedinačna upravna i sudska odluka.

Slijedom navedenoga, načelo razmjernosti svoju primjenu nalazi u dva važna pravna područja: normativnom i provedbenom. Do povrede načela razmjernosti normativnim aktom dolazi kada se zakonom ili drugim propisom krše ustavne vrijednosti.¹⁴ Potencijalne povrede ovoga načela na normativnoj razini predmet

11 Schwartz, op. cit., str. 679.

12 Definiciju razmjernosti u hrvatskom pravu, pristupajući ovome načelu s ustavnopravnoga gledišta, dao je Rodin ističući: „*Najopćenitije, načelo razmjernosti govori nam da kada tijela državne vlasti donose pravne propise koji zadiru u individualnu sferu, odnosno koji ograničavaju ustavna prava pojedinaca, moraju ciljeve takve normativne regulacije ostvarivati za to primjerenim – razmjernim sredstvima*“. Rodin, op. cit., str. 33.

13 Javni interes u širem smislu predstavlja dobrobit javnosti kao generalne kategorije, tj. društvene zajednice u cjelini, a ne samo pripadnika te zajednice ili pojedinih grupa. U užem smislu opći interes je interes koji se štiti pravnim poretom. U pravnoj literaturi ističe se kako se za razliku od privatnih interesa, koji se štite samo kada su izričito određeni pravom, javni interes treba štiti uvijek. Također, ističe se i kako se privatni interesi štite samo kada su u skladu s javnim interesom, tj. ako su sastavni dio javnoga interesa. *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 523. i 1213., te *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1985., str. 563. i 1617.

14 Ovo ne znači da zakon u nekim slučajevima ne može utvrditi vrijednosti koje su suprotne načelu razmjernosti. Ako se zakonom utvrđuje vrijednost koja je jednaka ili vrjednija od same razmjernosti, ne radi se o neustavnosti takvoga zakona. Tako primjerice Emiliou ističe kako zakon koji ograničava temeljna ljudska prava nije nerazmjern ako učinkovito štiti ugroženi predmet pravne zaštite. O ovome vidi Emiliou, op. cit., str. 24. i 26.

su razmatranja u pravilu ustavnoga prava, te se u ovome radu neće detaljnije razmatrati.¹⁵ U upravnom pravu načelo razmjernosti primjenu posebno pronalazi u rješavanju predmeta koji uključuju zaštitu prava pojedinaca i javnoga interesa. Time ono postaje temelj za rješavanje sukoba između privatnoga i javnog interesa posebno u području upravnih postupaka, gdje se javlja kao važan standard. Zahvaljujući upravnosudskom nadzoru rada uprave, načelo razmjernosti postaje i sredstvom procjene je li neka pojedinačna mjera sadržana u upravnoj odluci pravno dopuštena za postizanje cilja postavljenoga zakonom.

3. NAČELO RAZMJERNOSTI U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Kako je Republika Hrvatska od 1. srpnja 2013. godine država članica Europske unije, javnopravna tijela pored hrvatskoga pravnog sustava obvezuje i pravni sustav ove nadnacionalne integracije. Načelo razmjernosti ima značajnu i višestruku ulogu u pravu Europske unije u kojem se redovito primjenjuje. Njegova uloga u pravu Unije značajna je i za hrvatska javnopravna tijela i upravne sudove, s obzirom na to da su u određenim slučajevima kada izravno primjenjuju pravo Unije i ona obveznici primjene ovoga načela.¹⁶

U pravu Europske unije načelo razmjernosti primjenjuje se u ocjeni zakonitosti svih zakonskih i upravnih radnji koje poduzimaju institucije, tijela, uredi i agencije Unije. Ono je utvrđeno *Ugovorom o Europskoj uniji*, koji najprije utvrđuje kako je izvršavanje nadležnosti Unije uređeno načelima supsidijarnosti i razmjernosti, a zatim i kako na temelju načela razmjernosti, sadržaj i oblik djelovanja Unije ne smije prijeći ono što je potrebno za ostvarivanje ciljeva *Ugovora*.¹⁷ Razmjernost

15 Upravno pravo bavi se ovim aspektom načela razmjernosti jedino u pitanju ocjene zakonitosti podzakonskog propisa državnoga tijela ili općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave odnosno pravne osobe koja ima javnu ovlast ili obavlja javnu službu.

16 Pravo Europske unije ima dva bitna obilježja kojima značajno utječe na pravne sustave država članica. To su izravni učinak prava Europske unije i nadređenost prava Europske unije pravnim sustavima država članica. Izravni učinak prava Europske unije posljedica je prijenosa nekih suverenih ovlasti država članica na Uniju, a slijedom čega institucije Unije mogu donositi propise koji bez posredovanja država članica imaju izravni učinak na prava i obveze pojedinaca. Slijedom toga, propisi Unije pojedincima priznaju prava, ostvarivanje kojih u određenim slučajevima oni mogu zahtijevati čak i pred javnopravnim tijelima i sudovima država članica, a koja moraju poštovati i države članice i sama Unija. Nadređenost prava Unije pravnim sustavima država članica zahtijeva da države članice u nacionalnim pravnim sustavima ne smiju propisivati bilo kakve posebnosti koje su suprotne pravnom sustavu Unije. Vidi Đerđa, Dario, *Osnove upravnog prava Europske unije*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2012., str. 20-26.

17 Članak 5. stavci 1. i 4. *Ugovora o Europskoj uniji, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, Official Journal, C 83, 30.3.2010. Načelo razmjernosti uneseno je prvi puta u *Ugovor iz Amsterdama, Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts*, Official Journal, C 340, 10.11.1997., te je propisivalo kako niti jedna radnja Zajednice ne smije ići preko potrebnoga za ostvarivanje ciljeva *Ugovora*.

koja se izvodi iz *Ugovora o Europskoj uniji*, u pravnoj se literaturi još naziva „*institucionalnom razmjernošću*“ te primarno uređuje odnos Europske unije i njezinih država članica u provođenju nadležnosti Unije. Zadaća mu je zaštititi države članice od nezakonitoga zadiranja institucija Unije u područja koja nisu u isključivoj nadležnosti ove integracije. Ono se primjenjuje zajedno s načelom supsidijarnosti koje određuje treba li Unija poduzeti neku radnju ili takvu radnju trebaju poduzeti države članice. Ako sukladno načelu supsidijarnosti radnju treba poduzeti Unija, tada je ona obvezna postupiti razmjerno, tj. sredstva koja pritom treba koristiti moraju biti razmjerna postavljenim ciljevima. Drugim riječima, kada je Unija nadležna postupiti, njezina radnja ne može ići preko onoga što je nužno za postizanje cilja *Ugovora*. To znači da ove odredbe Uniji nameću obvezu poduzimanja jedino nužnih radnji i to najblažim mogućim mjerama.¹⁸

Međutim, sudskom praksom Suda Europske unije načelo razmjernosti postalo je često korišteno i u upravnom odlučivanju, gdje se redovito primjenjuje u svezi sa zaštitom prava pojedinaca i sankcijama koje im se izriču zbog kršenja prava Unije, osobito u području politike tržišnoga natjecanja.¹⁹ Time ga je Sud utvrdio jednim od općih načela prava Unije.²⁰ Koristi ga u procjeni usklađenosti s pravom Europske unije nacionalnih mjera koje donose države članice, a odnose se na prava i slobode pojedinaca zajamčene *Ugovorima*. Sud ovdje propituje je li nadležno tijelo države članice radi ostvarivanja dopuštene svrhe javnoga interesa te države, izabralo upravo onu mjeru koja je najmanje otegotna za slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala te jesu li države članice propisale kazne i sankcije za kršenje takvih

18 Institucije Unije ne mogu donijeti nikakvu odluku čiji se cilj može adekvatno postići radnjom poduzetom na nacionalnoj ili čak podnacionalnoj razini države članice. Stoga se načela supsidijarnosti i razmjernosti koriste u logičkom slijedu u postupku donošenja sekundarnoga prava Unije. Emiliou, op. cit., str. 139-142. Iz *Protokola (br. 2) o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality*, Official Journal, C 115, 9.5.2008., jasno proizlazi kako je načelo razmjernosti važno u postupku ozakonjivanja prava Unije. Kako bi se razmjernost u zakonodavstvu Unije lakše nadzirala, obrazloženje razloga za usvajanje uredbe, direktive ili opće odluke Unije treba sadržavati one informacije iz kojih se može zaključiti kako je taj propis usklađen s načelom razmjernosti. Vidi Maliszewska-Nienartowitz, Justyna, The principle of proportionality in the European Community law – general characteristic and practical application, *Pravni vjesnik*, god. 24., br. 1., 2008., str. 92-93.

19 Schwartze, primjerice ističe kako je upravo načelo razmjernosti najvažnije opće načelo prava Unije koje se primjenjuje na zajedničkom tržištu te kojem je cilj ograničiti doseg onih pravila Unije koja pojedincima na ovome tržištu nameću obveze. Schwartze, op. cit., str. 677. O načelu razmjernosti u zaštiti unutarnjega tržišta više vidi u Hös, Nikolett, The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: an appropriate standard of judicial review?, *EUI Working Paper 2009/06*.

20 Zanimljivo je naglasiti kako se Sud Europske unije u svojim prvim odlukama u kojima je primijenio ovo načelo nije pozvao na njegovo porijeklo u pravu Unije, a što je u pravilu činio s drugim načelima. Kao mogući razlog tome u pravnoj se literaturi ističe da je načelo razmjernosti Sud shvaćao kao temeljno i obvezno načelo čije je prisustvo u pravnom sustavu Unije samorazumljivo te ga ne treba dodatno objašnjavati i razjašnjavati. Emiliou, op. cit., str. 135.

mjera razmjerne težini povrede, a kako one nerazmjernošću ne bi postale zapreka provedbi jedne od četiri temeljne slobode u Uniji.²¹

Načelo razmjernosti Sud Europske unije posebno često primjenjuje i na rješavanje sporova o zakonitosti mjera koje institucije, tijela, uredi i agencije Unije donose o pravima i pravnim interesima pojedinaca. Pritom utvrđuje je li mjera pogodna za postizanje zakonitoga cilja; je li ona dostatno ograničena ili ide preko nužnoga za postizanje legitimnoga cilja; te jesu li troškovi ili ograničenja prihvatljivi u usporedbi s postignutim ciljem.²² Ocjenjujući zakonitost osporene mjere na ova pitanja odgovara koristeći kriterije koji su načelu razmjernosti pridijeljeni u pravnim sustavima država članica, konkretno kriterije primjenjivosti i nužnosti, a ponekad i kriterij razmjernosti *stricto sensu*.²³ Time je načelo razmjernosti široko prihvaćeno u pravnom sustavu Europske unije, iz kojega često ima povratni utjecaj na pravne sustave država članica, pa tako i na pravni sustav Republike Hrvatske.

4. NAČELO RAZMJERNOSTI U UPRAVNOM ZAKONODAVSTVU

Načelo razmjernosti smatra se novijim načelom hrvatskoga upravnoga prava. Ono poseban značaj dobiva tek 2000. godine kada je utvrđeno kao ustavna vrijednost.²⁴ Članak 16. *Ustava Republike Hrvatske* propisuje kako se slobode i prava mogu ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje te da svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. Ova ustavna odredba obvezuje sve dionike u hrvatskome pravnome sustavu, bez obzira obavljaju li oni zakonodavne, izvršne ili sudske funkcije. Tim je načelom razmjernosti vezan i sam hrvatski zakonodavac pri donošenju zakona.²⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske u većem broju odluka u kojima je odlučivao o ustavnosti

21 Ibid., str. 166-169.

22 De Búrca, The principle of proportionality and its application in EC law, *Yearbook of European Law*, vol. 13., no. 1., 1993., str. 117.

23 Maliszewska-Nienartowitz, op. cit., str. 91. Sud Europske unije dao je vrlo primjenjivu definiciju načela razmjernosti u slučaju C-331/88, *The Queen v. The Minister for Agriculture, Fisheries and Food and the Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and Others*, 1990., *European Court Review*, I-4023, p. 4063.

24 Može se smatrati da je načelo razmjernosti postalo dio hrvatske normative 1997. godine ratificiranjem *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02., kroz čiji se niz odredbi razmjernost provlači kao posebna pravna vrijednost. U isto vrijeme na načelo razmjernosti u nekim se odlukama počinje pozivati i Ustavni sud Republike Hrvatske.

25 O načelu razmjernosti u ustavnom pravu u hrvatskoj pravnoj literaturi vidi, npr. Rodin, Siniša, Načelo proporcionalnosti u novijoj praksi Ustavnog suda Republike hrvatske, *Informator*, br. 5623., 2008., str. 1-5. te Bagić, Snježana, *Načelo razmjernosti u praksi europskih sudova njegov utjecaj na praksu sudova u Hrvatskoj*, doktorska disertacija, Zagreb, 2013.

zakona ili nekih njihovih odredbi, svoje je odluke zasnovao upravo na poštovanju ili nepoštovanju ovoga načela.²⁶

Pored ustavne obveze poštovanja načela razmjernosti, ono je posebno značajno u upravnom pravu, gdje se spominje u većem broju zakona kojima su uređena pojedina upravna područja. Tako je primjerice primjena ovoga načela propisana u poduzimanju mjera potrebnih za promoviranje tržišnoga natjecanja i pravilnog funkcioniranja tržišta električne energije,²⁷ u postupanju s trošarinским proizvodima,²⁸ u utvrđivanju uznemiravanja, prisile i nedopuštenoga utjecaja u svezi sa zaštitom potrošača,²⁹ u financiranju ulaganja u novu željezničku infrastrukturu,³⁰ u određivanju korisničke naknade za korištenje javne ceste ili dijela javne ceste,³¹ u određivanju zakupnine za zakup na poljoprivrednom zemljištu i zakup za ribnjake,³² u postupku provođenja obveznog preoblikovanja sportskog kluba-udruge za natjecanje u sportsko dioničko društvo,³³ u obračunavanju pridodanoga staža, vrijednosnih bodova, najniže i invalidske mirovine u mirovinskom osiguranju,³⁴ u obračunavanju naknada u socijalnom osiguranju,³⁵ u provjeri znanja u svezi s priznavanjem inozemnih stručnih kvalifikacija u reguliranim profesijama³⁶ i sl. Ovim zakonima javnopravnim tijelima se jednostavno ukazuje kako pri donošenju odluke ovo načelo trebaju uzeti u obzir, bez da se njegov sadržaj i način primjene detaljnije razrađuje.

Nešto više pozornosti načelu razmjernosti posvećeno je u području prava na pristup informacijama. *Zakonom o pravu na pristup informacijama* propisano je kako je tijelo javne vlasti u određenim slučajevima zakonom obvezano da po zahtjevu za pristup informaciji, a prije donošenja odluke, provede test razmjernosti

26 Vidi npr. *Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-4405/2013 i U-II-3222/2014 od 31. ožujka 2015.*, Narodne novine, br. 41/15., *Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-295/2006 i U-I-4516/2007 od 6. srpnja 2011.*, Narodne novine, br. 82/11. te *Odluku i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-IP-3820/2009, U-IP-3826/2009 i dr. od 17. studenog 2009.*, Narodne novine, br. 143/09., u kojima je Ustavni sud odlučujući o prijedlozima za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti zakona s *Ustavom Republike Hrvatske* detaljno provodio test razmjernosti.

27 Članak 57. stavak 2. *Zakona o tržištu električne energije*, Narodne novine, br. 22/13., 95/15. i 102/15.

28 Članak 49. stavci 15. i 16., članak 50.a stavak 1., članak 90. stavak 11. i članak 91. stavak 1. *Zakona o trošarinama*, Narodne novine, br. 22/13., 32/13., 81/13., 100/15. i 120/15.

29 Članak 37. *Zakona o zaštiti potrošača*, Narodne novine, br. 41/14. i 110/15.

30 Članak 22. stavak 1. *Zakona o željeznici*, Narodne novine, br. 94/13. i 148/13.

31 Članak 9.b *Zakona o cestama*, Narodne novine, br. 84/11., 18/13., 22/13., 54/13., 148/13. i 92/14.

32 Članak 34. te članak 43. stavci 1. i 5. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 39/13. i 48/15.

33 Članak 44. stavak 2. *Zakona o sportu*, Narodne novine, br. 71/06., 150/08., 124/10., 124/11., 86/12., 94/13. i 85/15.

34 Članak 32. stavak 4., članak 80. stavak 4., članak 81., članak 90. stavak 4. *Zakona o mirovinskom osiguranju*, Narodne novine, br. 157/13., 151/14., 33/15. i 93/15.

35 Članak 33.a stavak 1. *Zakona o socijalnoj skrbi*, Narodne novine, br. 157/13., 152/14. i 99/15.

36 Članak 22. stavak 2. *Zakona o reguliranim profesijama i priznavanju inozemnih stručnih kvalifikacija*, Narodne novine, br. 82/15.

i javnog interesa. Ovaj test trebao bi predstavljati procjenu razmjernosti između razloga za omogućavanje pristupa informaciji i razloga za ograničenje. Drugim riječima on bi trebao dovesti do ispravnoga zaključka treba li informacija u nekim propisanim slučajevima biti stavljena na raspolaganje javnosti, jer je to u javnome interesu. *Zakon* ovdje propisuje nekoliko radnji koje tijelo javne vlasti treba poduzeti. Ono je ponajprije dužno utvrditi može li se pristup informaciji ograničiti radi zaštite nekog od zaštićenih interesa koje propisuje ovaj *Zakon*. Zatim, treba utvrditi bi li omogućavanjem pristupa traženoj informaciji u svakom pojedinom slučaju taj interes bio ozbiljno povrijeđen te prevladava li u konkretnom slučaju potreba zaštite prava na ograničenje ili javni interes. Konačno, ako utvrdi kako prevladava javni interes u odnosu na štetu po zaštićene interese, tijelo javne vlasti obvezno je informaciju učiniti dostupnom. Zbog velikoga broja tijela javne vlasti koji su obveznici primjene ovoga *Zakona*, ali i pravila o dvostupanjskom odlučivanju u upravnim stvarima, pravilnost provedbe ovoga testa u žalbenom postupku provjerava povjerenik za informiranje, unificirajući tako kriterije za njegovu provedbu.³⁷ No, unatoč razrađenom postupku testiranja razmjernosti, valja naglasiti kako je ovaj *Zakon* postupak testiranja specifično prilagodio primjeni načela razmjernosti u uskom upravnom području te ga je teško poopćiti i na druga upravna područja.

Iako je primjena načela razmjernosti zakonom utvrđena samo u nekim upravnim područjima, važno je naglasiti kako su ga javnopravna tijela ipak obvezna primjenjivati u rješavanju svih upravnih stvari. Ova obveza proizlazi iz članka 6. *Zakona o općem upravnom postupku* koji se supsidijarno primjenjuje u svim upravnim stvarima. To znači da se načelo razmjernosti neće primjenjivati jedino u rješavanju onih upravnih stvari u kojima je njegova primjena zakonom izričito isključena. Kako je *Zakonom o općem upravnom postupku* načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa utvrđeno jednim od načela upravnoga postupka, ono ima važan učinak na donošenje svake upravne odluke, čak i kada njegova primjena nije propisana zakonom koji uređuje pojedino upravno područje. Razlog je tome što upravo načela sugeriraju kojoj se vrijednosti pravnoga sustava javnopravno tijelo treba prikloniti u nedostatku pravne norme koja utvrđuje neko postupanje, sukobu različitih pravnih normi koje uređuju takvo postupanje, kao i u tumačenju nejasnih pravnih normi. Stoga se može ustvrditi kako su načela općeg upravnog postupka vodilja kako za zakonodavca, koji propisuje posebne upravne postupke, tako i za obveznike vođenja upravnih postupaka u donošenju upravnih odluka. Važnost načela upravnog postupka nije samo u tomu što ona tvore osnovu cjelokupnog upravnog postupka, već se njihov značaj ogleda u obvezi strogog pridržavanja ovih načela tijekom cijeloga postupka, od pokretanja pa sve do donošenja rješenja, ali i pri izjavljivanju pravnih lijekova i postupanju po njima. Njihovo pravno značenje dolazi do izražaja i pri pravilnoj primjeni materijalnih

37 Članak 5. točka 7., članak 16. i članak 25. stavak 5. *Zakona o pravu na pristup informacijama*, Narodne novine, br. 25/13. i 85/15.

propisa u rješavanju upravne stvari kao i iz jamstva zaštite prava i interesa koje oni pružaju strankama.³⁸

Člankom 6. *Zakona o općem upravnom postupku* načelo razmjernosti općenito je vezano uz zaštitu prava stranaka i javnog interesa. Njime je propisano kako se pravo stranke može 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. Ujedno je utvrđeno da kada 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 tim mjerama postiže svrha propisa. Konačno, propisano je kako su pri vođenju postupka javnopravna tijela dužna strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, pritom vodeći računa da ostvarivanje njihovih prava ne ide na štetu prava trećih osoba niti je u protivnosti s javnim interesom.

Unatoč ovim zakonskim određenjima sadržanim u općem upravnom postupnom zakoniku, ne može se reći kako je načelu razmjernosti dan precizan sadržaj. Analizirajući ove odredbe Šikić i Ofak zaključuju kako je zakonodavac najprije izrekao temeljno značenje načela razmjernosti u vođenju upravnoga postupka, a zatim ga i razradio razdjeljujući situacije u kojima se strankama nameću obveze od situacija u kojima stranke ostvaruju određena prava, pritom uzimajući u obzir i pitanje javnog interesa te prava trećih osoba. Ističu kako propisujući načelo razmjernosti kao jedno od osnovnih načela upravnog postupka zakonodavac „*vagu*“ na kojoj su na jednoj strani prava stranaka, a na drugoj „*šire*“ svrhe i ciljevi koje traže ograničavanja prava stranaka, promatra iz gledišta načela zakonitosti. Naglašavaju kako se tako određuje kako mogućnost ograničavanja prava stranaka mora biti propisana zakonom te da do ograničavanja može doći samo zbog zakonom utvrđenih svrha i ciljeva. Konačno, zaključuju kako se najuži smisao načela razmjernosti ogleda u propisivanju kako postupanje kojim se ograničava pravo stranke mora biti nužno te razmjerno cilju koji se želi postići. Naglašavaju i potrebu značajnije primjene ovoga načela u postupanju i ovlastima drugostupanjskoga tijela povodom žalbe, u svezi s ukidanjem zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo, u postupku izvršenja upravne odluke te u slučajevima jednostranoga raskida upravnoga ugovora.³⁹ No, unatoč propisanim slučajevima u kojima se načelo razmjernosti mora primijeniti, odredbe sadržane u hrvatskom pravnom sustavu još uvijek ne utvrđuju sadržaj ovoga načela te tehniku kako se ono treba primijeniti u rješavanju upravnih stvari, što se može ocijeniti nedostatkom hrvatskoga zakonodavstva.

38 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 403. Vidi i Đerđa, *Opći*, cit., str. 42-43.

39 Vidi Šikić, Ofak, op. cit., str. 133-137.

5. NAČELO RAZMJERNOSTI U UPRAVNOME ODLUČIVANJU

Razmjernost u donošenju pojedinačnih odluka znači kako se prava pojedinaca mogu ograničiti samo radi zaštite prava drugih osoba i javnoga interesa te javna vlast može ograničiti slobode pojedinca zajamčene zakonom samo do mjere koja je neophodna za zaštitu javnoga interesa. Kada pravna norma u danom činjeničnom stanju zahtijeva samo jedno zakonom dopušteno i određeno postupanje, javnopravno tijelo obvezno je primijeniti pravnu normu samo na takav, jedini pravno valjani način. U slučaju donošenja bilo kakve druge odluke ono je postupilo nezakonito. Stoga, načelo razmjernosti u upravnom odlučivanju ne dolazi do izražaja u primjeni kategoričkih pravnih normi.⁴⁰

Zbog toga ovo načelo do izražaja dolazi kada javnopravno tijelo u donošenju odluke primjenjuje alternativnu pravnu normu, koja mu omogućuje odabir jedne od ponuđenih alternativa koja na najbolji način ostvaruje svrhu utvrđenu zakonom. Alternativnom pravnom normom zakonodavac se suzdržao od potpunoga reguliranja načina ponašanja ostavljajući mogućnost primjenjivaču pravnoga pravila da u rješavanju konkretnoga slučaja postupi po vlastitom nahođenju, birajući onu od mogućnosti ponuđenih zakonom kojom će se prema njegovu shvaćanju taj slučaj najbolje riješiti. Pritom nije važno iz kojega je razloga donositelj pravne norme propustio unaprijed točno predvidjeti svaki slučaj i propisati način postupanja u svakoj konkretnoj situaciji.⁴¹ Važno je da javnopravno tijelo odluku treba donijeti na temelju slobodne ocjene, vođeno ne samo zakonitošću, već i svrhovitošću vlastitoga postupanja.

Rješavanje temeljem slobodne ocjene, još nazvano i upravnom diskrecijom, jedno je od najsloženijih pitanja upravnoga prava uopće.⁴² Razlog je tome što ona čini „nužan kompromis između dva važna, ali oprečna cilja pravnoga poretka“. S jedne strane, trebala bi zaštititi pojedinca od arbitrarne primjene izvršnih ovlasti. Kako bi takva zaštita bila valjana, pravnu normu na konkretno činjenično stanje

40 Borković ističe kako kategorička pravna norma točno propisuje način ponašanja. Njenim tumačenjem primjenjivač ima jasnu sliku, tj. izvlači nedvojbeni zaključak o načinu kako postupiti, jer mu norma predviđa jedino moguće ponašanje, tj. da uz određene pretpostavke nešto učini (npr. kad su ispunjeni uvjeti da prizna pravo – podijeli ovlaštenje) ili da se suzdrži od činjenja (kad propisani uvjeti nisu ispunjeni – da odbije zahtjev). Borković, op. cit., str. 82.

41 On je pritom mogao biti spriječen političkim, pravnim, legislativno-tehničkim ili kojim drugim razlogom. Slobodna ocjena opravdava se faktičnim poteškoćama u kojima se može naći javnopravno tijelo pri donošenju odluke te potrebom da se javnopravnim tijelima do određene mjere ostavi sloboda u obavljanju zadaća. O tome Borković, op. cit., str. 82.

42 O diskreciji pisali su brojni pravni teoretičari u Hrvatskoj, npr. Krbeč, Ivo, *Pravo javne uprave FNRJ*, Birozavod, Zagreb, 1960., str. 183-189., Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava: knjiga I*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 197-206., Ivančević, Velimir, Greška u svrsi upravnog akta –aktualni problem upravnih sporova u Jugoslaviji, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u zagrebu, Zagreb, 2003., str. 147-157., Borković, op. cit., str. 82-88., a Krbeč je ovome pitanju posvetio i opsežno monografsko djelo Krbeč, Ivo, *Diskreciona ocjena*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1937.

treba primijeniti zakonito, predvidljivo i jednako drugim slučajevima. S druge strane, potrebno je osigurati donošenje pravične odluke, a koja ovisi o specifičnim okolnostima svakoga slučaja koje zakonodavac propisom nije mogao predvidjeti ili podvesti pod donesenu pravnu odredbu. Stoga se slobodna ocjena može odrediti kao odabir javnopravnoga tijela jednoga od zakonom ponuđenih sredstava radi postizanja zakonom određenoga cilja.⁴³ Ovaj odabir javnopravno tijelo obavlja na temelju vrijednosne ocjene svake od ponuđenih alternativa. Vodeći se poželjnošću određene mjere u javnoj zajednici općenito, ono upravo odabranim sredstvom u konkretnome slučaju treba najpotpunije ostvariti cilj koji će unaprijediti javni interes.⁴⁴ Budući da pri korištenju slobodne ocjene javnopravno tijelo ima zadaću odrediti mjeru koja na najbolji način odgovara zaštiti javnoga interesa i prava pojedinca, upravo je načelo razmjernosti posebna vodilja koju pri donošenju takvih upravnih odluka ono treba imati na umu.

S druge strane, ako se u konkretnome slučaju ne koristi alternativna pravna norma primjena razmjernosti u tom je slučaju ograničena, jer bi postupanje protivno takvoj pravnoj normi, pa čak i ako bi ono bilo usklađeno s općim shvaćanjem razmjernosti, bilo nezakonito. Na nedopuštenost primjene ovoga pravnoga načela u pojedinim slučajevima ukazuje i upravnosudska praksa. Tako je, primjerice upravni sud u konkretnome slučaju osnovano odbio prigovor povrede načela razmjernosti pri odlučivanju javnopravnoga tijela o komunalnoj naknadi, tvrdeći kako javnopravno tijelo nije odlučivalo slobodnom ocjenom niti je imalo mogućnost izbora između različitih mjera koje bi se mogle primijeniti prema stranci radi ispunjenja njezine obveze. Slijedom toga javnopravno tijelo nije bilo ovlašteno razmatrati koja bi mjera za stranku bila povoljnija, pa time nije niti povrijedilo načelo razmjernosti.⁴⁵ Prigovor o potrebi donošenja odluke sukladno načelu razmjernosti odbio je i Visoki upravni sud u predmetu prenamjene zemljišta u kojem je zbog promjene propisa tijekom vođenja postupka stranka inzistirala na primjeni za nju povoljnijeg propisa, pritom se pozivajući na ovo načelo. Visoki upravni sud utvrdio je kako načelo razmjernosti nije primjenjivo na slučaj promjene propisa u kojem je prvenstveno trebalo ocijeniti koji materijalni propis treba primijeniti u takvoj postupovnoj situaciji. Odabir mjerodavnoga propisa, prema mišljenju suda ne predstavlja ovlast slobodnoga odlučivanja.⁴⁶ Isto shvaćanje upravni sud zauzeo je rješavajući o zakonitosti obnove postupka utvrđivanja novčane naknade zbog nezaposlenosti, u kojoj je tijekom vođenja postupka također došlo do izmjene odnosno dopune pravnih propisa. Sud je naglasio kako kod izmjena i dopuna propisa te donošenja novih propisa ne postoji pravo primjene propisa koji je blaži odnosno povoljniji

43 Upravo odabir jedne od više ponuđenih alternativa u pravnoj normi čini bitno obilježje slobodne ocjene, koje predstavlja nužan zahtjev za učinkovitu zaštitu prava pojedinca i razlikuje slobodnu ocjenu od arbitrarne odluke.

44 Emiliou, op. cit., str. 61-62.

45 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 9 UsI-1169/13-11 od 24. veljače 2015.*

46 Vidi *Presudu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, posl. br.: UsŽ-1760/15-2 od 22. listopada 2015.*

za stranku, već se vremensko važenje pojedine norme utvrđuje prema relevantnim prijelaznim i završnim odredbama, a ako tih odredbi nema, prema općeprihvaćenom načelu primjene normi koje su vrijedile u vrijeme podnošenja zahtjeva. Slijedom toga utvrdio je kako se u tom slučaju ne primjenjuje načelo razmjernosti.⁴⁷

Pored ovoga važnoga područja primjene načela razmjernosti u upravnom odlučivanju, ono svoju primjenu nalazi i u još jednome stadiju upravnoga postupka – vrednovanju činjenica koje vode izvođenju zaključka o činjeničnome stanju. Svaka upravna odluka rezultat je primjene opće pravne norme na konkretno činjenično stanje. Pravna norma u pravilu propisuje koje pretpostavke trebaju biti ispunjene za podjelu nekoga prava ili nametanje neke obveze. Stoga, je zadaća javnopravnoga tijela u svakom konkretnom slučaju ponajprije utvrditi postojanje ovih pretpostavki, a čije postojanje ili nepostojanje ono utvrđuje u dokaznom postupku. Međutim, pri izvođenju zaključka o činjeničnome stanju javnopravno tijelo može pogriješiti dajući nekim činjenicama pogrešnu težinu. Tako nekima pri izvođenju zaključka o činjeničnom stanju može dati pretjeranu težinu, dok druge može zanemariti. Dakle, ovdje se ne radi o slučaju da je javnopravno tijelo u upravnom postupku propustilo utvrditi neku činjenicu ili ju je pogrešno utvrdilo, a što rezultira pogreškom u činjeničnom stanju, već je ono potpuno i pravilno utvrđenoj činjenici dalo pogrešno značenje u kontekstu izvođenja zaključka o činjeničnom stanju, a slijedom čega je također počinilo tu istu pogrešku. Time pogrešno vrednovanje pojedine činjenice u postupku donošenja upravne odluke rezultira nezakonitošću same odluke. Stoga, pogrešno vrednovanje određene činjenice u izvođenju zaključka o činjeničnom stanju, također vodi povredi načela razmjernosti, jer je i sama donesena odluka nerazmjerna materijalnoj istini koja se trebala utvrditi u upravnom postupku.⁴⁸ Iz svega se može zamijetiti kako ovo načelo poseban značaj ima i u postupku donošenja upravne odluke, čak i kada je ona zasnovana na kategoričkoj pravnoj normi.

Slučajevi pogrešnoga vrednovanja dokazanih činjenica u postupku izvođenja dokaza o činjeničnom stanju nerijetko se susreću i u hrvatskoj upravnoj praksi. Ovi slučajevi posebno su česti u svezi s odlukama koje se odnose na protjerivanje stranaca iz Republike Hrvatske. Razlog je tome što je sukladno *Zakonu o strancima* protjerivanje stranca koji nezakonito boravi u Republici Hrvatskoj podložno brojnim iznimkama i ograničenjima, a koja su vezana uz zaštitu pojedinih kategorija

47 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 2 UsI-1822/12-12 od 18. veljače 2014.*

48 Ovo se stajalište posebno naglašava u francuskome pravu. U ovome pravu navode se i primjeri kako se pretjeranim davanjem značaja važnosti kaznene osude u postupku utvrđivanja činjenica pojedinoj osobi može uskratiti traženo pravo, čak i kada to ne traži zaštita javnoga interesa u zajednici, kao i da se izvlaštenju zemljišta privatne osobe treba pristupiti tek nakon što se utvrdi da se projekt ni na koji način ne može realizirati na zemljištu koje je u vlasništvu neke osobe javnoga prava. Ističe se i kako upravni sudovi u Francuskoj pri ocjeni značaja činjenica na donošenje odluke posljednjih godina ispituju čak i podupire li javni interes odluke koje se odnose na prostorno planiranje, a što ujedno dovodi i do primjene *cost-benefit* analize pri ocjeni zakonitosti upravnih odluka donesenih u ovome području. Vidi Emiliou, op. cit., str. 113.

stranaca.⁴⁹ Upravni sud zauzeo je gledište kako je u rješavanju svakoga pojedinoga predmeta protjerivanja stranca iz države potrebno uzeti u obzir, između ostalog, težinu i vrstu počinjenog djela, stupanj krivnje, težinu izrečene kazne te protek vremena od počinjena djela, a kako bi se cjelovito sagledali svi pravno odlučni aspekti koji mogu biti osnova propisana zakonom za ograničavanje ustavnih prava pojedinca. Razvidno je kako se u tim slučajevima ne radi o odluci donesenoj slobodnom ocjenom javnopravnog tijela, već je u svrhu donošenja zakonite odluke potrebno pravilno kvalificirati pojedine činjenice konkretnoga slučaja, a koje ukazuju na postojanje neke osnove koja isključuje progon stranca iz Republike Hrvatske.⁵⁰ Isto stajalište upravni sud zauzeo je i u predmetima koji se odnose na dodjelu državljanstva strancu. Pozivajući se na načelo razmjernosti istaknuo je kako je u tim predmetima važno da javnopravno tijelo cjelovito sagleda sve pravno odlučne aspekte, što u pojedinim slučajevima uključuje uzimanje u obzir zaštitu pojedinih ustavnih prava, ali i ispitivanje pretpostavki propisanih za njihovo ograničavanje. U konkretnome slučaju sud je ključnim ocijenio kako je okolnost da je podnositelj zahtjeva za primanje u hrvatsko državljanstvo tri puta pravomoćno osuđivan zbog počinjenja kaznenih djela izazivanja prometne nesreće, povrede dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje te prijevare, presudna da se može zaključiti kako on ne poštuje pravni poredak Republike Hrvatske. Posebno je naglasio kako osuda za kazneno djelo prijevare predstavlja primjer djela koje po svome biću poglavito ukazuje na nepoštovanje domaćega pravnog poretka.⁵¹

6. TESTIRANJE NAČELA RAZMJERNOSTI U UPRAVNOM ODLUČIVANJU

Načelo razmjernosti, kako je shvaćeno u hrvatskom pravu, ali i u pravu Europske unije, dakle zahtijeva da je svaka mjera sadržana u upravnoj odluci koju je donijelo nadležno javnopravno tijelo primjenjiva za postizanje cilja koji utvrđuje zakon na temelju kojega se ona donosi, da je nužna za postizanje željenoga cilja, a što podrazumijeva da ne postoje mjere koje su pogodnije za stranku, a dovode do istoga rezultata, te da je razumna, tj. da se od osobe na koju se mjera odnosi može razumno očekivati da će prihvatiti određenu mjeru.

49 Tako se odredbom članka 100. stavka 1. *Zakona o strancima*, Narodne novine, br. 130/11. i 74/13., propisuje da će se u primjeni mjera za napuštanje Republike Hrvatske uzeti u obzir, između ostalog, obiteljski život i zdravstveno stanje stranca prema kojem se poduzimaju mjere, a prema članku 104. stavku 1. *Zakona o strancima*, u donošenju odluke o protjerivanju, pored okolnosti iz članka 100. toga *Zakona*, u obzir će se uzeti duljina boravka, gospodarske veze te stupanj socijalne i kulturne integracije stranca u Republici Hrvatskoj, kao i njegove veze s državnom podrijetla.

50 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci*, posl. br.: 2 UsI-1139/12-15 od 23. listopada 2013. te *Presudu Upravnoga suda u Rijeci*, posl. br.: 2 UsI-1637/12-14 od 24. lipnja 2013.

51 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci*, posl. br.: 2 UsI-1073/12-15 od 18. rujna 2013.

Testiranje razmjernosti započinje tek po utvrđivanju legitimnosti cilja koji se odgovarajućom odlukom želi postići. Dakle, odluka koja se donosi mora ispuniti cilj propisan zakonom. Kako nelegitimni cilj ni u kojem slučaju ne može opravdati podjelu bilo kojega prava ili nametanje neke obveze, donošenju razmjerne odluke pristupa se tek po utvrđivanju legitimnosti cilja radi provedbe kojega se ta odluka i donosi.⁵² Kako je ranije već navedeno, načelo razmjernosti utjelovljuje tri temeljna zahtjeva koja se propituju kako bi se utvrdilo je li mjera sadržana u odluci sukladna ovome načelu: mjera koja se određuje treba biti primjenjiva za postizanje cilja, mjera koja se određuje mora biti nužna kako bi se ostvario cilj te korišteno sredstvo treba biti razmjerno ostvarenome cilju. Ovi temeljni zahtjevi načela razmjernosti, još se nazivaju i testom primjenjivosti, testom nužnosti i testom *stricto sensu*.

Test primjenjivosti zahtijeva da mjera sadržana u odluci izravno doprinosi postizanju cilja radi kojega se odluka donosi. Time primjenjivost ukazuje može li određena mjera pridonijeti postizanju željenoga cilja. Slijedom toga, u provedbi zakona javnopravna tijela mogu koristiti samo one mjere koje su primjenjive ostvarivanju ciljeva zakona na temelju kojega se donose. Primjenjivost neke mjere uvijek se ocjenjuje sukladno objektivnim standardima, a nikako temeljem subjektivne procjene javnopravnoga tijela. To znači da će se mjera smatrati primjenjivom, ako sukladno intenciji zakonodavca izraženoj u zakonu stvara, mijenja ili ukida neki pravni odnos. Mjera koja ne dovodi do ostvariva zakonskoga cilja, smatra se neprimjenjivom mjerom te je samim time i nedopuštena.⁵³ Slijedom toga, tako donesena odluka smatra se nerazmjernom. Utvrđivanje primjenjivosti mjere u praksi čini najjednostavniji dio testiranja načela razmjernosti, jer se ono oslanja na utvrđivanje uzročno-posljedične veze između mjere sadržane u odluci i cilja određenoga zakonom.⁵⁴

Test primjenjivosti često se uočava u sudskoj praksi upravnih sudova u Hrvatskoj. Tako je primjerice upravni sud u sporu o obračunu komunalne naknade utvrdio neprimjenjivom mjeru određivanja komunalne naknade za cjelogodišnje razdoblje stranci, koja je tijekom godine objekt dala u podzakup, čime ga je prestala koristiti. Ova mjera, nije razmjerna cilju naplate komunalne naknade, jer je sklapanjem ugovora o podzakupcu prestala obveza plaćanja komunalne naknade za taj poslovni prostor, pa je naplata komunalne naknade za razdoblje

52 Harbo, op. cit., str. 165. Iako postoje oprečna mišljenja o tome treba li legitimnost cilja uključiti u testiranje razmjernosti, većina autora smatra ga pretpostavkom za primjenu načela razmjernosti, a ne njegovim sastavnim elementom. O tome vidi Rivers, Julian, Proportionality and variable intensity of review, *Cambridge Law Journal*, vol. 65., no. 1., 2006., str. 181.

53 U njemačkom se pravu navodi kako je, primjerice neprimjenjiva odluka o izgradnji elektrane na području na kojem zbog konfiguracije zemljišta elektranu nije moguće sagraditi, odluka kojom se jednom suvlasniku građevine nalaže uklanjanje takve građevine, kao i odluka kojom se od privatne osobe traži postupanje suprotno nekoj kategoričkoj odredbi u pravnome sustavu. No, navodi se kako je ograničenje prometovanja nekoliko mjeseci u godini motornim vozilima u strogom centru grada tijekom noći primjenjiva mjera u svrhu omogućavanja noćnoga odmora turistima u tome mjestu.

54 Vidi Emiliou, op. cit., str. 28-29. i Jans, Jan H., Proportionality Revisited, *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 27., no. 3., 2000., str. 243.

nakon prestanka korištenja objekta zakupcu koji je objekt dao u podzakup i o tome obavijestio nadležno javnopravno tijelo, mjera koja nije primjenjiva za ostvarivanje cilja naplate komunalne naknade.⁵⁵ Upravni sudovi razmatrali su primjenjivost mjera sadržanih u upravnim odlukama i u slučajevima u kojima je javnopravno tijelo štiteći jednu zakonom zaštićenu vrijednost izravno povrijedilo drugu. Tako je, primjerice Visoki upravni sud vagao ustavna i konvencijska jamstva vezana uz osobnu slobodu pojedinca i potrebu restriktivne primjene mjera usmjerenih na ograničenje slobode ispitujući primjenjivost mjere kojom se podnositelju zahtjeva za azil ograničila sloboda kretanja smještajem u Prihvatni centar za strance u trajanju od 180 dana zbog određivanja mjere prisilnog udaljenja iz Republike Hrvatske, a radi služenja tuđom ispravom kao svojom. Utvrdio je kako *Zakon o azilu* ne propisuje obligatorno određivanje ograničenja kretanja tražitelja azila, čak niti u slučaju podnošenja zahtjeva za azil s očitom namjerom odgode prisilnog udaljenja.⁵⁶ Stavljajući u korelaciju ograničenje kretanja izrečeno zbog navodnog nastojanja da podnošenjem zahtjeva za azil odgodi postupak prisilnog udaljenja iz Republike Hrvatske, izrečenog u prekršajnom postupku, i pravo i dužnost tražitelja azila da, prema *Zakonu o azilu*, boravi u Republici Hrvatskoj od dana podnošenja zahtjeva za azil do okončanja postupka, što isključuje mogućnost izvršenja zaštitne mjere izrečene u prekršajnom postupku, Visoki upravni sud zaključio je kako je izrečena mjera neprimjenjiva, a time i nerazmjerna.⁵⁷ S druge strane, u predmetu protjerivanja stranca iz Republike Hrvatske upravni sud u korelaciju je doveo načelo zaštite obitelji propisano člankom 61. *Ustava Republike Hrvatske* i ograničenja za protjerivanje stranaca propisanim *Zakonom o strancima*. Sud je utvrdio kako u konkretnom slučaju protjerivanje stranca iz države, čak i onoga koji u Hrvatskoj ima bračnoga druga i djecu, ne predstavlja nerazmjerno ograničenje ustavnog načela zaštite obitelji, jer je stranka u konkretnome slučaju počinila više kaznenih djela. Za počinjenje jednoga od njih izrečena joj je višegodišnja bezuvjetna zatvorska kazna te je kazneno djelo krivtvođenja isprave za koje je stranka osuđena primjer djela koje po svome biću ukazuje na nepoštovanje domaćega pravnog poretka.⁵⁸ Slično shvaćanje susreće se i u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, koji je odlučujući o ustavnoj tužbi o povredi ustavnoga prava na dom, utvrdio da je u konkretnom slučaju, u kojemu se odlučivalo o deložaciji osobe iz nekretnine koja nije bila u njezinome vlasništvu, riječ o predmetu u kojem su suprotstavljena dva pojedinačna prava. To su, s jedne strane, pravo vlasništva sporne nekretnine, a s druge, pravo na dom nevlasnika koji boravi u nekretnini. Stavljajući u međusobni odnos ta dva pojedinačna prava, Ustavni sud utvrdio je da u konkretnom slučaju pravo vlasnika sporne nekretnine preteže nad pravom osobe koja u njoj boravi, kao korisnika nekretnine. Svoj je stav argumentirao tezom što je korisnik spornu

55 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci*, posl. br.: 9 UsI-1428/14-10 od 3. lipnja 2015.

56 Članak 74. stavak 1. točka 8. *Zakona o azilu*, Narodne novine, br. 79/07., 88/10. i 143/13.

57 Vidi *Presudu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske*, posl. br.: Us-12409/2011-10 od 3. siječnja 2012.

58 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci*, posl. br. 2 UsI-726/12-7 od 26. kolovoza 2013.

nekretninu koristio bez valjane pravne osnove, nepodmirujući za nju niti troškove potrošnje vode niti električne energije. Dakle, znao je da je sporna nekretnina vlasništvo druge osobe i nakon njezina zahtjeva da se iseli mirnim putem, to je odbio i nastavio ju koristiti na isti način kao i ranije. Time se deložacija prema stajalištu Ustavnoga suda ne može smatrati neprimjenjivom mjerom u kontekstu zaštite prava na dom.⁵⁹

Budući da neka primjenjiva mjera može biti vrlo otegotna odnosno ograničavajuća za stranku, po provedenome testu primjenjivosti provodi se još jedan test – tzv. test nužnosti određivanja te mjere. Sukladno ovome testu propituje se je li odabrana mjera neophodna za postizanje zakonskoga cilja ili se u istu svrhu može odrediti i koja druga. Za testiranje zahtjeva nužnosti mora postojati mogućnost odabira između nekoliko primjenjivih sredstava za postizanje željenoga cilja. Kada god se utvrdi kako je za postizanje takvoga cilja moguće odrediti samo jednu primjenjivu mjeru, ona se ujedno ocjenjuje nužnom. No, ako se cilj utvrđen zakonom može postići i kojom drugom mjerom, na stranku se treba primijeniti ona koja je za nju najmanje otegotna odnosno ograničavajuća. Stoga se u tom slučaju testom nužnosti propituje je li upravo određena mjera koja je primjenjiva za postizanje određenoga cilja, ujedno i ona koja najmanje opterećuje prava i pravne interese stranke.⁶⁰ Test nužnosti tako propituje intenzitet do kojega je intervencija u prava stranke usklađena s ciljevima zakona.⁶¹

Pogrešna procjena nužnosti određene mjere kriterij je koji pri poništavanju upravnih odluka zbog povrede načela razmjernosti uzimaju u obzir i upravni sudovi u Hrvatskoj. Tako je, primjerice Visoki upravni sud odlučujući o zakonitosti poništavanja rješenja kojim se udovici nestaloga hrvatskoga branitelja određuje pravo na novčanu naknadu u iznosu obiteljske mirovine, a koju je ovlaštenica koristila kao neuka stranka ne obavještavajući u propisanome roku nadležno javnopravno tijelo o promjeni činjenica koje utječu na gubitak pojedinog prava ili na smanjenje općega korištenja tim pravom, utvrdio kako je načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa povrijeđeno, jer se stranci oduzima stečeno pravo, a istovremeno joj pripada drugo pravo u istom opsegu koje se financira iz istoga izvora. Slijedom toga u konkretnom slučaju mjera poništavanja rješenja nije bila nužna za postizanje cilja propisanoga zakonom.⁶² Slično, u odluci o zakonitosti

59 Vidi *Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-3039/2015 od 23. rujna 2015.*

60 U njemačkom pravu ističe se kako je mjera nužna kada druga, jednako primjenjiva mjera, koja bi manje opterećivala prava i pravne interese stranke ne bi imala isti učinak u ostvarivanju željenoga cilja. Tako se primjerice navodi kako izricanje novčane kazne zbog buke u noćnim satima koja je posljedica rada ugostiteljskoga objekta, iako je primjenjiva nije ujedno i nužna mjera, jer se učinak zabrane stvaranja buke u noćnim satima može postići i dnevnim vremenskim ograničenjem rada toga objekta. Također se nužnom ne može ocijeniti niti mjera određivanja godišnjih kvota za prijevoz robe na određenoj trasi, s obzirom na to da se smanjenje obavljanja ove djelatnosti može postići i posebnim pristojbama po obavljenoj vožnji koje se nameću autoprijevoznicima.

61 Emiliou, op. cit., str. 29-30. i Jans, op. cit., str. 245-246.

62 Vidi *Presudu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, posl. br.: Us-10348/2010-4 od 7. veljače 2013.*

primjene izvanrednoga pravnoga lijeka poništavanja i ukidanja rješenja upravni sud je u konkretnom slučaju utvrdio da je javnopravno tijelo povrijedilo načelo razmjernosti, jer je rješenje poništilo, a ne ukinulo, bez da je za to navelo posebno obrazloženje u osporenome aktu.⁶³ U ovom je sporu sud zauzeo gledište kako je ukidanje rješenja, kao mjera blaža za stranku, pravilo kod primjene izvanrednog pravnog lijeka poništavanja i ukidanja rješenja, dok je za primjenu poništavanja rješenja potrebno postojanje takvih okolnosti koje, imajući u vidu prirodu upravne stvari i posljedice primjene poništavanja, opravdavaju poništavanje rješenja.⁶⁴

Nakon što se utvrdi kako je neka mjera primjenjiva i nužna pristupa se testiranju razmjernosti *stricto sensu*. Ovaj oblik ocjenjivanja razmjernosti u užem smislu upućuje na razmatranje predstavlja li mjera sadržana u odluci prekomjeran teret za stranku. Prije donošenja odluke javnopravno tijelo još treba uspostaviti odgovarajuću ravnotežu između tereta i ograničenja prava i pravnih interesa koje stranka određenom mjerom trpi te koristi koju javna zajednica ima od poduzimanja takve mjere. Stoga, važući privatni interes stranke i javni interes zajednice javnopravno tijelo treba utvrditi jesu li subjektivna prava stranke u konkretnome slučaju pretjerano opterećena u usporedbi s objektivnim ciljem koji se postiže. Ovaj zahtjev, time, traži uspostavljanje odgovarajuće ravnoteže između povrede prava ili pravnog interesa stranke i dobiti za zajednicu koja proizlazi iz određene mjere. Slijedom toga, određivanje mjere čija šteta pravima i pravnim interesima stranke nadmašuje prednosti za samu zajednicu smatra se nerazmjernom pa tako i nedopuštenom.⁶⁵ Time upravo razmjernost *stricto sensu* sprječava javnopravna tijela da nepromišljeno donose odluke kada odlučuju slobodnom ocjenom.⁶⁶

Odmjeravanje ograničavanja prava pojedinca i koristi za društvenu zajednicu nije nepoznata i u hrvatskoj sudskoj praksi. Odlučujući o zakonitosti oduzimanja oružja zbog optužbe za počinjenje kaznenoga djela, a za koje je po okončanju upravnoga postupka osumnjičeni oslobođen, Ustavni sud Republike Hrvatske utvrdio je kako je oduzimanje oružja nerazmjerno cilju koji se u upravnome postupku trebao postići. Ovo stajalište potkrijepio je tezom da su rješenja kojima se stranci oduzelo oružje bila usklađena sa zakonom samo do trenutka pravomoćnog okončanja kaznenog odnosno prekršajnog postupka, a ne i poslije toga, a slijedom čega je povrijeđeno tužiteljevo pravo vlasništva. Podnositelju je oduzeta imovina,

63 Kako razlog poništavanja nije istaknut u obrazloženju sud nije bio u mogućnosti ispitati je li tuženik u primjeni ovoga izvanrednoga pravnog lijeka primijenio načelo razmjernosti iz članka 6. stavka 1. *Zakona o općem upravnom postupku*.

64 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 2 UsI-1565/12-15 od 24. siječnja 2014.*

65 U njemačkom pravu navode se primjeri kako je odbijanje pojedincu zahtjeva za upis na visoko učilište jer se protiv njega vodi kazneni postupak nerazmjerno *stricto sensu*, jer uskraćivanje mogućnosti studiranja značajno nadilazi interes koji zajednica može imati odbijajući pružiti uslugu obrazovanja potencijalnom počinitelju kaznenoga djela. Slično, primjerom nerazmjernosti *stricto sensu* smatra se i odbijanje prava boravka u državi strancu, zbog počinjenja prometnih prekršaja. Međutim, odbijanje prava boravka strancu zbog uzrokovanja smrti druge osobe, pa čak i iz nehata, ne protivi se ovome zahtjevu. Emiliou, op. cit., str. 34-35.

66 Emiliou, str. 31-32. i Jans, op. cit., str. 428.

a nakon pravomoćnog okončanja kaznenog odnosno prekršajnog postupka u kojima nije oglašen krivim, on više nije imao pravnu mogućnost njezina povrata. U tim okolnostima prema stajalištu Ustavnog suda Republike Hrvatske, oduzimanje oružja pa niti drugi oblici kompenzacije za oduzeto oružje, ne mogu se smatrati ustavnopravno prihvatljivim, jer podnositelju neosnovano nameću nerazmjern teret ograničavanja, tj. lišavanja njegova vlasništva, koji nije u skladu s inače legitimnom svrhom i ciljem zakonskih odredaba o oduzimanju oružja onim osobama protiv kojih se vode kazneni odnosno prekršajni postupci.⁶⁷ Također, upravni sud utvrdio je kako mjera odbijanja zahtjeva za primitkom u hrvatsko državljanstvo ne postavlja nerazmjerno ograničenje ustavnih prava vezanih uz zaštitu obitelji propisanih člankom 61. Ustava Republike Hrvatske, slijedom čega nije niti nerazmjerna *stricto sensu*, kada donošenjem takve odluke podnositelju zahtjeva za primitak u hrvatsko državljanstvo ne prijete izgon iz Republike Hrvatske.⁶⁸ Na kraju je zanimljivo naglasiti kako je upravni sud odluku javnopravnoga tijela koje je jedinstvenim zaključkom odlučilo o troškovima izvršenja za rušenje bespravno sagrađenih ureda i recepcije, te ograde i obalnoga betonskoga zida izvedenog u moru utvrdio ne samo primjenjivom i nužnom, već i razmjernom *stricto sensu*, jer je prije donošenja takve odluke stranka mogla samostalno u potpunosti ukloniti objekte, što u zadanome roku nije učinila te da je treća osoba kojoj je javnopravno tijelo povjerilo izvršenje uklonila sve bespravno sagrađene objekte.⁶⁹

Iz sudske prakse ujedno proizlazi i stav suda kako se načelo razmjernosti u svakome pojedinome slučaju treba primijeniti konkretno, te se ne može generaliziranjem utvrditi je li neka mjera sukladna ovome načelu. Tako je u presudama Upravnog suda Republike Hrvatske koje se odnose na odlučivanje o navodnoj nezakonitoj uskrati prava na pristup informacijama, Sud utvrdio kako se skupnom zahtjevu za dostavu određenih podataka ne može udovoljiti, s obzirom na to da se odnos prava na pristup informaciji i klasificiranome odnosno osobnom podatku u svakom konkretnom slučaju mora zasebno odmjeriti.⁷⁰

Iako su ovi testovi u teoriji jasno razlučeni, u praksi su često povezani te se preklapaju. Slijedom toga ne mogu se niti precizno razgraničiti. Prije određivanja neke mjere javnopravna tijela trebaju dobiti pozitivan odgovor na svaki od ovih testova, tj. trebaju utvrditi kako je mjera primjenjiva, nužna i razmjerna *stricto sensu*. Stoga načelo razmjernosti u pojedinome slučaju zahtijeva udovoljavanje mjere svakom od ovih zahtjeva. No, u pravnoj literaturi ističe se kako javnopravna tijela, a posebno upravni sudovi, u praksi rijetko provode sva tri testa. Oni u pravilu provode testove primjenjivosti i nužnosti, dok razmjernost *stricto sensu* testiraju samo iznimno.⁷¹

67 Vidi Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-3198/2006 od 15. ožujka 2011., Narodne novine, br. 36/11.

68 Vidi Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 2 UsI-1073/12-15 od 18. rujna 2013.

69 Vidi Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 1 UsI-1408/12-11 od 21. listopada 2013.

70 Vidi Presudu Upravnog suda Republike Hrvatske, posl. br.: Us-7253/2011-5 od 17. kolovoza 2011. i Presudu Upravnog suda Republike Hrvatske, posl. br.: Us-7252/2011-5 od 17. kolovoza 2011.

71 Vidi Emiliou, op. cit., str. 24., Harbo, op. cit., str. 165. te Maliszewska-Nienartowitz, op. cit., str. 91-92.

Analizirajući zahtjeve koji se vezuju uz testiranje načela razmjernosti de Búrca zaključuje kako je ono „u bitnome važuće načelo“, koje se koristi kako bi se utvrdilo hoće li neko zakonom priznato ili zaštićeno pravo ili pravni interes stranke biti prekomjerno ograničeno. Naglašava kako se njegova primjena općenito ogleda u više pitanja kojima se analiziraju mjere i ciljevi koji se tim mjerama namjeravaju postići. Ističe kako je u primjeni načela razmjernosti zadaća javnopravnoga tijela najprije utvrditi koje je zakonom zaštićeno pravo ili pravni interes u pitanju. Zatim, treba utvrditi doseg do kojega ovo pravo ili pravni interes može biti ograničeno. Također treba utvrditi i razlog, tj. opravdanje za takvo ograničenje, a koje se nužno mora referirati na zaštitu kojeg drugoga prava ili javnoga interesa. Konačno, javnopravno tijelo koje primjenjuje ovo načelo još mora ocijeniti hoće li interferencija ograničavanja nekoga prava sa zaštićenim pravnim interesom biti pretjerana ili neće.⁷² Ovakvim pristupom testiranju razmjernosti mjere sadržane u nekoj odluci de Búrca ipak nije u većoj mjeri odstupio od ranije navedenih testova ova načela.⁷³

7. SUDSKI NADZOR PRIMJENE NAČELA RAZMJERNOSTI U UPRAVNIM ODLUKAMA

Za razliku od javnopravnih tijela koja bi u postupku donošenja upravne odluke trebala utvrditi i primjenjivost, nužnost i razmjernost *stricto sensu* mjere sadržane u takvoj odluci, sudovi pri obavljanju sudskoga nadzora polaze od suprotne pretpostavke. Oni ne utvrđuju udovoljavanje ovim testovima, već propituju je li mjera određena u upravnoj odluci suprotna nekom od ovih zahtjeva. U svakom slučaju kada upravni sud utvrdi kako mjera nije primjenjiva ili nije nužna ili nije razmjerna *stricto sensu*, odluku u kojoj je ona sadržana staviti će izvan snage poništavanjem.

U pravnoj literaturi ističe se niz problema s kojima se sudovi u tim slučajevima suočavaju. Ponajprije, kako bi sud mogao nadzirati slobodnu ocjenu trebao bi ući u vrijednosno razmatranje njezina sadržaja, a što je prerogativ izvršne, a ne sudske funkcije. Stoga se sudovi u pravilu zadržavaju na ocjeni zakonitosti osnova za slobodno ocjenjivanje te prekoračenja granica slobodne ocjene, a ne i samoga odabira ponuđene alternative. Sudovi utvrđuju primjenjivost, čak i nužnost mjere određene upravnom odlukom, no vrlo se nerado upuštaju u ocjenu razmjernosti *stricto sensu*. Kada i provode ovaj test te utvrde kako ne daje zadovoljavajuće

72 De Búrca, Grainne, Proportionality and subsidiarity as general principles of law, *General Principles of European Community Law*, Kluwer, Hague, London, Boston, 2000., str. 98.

73 Hipotetički model procjene razmjernosti u upravnom odlučivanju dao je i Cianciardo navodeći kako će mjera sadržana u nekoj upravnoj odluci biti razmjerna ako ona ne predstavlja veliki teret za pojedinca, jer od nje postoji otegotnija mjera, a ona vodi k ostvarivanju cilja od posebne važnosti za društvenu zajednicu. On također ističe kako će mjera sadržana u odluci biti nerazmjerna čak i kada postoji otegotnija mjera, ako ona značajno ograničava pravo pojedinca, a ne ostvaruje cilj od posebne društvene važnosti. Cianciardo, op. cit., str. 4-5.

rezultate, poništavaju upravne odluke samo zbog očitog nerazmjera između povrede prava stranke i koristi za zajednicu koja proizlazi iz takve mjere. Međutim, u posljednje vrijeme u usporednoj pravnoj teoriji javljaju se gledišta kako bi trebalo dopustiti sudski nadzor nad primjenom slobodne ocjene u cijelosti, a ne samo u svezi s dopuštenošću i granicama slobodnoga odlučivanja. U pravnoj literaturi ističe se kako se odabirom alternative ponuđene u pravnoj normi koja prema ocjeni suda nije najsvrhovitija krši načelo razmjernosti, a što onda predstavlja povredu prava, a koju su upravni sudovi ovlašteni nadzirati.⁷⁴ Iako je vezanost uprave načelom zakonitosti posljednjih godina vrlo intenzivna, te unatoč širenju sudskoga nadzora nad sve većom sferom radnji javnopravnih tijela, treba ipak imati na umu podjelu funkcija u državi te ovlasti koje su izvršnim i upravnim tijelima povjerene ustavom i zakonom.

Kako bi sudovi mogli provesti nadzor nad primjenom načela razmjernosti u upravnoj odluci, razlozi određivanja konkretne mjere moraju detaljno biti istaknuti u obrazloženju te odluke. Sudovima može uvelike pomoći analiza koju je javnopravno tijelo dalo o udovoljavanju testa primjenjivosti, testa nužnosti i testa razmjernosti *stricto sensu*. Bez naznačenih razloga za usvajanje određene mjere, sud teško može utvrditi njezinu zakonitost. Tako primjerice upravni sudovi u Francuskoj redovito poništavaju upravne odluke iz čijih se obrazloženja ne može utvrditi razlog usvajanja u njima određene mjere. Ističe se kako sudovi tako postupaju jer razmatranje načela razmjernosti nije u potpunosti podložno objektivnim kriterijima, pa se razlog za usvajanje neke mjere često može činiti dvojbena.⁷⁵ U tom kontekstu i upravni sudovi u Hrvatskoj poseban naglasak stavljaju na jasnost i razumljivost obrazloženja upravne odluke. Naglašavaju kako značaj koji javnopravno tijelo pridaje svakoj od činjenica odlučnih za donošenje odluke o upravnoj stvari obvezno treba biti istaknut u obrazloženju. Bez istaknutoga učinka svake od propisanih pretpostavki za donošenje odluke u obrazloženju ne može se utvrditi je li javnopravno tijelo pri donošenju odluke postupilo u skladu s načelom razmjernosti, a slijedom čega je donesena odluka nezakonita. Prema stajalištu suda, da bi se primjena načela razmjernosti uopće mogla razmotriti, kako od stranke u određenome postupku tako i od javnopravnoga tijela, nužno je da primjena ovoga načela, kao i provedenih testova, bude detaljno izložena u obrazloženju upravne odluke.⁷⁶

Konačno, čak i kada utvrde povredu načela zakonitosti upravni sudovi u pravilu neće biti u mogućnosti meritorno riješiti upravnu stvar, jer se primjena ovoga načela posebno vezuje uz rješavanje slobodnom ocjenom. U Hrvatskoj je *Zakonom o upravnim sporovima* propisano kako će upravni sud, kada utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita, presudom usvojiti tužbeni zahtjev, poništiti pobijanu odluku i sam riješiti stvar, osim kad to ne može učiniti s

74 Emiliou, op. cit., str. 35-36. i 88.

75 Ibid., str. 113.

76 Vidi *Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 2 UsI-1139/12-15 od 23. listopada 2013.* te *Presudu Upravnoga suda u Rijeci, posl. br.: 2 UsI-1637/12-14 od 24. lipnja 2013.*

obzirom na prirodu stvari ili kad je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni.⁷⁷ Time je sud onemogućen svojom presudom zamijeniti nezakonitu upravnu odluku čak i ako ima jasan stav o zakonitoj primjeni načela razmjernosti.

Na kraju zanimljivo je osvrnuti se i na sudsku praksu Suda Europske unije koja se odnosi na primjenu načela razmjernosti od institucija, tijela, ureda i agencija Unije, ali i država članica. U pravnoj literaturi navodi se kako iz analize velikoga broja presuda Suda Europske unije koji obuhvaćaju slučajeve u kojima su radnje Unije osporene kao nezakonite, slučajeve u kojima je utvrđeno da su države članice nerazmjerno ograničile prava i slobode zajamčene *Ugovorima*, i slučajeve u kojima je utvrđeno da države članice postupaju nerazmjerno u primjeni prava Unije, jasno proizlazi nepostojanje jedinstvenih kriterija koji se primjenjuju na zahtjeve koje postavlja načelo razmjernosti u ovoj međunarodnoj organizaciji. Ističe se kako nadzor primjene ovoga načela u pravu Unije danas više nalikuje kliznoj skali ispitivanja zakonitosti, a čiji intenzitet ovisi o različitim čimbenicima: važnosti i prepoznatosti zakonskoga prava koje je ograničeno, važnosti i prirodi javnog ili drugoga interesa zbog kojega je takvo pravo ograničeno, te brojnim drugim čimbenicima koji se javljaju u svakom pojedinom slučaju. Kada pravo pojedinca nije jasno određeno ili značajno te kada razlog za ograničavanje štiti širi javni interes zajednice koji uključuje mnogo političkih i ekonomskih čimbenika, ispitivanje razmjernosti relativno je slaboga intenziteta. U slučajevima kada mjera koja se ispituje nema širi politički značaj ili nikakav politički značaj, kao npr. kada se radi o pojedinačnoj kazni, te kada je povrijeđeno pravo jasno utvrđeno kao ljudsko pravo ili temeljna sloboda, Sud Europske unije primjenjuje strogi test razmjernosti ispitujući ima li manje otegotnih mjera za postizanje istoga cilja. Iz svega ovoga zaključuje se kako Unija, unatoč razvijenom načelu razmjernosti još uvijek nije spremna za puno testiranje primjene ovoga načela u rješavanju u upravnim stvarima.⁷⁸

8. ZAKLJUČAK

Načelo razmjernosti relativno je novo načelo hrvatskoga pravnoga sustava. Pod snažnim utjecajem prava Europske unije svakim se danom sve značajnije infiltrira u hrvatski pravni sustav. Godine 2000. normativno je prepoznato kao ustavno načelo, a 2010. godine postalo je i važnim načelom hrvatskoga općeg upravno postupovnog prava. Time se ono treba primjenjivati u donošenju upravnih odluka ne samo kada je kao takvo propisano zakonima koji uređuju pojedina upravna područja, već kada god njegova primjena u rješavanju neke upravne stvari zakonom nije izričito isključena. Primjena načela razmjernosti u donošenju upravnih odluka posebno dolazi do izražaja u predmetima u kojima se odluka donosi slobodnom ocjenom

⁷⁷ Članak 58. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12. i 152/14.

⁷⁸ De Búrca, Proportionality, cit., str. 97-98. i Sauter, op. cit., str. 29-30.

javnopravnih tijela te u izvođenju zaključka o činjeničnome stanju na koji će se zatim primijeniti pravna norma.

Iako je njegova primjena propisana u više posebnih upravnih područja, značenje i sadržaj ovoga načela, a posebno oblici njegova testiranja nisu detaljnije određeni. Time je njegovo oblikovanje u Hrvatskoj prepušteno upravnosudskoj i upravnoj praksi. Na shvaćanje ovoga načela u Hrvatskoj značajno je utjecalo pravo Europske unije te praksa Suda Europske unije. Ovaj sud izgradio je precizne kriterije koji se vezuju uz primjenu načela razmjernosti, razvijajući ih ponajprije na njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Tako je Sud Europske unije odredio tri zahtjeva kojima mora udovoljavati mjera sadržana u upravnoj odluci, a kako bi bila donesena sukladno njemu. Mjera ponajprije treba biti primjenjiva za postizanje cilja utvrđenoga zakonom. Dakle, intervencija javnopravnoga tijela u prava i pravne interese stranke nužno mora dovesti do zasnivanja, mijenjanja ili ukidanja pravnoga odnosa, a sukladno cilju koji postavlja zakon na temelju kojega se donosi upravna odluka. Takvu mjeru, nadalje, treba nužno donijeti kako bi se zaštitio javni interes. No, mjera će biti nužna samo ako ne postoji druga mjera kojom će se ostvariti isti zakonski cilj, ali uz upotrebu sredstava koja će manje opteretiti ili ograničiti prava stranke. Konačno, mjera mora biti takvoga sadržaja koji opravdava ostvarivanje cilja koji se ostvaruje. To znači da između tereta i ograničenja prava i pravnih interesa koje stranka određenom mjerom trpi te koristi koju javna zajednica ima od poduzimanja takve mjere, mora biti uspostavljena odgovarajuća ravnoteža. Tek ako su sve ove pretpostavke ispunjene, može se ustvrditi kako je javnopravno tijelo donijelo razmjernu odluku.

Sudski nadzor razmjernosti upravnih odluka suočen je s nizom poteškoća koje se otvaraju u praksi. Ponajprije, kako načelo razmjernosti poseban značaj ima u donošenju odluka slobodnom ocjenom, sudovi su u pravilu isključeni od mogućnosti nadzora svrhovitosti ovih odluka. Zatim, kako bi sudovi mogli razmotriti način testiranja primjenjivosti, nužnosti i razmjernosti *stricto sensu*, a kako se ovdje ne radi o jasnim i objektivnim parametrima, upravna odluka trebala bi u obrazloženju sadržavati detaljnu elaboraciju vrednovanja činjenica i odmjeravanja mjere. Nadalje, čak i ako sud utvrdi kako je pri donošenju odluke načelo razmjernosti povrijeđeno, on u pravilu nema ovlast u sporu pune jurisdikcije svojom presudom zamijeniti poništenu odluku već, predmet treba vratiti javnopravnome tijelu na ponovno rješavanje. I konačno, a što se može ocijeniti i najvećom poteškoćom u primjeni i nadzoru načela razmjernosti u ovome trenutku, niti upravna tijela, niti sudska praksa nemaju ujednačene i standardizirane kriterije za njegovu primjenu. Tako će ono, i u budućnosti izazivati brojne dvojbe te biti dobra osnova za osporavanje odluka pravnim sredstvima.

Summary

PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN ADMINISTRATIVE ADJUDICATION

The purpose of this article is to analyse the principle of proportionality and its influence on the Croatian administrative adjudication and judicial practice. The author analyses the meaning and content of the principle of proportionality, as a general legal principle. Then, its influence is analysed on the European Union law, as an international integration whose Member State is the Republic of Croatia, and whose *acqui communautaire* is applicable in the Croatian legal system. Furthermore, its inclusion into the legal system of the Croatian administrative law is taken into consideration, both in terms of laws which are applied in specific administrative fields and in the *Law of the General Administrative Procedure*. Its frequency of usage in the administrative adjudication is analysed, and the criteria for its applicability are determined. In the end, it is pointed to the problems with which administrative courts are faced during judicial review of the decisions made by means of this principle.

Key words: *principle of proportionality, administrative procedure, administrative decision, discretionary power, determining facts of the case.*

Zusammenfassung

VERHÄLTNISMÄßIGKEITSPRINZIP BEI VERWALTUNGSBESCHLUSSFASSUNGEN

Ziel dieser Arbeit ist den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dessen Einfluss auf die kroatische Verwaltungs- und verwaltungsjuristisch Beschlussfassung zu untersuchen. In der Arbeit werden erstens die Bedeutung und der Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips als den Grundrechtsprinzips festgestellt. Daraufhin wird sein Einfluss im Rechtswesen der Europäischen Union als einer internationalen Integration, deren Mitglied Republik Kroatien ist und deren juristische Errungenschaft in Kroatien angewendet wird, untersucht. Weiterhin wird die Normierung dieses Prinzips im kroatischen Verwaltungsrechtswesen betrachtet sowohl laut den Gesetzen, die einige Verwaltungsbereiche regeln, als auch laut dem *Gesetz vom Grundverwaltungsverfahren*. Sein Anteil wird in der Verwaltungsbeschlussfassung der öffentlich-juristischen Behörden analysiert und die Testierungskriterien der Anwendung dieses Prinzips werden festgestellt. Letztendlich wird es auf Probleme hingewiesen, mit deren sich die

Verwaltungsgerichte während der Gesetzmäßigkeitskontrolle der Entscheidungen, die laut der Anwendung dieses Prinzips getroffen wurden, in der Praxis auseinandersetzen.

Schlüsselwörter: *Verhältnismäßigkeit, Verwaltungsverfahren, Verwaltungsbeschluss, freie Abschätzung, Feststellung des Sachverhalts.*

Riassunto

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELLE DECISIONI AMMINISTRATIVE

Lo scopo di questo lavoro è quello di esaminare il principio di proporzionalità e la sua influenza nelle decisioni in ambito giusamministrativo. Nel contributo, per prima cosa, s'accerta il significato ed il contenuto del principio di proporzionalità, quale principio giuridico generale. Quindi si valutano gli influssi integrativi nel diritto dell'Unione, di cui la Repubblica di Croazia fa parte ed il cui *acquis* è parte integrante del diritto croato. Ancora, si analizza la regolamentazione di tale principio nella legislazione amministrativa croata; in specie nelle leggi che regolano specifici ambiti giusamministrativi, come pure nella legge sul procedimento amministrativo generale. Si disamina il suo ruolo nelle decisioni prese dagli organi pubblici e si accertano i criteri di individuazione delle modalità di applicazione di tale principio. Da ultimo, si segnalano i problemi maggiormente sentiti dai tribunali amministrativi in occasione del controllo della legalità delle decisioni prese in applicazione di tale principio.

Parole chiave: *principio di proporzionalità, procedimento amministrativo, libera valutazione, accertamento dello stato dei fatti.*

(NE)USKLAĐENOST OPĆE I POSEBNE STVARNOPRAVNE NORMATIVE O STJECANJU, VRSTAMA I SADRŽAJU PRAVA SLUŽNOSTI U NAŠEM POZITIVNOM PRAVU

Dr. sc. Ante Perkušić, sudac i izvanredni profesor,
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.26
Ur.: 11. siječnja 2016.
Pr.: 1. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad sadrži širi prikaz opće i posebne stvarnopravne normative o stjecanju, vrstama i sadržaju prava služnosti u pozitivnom pravu Republike Hrvatske. U tom smislu izvršena je raščlamba pravnog temelja i načina osnivanja, vrsta te sadržaja ovoga ograničenog stvarnog prava, a sve s obzirom na specifičnosti posebne zakonske regulative (čija je primjena u praksi najčešća) u odnosu prema općoj zakonskoj regulativi. Pritom se upozorava na nedorečenosti posebne zakonske normative, kao i njenu neusklađenost s načelima postavljenim općom normativom o služnostima. Analiziraju se prednosti i nedostaci ove normative prema otvorenim pitanjima koja se javljaju u primjeni ovog instituta s obrazloženim prijedlozima de lege ferenda.

Ključne riječi: *pravo služnosti, stvarne služnosti, osobne služnosti, nepravilne služnosti, opća i posebna zakonska normativa o služnostima, zakonska ograničenja prava vlasništva.*

I. UVOD

Veza našeg pravnog sustava sa suvremenim slojem srednjoeuropskog stvarnog prava utemeljena je uvođenjem austrijskog Općeg građanskog zakonika na našem području.¹ U daljnjem razdoblju, do stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,² naš stvarnopravni sustav prošao je kroz faze postojanja sadržajno različitih vrsta vlasništva, nejednakih ovlaštenja pravnih subjekata na stvarima, te inače zanemarivanja osnovnih postulata stvarnog prava, do ponovnog povratka

1 Austrijski Opći građanski zakonik (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB*) - u daljnjem tekstu: OGZ.

2 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN., br. 91/96, 68/98, 137/99, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14 – dalje: ZV).

načelima stvarnog prava kakvo postoji u zemljama kontinentalnoeuropskog pravnog kruga kao pravnoj tradiciji hrvatskoga prava, sada utemeljenoj na odrednicama Ustava Republike Hrvatske.³ Tako do donošenja ZV-a stvarnopravni odnosi nisu bili u cijelosti pravno regulirani. Glavni izvor pravila općega stvarnopravnog uređenja predstavljao je Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima⁴ koji se primjenjivao uz cijeli niz propisa koji su uređivali stvarnopravne odnose (koji često međusobno nisu bili dovoljno usklađeni), a u dijelu u kojem je postojala pravna praznina, primjenjivala su se pravna pravila.⁵ U tom smislu se i služnosti do stupanja na snagu ZV-a mogu sagledati samo kroz ukupnost regulative; ZOVO-a, posebnih zakona čija se normativa odnosila na služnosti, odredbi OGZ-a, hrvatskoga Zakona o nužnim prolazima iz 1906. god., odnosno austrijskoga Zakona o nužnim prolazima iz 1896. god., Zakona i Pravilnika o zemljišnim knjigama, kao supsidijarnog izvora pravnog pravila u dijelu kojem služnosti nisu bile regulirane ZOVO-om i posebnim zakonima, te zauzetim stajalištima sudske prakse koja je u ovom razdoblju imala značajno kreativnu ulogu. Naime, ZOVO je samo u čl. 6., 7., 70., te 49. do 59. sadržavao regulativu koja se odnosila na stvarne služnosti, čl. 60. tek je nabrojio osobne služnosti,⁶ pa je bila u primjeni normativa OGZ-a i navedenih Zakona o nužnim prolazima, kao pravnih pravila. Mada nedorečen u svojoj regulativi o služnostima ZOVO je u bitnom recipirao pravila OGZ-a. Različita regulativa bila je tek u području stjecanja stvarnih služnosti dosjelošću. Međutim, temeljna polazišta ovih zakona bila su različita. Različit je bio pojam nekretnine, zaštita povjerenja u prometu, različit pristup vlasništvu, kao značaj i uloga zemljišnih knjiga.

Tek stupanjem na snagu ZV-a, kao glavnog izvora našeg općeg stvarnopravnog uređenja te Zakona o zemljišnim knjigama,⁷ kao izvora zemljišnoknjižnog prava, naše opće stvarnopravno uređenje ima konzistentan sustav stvarnih prava. Središnje mjesto zauzima pravo vlasništva koje daje svom nositelju najveću moguću privatnu pravnu vlast na stvari koja je predmet tog prava, dok ostala stvarna prava (pravo služnosti, pravo građenja, pravo iz stvarnog tereta i založno pravo) daju svom titularu samo neku ograničenu (parcijalnu, djelomičnu) privatnu pravnu vlast na stvari.⁸ ZV služnosti cjelovito uređuje kao jedinstveni pravni institut u svom

3 Ustav Republike Hrvatske (NN., br. 56/90, 135/97, 8/98 – proč. tekst, 113/00, 124/00 – proč. tekst, 28/01, 41/01 – proč. tekst, 55/01, 76/10 i 85/10 – proč. tekst – u daljnjem tekstu: Ustav RH).

4 Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (Službeni list, br. 6/80 i 36/90, NN., br. 53/91 – u daljnjem tekstu: ZOVO).

5 Međutim, pravna pravila primjenjivala su se tada u okvirima koji im je određivao socijalistički poredak, dakle, u uvjetima stalnog degradiranja i potiskivanja građanskopravnog uređenja iz središnjeg na sasvim sporedno mjesto, dok je središnje mjesto zauzelo javnopravno uređenje.

6 Sve je ostalo ZOVO, kao u vrijeme svog donošenja savezni zakon, prepustio regulativi Republičkog zakonodavstva, što nikad nije učinjeno.

7 Zakon o zemljišnim knjigama (NN., br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10 i 55/13 – u daljnjem tekstu: ZZK).

8 Ovim Zakonima uspostavljena je jednovrsnost vlasništva (privatno vlasništvo – čl. 1. st. 2. ZV-a), te se ponovno uspostavlja pravno jedinstvo nekretnine koja se sada definira geometrijski određenom površinom zemljišne čestice sa svime što je s njom trajno povezano

četvrtom dijelu (čl. 174. do 245.) na način da je opće i načelne odredbe postavio u glavi prvoj (čl. 174. do 185.), posebne odredbe za stvarne služnosti u glavi drugoj (čl. 186. do 198.), posebne odredbe za osobne služnosti u glavi trećoj (čl. 199. do 217.), stjecanje u glavi četvrtoj (čl. 218. do 232.), zaštitu u glavi petoj (čl. 233. do 236.) te prestanak u glavi šestoj (čl. 237. do 245.).

S druge strane, uvažavajući opći interes za što boljom zaštitom, iskorištavanjem i uporabom nekih stvari, odredbama Ustava RH proglašena su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku i koja tako uživaju osobitu zaštitu. Riječ je o moru, morskoj obali i otocima, vodama, zračnom prostoru, rudnom blagu i drugim prirodnim bogatstvima koji već neposredno (temeljem Ustava RH) imaju status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, ali i zemljištu, šumama, biljnom i životinjskom svijetu, te drugim dijelovima prirode, nekretninama i stvarima od osobitog kulturnoga, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonodavcu omogućeno da im se posebnim zakonom odredi status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.⁹ Tako je u našem pravu vrlo široko postavljen krug stvari, odnosno drugih dobara koje je Ustav neposredno proglasio dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku, odnosno za koje je posredno zakonodavcu omogućio da ih takvim proglasi i uspostavi posebno pravno uređenje za te stvari ili druga dobra. Uspostavljanjem posebnog stvarnopravnog uređenja za određene vrste stvari one dobivaju poseban pravni status koji ih izdvaja od općeg stvarnopravnog uređenja. Posebnom stvarnopravnom regulativom (posebnim zakonom) za tu vrst stvari određuje se način na koji ih vlasnici i ovlaštenici prava na njima mogu upotrebljavati i iskorištavati, ali i naknada za ograničenja kojima su eventualno podvrgnuti.¹⁰ U navedenim okolnostima uspostavljenog posebnog građanskopravnog uređenja, pravila općeg građanskopravnog uređenja (ZV-a) primjenjuju se na odnose za koje je uspostavljeno posebno pravno uređenje samo ako pravila tog posebnog pravnog uređenja na to upućuju, te u dijelu u kojem određeni pravni odnos nije reguliran posebnim pravilima (ako opća pravila nisu s posebnim pravnim uređenjem u suprotnosti – čl. 1. st. 5. ZV-a), kada se primjenjuju podredno (supsidijarno).

Kada je riječ o posebnom pravnom uređenju relevantnom za stjecanje, vrste i sadržaj služnosti, čestu primjenu u praksi ima normativa: Zakona o šumama, Zakona o vodama, Zakona o poljoprivrednom zemljištu, Zakona o cestama, Zakona

na njezinoj površini i ispod nje (čl. 9. st. 1. ZV-a), određena je zaštita povjerenja u prometu, a osobito zaštita povjerenja u zemljišne knjige (čl. 122. do 125. ZV-a), te je omogućeno uspješno stvarnopravno osiguranje tražbine (čl. 34., 246. do 279. i 297. do 353. ZV-a) i dr.

9 Čl. 52. st. 1. Ustava RH: More, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnoga, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, imaju njezinu osobitu zaštitu.

10 Čl. 52. st. 2. Ustava RH: Zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici, te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti.

o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije, Zakona o elektroničkim komunikacijama, Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina i Zakona o koncesijama.¹¹ Upravo zbog česte primjene u praksi u ovom radu vrši se i raščlamba navedene normative, dok posebne odredbe relevantne za služnosti sadrže i drugi zakoni koji su stupili na snagu nakon ZV-a i ZZK-a.¹²

U okolnostima kada je zakonodavac vrlo široko iskoristio ustavnu mogućnost uspostavljanja posebnog pravnog uređenja od izuzetnog značaja je činjenica usklađenosti, odnosno neusklađenosti svakog od tih posebnih stvarnopravnih uređenja s bitnim sadržajem koji je za služnosti uspostavljen striktnim normama ZV-a o služnostima, kao i posebnog odstupanja od općeg pravnog uređenja kod pravila o stjecanju, te vrstama stečenih služnosti, a sve ponajprije zbog tumačenja i primjene ove normative u praksi.

II. SLUŽNOSTI PREMA ZV-A

II.1. POJAM, OPĆA OBILJEŽJA, SUBJEKTI, OBJEKT I VRSTE SLUŽNOSTI

II.1.1. Pojam i opća obilježja služnosti kao jedinstveni institut stvarnog prava

ZV određuje služnost kao ograničeno stvarno pravo na nečijoj stvari koje ovlašćuje svojeg nositelja da se na određeni način služi tom stvari (poslužna stvar) ma čija ona bila, a njezin svagdašnji vlasnik je dužan to trpjeti ili, pak, zbog toga gleda nje nešto propuštati (čl. 174. st. 1.). Navedena definicija služnosti ne pravi bilo kakav odmak od određenja kakvog je imao OGZ u § 472., te u našem pravnom poretku predstavlja kontinuitet. Slijedom tradicije koju je odredilo Justinijanovo pravo, a poslije prihvatio OGZ, te ostala zakonodavstva srednjoeuropskog pravnog

11 Zakon o šumama (NN., br. 140/05, 82/06, 129/08, 80/10, 124/10, 25/12, 68/12, 148/13 i 94/14), Zakon o vodama (NN., br. 153/09, 63/11, 130/11, 56/13 i 14/14), Zakon o poljoprivrednom zemljištu (NN., br. 39/13 i 48/15), Zakon o cestama (NN., br. 84/11, 22/13, 54/13, 148/13 i 92/14), Zakon o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije (NN., br. 92/10), Zakon o elektroničkim komunikacijama (NN., br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13 i 71/14), Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske (NN., br. 94/13), Zakon o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina (NN., br. 80/11), Zakon o koncesijama (NN., br. 143/12).

12 Zakon o željeznici (NN., br. 123/03, 30/04, 79/07, 120/08 i 75/09), Zakon o otocima (NN., br. 34/99, 149/99, 32/02 i 33/06), Zakon o rudarstvu (NN., br. 56/13), Zakon o komasaciji poljoprivrednog zemljišta (NN., br. 51/15), Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (NN., br. 158/03, 100/04, 141/06, 38/09 i 123/11), Zakon o rudarstvu (NN., br. 56/13), Zakon o zaštiti prirode (NN., br. 80/13), Zakon o grobljima (NN., br. 19/98 i 50/12), Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (NN., br. 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12 i 136/12), Zakon o sportu (NN., br. 71/06, 150/08, 124/10, 124/11 i 86/12), Zakon o lovstvu (NN., br. 140/05, 75/09 i 153/09), Zakon o obrani (NN., br. 73/13) i dr.

kruga, ZV određuje služnosti kao jedinstveni pravni institut. Naime, iako razlike između posebnih vrsta služnosti, u pojedinim segmentima, dostižu one u kojima se razlikuju ograničena stvarna prava međusobno, zajednička opća obilježja služnosti čine ih jedinstvenim institutom stvarnog prava, te jasno određuju njihovo mjesto u okviru sustava zatvorenog broja stvarnih prava. U bitnim odrednicama opća obilježja služnosti prema ZV-u nepromijenjena su u odnosu na ona kakva su postojala u OGZ-u. Posljedica je to činjenice da regulativa služnosti prema ZV-u uglavnom predstavlja recepciju OGZ-a. Međutim, djelomične izmjene i dopune koje su učinjene shodno suvremenim dostignućima pravne doktrine, te po uzoru na regulativu poimanja služnosti u ostalim zemljama srednjoeuropskog pravnog kruga, svoj potpuni smisao dobivaju tek pri tumačenju u okviru ukupne regulative ZV-a koja se odnosi na služnosti, a prije svega u okviru općih obilježja tog instituta. Tako je institut služnosti kao ograničenog stvarnog prava nakon stupanja na snagu ZV-a postavljen temeljnim zajedničkim obilježjima koja ovaj institut određuju kao: stvarno pravo (služnosti su jedno od pet stvarnih prava koje ZV sistematizira i regulira u svom zatvorenom sustavu stvarnih prava i kao stvarno pravo djeluje apsolutno – *erga omnes*, prema svim trećima koji su dužni suzdržavati se od ometanja ovlaštenika u izvršavanju njegovih prava služnosti.), - stvarno pravo na tuđoj stvari (izvan izuzetnih okolnosti koje predviđa odredba čl. 238. st. 2. ZV-a, nema služnosti na vlastitoj stvari /*nemini res sua servit*/), stvarno pravo koje ne može postojati na služnosti (shodno odredbi čl. 180. st. 3. ZV-a, služnost služnosti ne može postojati /*Servitus servitutis esse non potest*/), koje ne može obvezivati na činidbu (shodno odredbi čl. 177. st. 3. ZV-a, vlasnik opterećene stvari u načelu nije dužan ništa aktivno činiti /*Servitus in faciendo consistere nequit*/), koje mora biti korisno (shodno odredbi čl. 175. st. 1. ZV-a, služnost mora biti korisna /*utilis*/, tj. mora imati razumnu svrhu), koje se mora izvršavati obzirno (shodno odredbi čl. 177. st. 1. i 2. ZV-a, ovlaštenik prava služnosti mora pri izvršavanju svojih ovlasti postupati obzirno /*civiliter*/, tako da što manje opterećuje poslužnu stvar), koje je samostalno neprenosivo (shodno odredbi čl. 182. st. 1. i 2. ZV-a, služnost se ne može samostalno razdvojiti od poslužne stvari niti prenijeti na drugog ovlaštenika ili stvar, odnosno prenosiva je samo zajedno s poslužnom stvari, a stvarna služnost i s povlasnom stvari / osobne služnosti kao strogo osobno pravo ne mogu se uopće prenijeti s ovlaštenika na drugu osobu, pa su tako na aktivnoj strani shodno odredbi čl. 202. st. 1. ZV-a potpuno neprenosive/), te koje je u načelu (osim plodouživanja, koje je djeljivo jer je korištenje stvari na koje ono ovlašćuje djeljivo, pa može postojati i na alikvotnom dijelu vlasništva poslužne stvari, može postojati u korist više osoba po kvotama, od kojih je shodno odredbi čl. 203. st. 5. ZV-a svaka samostalni nositelj svog dijela prava plodouživanja na istoj poslužnoj nekretnini) nedjeljivo (shodno odredbi čl. 183. ZV-a, stvarna služnost predstavlja ovlaštenje cijele povlasne nekretnine, odnosno opterećenje cijele poslužne nekretnine, pa je ne mogu osnovati samo pojedini suvlasnici na svome dijelu kao poslužnom dobru, odnosno samo u korist svoga dijela kao povlasnog dobra).¹³

13 O bitnim obilježjima prava služnosti vidjeti šire: A. Perkušić, M. Perkušić, Š. Jozipović, Bitna obilježja prava služnosti – posebno mogućnost osnivanja vlasničkih služnosti, *Liber amicorum in honorem Viliam Gorenc*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014., str. 107. do 130.

II.1.1.1. Pojam i osobitosti stvarnih služnosti

Prema odredbi čl. 186. st. 1. ZV-a stvarna služnost predstavlja stvarno pravo svagdašnjeg vlasnika određene nekretnine (povlasna nekretnina) te da se za potrebe te nekretnine na određeni način služi nečijom nekretninom (poslužna nekretnina), čiji svagdašnji vlasnik to mora trpjeti ili mora propuštati određene radnje glede svoje nekretnine koje bi inače imao pravo činiti. Odredba čl. 186. st. 1 ZV-a jasnim izražajem obuhvaća definiciju stvarnih služnosti na način kako ih je OGZ postavio u svoje tri odredbe (§ 472, § 473 i § 474 OGZ-a). Stvarne služnosti postoje isključivo na nekretninama. Kao stvarnopravni odnos postoje između svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine (*praedium dominans*) i svagdašnjeg vlasnika poslužne nekretnine (*praedium serviens*). Osnivaju se *realiter* u korist svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine, a na teret svagdašnjeg vlasnika poslužne nekretnine sa svrhom boljeg i lakšeg gospodarenja povlasnom nekretninom. Tako se uvjeti osnivanja, ovlasti izvršavanja, razlozi ukidanja i dr. uvijek sagledavaju prema potrebama boljeg i korisnijeg gospodarenja nekretninom, a ne prema potrebama osobe koja je trenutni vlasnik te nekretnine. Kao pripadak svojih nekretnina, nakon osnivanja, prate povlasnu nekretninu (ovlaštenjem), odnosno poslužnu nekretninu (opterećenjem) i bez obzira na promjenu u osobi vlasnika ovih nekretnina. Kao subjektivno građansko pravo može ovlašćivati svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine da se na određeni način koristi poslužnom nekretninom, a što je svagdašnji vlasnik poslužne nekretnine dužan trpjeti ili ovlašćuje svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine zahtijevati od svagdašnjeg vlasnika poslužne nekretnine da propušta izvršavanje određene radnje na svojoj nekretnini koju bi inače imao pravo izvršavati, a što je ovaj dužan propustiti. ZV svojom regulativom ne zabranjuje osnivanje stvarnih služnosti i kao naplatnih. Tako stranke mogu dispozicijom pravnog posla kojim osnivaju služnost u okviru opće normative za služnosti utvrditi dužnost svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine na davanje određene naknade za izvršavanje služnosti svagdašnjem vlasniku poslužne nekretnine. Isto tako broj i vrsta stvarnih služnosti nije zakonom ograničena. Zakonom su regulirane pojedine stvarne služnosti kao tipične. No, shodno odredbi čl. 188. st. 1. ZV-a vlasnik povlasne i vlasnik poslužne nekretnine mogu osnovati stvarne služnosti bilo kojeg sadržaja koji je moguć, a nije zabranjen.

II.1.1.2. Pojam i osobitosti osobnih služnosti

Osobna služnost je stvarno pravo koje ovlašćuje pojedinačno određenu osobu da se na određeni način služi tuđom stvari (poslužna stvar), čiji svagdašnji vlasnik to mora trpjeti (čl. 199. st. 1. ZV-a). Za razliku od stvarnih služnosti broj osobnih služnosti je ograničen na pravo plodouživanja, pravo uporabe i pravo stanovanja (čl. 199. st. 2. ZV-a). Određenjem točno određenog broja osobnih služnosti ZV se zadržao u tradiciji koju je na našem prostoru utemeljio OGZ § 478. Tako je u našem pravu i dalje sadržaj osobnih služnosti uvijek vezan uz korištenje tuđe stvari pa nema negativnih osobnih služnosti. No, ostavljena je mogućnost neograničenog

broja osnivanja nepravilnih služnosti (čl. 189. ZV-a). Dok se razumna svrha stvarnih služnosti cijeni kroz što bolje i korisnije gospodarenje nekretninom svrha osobne služnosti cijeni se kroz zadovoljavanje određenih potreba poimenično određene osobe koja je nositelj služnosti. Tako je na aktivnoj strani osobna služnost uvijek određena *personaliter* kao strogo osobno pravo. No, na pasivnoj strani dolazi do izražaja stvarnopravni karakter ovog instituta. Naime, kao opterećenje osobna služnost prati stvar na kojoj je osnovana i nositelj osobne služnosti zadržava svoja ovlaštenja bez obzira na promjene u osobi vlasnika poslužne stvari. Dok stvarne služnosti mogu postojati samo na nekretnini, osobne služnosti zavisno vrsti koja se osniva u načelu mogu postojati na nekretnini, na pokretnoj stvari, više pokretnih stvari zajedno, te i na pravu koje se u tom slučaju tretira kao stvar. Isto tako za razliku od stvarnih služnosti koje su nedjeljive, osobne služnosti, zavisno sadržaju služnosti i naravi predmeta, mogu postojati i kao djeljiva prava (čl. 200. ZV-a). Mogu postojati u korist fizičkih i pravnih osoba, te traju samo onoliko vremena za koliko su osnovane. Prestaju najkasnije smrću njihova ovlaštenika kao fizičke osobe, odnosno prestankom postojanja pravne osobe, ako su osnovane u korist pravne osobe (čl. 201. ZV-a). Tako su neotuđive i nenasljedive. Iznimno, da su izričito osnovane i za ovlaštenikove nasljednike, nasljeđivanjem mogu prijeći na prve nasljednike, tj. one koji nasljeđuju prvog ovlaštenika, a njihovom smrću se beziznimno gase (čl. 202. ZV-a). Osobne služnosti, kao ograničenja vlasnikove pravne vlasti, na poslužnoj stvari načelno manje traju u odnosu na stvarne služnosti, ali njihov sadržaj najčešće predstavlja daleko veće ograničenje vlasnikove pravne vlasti na poslužnoj stvari od sadržaja prava stvarne služnosti. Neprenosivost se odnosi samo na pravo osobne služnosti, dok se izvršavanje sadržaja samog prava kod plodouživanja, za razliku od uporabe, može prenijeti pravnim poslom na druge osobe naplatno ili besplatno. Osnivaju se samo temeljem pravnog posla koji može biti ugovor ili oporuka. Kao i u ostalim zakonodavstvima kontinentalnoeuropskog pravnog kruga (bez obzira je li u njihovom pravnom sustavu broj osobnih služnosti ograničen ili pak otvoren), tako su i prema ZV-u osobne služnosti postavljene analognom primjenom iscrpno određenih pravila o plodouživanju na ostale osobne služnosti da za njih nije što drugo posebno određeno ili to zahtijeva narav tih prava (čl. 212. st. 6., čl. 217. st. 2. i 3. ZV-a).

II.1.2. Vrste služnosti

Klasično, kao OGZ, te ostala zakonodavstva srednjoeuropskog pravnog kruga, ZV je postavio osnovnu diobu služnosti na stvarne i osobne, prema načinu na koji je određena osoba ovlaštenika služnosti. Ako je ovlaštenik određen s obzirom na svoje vlasništvo određene nekretnine (*realiter*), tada je služnost stvarna ili realna (čl. 186. čl. 1. ZV-a),¹⁴ a ako je ovlaštenik određen s obzirom na svoju osobu (*personaliter*),

14 Ako se iz ukupnosti odredbi ZV-a, koje se odnose na stvarne služnosti, izdvoji sistematizacija po određenim vrstama stvarne služnosti, može se utvrditi da u tom dijelu ZV slijedi odredbe OGZ-a. Tako je prema raznim kriterijima relevantno razvrstavanje na; pozitivne i negativne, trajne, povremene i sezonske, vidljive i nevidljive, te na kućne i poljske stvarne služnosti.

tada je služnost osobna ili personalna (čl. 199. st. 1 ZV-a). Preciznije, a kako to određuje čl. 175. st. 2. ZV-a, ako je svrha služnosti bolje i korisnije gospodarenje nekretninom, služnost je stvarna, inače je osobna. Dispozicijom ovlaštenika koja je u okviru načela zatvorenog broja stvarnih prava (ograničenje vrsta stvarnih prava, ograničenje sadržaja svake vrste stvarnih prava i nedjeljivost sadržaja svakoga pojedinog stvarnog prava) može se osnovati služnost koja je po svojoj naravi stvarna (služi boljem gospodarenju nekretnine), a nije osnovana u korist svagdašnjeg vlasnika te nekretnine, nego u korist određene osobe, a koja je ujedno i vlasnik te nekretnine – tada govorimo o nepravilnoj (*iregularnoj*) služnosti. Ove služnosti predstavljaju u svojoj biti osobne služnosti, pa se na njih primjenjuju pravila o osobnim služnostima (čl. 189. st. 1. i 2. ZV-a). Za razliku od stvarnih, broj osobnih služnosti u našem pravu je ograničen (plodouživanje, uporaba i pravo stanovanja). Međutim, dopustivši nepravilne služnosti ZV je praktično dopustio i neograničen broj osobnih služnosti. Različito od svog uzora (§ 479. OGZ-a), ZV preciznom normativom odredbe čl. 189. st. 3. ne ostavlja dvojbe u primjeni regulative stvarnih, odnosno osobnih služnosti, u činjeničnom stanju kada je jedna služnost osnovana u korist određene osobe, a po svojoj naravi je stvarna. Tako je određeno da tko tvrdi da je stvarna služnost osnovana u korist određene osobe, treba to i dokazati (čl. 189. st. 3. ZV-a). Isto tako, opet preciznom normativom odredbe čl. 184., ZV odgovara na do tada otvoreno pitanje, tzv. prividne služnosti kada određuje da ovlasti kakve daje neka služnost mogu se dati i do opoziva (prividna služnost), u kojem će se slučaju ovlasti i dužnosti do opoziva prosuđivati uz odgovarajuću primjenu pravila o služnostima (čl. 184. st. 1. ZV-a). Odstupanje od naravne služnosti ne predmnijevaju se, nego ih mora dokazati onaj tko se na njih poziva (čl. 184. st. 2. ZV-a). Ovdje treba spomenuti da u slučaju prekoračenja međe građenjem u smislu odredbe čl. 155. ZV-a, u našem pravu dolazi do prividnih služnosti.

II.1.2.1. Služnosti i zakonska ograničenja prava vlasništva

Odredbom čl. 185. ZV otklanja dvojbe i različiti pristup u praksi, tzv. zakonskim služnostima normativom; određuje li neki posebni zakon da pod određenim pretpostavkama neke služnosti terete one stvari glede kojih su te pretpostavke ispunjene (zakonske služnosti), to su zakonska ograničenja i prava vlasništva, pa se na njih ne primjenjuju pravila o služnostima, ako zakonom nije drugačije određeno. Dakle, nakon stupanja na snagu ZV-a jasno je određen pojam tzv. zakonskih služnosti.

Zakonska ograničenja prava vlasništva valja sagledati u okvirima jamstva prava vlasništva sadržanog u odredbama čl. 3., 16., 48., 50. i 52. Ustava RH. Naime, Ustav RH odredbom čl. 48. st. 1. jamči pravo vlasništva. Međutim, odredbom čl. 48. st. 2. određuje socijalnu vezanost prava vlasništva u kojoj vlasništvo obvezuje te u kojoj su nositelji vlasničkoga prava i njihovi korisnici dužni pridonositi općem dobru. U navedenom određenju pravo vlasništva vlasniku pojmovno daje potpunu privatnu vlast glede određene stvari (socijalna vezanost prava vlasništva ne utječe na sadržaj prava vlasništva), ali je ta vlast u svom izvršavanju socijalno vezana

tuđim pravima i zakonskim ograničenjima (socijalna vezanost prava vlasništva ograničava izvršavanje prava vlasništva). U tom smislu, naše općestvarno uređenje pravo vlasništva određuje kao stvarno pravo na određenoj stvari koje ovlašćuje svoga nositelja da s tom stvari i koristima od nje čini što ga je volja te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima (čl. 30. st. 1. ZV-a). Već daljnjim odredbama čl. 31.–34. ZV-a postavljene su pretpostavke ograničenja vlasnikove pravne vlasti, kao općestvarna implementacija ustavnog jamstva prava vlasništva. Zakonska ograničenja ne proizlaze iz sadržaja prava vlasništva, niti mijenjaju sadržaj prava vlasništva, ali su neposredno ili posredno utemeljena na zakonu i tako određuju granice izvršavanja vlasnikove pravne vlasti. Ova ograničenja ne bi smjela ići šire od granica koje je postavio Ustav RH jamstvima prava vlasništva, niti šire od granica uspostavljenih međunarodnim ugovorima.

Opća zakonska ograničenja prava vlasništva proizlaze iz ustavnog načela socijalne vezanosti vlasništva, kao ograničenja uz svako izvršavanje vlasnikove pravne vlasti. Implementirajući odredbu čl. 48. st. 2. Ustava RH, odredba čl. 31. ZV-a precizira da vlasništvo obvezuje i da je vlasnik dužan pridonositi općem dobru, pa da je općenito pri izvršavanju svoga prava dužan postupati obzirno prema općim i tuđim interesima koji nisu protivni njegovu pravu. Pri tom ZV-a osobito uređuje zabranu zlouporabe prava vlasništva / šikane, trpljenje zahvata u svoju stvar ako se čine iz krajnje nužde te trpljenje zahvata koji ne ugrožavaju interese vlasnika.¹⁵ Kako je riječ o ograničenjima uz svako izvršavanje vlasnikove pravne vlasti, to nisu osnova iz koje vlasnik može ostvariti pravo na naknadu za samo zakonsko ograničenje njegove pravne vlasti.

Prema odredbi čl. 50. st. 2. Ustava RH, poduzetničke slobode i vlasnička prava mogu se zakonom iznimno ograničiti radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Ovom odredbom postavljena je osnova za posebna zakonska ograničenja prava vlasništva. Implementirana je odredbom čl. 32. st. 1. ZV-a prema kojoj vlasnik stvari ne smije izvršavati svoje pravo vlasništva preko granica koje su svim vlasnicima takvih stvari postavljene na temelju zakona radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. U ovom slučaju riječ je o ograničenjima koja nisu upravljena prema svim vlasnicima (kao što je riječ kod općih zakonskih ograničenja), niti pojedinim vlasnicima stvari, odnosno prema individualno određenim stvarima, već prema svagdašnjem vlasniku određenih vrsta stvari nad kojima se zakonom uspostave posebna ograničenja radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Jamčeći pravo vlasništva Ustav ih predviđa tek iznimno i to samo radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (riječ je dakle, o nužnim mjerama koje se moraju

¹⁵ Tako su odredbom čl. 31. ZV-a, postavljena ograničenja; dužnosti obzirnog postupanja i zabrane zlouporabe prava vlasništva / šikane, trpljenja tuđih zahvata na svojoj stvari radi otklanjanja štete koja prijeti / krajnja nužda, te trpljenja zahvata koji ne ugrožavaju interese vlasnika.

poduzeti u javnom interesu zajednice kao cjeline ili pojedina njezina dijela). U okolnostima kada je vlasnik u smislu ovih ograničenja dužan nešto poduzeti, a on to ne poštuje, odredbom čl. 32. st. 3. - 7. ZV-a predviđena je mogućnost privremenog oduzimanja uprave vlasniku nad njegovom stvari i uspostavljanje uprave od strane javne vlasti (sekvestracije). Iako ova ograničenja mogu biti kako negativna tako i pozitivna, u navedenim okolnostima (prema okvirima socijalne vezanosti prava vlasništva) javna vlast za uspostavljena posebna ograničenja nije dužna vlasniku dati naknadu. Međutim, ako je vlasnik glede neke svoje stvari podvrgnut ograničenjima radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog 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 ostvaruje pravo na naknadu kao da je riječ o izvlaštenju (čl. 33. st. 3. ZV-a).

Daljnje jamstvo vlasništva odnosi se na zaštitu od nedopuštenih izvlaštenja. U smislu odredbe čl. 50. st. 1. Ustava RH moguće je u interesu Republike Hrvatske zakonom ograničiti ili oduzeti vlasništvo uz naknadu tržišne vrijednosti. U ovom je slučaju riječ o izvlaštenju kojim pod precizno određenim pretpostavkama (utvrđen interes Republike Hrvatske, postupak se provodi pod pretpostavkama i u skladu s posebnom zakonskom regulativom te da izvlašteniku pripada naknada u visini tržišne vrijednosti)¹⁶ javna vlast u općem interesu (interesu Republike Hrvatske koji treba biti usmjeren ostvarenju općeg dobra iz čl. 48. st. 2. Ustava RH) oduzima stvar iz vlasništva njezinog vlasnika (potpuno izvlaštenje) ili je zakonom nekoj vrsti stvari oduzeta sposobnost biti objekt prava vlasništva što za dotadašnje vlasnike stvari proizvodi jednake pravne učinke kao da je glede tih stvari provedeno potpuno izvlaštenje (čl. 33. st. 1. i 2. ZV-a) ili o prisilnom opterećivanju vlasnikove stvari (nepotpuno izvlaštenje). U navedenim okolnostima (u zakonom precizno određenom postupku) vlasniku se uvijek jamči pravo na naknadu tržišne vrijednosti za stvar koja mu se oduzima ili opterećuje.

Kako je prethodno navedeno,¹⁷ Ustav RH sadrži i posebne odredbe o dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku (čl. 52. st. 1. Ustava RH) kojima zbog njihove važnosti za opće dobro, izrijekom konstituiraju pretpostavljeni interes Republike Hrvatske (opći interes) te nalaže njihovu osobitu zaštitu, a time i obveza zakonodavca da posebnim zakonom (*lex specialis*) odredi način na koji se dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati (čl. 52. st. 2. Ustava). Osobita zaštita (posebnim pravnim uređenjem) ovih dobara može utjecati na način na koji ta dobra njihovi vlasnici mogu upotrebljavati i iskorištavati (čl. 52. st. 2. Ustava RH), što često predstavlja daljnja posebna ograničenja vlasnikove pravne vlasti,¹⁸ te tako i mogućnost osnivanja služnosti u skladu s posebnim pravnim

16 Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade (NN., br. 74/14).

17 Vidjeti *supra* I.

18 Tako se uspostavljanjem tog režima ujedno određuje i „naknada za ograničenja“ kojima su vlasnici i nositelji drugih prava na toj stvari podvrgnuti (čl. 52. st. 2. Ustava RH). S obzirom na različitu vrstu i intezitet ograničenja do kojih može doći posebnim pravnim uređenjem,

uređenjem, što je prikazano u posebnom dijelu ovog rada.¹⁹

Slijedom izloženog o zakonskim ograničenjima prava vlasništva u odnosu prema služnostima kao ograničenom stvarnom pravu (u smislu primjene odredbe čl. 185. ZV) valja zaključiti da i stvarna služnost, kao stvarno pravo na tuđoj nekretnini, predstavlja za vlasnika te nekretnine određeno ograničenje. Naime, pravo vlasništva sada dolazi u sukob s tuđim pravom, pa vlasnik više ne može svoje ovlasti, glede svoje nekretnine, onako slobodno izvršavati kako je to mogao prije nastanka pravnog odnosa s ovlaštenikom služnosti. No, ovdje se radi o ograničenju prava vlasništva u širem smislu, a ne o ograničenju vlasništva u pravno-tehničkom, tj. užem smislu.²⁰ Ograničenje prava vlasništva u užem smislu (npr. susjedska prava) predstavlja samo teret za opterećenu nekretninu bez određenog ovlaštenika tog prava, dok kod služnosti postoji i tome opterećenju odgovarajuće subjektivno pravo, tj. građanskopravni odnos između vlasnika i ovlaštenika služnosti. Načelno, ograničenje prava vlasništva osim trpljenja i suzdržavanja od određenih radnji za vlasnika može predstavljati i određenu činidbu, dok kod služnosti to nije moguće. Za korisnika, ograničenja ne postoje u okviru posebnog pravnog odnosa, gdje bi vlasništvo došlo u koliziju s nečijim subjektivnim pravom (služnost), nego postoje unutar samog sadržaja prava vlasništva, tj. u okviru zakonskog ograničenja prava vlasništva.

II.1.3. Subjekti i objekt služnosti

II.1.3.1. Subjekti služnosti

Nekretnina može biti opterećena pravom služnosti, bilo u korist svagdašnjeg vlasnika određene nekretnine (povlasna nekretnina) ili nositelja prava građenja na njoj, bilo u korist određene osobe (čl. 176. ZV-a). Svagdašnji vlasnik povlasne nekretnine ovlaštenik je stvarne služnosti koja postoji u korist te nekretnine na nekom poslužnom dobru. Ako je to povlasno dobro u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu, prema odredbi čl. 186. st. 4. ZV-a, ovlasti pripadaju svim suvlasnicima, odnosno zajedničarima. Kako vlasnik povlasne nekretnine može biti pravna i

u ovom slučaju izrijekom se ne određuje „naknada tržišne vrijednosti“ kao u okolnostima iz odredbe čl. 50. st. 1. Ustava RH. Pravo na naknadu za naprijed navedena ograničenja regulirano je i odredbom čl. 4. st. 2. ZV-a te čl. 32. st. 2. ZV-a. U smislu ovih odredbi, vlasnici i ovlaštenici drugih prava na stvarima od interesa za Republiku Hrvatsku smiju se služiti tim svojim pravima u skladu sa zakonom određenim načinom uporabe i iskorištavanja tih stvari, a za ograničenja kojima su time podvrgnuti, pripada im pravo na naknadu.

19 Vidjeti *infra* III. O ustavnim jamstvima i ograničenju prava vlasništva vidjeti slično i šire: A. Perkušić, Najšira ograničenja vlasnikove pravne vlasti nad nekretninama prema posebnim stvarnopravnim uređenjima i jamstva prava vlasništva, Zbornik radova Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, godišnjak 20. – 2013., Organizator, Zagreb, 2013., str. 1. do 56.

20 O ograničenjima prava vlasništva prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima šire vidjeti u: N. Gavella; Ograničenja prava vlasništva - neka razmišljanja o ograničenjima prava vlasništva iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Informator, br. 4682/1999., str. 1-4.

fizička osoba, to i ovlaštenik stvarne služnosti može biti pravna i fizička osoba. Sve što je određeno za vlasnika povlasne nekretnine, kao ovlaštenika prava stvarne služnosti, na odgovarajući način vrijedi i za nositelja prava građenja, ako nije što drugo određeno, niti proizlazi iz naravi toga prava (čl. 187. ZV-a). Kao subjekt na pasivnoj strani nalazi se svagdašnji vlasnik poslužne nekretnine, koji isto tako može biti fizička i pravna osoba. Shodno odredbi čl. 186. st. 4. ZV-a, ako je poslužna nekretnina u vlasništvu više suvlasnika ili zajedničkih vlasnika, svaki od njih mora trpjeti da se ovlaštenik služnosti koja tereti njihovu nekretninu njome služi na način na koji ga ovlašćuje njegovo pravo, odnosno svaki mora propuštati radnje glede poslužne nekretnine koje bi bile suprotne tuđem pravu stvarne služnosti. Osobne služnosti kao strogo osobno pravo uvijek su određene u korist poimenično određene osobe, koja može biti fizička ili pravna. Smrću ovlaštenika služnosti, ako je bila određena u korist fizičke osobe, odnosno prestankom pravne osobe, ako je bila određena u korist pravne osobe, dolazi i do prestanka služnosti (čl. 244. st. 1. ZV-a). Iznimno, da je pravo osobne služnosti izričito osnovano i za ovlaštenikove nasljednike (čl. 244. st. 2. ZV-a), odnosno u korist jedne obitelji (čl. 244. st. 3. ZV-a), osobna služnost će prestati smrću nasljednika koji je naslijedio pravo osobne služnosti, odnosno kada izumre obitelj u korist koje je osnovana. Pravo plodouživanja iste poslužne nekretnine može imati i više osoba, u kojem je slučaju svaka samostalni nositelj svoga dijela prava plodouživanja (dakle alikvotnog), osim kada su u takvom odnosu da im pravo plodouživanja ili neki dio toga prava pripada zajedno (čl. 203. st. 5. ZV-a). S druge strane pravo uporabe ne može imati više osoba, osim kada su u takvom odnosu da im ono pripada zajednički (čl. 212. st. 5. ZV-a). Kao i kod stvarnih služnosti, tako i kod osobnih služnosti, na pasivnoj strani je kao subjekt svagdašnji vlasnik poslužne stvari (koja isto tako može biti i u suvlasništvu te zajedničkom vlasništvu), koji moraju trpjeti sadržaj osnovane osobne služnosti na svojoj stvari (čl. 203. st. 6., čl. 212. st. 6., čl. 217. st. 2. i 3. ZV-a).

II.1.3.2. Objekt služnosti

Stvar kao objekt služnosti može biti pokretna i nepokretna. Objekt stvarnih služnosti je nekretnina, dok osobne služnosti mogu postojati na nekretninama, pokretnim stvarima i na pravu za kojeg se u tom slučaju uzima da je stvar.

Iako se stvarna služnost faktično može izvršavati samo na jednom dijelu nekretnine, one ne mogu postojati na idealnim djelovima nekretnine, već samo na cijeloj nekretnini. Tako stvarne služnosti uvijek predstavljaju teret za cijelu poslužnu nekretninu, odnosno ovlaštenje su u korist cijele povlasne nekretnine. Tako je odredbom čl. 186. st. 2. ZV-a određeno da je stvarna služnost kao pripadak povlasne nekretnine prenosiva samo zajedno s tom nekretninom. Kada su u pitanju javna dobra u općoj ili javnoj uporabi kao povlasna dobra, treba reći da ZV odredbom čl. 186. st. 3. dopušta osnivanje stvarnih služnosti i u njihovu korist, ako se tome ne protivi njihova pravna narav. Tako je kod javnog dobra (čl. 35. ZV-a) ovlaštenik stvarnih služnosti Republika Hrvatska, odnosno druga pravna osoba javnoga prava. Kod javnog dobra u općoj uporabi sadržaj takve služnosti može izvršavati svatko

(čl. 35. st. 4. ZV-a), a kod javnog dobra u javnoj uporabi tijelo ili ustanova kojoj je ono povjereno (čl. 35. st. 5. ZV-a). Osnivanjem nužnog prolaza u korist općeg dobra nije moguće iz razloga što bi okolnosti iz odredbe čl. 224. st. 3. ZV-a dovele do toga da nužni prolaz postane javni prolaz, a što već spada u javnopravnu regulativu.

I osobne služnosti najčešće postoje na nekretninama nad kojima se mogu osnovati sve vrste osobnih služnosti. Kako je predmet prava stanovanja ili cijela zgrada ili njezin dio namijenjen stanovanju (čl. 217. st. 1. ZV-a), ova se osobna služnost po svojoj prirodi može osnovati samo na nekretnini. No, plodouživanje i uporaba osim na nekretnini mogu se osnovati na pokretnim stvarima i pravima. Pokretna stvar ili više pokretnih stvari zajedno (čl. 203. st. 2. ZV-a), kao objekt prava plodouživanja i prava uporabe, treba biti nepotrošna. Potrošna stvar može biti objektom samo nepravog plodouživanja (čl. 211. ZV-a), ali ne i predmetom uporabe, pa niti kao predmet neprave uporabe (čl. 212. st. 2. ZV-a). Pravo plodouživanja (čl. 203. st. 3. ZV-a) i pravo uporabe (čl. 212. st. 3. ZV-a) mogu postojati na pravu koje daje plodove ili druge koristi, u kojem se slučaju uzima da je to pravo stvar, pa se na odgovarajući način primjenjuju odredbe koje reguliraju plodouživanje i uporabu na stvarima (čl. 203. st. 2., čl. 212. st. 2. ZV-a). Nepravo plodouživanje (*quasiususfructus*) može se osnovati i na pravu koje ne daje plodove (čl. 211. st. 1. ZV-a), te na zamjenjivim stvarima namijenjenim otuđivanju (čl. 211. st. 3. ZV-a). Kada je jedna stvar ili više pokretnih stvari zajedno (u smislu čl. 203. st. 2. do 4., čl. 212. st. 2. i 3. ZV-a) objekt plodouživanja, odnosno uporabe, onda su objektom tih osobnih služnosti i sve pripadnosti tih stvari (čl. 203. st. 4., čl. 212. st. 4. ZV-a). Idealni dio poslužne stvari može biti objektom osobne služnosti, ako je to moguće s obzirom na sadržaj osnovane osobne služnosti i narav predmeta (čl. 200. st. 1. ZV-a). Kada je uspostavljeno vlasništvo posebnog dijela nekretnine na nekom njenom idealnom dijelu, osobna služnost može imati za predmet taj posebni dio samo zajedno s idealnim dijelom na kojem je uspostavljeno vlasništvo tog posebnog dijela (čl. 202. st. 2. ZV-a).

II.2. STJECANJE SLUŽNOSTI

Služnosti se mogu steći osnivanjem te prelaženjem. Obe mogućnosti postoje i u svim zakonodavstvima srednjoeuropskog pravnog kruga. Tako ZV određuje: Na temelju pravnog posla vlasnika poslužne nekretnine, odluke suda ili druge vlasti ili samog zakona, osniva se pravo stvarne služnosti kao pripadak povlasne stvari za njezina svagdašnjeg vlasnika, a na teret određene stvari kao poslužne (čl. 218. st. 1. ZV-a). Na temelju pravnog posla vlasnika poslužne nekretnine osniva se pravo osobne služnosti u korist određene osobe na teret određene stvari kao poslužne, a isto vrijedi i za osnivanje nepravilnih služnosti (čl. 218. st. 2. ZV-a). Pravo služnosti osnovano je kad se ispune sve pretpostavke određene zakonom (čl. 218. st. 3. ZV-a). Tko god stekne vlasništvo povlasne nekretnine po bilo kojoj od navedenih osnova, stječe ujedno i pravo stvarne služnosti koje je njezin pripadak (čl. 231. ZV-a). Stjecanjem pak vlasništva poslužne stvari po bilo kojoj osnovi, stekao ju je opterećenu svakim pravom služnosti koje je tereti (čl. 232. ZV-a).

Dakle, stjecanje služnosti može predstavljati osnivanje služnosti koja do tada nije postojala, te stjecanje već postojeće služnosti od strane novog ovlaštenika, dakle prelaženje, pa u tom slučaju se radi o derivativnom translativnom obliku stjecanja prava. Kako osobne služnosti, kao strogo osobna prava, nisu na aktivnoj strani vezane uz nekretninu, već uz osobu svog nositelja, do njihovoga prelaženja kao ovlaštenja ne može doći stjecanjem stvari u smislu čl. 231. ZV-a, već su prenosive samo na pasivnoj strani, kao teret koji prati stvar nad kojom su osnovane u smislu čl. 232. ZV-a. Stjecanje služnosti bez suglasnosti vlasnika poslužne stvari, spada u originarni način stjecanja, a ako se služnost stječe uz suglasnost vlasnika poslužne stvari, tada kažemo da je riječ o derivativnom načinu stjecanja. Kako se osobne služnosti prema ZV-u mogu steći samo na temelju pravnog posla, to se one za razliku od stvarnih i mogu stjecati samo derivativno.

Postoje razlike u derivativnom stjecanju služnosti prema ovom načinu stjecanja vlasništva. Ako se radi o osnivanju služnosti, vlasnik ne prenosi postojeće pravo na stjecatelja, a niti neke od svojih ovlasti. Ovdje stjecatelj izvodi svoje pravo služnosti iz prava vlasništva poslužne stvari, jer ovaj vlasnik na temelju toga svoga prava osniva novo pravo služnosti (čl. 219. ZV-a). Iz toga slijedi da ta služnost u svemu pravno ovisi o vlasništvu osnivača, i ako je ono imalo neke nedostatke ili je bilo podvrgnuto kakvim ograničenjima (npr. ograničeno mu je trajanje rokom), onda isto pogađa i služnost.²¹ Kao i OGZ,²² tako i ZV derivativno stjecanje služnosti temelji na *titulusu* i *modusu*. Slično kao i kod OGZ-a i prema ZV-u *titulus* ili pravni temelj stjecanja služnosti isti je kao i za ostala stvarna prava: pravni posao, odluka suda ili druge vlasti te zakon, tj. pravne činjenice za koje zakon neposredno veže stjecanje stvarnih služnosti. Stvarne služnosti mogu se steći po bilo kojem od navedenih pravnih temelja, a osobne služnosti mogu se steći samo temeljem pravnog posla.

II.2.1. Osnivanje služnosti na temelju pravnog posla

Pravni posao jedan je od pravnih temelja kojim je moguće osnovati stvarnu služnost, ali je to isključivi pravni temelj osnivanja osobnih služnosti. Ovaj temelj osnivanja služnosti (kako stvarnih, tako i osobnih) vlasnik poslužne stvari može izraziti jednostranim očitovanjem volje kroz oporuku ili u sporazumu sa stjecateljem, tj. ugovorom. Međutim, u osnovama stjecanja osobnih služnosti, u odnosu prema stvarnim služnostima, postoje razlike zbog kojih ih je potrebno posebno prikazati.

II.2.1.1. Osnivanje stvarnih služnosti na temelju pravnog posla.

Shodno odredbi čl. 219. st. 1. ZV-a pravo služnosti osniva se temeljem valjanog pravnog posla koji ima takav cilj izvođenjem iz vlasništva poslužne stvari,

21 N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković; *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb 1998., str. 643.

22 § 480, § 481, § 434, § 435 OGZ-a.

odnosno iz pripadanja prava koje je poslužna stvar. Radi se dakle o derivativnom konstitutivnom stjecanju prava stvarnih služnosti. Do osnivanja stvarnih služnosti od strane vlasnika poslužne nekretnine može doći dvostrano – ugovorom, tj. sporazumom sa stjecateljem i jednostranim očitovanjem volje, tj. temeljem oporuke. Osnivanje može biti naplatno i besplatno. Pravni posao kojemu je cilj osnivanje stvarnih služnosti, osim što mora zadovoljavati opće pretpostavke za valjanost, treba biti iskazan i u pisanom obliku. ZV po uzoru na OGZ, a što je poslije preuzeo i ZOVO,²³ za osnivanje stvarnih služnosti temeljem pravnog posla traži valjan *titulus* i *modus acquirendi*. Naime, prema odredbi čl. 220. st. 1. ZV-a pravo služnosti na nekretnini osniva se uknjižbom toga prava u zemljišnoj knjizi kao tereta na poslužnoj nekretnini, osim ako zakon omogućuje da se služnost osnuje drukčije. Takav pravni posao predstavlja naslov (pravni temelj – *titulus*) stjecanja, a upis u zemljišne knjige je način stjecanja (*modus acquirendi*). Sam sklopljeni pravni posao o osnivanju stvarnih služnosti, prema navedenoj normativi ZV-a, ne predstavlja stvarnopravni, već samo obveznopravni odnos, jer tek upis u zemljišne knjige prava stvarnih služnosti predstavlja konstitutivni element osnivanja tih stvarnih služnosti. Uknjižba služnosti provodi se u teretovnici zemljišnoknjižnog uloška u kojemu je upisana poslužna nekretnina (teretni list – list C, čl. 25. st. 1. ZZK). U isto vrijeme stvarna služnost se treba upisati zabilježbom i u posjedovnicu zemljišnoknjižnog uloška u kojemu je upisana povlasna nekretnina u čiju korist se stvarna služnost osniva (čl. 22. st. 2. ZZK). Konstitutivnost stjecanja, promjene i prestanka stvarnih služnosti određuje se upisom u teretovnicu zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano poslušno dobro, a ne i upisom zabilježbe u posjedovnicu zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisana povlasna nekretnina. U slučaju osnivanja prava stvarne služnosti uz ograničenje rokom ili uvjetom, taj se rok ili uvjet zabilježuje zajedno s upisom sadržaja toga prava, a naknadno ograničenje već postojećeg prava, u smislu odredbe čl. 33. st. 4. ZZK-a, isto tako će se zabilježiti.

Kako je navedeno, do osnivanja stvarnih služnosti može doći i temeljem jednostranog očitovanja volje, tj. temeljem oporuke. Oporučitelj treba biti isključivi vlasnik poslužnog dobra. Po svojoj pravnoj naravi takva oporučna odredba predstavlja zapis (legat) kojim se opterećuje nasljednik, a tek s trenutkom upisa u zemljišne knjige dolazi do osnivanja stvarne služnosti kao stvarnog prava. Temeljem odredbe čl. 226. st. 2. i 3. ZV-a do upisa u zemljišne knjige legatar ima samo pravo obveznopravnog zahtjeva na ispunjenje legata. Do iste situacije dolazi ako oporučitelj na više svojih nasljednika, od nekretnina koje će kao različite pripasti različitim nasljednicima, legatom odredi povlasnu i poslužnu nekretninu, te vrstu i sadržaj stvarne služnosti. U slučaju kada temeljem odredbe čl. 226. st. 3. Zakona o nasljeđivanju²⁴ dođe do sporazuma o diobi među nasljednicima u kojem se osnivaju stvarne služnosti, sud će u taj sporazum unijeti i posebnu odredbu u korist koje nekretnine, kao povlasne, odnosno na teret koje nekretnine, kao poslužnog dobra

23 § 481 OGZ-a, čl. 52 ZOVO-a.

24 Zakon o nasljeđivanju (NN., br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13 i 33/15 – u daljnjem tekstu: Zakon o nasljeđivanju).

se osnivaju služnosti. U ovom slučaju pravna osnova stjecanja bila bi volja stranaka oblikovana u sudsku nagodbu, odnosno rješenje o nasljeđivanju, a ne oporuka. Ali, bez razlike i ovdje je *modus* stjecanja upis u zemljišne knjige.

II.2.1.2. Osnivanje osobnih služnosti na temelju pravnog posla

Osobne služnosti, kao i stvarne, osnivaju se izvođenjem iz vlasništva poslužne stvari koja može biti nekretnina i pokretna stvar, odnosno iz pripadanja prava koje je poslužna stvar (čl. 219. st. 1. ZV-a), dakle derivativno konstitutivno. Sadržaj osobne služnosti u okviru ograničenog broja ovih služnosti određuje vlasnik poslužne stvari, odnosno nositelj prava koje je poslužna stvar, jednostranom izjavom svoje volje (oporuka-legat) ili u sporazumu sa stjecateljem (ugovor), na svaki način koji je moguć, a nije nedopušten niti suprotan pravnoj naravi toga prava (čl. 219. st. 2. i 3. ZV-a). Međutim, osnivanjem služnosti, koja je po svojoj naravi stvarna, u korist određene osobe (nepravilne služnosti, čl. 189. ZV-a), vlasnik poslužne stvari može izbjeći ograničenja koja proizlaze iz točno određenog broja osobnih služnosti prema čl. 199. st. 2. ZV-a. Glede valjanosti pravnog posla i stjecanja osobnih služnosti na nekretninama, vrijedi sve izloženo za osnivanje stvarnih služnosti. Razlika je u tome što plodouživanje kao djeljivu služnost može osnovati i pojedini suvlasnik na svom alikvotnom dijelu. Ako je objekt osobne služnosti pokretna stvar, tada je način stjecanja (*modus acquirendi*) predaja te stvari stjecatelju u nesamostalni posjed, na temelju valjana očitovanja volje vlasnika usmjerene na to da se stjecatelju izvede pravo služnosti (čl. 222. st. 1. ZV-a). U slučaju da vlasnik sklopi više pravnih poslova radi osnivanja prava osobnih služnosti na istoj pokretnoj stvari kao poslužnoj, a te služnosti ne bi mogle istodobno postojati na istoj stvari, smatra se osnovanom ona služnost za koju je stvar prije predana stjecatelju služnosti, uz uvjet da su ispunjene i sve druge pretpostavke za stjecanje te služnosti (čl. 222. st. 2. ZV-a). Druge osobe koje su s vlasnikom stvari sklopile pravni posao usmjeren na osnivanje osobnih služnosti, a nije im izvršena predaja stvari koja ispunjava uvjete načina stjecanja služnosti, nisu stekli služnost, i njihovi odnosi prema vlasniku stvari ostaju u okvirima obveznopravnog odnosa (čl. 222. st. 3. ZV-a).

II.2.2. Osnivanje stvarnih služnosti odlukom suda ili druge vlasti

Temeljne pretpostavke osnivanja služnosti odlukom suda i druge vlasti postavljene su odredbom čl. 223. ZV-a. Služnost može svojom odlukom pod pretpostavkama određenim zakonom osnovati sud u postupku osnivanja nužnog prolaza, odnosno nužnog osnivanja služnosti vodovoda ili drugih uređaja, u postupku diobe i u ostavinskom postupku, a i u drugim slučajevima određenim zakonom (čl. 223. st. 1. ZV-a). Navedenom odredbom precizno su određeni uvjeti u kojima je sud svojom odlukom ovlašten osnovati služnost, ali je ostavljena mogućnost osnivanja služnosti ovim temeljem prema posebnoj pravnoj regulativi. Mogućnosti osnivanja stvarnih služnosti u upravnom postupku, ZV postavlja odredbom čl. 223. st. 2. gdje određuje da stvarnu služnost može, pod

pretpostavkama određenim zakonom, osnovati nadležno tijelo upravne vlasti u postupku izvlaštenja, komasacije, kao i u ostalim slučajevima određenim zakonom. Dakle, i kod mogućnosti osnivanja stvarnih služnosti u upravnom postupku, ZV je ostavio mogućnost šire normative posebnim zakonom.

Stvarne služnosti koje osniva sud svojom odlukom osnovane su s trenutkom pravomoćnosti sudske odluke, dok su stvarne služnosti koje osniva nadležno tijelo uprave osnovane s trenutkom konačnosti te odluke, ako što drugo nije određeno zakonom, niti proizlazi iz cilja radi kojega se odluka donosi (čl. 223. st. 3. ZV-a). Iako odluka suda, odnosno upravnog tijela ima konstitutivni karakter njen nositelj je ovlašten ishoditi upis stečene služnosti u zemljišne knjige (čl. 223. st. 4. ZV-a). Upis osnovane služnosti u zemljišne knjige za stjecatelja će biti koristan jer ZV odredbom čl. 227. sada izrijekom određuje: Pravo služnosti koje je na teret neke nekretnine osnovano odlukom suda ili druge vlasti, ali nije upisano u zemljišnu knjigu, ne može se suprotstaviti pravu onoga koji je postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, u dobroj vjeri upisao svoje pravo na nekretnini dok još nije bilo upisano pravo služnosti koje je osnovano odlukom suda ili druge vlasti. Dakle, ako nositelj stvarne služnosti koja je osnovana odlukom suda ili upravne vlasti ne bi ovu služnost upisali u zemljišne knjige, ona bi mogla prestati po načelu zaštite povjerenja u zemljišne knjige suda.

II.2.2.1. Osnivanje stvarnih služnosti odlukom suda

Sud temeljem odredbe čl. 223. st. 1. ZV-a stvarnu služnost može osnovati samo u slučajevima koji su točno određeni Zakonom; u postupku osnivanja nužnog prolaza, u postupku nužnog osnivanja služnosti vodova ili drugih uređaja, u postupku diobe i u ostavinskom postupku.

II.2.2.1.1. Odluka suda u postupku osnivanja nužnog prolaza

Shodno odredbi čl. 191. st. 1. ZV-a, nužni prolaz je stvarna služnost puta, koju osniva sud u izvanparničnom postupku na zahtjev vlasnika nekretnine do koje nema nikakve ili nema prikladne putne veze. Osim navedenom odredbom, ZV uređuje osnivanje nužnog prolaza i odredbama čl. 223., 224., 227. i 242. st. 2. Vlasnik povlasne nekretnine prema odredbi čl. 224. st. 1. ZV-a jedino je legitimiran pokrenuti postupak za otvaranje nužnog prolaza. Isto tako pasivna legitimacija uvijek treba biti usmjerena prema vlasniku poslužne nekretnine.²⁵ Ako je povlasna ili poslužna nekretnina u suvlasništvu, odnosno zajedničkom vlasništvu analogno se primjenjuje već citirana opća normativa za sve služnosti, tj. aktivno i pasivno su legitimirani svi suvlasnici odnosno zajednički vlasnici. Tek iznimno nužni prolaz može se osnovati i za slučaj ako nisu obuhvaćeni svi zajedničari, odnosno suvlasnici, pod pretpostavkama u kojima se štiti povjerenje u zemljišne knjige. Do osnivanja

²⁵ U ovom dijelu ZV se razlikuje od hrvatskoga Zakona iz 1906. godine koji je pasivnu legitimaciju svojim § 1 priznavao kvalificiranom (publicijanskom uzukapionom) posjedniku.

nužnog prolaza može doći ako su kumulativno ispunjene dvije pretpostavke: ako nekretnina nema nikakve ili nema prikladne putne veze s javnim putem te ako je korist od otvaranja nužnog prolaza za gospodarenje tom nekretninom veća od štete koja nastane otvaranjem nužnog prolaza na poslužnoj nekretnini (čl. 224. st. 1. ZV-a). Kako ZV temeljnim kriterijem osnivanja nužnog prolaza postavlja opći interes što svrsishodnijeg redovitog gospodarenja nekretninama, uz istovremeno uvažavanje suprotstavljenih interesa vlasnika povlasne (korist od osnivanja) i vlasnika poslužne (šteta od osnivanja) nekretnine, to treba zaključiti da se u našem pravu pod pojmom – prikladne putne veze – ne može predmnijevati pitanje same udobnosti putne veze. Na nužni prolaz analogno se primjenjuju pravila koja vrijede za služnost puta (čl. 191. st. 2. ZV-a), pa se nužni prolaz može odrediti kao pravo staze, progona stoke i kolnik, ili kombinirano, a sve u uvjetima što manjeg opterećenja poslužne nekretnine (čl. 224. st. 3. ZV-a). Nužni prolaz nikad se ne može osnovati u korist općeg dobra (čl. 224. st. 3. ZV-a). Naime, ovako osnovani nužni prolaz u biti bi predstavljao javni prolaz, a što je protivno svrsi instituta nužnog prolaza kao realne služnosti stvarnog prava. Otvaranje javnih prolaza u nadležnosti je tijela uprave u postupku izvlaštenja. Isto tako nužni prolaz ne može se osnovati u korist određene osobe kao nepravilna služnost. To iz razloga što nužni prolaz nije osobno ovlaštenje (osobna služnost), nego realno pravo (stvarna služnost) u korist svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine. Nužni prolaz ne može se osnovati; preko nekretnina glede kojih se tome protivi javni interes, kroz zgrade, kroz ograđena kućna dvorišta i kroz ograđena uzgajališta divljači. Kroz ograđene vrtove i vinograde moći će se osnovati nužni prolaz, samo ako za to postoji osobito jak razlog. Nužni prolaz osnovan je s danom pravomoćnosti odluke suda. Vlasnik povlasne nekretnine dužan je platiti punu novčanu naknadu vlasniku poslužne nekretnine za sve što će on trpjeti i biti oštećen osnivanjem nužnog prolaza preko njegove nekretnine (čl. 224. st. 4. ZV-a). Ta naknada ne može biti manja od one na koju bi on imao pravo da se u interesu Republike Hrvatske provodi izvlaštenje. Sud svojom odlukom osnutak nužnog prolaza uvjetuje potpunom isplatom te naknade, ali dopušta strankama da se tijekom postupka, glede naknade, drugačije dogovore.²⁶

II.2.2.1.2. Osnivanje stvarnih služnosti odlukom suda u postupku o nužnim vodovima i uređajima te u diobnom i ostavinskom postupku

Služnost vodova ili drugih uređaja (električnih, kanalizacijskih, plinovodnih, vodovodnih, toplovodnih, telekomunikacijskih i dr.) na tuđoj nekretnini, kao poslužnoj, osnovat će svojom odlukom sud na zahtjev vlasnika druge nekretnine, ako do nje nema nikakve ili nema prikladne veze s dobavljačem stvari, energije ili usluga koje se dostavljaju tim vodovima i drugim uređajima i ako je korist od

26 O nužnom prolazu vidjeti šire: A. Perkušić, Nužni prolaz prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – usporedba s dosadašnjim stanjem te normativom u kodifikacijama kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 2. – 3/2001., str. 185. do 214.

postavljanja tih vodova odnosno uređaja za gospodarenje tom nekretninom veća od štete na poslužnoj nekretnini, a uz obvezu vlasnika nekretnine u čiju se korist osniva služnost vodova ili drugih uređaja da plati punu naknadu vlasniku poslužne nekretnine (čl. 225. st. 1. ZV-a). Na nužno osnivanje služnosti vodova ili drugih uređaja na odgovarajući način se primjenjuju pravila o osnivanju nužnog prolaza (čl. 225. st. 2. ZV-a).²⁷

Kako je prethodno istaknuto, u ostavinskom postupku se oporučiteljeva volja o osnivanju služnosti (stvarne ili osobne) unosi u rješenje o nasljeđivanju. Međutim, u ovom slučaju, shodno odredbi čl. 226. st. 3. ZV-a, služnost se osniva na način koji je predviđen za osnivanje prava služnosti temeljem pravnog posla, dakle upisom u zemljišne knjige.²⁸

Do osnivanja stvarnih služnosti odlukom suda može doći i u diobnom postupku. Naime, sud koji provodi diobu suvlasništva ili zajedničkog vlasništva može odlučiti samo na prijedlog svih stranaka o osnivanju stvarnih služnosti. Međutim, kod geometrijske diobe nekretnine (dioba pojedine čestice na nove manje čestice), sud može sam i bez suglasnosti stranaka, osnovati stvarnu služnost u korist jedne čestice, a na teret druge ili drugih (čl. 226. st. 1. ZV-a). Kod osnivanja stvarnih služnosti temeljem odluke suda u diobnom postupku potreban je *modus* stjecanja, dakle upis u zemljišne knjige (čl. 226. st. 3. ZV-a). Tako, ovdje nema razlike prema stjecanju stvarnih služnosti odlukom suda u ostavinskom postupku, odnosno prema stjecanju stvarnih služnosti na temelju pravnog posla.

II.2.2.2. Osnivanje stvarnih služnosti u upravnom postupku

Shodno odredbi čl. 223. st. 2. ZV-a stvarne služnosti mogu pod pretpostavkama određenim zakonom osnovati nadležna tijela upravne vlasti u postupku izvlaštenja, komasacije, kao i u ostalim slučajevima određenim zakonom. Tako Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade odredbom čl. 6. uređuje da se nepotpunim izvlaštenjem ograničava pravo vlasništva na nekretnini osnivanjem služnosti. Naknada vlasniku poslužne nekretnine u ovom slučaju određuje se u iznosu za koji je zbog ustanovljene služnosti umanjena tržišna vrijednost nekretnine (čl. 51. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade). Isto tako, odredbama posebnog Zakona o komasaciji poljoprivrednog zemljišta dijelom je regulirano osnivanje služnosti. Naime, shodno odredbe čl. 13. st. 2. ovoga Zakona, odluke donesene u postupku komasacije osnova su prava vlasništva i drugih stvarnih prava na zemljištu obuhvaćenom komasacijom. Služnosti koje nakon diobe komasacijske gromade sudionicima komasacije više nisu potrebne prestaju i brišu se, a ako je to potrebno s obzirom na novu diobu zemljišta iz komasacijske gromade, moraju se osnovati nove služnosti (čl. 25. st. 1. Zakona o komasaciji poljoprivrednog zemljišta). Služnosti se upisuju u iskaz zemljišta o stanju nakon komasacije (čl. 56. st. 2. ovog Zakona),

²⁷ Navedena regulativa u našem pravu predstavlja dobro rješenje doneseno po uzoru na švicarsko pravo (čl. 691. - 693. ZGB-a /Zivilgesetzbuch/).

²⁸ Vidjeti *supra* II.2.1.1. i II.2.1.2.

dok rješenje o komasaciji sarži odredbe o upisu novoosnovanih služnosti (čl. 59. st. 1. Zakona o komasaciji poljoprivrednog zemljišta), te koje se upisuje u zemljišne knjige u skladu s odredbom čl. 67. ovoga Zakona.

II.2.3. Osnivanje stvarnih služnosti temeljem zakona

U smislu odredbe čl. 228. st. 1. ZV-a do osnivanja prava služnosti temeljem zakona dolazi kada se ispune sve pretpostavke koje zakon predviđa za dosjelost služnosti, ili pak kad tako odredi poseban zakon. Suvremena doktrina određuje dosjelost kao stjecanje prava na temelju izvršavanja sadržaja tog prava kroz zakonom određeno vrijeme.²⁹ Kako ZV dopušta da se putem dosjelosti osim prava vlasništva može steći i pravo stvarne služnosti, to možemo reći da je dosjelost kod stvarnih služnosti stjecanje prava na temelju izvršavanja sadržaja posjeda prava stvarne služnosti. Sam posjed prava stvarne služnosti prema odredbi čl. 10. st. 5. ZV-a ima osoba koja faktično izvršava sadržaj prava stvarne služnosti glede neke nekretnine. Do osnivanja stvarnih služnosti dosjelošću, a kako to određuje odredba čl. 229. st. 1. ZV-a, temeljem zakona dolazi ako je posjednik povlasne nekretnine pošteno posjeduje izvršavajući njen sadržaj kroz vremensko razdoblje od dvadeset godina, a vlasnik poslužne nekretnine se tom ne protivi. No, prema izričitoj odredbi čl. 229. st. 2. ZV-a, neće doći do osnivanja stvarnih služnosti dosjelošću ako se njezin sadržaj izvršava zlouporabom povjerenja vlasnika ili posjednika poslužne nekretnine, potajno ili na zamolbu do opoziva. Iz navedenog možemo utvrditi da ZV za dosjelost stvarne služnosti traži pošten i istinit posjed. Iako je ZV, za razliku od OGZ-a, predvidio jedinstveni rok za stjecanje stvarnih služnosti dosjelošću od dvadeset godina, slijedio je uzor OGZ-a³⁰ u određenju posebne regulative za služnosti koje se po svojoj naravi mogu samo rijetko izvršavati. U slučaju da se služnost po svojoj naravi može samo rijetko izvršavati mora onaj tko tvrdi da je ona u korist njegove nekretnine, kao povlasne, osnovana dosjelošću, dokazati da je u razdoblju od najmanje 20. godina bar tri puta nastupio slučaj izvršavanja takve služnosti, te da je on ili njegov prednik svaki put izvršio njezin sadržaj (čl. 229. st. 3. ZV-a). Ako unutar roka od 20. godina treći slučaj nije nastupio, vrijeme dosjelosti se produžuje dok on ne nastupi.

Osim što se posjed prava može steći osnivanjem posjeda prava koji do tada nije postojao, on se prema ZV-u može steći i prelaženjem već osnovanog posjeda prava stvarne služnosti na novu osobu. Samo osnivanje može se zbiti jednostranim

29 Tako N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković; Stvarno pravo, op.cit., str. 187. Slično M. Žuvela; Dosjelost – ustanova našeg građanskog prava, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak br. 6/1999., Organizator, Zagreb, 1999., str. 73., J. Brežanski; Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava, Informator, br. 4787 i 4788/2000., str. 6., V. Belaj; Dosjelost kao oblik stjecanja vlasništva, Informator, br. 4680/1999, str. 10., H. Kačer; Dosjelost, posebno glede objekta u (bivšem) društvenom vlasništvu, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zbornik radova, Organizator, Privreda i pravo, Zagreb, 1993., str. 192.

30 § 1471 OGZ-a.

ili dvostranim činom stjecanja. Ovisno o tom činu, dakle o tome je li njime stjecateljeva faktična vlast jednostrano nametnuta ili je osnovana dvostranim činom, posjed prava će biti osnovan izvorno ili izvedeno. Posjed nekog prava stvarne služnosti osniva se onim činom kojim je po prvi puta faktično izvršen sadržaj tog prava. Za razliku od ZOVO-a koji nije sadržavao sličnu regulativu, pa je istu prepustio analognoj primjeni pravnih pravila OGZ-a i stajalištima sudske prakse, ZV posebnim odredbama (čl. 16. i 17. ZV-a) precizira stjecanje posjeda prava afirmativne stvarne služnosti jednostranim i dvostranim činom, stjecanje posjeda prava negativne stvarne služnosti jednostranim i dvostranim činom, stjecanje posjeda prava prelaženjem posjeda povlasne stvari te stjecanje posjeda prava stvarne služnosti nasljeđivanjem. U smislu odredbe čl. 10. st. 3. ZV-a posjed prava stvarne služnosti, baš jednako kao i posjed povlasne nekretnine, može imati više stupnjeva. Pri svakom stupnju posjed prava stvarnih služnosti može biti samoposjed ili suposjed. Do osnivanja stvarne služnosti dosjelošću dolazi s trenutkom kad se ispune sve zakonom određene pretpostavke, po samom pravu (zakonu) – *ipso iure*. Prema odredbi čl. 243. ZV-a dosjelost se prekida ako dođe do promjene vlasnika poslužne nekretnine koji je u dobroj vjeri, te koji u trenutku stjecanja nije znao, niti je morao znati za ovlaštenikov posjed prava stvarne služnosti. U ostalom dijelu ZV nije posebno regulirao prekid dosjelosti, kao i zastoj dosjelosti. Utoliko je temeljem analogne primjene normative stjecanja vlasništva putem dosjelosti, u smislu čl. 160. ZV-a, supsidijarno primijeniti pravila o prekidu zastare tražbina (čl. 240.- 246. ZOO-a) i pravila o zastoju tijekom rokova zastare tražbine (čl. 235. – 239. ZOO-a).

II.3. OVLASTI I IZVRŠAVANJE VIŠE SLUŽNOSTI NA ISTOJ POSLUŽNOJ STVARI

Ovlasti izvršavanja služnosti nad poslužnom stvari preciziraju se s osnivanjem prava služnosti. Tako se obujam, vrsta i način izvršavanja služnosti koje se osnivaju odlukom suda ili drugog tijela vlasti određuju samom odlukom kojom se osniva ta stvarna služnost. Ako se služnost osniva na temelju pravnog posla, tada obujam, vrstu i način izvršavanja služnosti određuju stranke svojom suglasnom voljom, ali uvijek u okviru odrednica odredbi čl. 219. st. 3., čl. 188. st. 1., čl. 203., čl. 204., čl. 212., čl. 213. i čl. 217. ZV-a. U ostalom dijelu, a kako to nalaže odredba čl. 174. st. 2. ZV-a, obujam, vrstu i način izvršavanja određuje zakon. To konkretno znači da će obujam, vrsta i način izvršavanja služnosti stečenih dosjelošću biti određen obujmom, vrstom i načinom izvršavanja posjeda prava te stvarne služnosti kroz vrijeme potrebno za dosjelost (čl. 229 st. 2. ZV-a) ili će to biti određeno posebnim zakonom u smislu čl. 228. st. 1. ZV-a. Služnost postoji u sadržaju s kojim je osnovana, ako taj sadržaj nije kasnije zakonito izmijenjen. No, tko tvrdi da je sadržaj služnosti izmijenjen u smislu odredbe čl. 174. st. 3. ZV-a treba to i dokazati. Na istoj nekretnini može postojati više služnosti ako ne kolidiraju. Novija služnost ne može ograničiti izvršavanje onih koje su prije nje u prvenstvenom redu (čl. 180. st. 1. ZV-a). Ako sve služnosti imaju isti prvenstveni red, a izvršavanje jedne ometa

izvršavanje druge, svaki ovlaštenik može zahtijevati da sud na pravedan način uredi izvršavanje u interesu svih ovlaštenika (čl. 180. st. 2. ZV-a).

III. SLUŽNOSTI PREMA POSEBNOJ ZAKONSKOJ REGULATIVI

III.1. Služnosti prema Zakonu o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske

Ovim Zakonom³¹ uređuje se upravljanje³² i raspolaganje³³ imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske (državnom imovinom), utvrđuju se pojavni oblici državne imovine, načela i dokumenti upravljanja tom imovinom, način i uvjeti upravljanja i raspolaganja dionicama i poslovnim udjelima koji čine državnu imovinu u trgovačkim društvima, način i uvjeti upravljanja i raspolaganja nekretninama koje čine državnu imovinu, djelokrug i ovlasti Državnog ureda za upravljanje državnom imovinom, raspolaganje i ovlasti u upravljanju i raspolaganju tom imovinom, uspostava i vođenje Registra državne imovine, te druga pitanja s tim u vezi.³⁴ Pri tom upravljanje i raspolaganje državnom imovinom u obliku nekretnina uređuju odredbe čl. 48. do 59. ovog Zakona, a u okviru koje normative se odredbama čl. 48., 49., 50., 51., 53. i 55. posebno uređuje i raspolaganje nekretninama osnivanjem prava služnosti na nekretnini. Nadležna tijela u okvirima ove posebne te opće zakonske regulative, nekretninama raspolažu u skladu sa Strategijom upravljanja i raspolaganja državnom imovinom³⁵ te Planom upravljanja,³⁶ dok

31 Stupanjem na snagu Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske 30. srpnja 2013. prestao je važiti Zakon o upravljanju državnom imovinom (NN., br. 145/10 i 70/12).

32 Pritom se pod upravljanjem državnom imovinom podrazumijevaju sve sustavne i koordinirane aktivnosti i dobre prakse kojima država optimalno i održivo upravlja svojom imovinom u svrhu ostvarivanja svojega organizacijskog strateškog plana (čl. 2. st. 1. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske).

33 Pritom se pod raspolaganjem državnom imovinom podrazumijeva pravo na otuđenje, opterećenje, ograničenje i odricanje od prava (čl. 2. st. 2. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske).

34 Čl. 1. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

35 Prema odredbi čl. 11. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske Strategiju donosi Hrvatski sabor na prijedlog Vlade za razdoblje od četiri godine, a istom se određuju srednjoročni ciljevi i smjernice upravljanja i raspolaganja državnom imovinom uvažavajući gospodarske i razvojne interese Republike Hrvatske.

36 Prema odredbi čl. 12. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske Plan upravljanja donosi Vlada Republike Hrvatske na prijedlog Državnog ureda za upravljanje državnom imovinom za razdoblje od godinu dana, a istim se određuju kratkoročni ciljevi i smjernice upravljanja državnom imovinom, te provedbene mjere u svrhu provođenja Strategije. U smislu odredbe čl. 49. st. 3. ovog Zakona Vlada iznimno može raspolagati nekretninama i kada to nije predviđeno Planom upravljanja, ako su one potrebne za neposredno ostvarivanje prava ili ispunjavanje obveza Republike Hrvatske, njezinih tijela ili pravnih osoba kojima je Republika Hrvatska osnivač.

se nekretninama može raspolagati i povodom prijedloga zainteresirane osobe u slučajevima razvrgnuća suvlasničke zajednice i osnivanja prava služnosti, osim ako je drukčije raspolaganje propisano posebnim propisima.³⁷ Prije osnivanja prava služnosti Državni ured utvrđuje naknadu za umanjenje tržišne vrijednosti nekretnine uslijed osnivanja služnosti, osim u odnosu na nekretnine za koje je to propisano posebnim propisom.³⁸ Kao načini raspolaganja nekretninama³⁹ predviđeni su javno nadmetanje i javno prikupljanje ponuda. Međutim, osnivanje prava služnosti (kao i razvrgnuće suvlasničke zajednice) u skladu s prostornim planom provodi se izravnim pregovorima povodom prijedloga zainteresirane osobe ili nadležnog tijela Republike Hrvatske. Isto tako, osnivanje prava služnosti neposrednom pogodbom s investitorom predviđeno je i kod izgradnje objekata za proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora energije na zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske⁴⁰ Način i uvjete osnivanja prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske, te posebno ako se osnivaju u svrhu izgradnje postrojenja obnovljivih izvora energije i kogeneracije, kao što su vjetroelektrane, sunčane elektrane, postrojenja na bioplin, postrojenja na biomasu i dr., te infrastrukturnih objekata vezanih uz rad postrojenja, kao i u svrhu realizacije turističkih projekata, dalje pobliže uređuje Uredba o osnivanju prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske.⁴¹ Tako su navedenom normativom uspostavljena ograničenja posebnog načina raspolaganja kod osnivanja prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske. Međutim, izložena zakonska i podzakonska regulativa je jasna i ne sadrži posebne odredbe koje ne bi bile usklađene s bitnim sadržajem koji je za služnosti uspostavljen općom normativom ZV-a, kao niti odredbe kojima bi se odstupilo od općih pravila o stjecanju i vrstama stečenih služnosti.

III.2. Služnosti prema Zakonu o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina

Zakon uređuje rješavanje imovinskopravnih odnosa i oslobođenje od plaćanja naknada za stjecanje prava vlasništva, prava služnosti i prava građenja, na zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske i vlasništvu jedinica lokalne, odnosno jedinica područne (regionalne) samouprave, te zemljištu kojega je vlasnik ili kojim upravlja pravna osoba u vlasništvu Republike Hrvatske ili pravna osoba čiji je osnivač Republika Hrvatska, kao i zemljištu kojega je vlasnik pravna osoba u vlasništvu ili

37 Čl. 49. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

38 Čl. 50. st. 5. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

39 Uz iznimke predviđene odredbom čl. 52. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

40 Čl. 51. i 53. st. 3. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

41 Uredba o osnivanju prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske (NN., br. 10/14 i 95/15) donesena je u skladu s odredbom čl. 55. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

čiji je osnivač, odnosno čiji su osnivači jedinice lokalne, odnosno jedinice područne (regionalne) samouprave.⁴² Primjenjuje se na međusobne imovinskopravne odnose i pitanje naknade osoba javnog prava kod stjecanja navedenih stvarnih prava kada se ta prava stječu radi izgradnje infrastrukturnih građevina. Pritom se infrastrukturnim smatraju građevine prometne, javne, komunalne i druge infrastrukture, za čiju je izgradnju utvrđen interes Republike Hrvatske prema Zakonu o izvlaštenju ili prema posebnom zakonu, kao što su ceste, vodne građevine, komunalni objekti, željeznička infrastruktura i slično.⁴³ Tako se ne plaća naknada u okolnostima kada navedena stvarna prava na njihovom zemljištu potrebnom za izgradnju infrastrukturnih građevina stječu osobe javnog prava međusobno jedne od drugih.⁴⁴ Pritom se, ako posebnim zakonom nije drukčije uređeno, stječe ono stvarno pravo (pravo vlasništva, pravo služnosti ili pravo građenja) koje za vlasnika zemljišta predstavlja najmanji teret, a kojim se omogućava ostvarenje svrhe izgradnje infrastrukturne građevine (dakle, pravo služnosti, a ako isto ne omogućava ostvarenje svrhe izgradnje infrastrukturne građevine onda pravo građenja, a kada se niti osnivanjem ovog ograničenog stvarnog prava ne može ostvariti svrha izgradnje infrastrukturne građevine onda pravo vlasništva). Imovinskopravni odnosi između vlasnika zemljišta i vlasnika infrastrukturne građevine uređuju se ugovorom koji je osnova za provedbu upisa u zemljišne knjige i druge javne registre.⁴⁵ Dakle, u smislu ovoga Zakona, služnosti se osnivaju temeljem pravnog posla u skladu s pretpostavkama iz opće zakonske regulative, dok se posebno reguliraju samo pretpostavke u kojima je za potrebe izgradnje infrastrukturnih građevina između osoba javnog prava ovo osnivanje besplatno. U tom smislu odredbe ovog Zakona jasno su jezično određene i u skladu s bitnim sadržajem koji je za služnosti uspostavljen općom normativom ZV-a.

III.3. Služnosti prema Zakonu o šumama

Ovaj Zakon uređuje uzgoj, zaštitu, korištenje i raspolaganje šumom i šumskim zemljištima kao prirodnim bogatstvom s ciljem održavanja biološke raznolikosti te osiguranja gospodarenja na načelima gospodarske održivosti, socijalne

42 Čl. 1. Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina.

43 Čl. 2. i 3. Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina.

44 Čl. 4. st. 1. Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina. Pritom se st. 2. posebno uređuje da pravne osobe u vlasništvu Republike Hrvatske i pravne osobe čiji je osnivač Republika Hrvatska, koje upravljaju infrastrukturnim građevinama u vlasništvu Republike Hrvatske, ne plaćaju naknadu za stjecanje prava vlasništva, prava služnosti i prava građenja drugim pravnim osobama u vlasništvu Republike Hrvatske i pravnim osobama čiji je osnivač Republika Hrvatska koje upravljaju zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske na kojem se grade infrastrukturne građevine.

45 Čl. 5. Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina.

odgovornosti i ekološke prihvatljivosti, a sve polazeći od činjenice da su šume i šumska zemljišta specifična prirodna bogatstva s općekorisnim funkcijama.⁴⁶ Tako, u skladu s načelom pravnog jedinstva nekretnine, šumu određuje kao zemljište obraslo šumskim drvećem u obliku sastojine na površini većoj od 10. ari. U smislu ovoga Zakona šumom se smatraju i: šumski rasadnici i sjemenske plantaže koje su sastavni dio šume, šumska infrastruktura, protupožarni prosjeci te ostala manja otvorena područja unutar šume, šume u zaštićenim područjima prema posebnom propisu, šume od posebnoga ekološkoga, znanstvenoga, povijesnog ili duhovnog interesa, vjetrobrani i zaštitne zone – zaštitni pojasevi drveća površine veće od 10 ari i širine veće od 20 m.⁴⁷ Šumskim zemljištem smatra se zemljište na kojem se uzgaja šuma ili koje je radi svojih prirodnih obilježja i uvjeta gospodarenja predviđeno kao najpovoljnije za uzgajanje šuma.⁴⁸ Kako je riječ o nekretninama koje su u pravnom prometu, na njima se mogu zasnivati subjektivna stvarna prava,⁴⁹ pa tako i ograničeno stvarno pravo služnosti. Pritom, niti ovim Zakonom nisu učinjena bitna odstupanja od opće zakonske normative koja uređuje služnosti. Posebno regulira tek ograničenja kod osnivanja prava služnosti na nekretninama koje predstavljaju šume i šumska zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske. Naime, nad nekretninama koje predstavljaju šumu ili šumsko zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske može se osnovati pravo služnosti samo u svrhu: izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova, eksploatacije mineralnih sirovina, obavljanja turističke djelatnosti, uzgoja stoke i divljači i slično.⁵⁰ S druge strane, iako su ovim posebnim stvarnopravnim uređenjem radi posebne zaštite šuma i šumskog zemljišta propisana i druga brojna ograničenja vlasnikove pravne vlasti nad tim nekretninama, iz odredbi ovoga Zakona jasno proizlazi da je u tim okolnostima riječ o zakonskim ograničenjima prava vlasništva.⁵¹

46 Čl. 1., čl. 3. st. 1. Zakona o šumama.

47 Šumom se ne smatraju odvojene skupine šumskog drveća na površini do 10 ari, šumski rasadnici i sjemenske plantaže koje nisu sastavni dio šume, vjetrobrani i zaštitne zone – zaštitni pojasevi drveća površine manje od 10 ari i širine manje od 20 m, drvoredi i parkovi u naseljenim mjestima (čl. 4. st. 1. – 3. Zakona o šumama).

48 Čl. 4. st. 4. Zakona o šumama.

49 Zakon o šumama postavlja posebna pravila u okolnostima kada su objekt stjecanja prava vlasništva stranih osoba. Naime, izvan okolnosti kada je međunarodnim ugovorom drukčije određeno, prema odredbi čl. 52. st. 2. ovog Zakona strane pravne i fizičke osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na šumama i šumskome zemljištu. U tom smislu ugovore koje je Republika Hrvatska sklopila s državama Europske unije valja cijeniti prema odredbi čl. 140. Ustava RH. Međutim, kada je riječ o stranim osobama, niti ova posebna regulativa ne propisuje posebna ograničenja za strane osobe kod stjecanja ograničenih stvarnih prava, pa tako niti kod stjecanja prava služnosti.

50 Čl. 57. Zakona o šumama. Postupak i mjerila za osnivanje služnosti dalje su preciznije uređeni Uredbama.

51 Vidjeti *supra* II.1.2.1.

III.4. Služnosti prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu uređuje se: održavanje, zaštita, korištenje i promjena namjene poljoprivrednog zemljišta, posebno raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske, zemljišni fond, nadležnost Agencije za poljoprivredno zemljište te upravni i inspekcijski nadzor. Poljoprivrednim zemljištem (koje je zbog svoje namjene u poljoprivrednoj proizvodnji proglašeno dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku)⁵² u smislu ovoga Zakona smatraju se poljoprivredne površine: oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare kao i drugo zemljište koje se uz gospodarski opravdane troškove može privesti poljoprivrednoj proizvodnji. U tom smislu se i neobraslo šumsko zemljište i zemljište obraslo početnim ili degradacijskim razvojnim stadijima šumskih sastojina (makija, garig, šikare, šibljaci i drugo) u okolnostima kada je pogodno za poljoprivrednu proizvodnju smatra poljoprivrednim zemljištem.⁵³ Poljoprivredno zemljište objekt je osnivanja subjektivnih stvarnih prava, pa tako i prava služnosti. Kada je riječ o pravu vlasništva Zakon o poljoprivrednom zemljištu u odnosu prema općoj normativi ZV-a sadrži tek posebna pravila na osnovu stjecanja prava vlasništva stranih pravnih i fizičkih osoba, pravila o najmanjoj površini poljoprivrednog zemljišta kod razvrgnuća suvlasničke zajednice te načinu razvrgnuća.⁵⁴ Međutim, Zakon precizno uređuje održavanje i zaštitu poljoprivrednog zemljišta,⁵⁵ kao i korištenje poljoprivrednog zemljišta,⁵⁶ a u kojem dijelu su postavljena i posebna pravila za poljoprivredno zemljište u državnom vlasništvu.⁵⁷ Iako ovim Zakonom nisu postavljena posebna ograničenja

52 Čl. 2. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

53 Čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu. U smislu odredbe čl. 4. st. 3. ovog Zakona po osnovu održavanja poljoprivrednim zemljištem se smatra i građevinsko zemljište unutar granice građevinskog područja površine veće od 1000 m², kao i zemljište izvan granica građevinskog područja koje je dokumentima prostornog uređenja planirano za izgradnju, koje je u evidenciji katastra označeno kao poljoprivredna kultura, te nije privedeno namjeni, sve do izvršnosti akta kojim se odobrava građenje.

54 Prema odredbi čl. 2. st. 2. i 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, izvan okolnosti kada je to međunarodnim ugovorom i posebnim propisom drukčije uređeno, te ukoliko nije riječ o stjecanju prava vlasništva osnovom nasljeđivanja, nositelji prava vlasništva poljoprivrednog zemljišta ne mogu biti strane fizičke i pravne osobe. Isto tako, ministar nadležan za poljoprivredu ovlašten je pravilnikom propisati najmanju površinu poljoprivrednog zemljišta kod razvrgnuća suvlasničke zajednice, dok se razvrgnuće nad zemljištem u suvlasništvu države i trećih osoba prioritetno provodi geometrijskom diobom (čl. 59. i 59.a Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

55 Čl. 4. – 12. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

56 Čl. 13. – 24. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

57 U odnosu na opća pravila o raspolaganju nekretninama, posebno je uređeno raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države. Poslovi zaštite, korištenja, raspolaganja, prometa i okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta povjereni su Agenciji za poljoprivredno zemljište kao specijaliziranoj javnoj ustanovi (čl. 56. – 59. Zakona o poljoprivrednom zemljištu), koja između ostalog raspolaže Zemljišnim fondom (čl. 13., čl. 53. – 55. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

kod osnivanja prava služnosti na poljoprivrednom zemljištu, kod njihova osnivanja svakako valja voditi računa o posebnim pravilima (ograničenjima vlasnikove pravne vlasti) održavanja i zaštite ovog zemljišta.⁵⁸ Pritom, izgradnjom urbanih područja, industrijskih i energetskih objekata, prometnica, hidroakumulacija te eksploatacijom kamena, šljunka i drugih građevinskih materijala na poljoprivrednom zemljištu u skladu s dokumentima prostornog uređenja dolazi do njegove prenamjene.⁵⁹ Posebnim pravilima o raspolaganju poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države obuhvaćeno je i raspolaganje osnivanjem služnosti. Tako je Agencija na prijedlog zainteresirane osobe ovlaštena osnovati pravo služnosti na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države na način i u uvjetima koje Uredbom preciznije propisuje Vlada Republike Hrvatske.⁶⁰ Iako su i ovim posebnim stvarnopravnim uređenjem radi posebne zaštite poljoprivrednog zemljišta kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku propisane brojne i različite mjere koje ograničavaju vlasnikovu pravnu vlasti nad tim nekretninama, iz odredbi ovoga Zakona jasno proizlazi da je u navedenim okolnostima riječ o zakonskim ograničenjima prava vlasništva.⁶¹

III.5. Služnosti prema Zakonu o vodama

Zakon o vodama uređuje pravni status voda, vodnog dobra i vodnih građevina, upravljanje kakvoćom i količinom voda, zaštitu od štetnog djelovanja voda, melioracijsku odvodnju i navodnjavanje, javnu vodoopskrbu i odvodnju, posebne djelatnosti za potrebe upravljanja vodama i njihov ustroj, te druga pitanja vezana uz vode i vodno dobro.⁶² Vode su (kako to uređuju i opće odredbe ZV-a) opće dobro koje kao cjelina nisu sposobne biti predmet nečijih stvarnih prava, služe zajedničkim potrebama svih ljudi te čije iskorištavanje ovaj Zakon uređuje preko instituta općeg i slobodnoga korištenja, vodopravne dozvole te koncesije.⁶³ S druge strane, vodno dobro služi održavanju i poboljšanju vodnog režima, a čine ga zemljišne čestice koje obuhvaćaju; vodonosna i napuštena korita površinskih voda, inundacijska područja, izvorišta i određeni prostor oko izvorišta te otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njezinom diobom na više rukavaca, naplavljivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem.⁶⁴ Pripadnost zemljišnih čestica vodnom dobru utvrđuje Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo posebnim rješenjem.⁶⁵ Može biti objektom stvarnopravnih ovlaštenja u okvirima opće stvarnopravne regulative, te posebnog uređenja

58 Prije svega ograničenja propisana odredbom čl. 5. – 10. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

59 Čl. 5. st. 2d., čl. 16 – 24. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

60 Čl. 25. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

61 Vidjeti *supra* II.1.2.1.

62 Čl. 1. Zakona o vodama.

63 Čl. 3. st. 2. ZV-a, čl. 7. st. 1. i 2. Zakona o vodama.

64 Čl. 8. i čl. 9. Zakona o vodama. Shodno odredbi čl. 7. st. 1., čl. 8. st. 6., te čl. 22. st. 2. i 3. Zakona o vodama vode, vodna dobra i vodne građevine su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku čija se osobita zaštita uređuje ovim Zakonom.

65 Čl. 10. Zakona o vodama.

koje proizlazi iz Zakona o vodama, ali je opterećeno pravom prvokupa u korist Republike Hrvatske te posebno ograničeno u cilju održavanja i poboljšanja vodnog režima.⁶⁶ Zemljišne čestice koje čine vodno dobro, a u vlasništvu su Republike Hrvatske, predstavljaju javno vodno dobro čiji status posebno uređuje Zakon o vodama. U tom smislu javno vodno dobro je javno dobro u općoj uporabi koje se kao takvo ne može otuđiti iz vlasništva Republike Hrvatske. Na njemu neka druga osoba ne može dosjelošću niti na neki drugi način steći pravo vlasništva niti drugo stvarno pravo, osim prava služnosti i prava građenja i to u pretpostavkama posebno uređenog korištenja javnoga vodnoga dobra za gospodarske ili osobne potrebe.⁶⁷ U okolnostima kada zemljišna čestica izgubi svojstvo vodnog dobra (što rješenjem utvrđuje ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo) prestaje joj status i javnog vodnog dobra, a nekretnine koje su predstavljale javno vodno dobro u zemljišnim knjigama ostaju upisane kao vlasništvo Republike Hrvatske. Vodne građevine su građevine ili skupovi građevina zajedno s pripadajućim uređajima i opremom, koje čine tehničku, odnosno tehnološku cjelinu, a služe za uređenje vodotoka i drugih površinskih voda, za zaštitu od štetnog djelovanja voda, za zahvaćanje voda u cilju njihovoga namjenskog korištenja i za zaštitu voda od onečišćenja.⁶⁸ Pravni status vodnih građevina uređen je u skladu s načelom o pravnom jedinstvu nekretnine. Iznimku predstavljaju vodne građevine izgrađene na temelju prava građenja te vodne građevine izgrađene na temelju prava služnosti vodova (u skladu s iznimkama koje predviđa opća stvarnopravna normativa - čl. 9. st. 4. ZV-a),⁶⁹ ali i mogućnost određivanja pravnog statusa nekretnine preko pravnog statusa vodne građevine koja je njena pripadnost. Naime, u okolnostima kada je na javnom vodnom dobru (javnom dobru u općoj uporabi) kao njegova pripadnost izgrađena vodna građevina u javnoj uporabi, mijenja se pravni status te nekretnine kao javnog dobra u javnoj uporabi.⁷⁰

Uređujući prostor na kojem je izvorište voda kao vodno dobro,⁷¹ Zakon o vodama određuje da taj prostor mora biti zasebna katastarska čestica za koju se prije

66 Zemljišne čestice koje predstavljaju vodno dobro u listu „A“ pripadajućeg zemljišnoknjižnog uloška knjiže se s naznakom vodnog dobra, dok se u listu „C“ /nakon zaprimanja rješenja kojim se utvrđuje vodno dobro – po službenoj dužnosti/ upisuje teret prava prvokupa u korist Republike Hrvatske (čl. 18. st. 3., čl. 254. st. 3. Zakona o vodama).

67 Čl. 16. i 16.a Zakona o vodama.

68 Čl. 21. Zakona o vodama.

69 Čl. 14. st. 1. i čl. 23. st. 6. Zakona o vodama. Građenje i služnosti na javnim nekretninama posebno je uređeno odredbom čl. 28. Zakona o vodama.

70 Čl. 14. st. 2. i čl. 23. Zakona o vodama, u svezi s odredbom čl. 35. st. 5. ZV-a.

71 Prema odredbi čl. 8. st. 1. toč. 4. Zakona o vodama, kao prostor na kojem je izvorište voda za piće (pobliže određenih odredbom čl. 88. st. 1. ovog Zakona) potreban za njegovu fizičku zaštitu i prostor na kojem je izvorište izdašnosti najmanje 10 m³ dnevno, prirodne mineralne, terminalne i prirodne izvorske vode potreban za njegovu fizičku zaštitu. U okolnostima kada ovaj prostor nije u vlasništvu Republike Hrvatske on ne može biti manji od 400, niti veći od 450 četvornih metara oko izvorišta, tako da je izvorište u pravilu u središtu toga prostora (čl. 8. st. 2. Zakona o vodama). U okolnostima kada je ovaj prostor u vlasništvu Republike Hrvatske, predstavljen je površinom od jednog hektara oko izvorišta, tako da je izvorište u pravilu u središtu toga prostora, ili iznimno manjom površinom ako je zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske na kojem je izvorište manje površine od jednog hektara (čl. 8. st. 3. Zakona o vodama).

parcelacije osniva pravo služnosti prolaza i provoza do javne prometnice, na teret svih nekretnina.⁷² Riječ je o stvarnoj služnosti puta (u smislu odredbe čl. 190. ZV-a) koja se osniva u korist nekretnine koja predstavlja vodno dobro kao povlasne,⁷³ na teret nekretnine preko koje taj put prolazi do javne prometnice, kao poslužnog dobra. Pravni temelj kojim se ova stvarna služnost osniva nije posebno određen, pa do osnivanja, (ukoliko nije riječ o okolnostima kada su ispunjene pretpostavke nepotpunog izvlaštenja i tako osnivanja služnosti odlukom tijela uprave u smislu odredbe čl. 223. st. 2. ZV-a) prije svega, može doći temeljem pravnog posla u smislu odredbe čl. 219. ZV-a, u kojem slučaju je način osnivanja reguliran odredbom čl. 220. ZV-a. U okolnostima kada do osnivanja ove služnosti ne dođe temeljem pravnog posla (jer se npr. vlasnik ili suvlasnik protivi osnivanju služnosti), do osnivanja služnosti može doći odlukom suda u smislu odredbe čl. 223. ZV-a, kada navedenu posebnu regulativu Zakona o vodama valja tumačiti u kontekstu pretpostavki za otvaranje nužnog prolaza u smislu odredbe čl. 224. ZV-a.

Isto tako, kako je prethodno napomenuto, kod uređivanja javnog vodnog dobra Zakon o vodama iznimno predviđa mogućnost osnivanja prava služnosti i prava građenja na javnom vodnom dobru i to u pretpostavkama posebno uređenog korištenja javnoga vodnoga dobra za gospodarske ili osobne potrebe.⁷⁴ Naime uređujući korištenje javnoga vodnoga dobra za gospodarske ili osobne potrebe Zakon o vodama dopušta mogućnost da pravne i fizičke osobe na dijelu javnog vodnog dobra osnuju (između ostalog) pravo služnosti radi ostvarivanja svojih gospodarskih, odnosno osobnih potreba, ali pod pretpostavkom da osnovana služnost ne utječe na ostvarivanje namjene tog vodnog dobra.⁷⁵ Odluku o davanju ovog prava donose Hrvatske vode u upravnom postupku, dok ugovor o osnivanju prava služnosti na javnom dobru sklapaju Hrvatske vode u ime Republike Hrvatske.⁷⁶ Dakle i u ovom slučaju je riječ o osnivanju služnosti temeljem pravnog posla u smislu odredbe čl. 219. ZV-a, kada je način osnivanja reguliran odredbom čl. 220. Međutim, kako je navedenom posebnom regulativom predviđena mogućnost osnivanja služnosti na „dijelu javnoga vodnoga dobra“, u svakom pojedinom

72 Čl. 8. st. 4. Zakona o vodama. Pritom se, shodno odredbi čl. 8. st. 5. ovog Zakona, na parcelaciju nekretnina javnog vodnog dobra ne primjenjuju propisi o prostornom uređenju koji su u suprotnosti s odredbama ovoga Zakona.

73 Prema odredbi čl. 186. st. 3. ZV-a, stvarna služnost može postojati i u korist nekretnina koje su javna dobra u općoj ili u javnoj uporabi, ako se tome ne protivi njihova pravna narav.

74 Čl. 11. st. 6. Zakona o vodama.

75 Čl. 16. st. 1. Zakona o vodama. U tom slučaju, prema odredbi čl. 16. st. 2. ovog Zakona, na tom dijelu javnog vodnog dobra može se drugim osobama ograničiti ili potpuno isključiti njegova uporaba.

76 Čl. 16. st. 3. i 4. Zakona o vodama. S druge strane (kod zahvata na javnom vodnom dobru u javnom interesu) investitor građenja javnih građevina u vlasništvu Republike Hrvatske na javnom vodnom dobru (osim regulacijsko - zaštitnih vodnih građevina i građevina za osnovnu melioracijsku odvodnju), te investitor zahvata u prostoru kojem je lokacijskom dozvolom određen uvjet da izvede određeni zahvat u prostoru na javnom vodnom dobru umjesto odluke i ugovora o pravu služnosti mora za izvođenje tog zahvata ishoditi prethodnu suglasnost Hrvatskih voda u upravnom postupku.

slučaju valja voditi računa da iako se stvarna služnost faktično može izvršavati samo na jednom dijelu nekretnine, ona prema općem obilježju nedjeljivosti stvarnih služnosti predstavlja teret za cijelu poslužnu nekretninu.⁷⁷

Status vodnog dobra između ostalog prestaje na uređenim potocima u građevinskom području jedinice lokalne samouprave koji se u cijelosti nadsvođe ili zacijeve, a što rješenjem utvrđuje nadležno ministarstvo.⁷⁸ U ovim okolnostima Zakon predviđa „zadržanje prava služnosti vodova u svrhu njihovog građenja ili održavanja“, te upis prava služnosti u zemljišne knjige gdje je primjenjivo. Međutim, da bi bila riječ o stvarnoj služnosti vodova, koja bi se kao takva mogla upisati u zemljišne knjige, potrebno je postojanje jednog od pravnih temelja predviđenih odredbom čl. 218. st. 1. ZV-a za osnivanje služnosti. Ako se ova odredba tumači na način da već pod ispunjenim pretpostavkama iz odredbe čl. 12. Zakona o vodama služnost vodova tereti nekretninu koja je prija predstavljala vodno dobro (kao zakonska služnost), onda shodno odredbi čl. 185. ZV-a ne bi bila riječ o stvarnoj služnosti (ne primjenjuju se pravila o služnostima), već o zakonskom ograničenju prava vlasništva. Isto tako, o zakonskim ograničenjima prava vlasništva riječ je i onda kada Zakon o vodama u svrhu zaštite od erozije i bujica, neposredne provedbe obrane od poplava, premjeravanja, snimanja i obilježavanja u vezi s građenjem vodnih građevina i održavanja vodotoka i vodnih građevina regulira obvezu vlasnicima susjednog zemljišta omogućiti pristup izvođaču radova preko njihove nekretnine, prijelaz preko svog zemljišta i dr.⁷⁹ Tek ako se (kod održavanja vodnog režima) odvođenje vode s nekog zemljišta ili dovođenje vode na to zemljište ne može riješiti na drugi povoljniji ili ekonomičniji način, predviđena je mogućnost osnivanja služnosti dovođenja, odnosno odvođenja vode, uz naknadu vlasniku poslužne nekretnine.⁸⁰

III.6. Služnosti prema Zakonu o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije

Zakonom o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije definiran je pojam turističkog i ostalog

77 Stvarna služnost predstavlja teret za cijelu poslužnu nekretninu. Drukčije je kod osobnih služnosti. Pravo plodouživanja je djeljivo, dok je pravo uporabe nedjeljivo (čl. 212. st. 1. ZV-a). Pravo stanovanja je djeljivo ako je osnovano kao uživanje, a kada je osnovano kao uporaba onda je nedjeljivo. Navedena djeljivost osobnih služnosti, shodno načelnom određenju prema ostalim djeljivim stvarnim pravima (vlasništvo, pravo građenja) predstavlja djeljivost po obujmu, ali nikad po sadržaju, pa svaki djeljivi dio sadrži sva ovlaštenja sadržaja tog stvarnog prava koja mu zakon daje kao nedjeljivo jedinstvo.

78 Čl. 12. st. 2., 3. i 4. Zakona o vodama.

79 Čl. 124., čl. 129. i 130. Zakona o vodama. O zakonskom ograničenju prava vlasništva bila je riječ i u okolnostima kada je prijelaznom odredbom čl. 144. Zakona o vodama (NN., br. 65/13) svagdašnji vlasnik ili drugi posjednik nekretnine na kojoj su, odnosno ispod koje su, izgrađene komunalne vodne građevine do dana stupanja na snagu tog Zakona obvezan trpjeti služnost radi njihove rekonstrukcije i održavanja bez naknade.

80 Čl. 132. Zakona o vodama.

građevinskog zemljišta koje nije procijenjeno i uneseno u temeljni kapital trgovačkog društva⁸¹ u postupku pretvorbe odnosno privatizacije, uređeni su imovinskopravni odnosi na tom zemljištu, kao i način njegova korištenja.⁸² Prema načinu na koji su uređeni imovinskopravni odnosi na tom zemljištu, kao i načinu njegova korištenja ZTZ (ovisno o namjeni zemljišta) razlikuje „turističko zemljište“ i „ostalo građevinsko zemljište“.⁸³

„Ostalo građevinsko zemljište“ u smislu ZTZ-a predstavlja zemljište koje nije procijenjeno u vrijednost društvenog kapitala društvenog poduzeća u postupku pretvorbe, odnosno koje nije uneseno u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku privatizacije, za koje na dan 1. kolovoza 2010. (dan stupanja na snagu ZTZ-a) dokumentima prostornog uređenja nije određena ugostiteljsko turistička namjena, a na kojem su pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja imala društvena poduzeća.⁸⁴ Vlasništvo ovog ostalog građevinskog zemljišta, odnosno građevina čija vrijednost nije procijenjena u društvenom kapitalu u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije, stekla je (temeljem zakona) Republika Hrvatska.⁸⁵ Međutim, ako je riječ o građevinskom zemljištu, odnosno građevinama na tom zemljištu čija je vrijednost djelomično procijenjena u društvenom kapitalu kod postupka pretvorbe, odnosno privatizacije, isto je postalo suvlasništvo Republike Hrvatske i trgovačkog društva u idealnim dijelovima razmjerno veličini procijenjenog i neprocijenjenog zemljišta i građevine.⁸⁶ U okolnostima kada je u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije u vrijednost društvenog kapitala društvenog poduzeća procijenjena vrijednost građevine bez zemljišta, trgovačko društvo vlasnik je zemljišta ispod građevine (zemljišta tlocrtna površine) i građevine, a kada je procijenjena građevina i dio zemljišne čestice, trgovačko društvo vlasnik je procijenjenog zemljišta i građevine.⁸⁷

„Turističko zemljište“ je građevinsko zemljište koje nije procijenjeno u vrijednost društvenog kapitala društvenog poduzeća u postupku pretvorbe, odnosno

81 Pod pojmom trgovačkog društva, shodno odredbi čl. 2. st. 3. Zakon o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije (u daljnjem tekstu: ZTZ), smatra trgovačko društvo, odnosno njegov pravni sljednik, koje je nastalo pretvorbom društvenog poduzeća na temelju Zakona o pretvorbi i drugim aktima, koje je nositelj prava korištenja, upravljanja i raspolaganja na turističkom zemljištu, te koje obavlja turističko ugostiteljsku djelatnost, odnosno koje je nositelj prava korištenja, upravljanja i raspolaganja na ostalom građevinskom zemljištu.

82 Čl. 1. ZTZ-a.

83 O posebnom pravnom režimu neprocijenjenog zemljišta prema ZTZ-a vidjeti šire: A. Perkušić; Upravljanje nekretninama u državnom vlasništvu i režim tzv. turističkog zemljišta, Zbornik radova: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, godišnjak 18 – 2011., Organizator, Zagreb, 2011., str. 1. – 58.

84 Čl. 2. st. 2. ZTZ-a. Tako se ostalo građevinsko zemljište razlikuje od turističkog zemljišta u činjenici što za ostalo građevinsko zemljište na dan 1. kolovoza 2010. god. dokumentima prostornog uređenja nije određena ugostiteljsko turistička namjena.

85 Čl. 23. st. 1. ZTZ-a.

86 Čl. 23. st. 2. ZTZ-a.

87 Čl. 24. i 25. ZTZ-a.

koje nije uneseno u temeljni kapital trgovačkog društva u postupku privatizacije, za koje je na dan stupanja na snagu ZTZ-a⁸⁸ dokumentima prostornog uređenja određena ugostiteljsko-turistička namjena, i zemljište na kojemu su izgrađene građevine turističko ugostiteljske namjene (kampovi, hoteli i turistička naselja), a na kojem su pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja imala društvena poduzeća.⁸⁹ Isto tako, prema načinu na koji se uređuju imovinskopравни odnosi na turističkom zemljištu, kao i načinu korištenja tog zemljišta, ZTZ (ovisno o namjeni tog turističkog zemljišta) razlikuje turističko zemljište u kampovima i turističko zemljište na kojem su izgrađeni hoteli i turistička naselja.

„Turističko zemljište u kampovima“ predstavlja ono turističko zemljište koje je dokumentima prostornog uređenja na dan stupanja na snagu ZTZ-a utvrđeno kao kamp namijenjen za obavljanje turističko ugostiteljske djelatnosti.⁹⁰ Stvarnopravni status turističkog zemljišta u kampovima ZTZ-a dalje uređuje prema okolnostima procijenjene vrijednosti tog zemljišta kod postupka pretvorbe, odnosno privatizacije. Ako vrijednost turističkog zemljišta u kampovima u cijelosti nije procijenjena u društvenom kapitalu kod postupka pretvorbe, odnosno privatizacije, to zemljište postalo je vlasništvo Republike Hrvatske.⁹¹ S druge strane, ako je riječ o turističkom zemljištu, odnosno građevinama u kampovima čija je vrijednost djelomično procijenjena u društvenom kapitalu kod postupka pretvorbe, odnosno privatizacije, isto je postalo suvlasništvo Republike Hrvatske i trgovačkog društva u idealnim dijelovima razmjerno veličini procijenjenog i neprocijenjenog zemljišta i građevine.⁹² Kako je Republika Hrvatska postala vlasnik turističkog zemljišta u kampovima čija vrijednost u cijelosti nije procijenjena u društvenom kapitalu kod postupka pretvorbe i privatizacije, odnosno suvlasnik zemljišta čija je vrijednost djelomično procijenjena u društvenom kapitalu kod postupka pretvorbe, odnosno privatizacije to ZTZ posebno uređuje i način korištenja tog zemljišta koje je u suvlasništvu Republike Hrvatske putem koncesije.⁹³

S druge strane, „turističko zemljište na kojem su izgrađeni hoteli i turistička naselja“ u smislu ZTZ-a predstavljaju sva ostala turistička zemljišta koja ne predstavljaju prethodno posebno određeno turističko zemljište u kampovima.⁹⁴ Za razliku od normative kojom je određen titular prava vlasništva djelomično procijenjenog, a djelomično neprocijenjenog turističkog zemljišta u kampovima u obliku suvlasništva Republike Hrvatske i trgovačkog društva, kod turističkog zemljišta na kojem su izgrađeni hoteli i turistička naselja titular prava vlasništva

88 ZTZ je stupio na snagu 1. kolovoza 2010.

89 Čl. 2. st. 1. ZTZ-a.

90 Čl. 5. u svezi s čl. 2. st. 1. ZTZ-a.

91 Čl. 6. st. 1. ZTZ-a.

92 Čl. 6. st. 2. ZTZ-a.

93 Čl. 8. do 16. ZTZ-a. Pritom, uvažavajući status trgovačkog društva kao suvlasnika nekretnine kod izvršavanje prava vlasništva glede cijele stvari – upravljanja stvarju, Zakon razlikuje koncesije koje se daju na temelju zahtjeva trgovačkog društva – suvlasnika nekretnine, od koncesija koje se daju na temelju javnog natječaja.

94 Čl. 18. do 22. ZTZ-a.

određuje se kroz postupak parcelacije procijenjenog i neprocijenjenog zemljišta uz uspostavljanje pravnog jedinstva zemljišta i zgrade. Kada je u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća procijenjena vrijednost građevine (hotel ili drugi objekt u turističkom naselju) bez zemljišta, turističko društvo uz vlasništvo građevine stječe i vlasništvo zemljišta ispod građevine (zemljišta tlocrtne površine).⁹⁵ Ako je u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća procijenjena vrijednost građevine i dio zemljišne čestice na kojoj je izgrađena građevina, a u postupku pretvorbe nije formirana posebna zemljišna čestica procijenjenog zemljišta, trgovačko društvo stječe vlasništvo procijenjenog zemljišta i građevine.⁹⁶

Nad preostalim turističkim zemljištem na kojem je društveno poduzeće imalo pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja, a koje nije procijenjeno u vrijednosti društvenoga kapitala, vlasništvo stječe jedinica lokalne samouprave na čijem se području to zemljište nalazi.⁹⁷ Međutim, vlasnici objekata i uređaja komunalne i druge infrastrukture na ovom zemljištu stječu pravo služnosti korištenja i održavanja tih objekata i uređaja bez obveze plaćanja naknade.⁹⁸ Navedena regulativa ostavlja dvojbu je li riječ o osnivanju stvarnih služnosti temeljem zakona u smislu odredbe čl. 228. st. 1. ZV-a ili o zakonskom ograničenju prava vlasništva u smislu odredbe čl. 185. ZV-a.

Naime, regulirajući imovinskopravne odnose ZTZ⁹⁹ uređuje da oblik i veličinu zemljišnoknjižne čestice iz čl. 18., 19., 24. i 25. istog Zakona utvrđuje rješenjem nadležno upravno tijelo za poslove prostornog uređenja, na zahtjev osobe koja ima pravni interes. Nakon što je doneseno rješenje o utvrđivanju oblika i veličine zemljišnoknjižne čestice, akt o parcelaciji zemljišta može se provesti u katastru zemljišta, odnosno katastru nekretnina na temelju parcelacijskog elaborata za kojeg je nadležno upravno tijelo za poslove prostornog uređenja izdalo potvrdu o njegovoj usklađenosti s naprijed navedenim rješenjem o utvrđivanju oblika i veličine zemljišnoknjižne čestice. Nakon pravomoćnosti ovog rješenja nadležno upravno tijelo za imovinskopravne poslove na zahtjev osobe s pravnim interesom donosi posebno rješenje kojim utvrđuje predmet prava vlasništva sudionika u postupku te izdaje nalog zemljišnoknjižnom sudu za provedbu pravomoćnog rješenja u zemljišne knjige.¹⁰⁰ Kako ZTZ ne predviđa da se ovim rješenjem osniva pravo služnosti korištenja i održavanja objekata i uređaja na teret turističkog zemljišta iz odredbe čl. 20. istoga Zakona (kao poslužnog dobra sada u vlasništvu jedinice lokalne samouprave), a u korist procijenjenog zemljišta iz odredbe čl. 18. i 19.

95 Čl. 18. ZTZ-a.

96 Čl. 19. ZTZ-a.

97 Čl. 20. ZTZ-a. Koncesija na preostalom turističkom zemljištu u vlasništvu jedinice lokalne samouprave regulirana je analogno koncesiji na turističkom zemljištu u kampovima u suvlasničkom dijelu Republike Hrvatske.

98 Čl. 30. ZTZ-a.

99 Čl. 27. ZTZ-a.

100 Čl. 28. ZTZ-a.

ZTZ-a (kao povlasnog dobra sada u vlasništvu trgovačkog društva), to nije riječ o osnivanju služnosti temeljem odluke tijela upravne vlasti u smislu odredbe čl. 223. st. 2. i 3. ZV-a.

S druge strane, kako je riječ o normativi kojom se regulira pretvorba prava vlasništva, nije dvojbeno da stvarne služnosti koje su do pretvorbe osnovane kao ovlaštenje nekretnine u društvenom vlasništvu (kao povlasnog dobra), odnosno na teret nekretnine u društvenom vlasništvu (kao poslužnog dobra)¹⁰¹ prema općoj pravnoj regulativi pretvorbe prava vlasništva pretvorbom nisu prestale.¹⁰² Naime, tako proizlazi iz općih pravila o pretvorbi društvenih poduzeća koja se primjenjuju supsidijarno u odnosu na ZTZ-a. Tako je prema odredbi čl. 6. st. 2. Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća¹⁰³ dioničko društvo, odnosno društvo s ograničenom odgovornošću, pravni sljednik društvenog poduzeća, iz čega proizlazi da su u njegovu imovinu (uz daljnje pretpostavke predviđene ovim Zakonom) po samom zakonu prešla prava društvenog poduzeća, tj. njegovoga pravnog prednika. Isto tako, prema odredbi čl. 360. st. 1. ZV-a, pravo upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja na stvari u društvenom vlasništvu postalo je pretvorbom nositelja toga prava – pravo vlasništva one osobe koja je pretvorbom postala sveopći pravni sljednik dotadašnjega nositelja prava upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja na toj stvari, ako je stvar sposobna biti predmetom prava vlasništva, osim ako posebnim zakonom nije određeno drukčije, a koja se odredba na odgovarajući način primjenjuje na sva stvarna prava (čl. 360. st. 3. ZV-a).

U primjeni odredbe čl. 30. ZTZ-a nije riječ o stvarnim služnostima koje su do pretvorbe osnovane kao ovlaštenje nekretnine u društvenom vlasništvu (kao povlasnog dobra), odnosno na teret nekretnine u društvenom vlasništvu (kao poslužnog dobra), već o ograničenju koje nekretninu opterećuje nakon provedene pretvorbe preostalog turističkog zemljišta (koje je shodno odredbi čl. 20. ZTZ-a postalo vlasništvo jedinice lokalne samouprave na čijem se području to zemljište nalazi). Prema odredbi čl. 228. st. 1. ZV-a, pravo služnosti neposredno na temelju zakona osnovat će se kad se ispune sve zakonom predviđene pretpostavke za dosjelost služnosti, inače kad tako odredi posebni zakon. S druge strane, shodno odredbi čl. 185. ZV-a, određuje li neki posebni zakon da pod određenim pretpostavkama neke služnosti terete one stvari glede kojih su te pretpostavke ispunjene (zakonske služnosti), to su zakonska ograničenja prava vlasništva, pa se na njih ne primjenjuju pravila o služnostima, ako zakonom nije drukčije određeno.

Odredba čl. 30. ZTZ-a značenjem pojedinih riječi (jezičnim tumačenjem) upućuje na osnovano pravo stvarne služnosti temeljem zakona (...*stječu pravo služnosti*...), slično normativi ovoga Zakona koja uređuje stjecanje prava vlasništva

101 Do pretvorbe su nekretninu u društvenom vlasništvu opterećivale samo one služnosti koje su bile osnovane kao ovlaštenje nekretnine u privatnom vlasništvu.

102 Riječ je o pravnom sljedništvu, pa ovo ograničeno stvarno pravo ne prestaje primjenom odredbe čl. 129. st. 2. ZV-a.

103 Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća (NN., br. 19/91, 83/92, 94/93, 2/94, 118/99, 42/05 i 99/03).

temeljem zakona. Naime, (bez obzira na rješenje nadležnog upravnog tijela za imovinskopravne odnose kojim se prema odredbi čl. 28. st. 1. ZTZ-a utvrđuje predmet prava vlasništva za zemljišne čestice formirane u skladu s odredbom čl. 27. st. 1. ZTZ-a i koja tako ima deklaratoran karakter) na stjecanje prava vlasništva temeljem zakona upućuju dikcije (...vlasnik je..., ...vlasništvo je...) odredbi čl. 6., 20. i 23. ZTZ-a, ali i odredbi čl. 18., 19., 24. i 25. ZTZ-a u svezi s odredbama čl. 27. i 28. ZTZ-a. S druge strane, kako je prethodno navedeno, prema općoj pravnoj normativi kojom je izvršena pretvorba poduzeća s društvenim kapitalom, pravo vlasništva i pravo stvarne služnosti stječu se temeljem zakona. Isto tako, riječ je o ovlaštenju svagdašnjih vlasnika novoformiranih nekretnina iz odredbe čl. 18. i 19. ZTZ-a (procijenjenih u postupku pretvorbe, odnosno privatizacije u vrijednosti društvenoga kapitala društvenog poduzeća i tako predstavljaju vlasništvo trgovačkog društva) na teret novoformirane nekretnine koja je predstavljala preostalo turističko zemljište u smislu odredbe čl. 20. ZTZ-a (na kojem je društveno poduzeće imalo pravo korištenja, upravljanja i raspolaganja, a koje nije procijenjeno u vrijednost društvenoga kapitala i tako predstavlja vlasništvo jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalazi) i koja svagdašnji vlasnik ove (poslužne) nekretnine mora trpjeti. Tako i ciljnim (teleološkim) tumačenjem proizlazi da odredba čl. 30. ZTZ-a regulira osnivanje stvarnih služnosti temeljem zakona u smislu odredbe čl. 228. st. 1. ZV-a, pa je služnost osnovana s trenutkom kada su ispunjene sve navedene pretpostavke iz ovog posebnog stvarnopravnog uređenja.

III.7. Služnosti prema Zakonu o elektroničkim komunikacijama

Zakonom o elektroničkim komunikacijama¹⁰⁴ uređuje se područje elektroničkih komunikacija, te time (između ostalog)¹⁰⁵ i postavljanje, održavanje i korištenje elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme. Pod pojmom elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme podrazumijeva se pripadajuća infrastruktura i oprema povezana s elektroničkom komunikacijskom mrežom i/ili elektroničkom komunikacijskom uslugom koja omogućuje ili podržava pružanje usluga putem te mreže i/ili usluge, što osobito obuhvaća kabelsku

104 Zakon o elektroničkim komunikacijama (u daljnjem tekstu: ZEK) stupio je na snagu 1. srpnja 2008., kada je prestao važiti Zakon o telekomunikacijama (NN., br. 122/03, 158/03, 60/04 i 70/05).

105 Ovim se zakonom uređuje područje elektroničkih komunikacija, i to korištenje elektroničkih komunikacijskih mreža i pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga, pružanje univerzalnih usluga te zaštita prava korisnika usluga, postavljanje, održavanje i korištenje elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme, uvjeti tržišnog natjecanja te prava i obveze sudionika na tržištu elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, djelotvorno upravljanje radiofrekvencijskim spektrom te adresnim i brojevnim prostorom, digitalni radio i televizija, zaštita podataka, sigurnost i cjelovitost elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga te obavljanje inspeksijskog nadzora i kontrole elektroničkim komunikacijama, kao i osnivanje nacionalnog regulatornog tijela za elektroničke komunikacije i poštanske usluge, njegovo ustrojstvo, djelokrug i nadležnost te postupak donošenja odluka i rješavanja sporova u elektroničkim komunikacijama (čl. 1. ZEK-a).

kanalizaciju, antenske stupove, zgrade i druge pripadajuće građevine i opremu te sustave uvjetovanog pristupa i elektroničke programske vodiče.¹⁰⁶ Pritom su elektronička komunikacijska infrastruktura, obavljanje djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, prostorno planiranje, gradnja, održavanje, razvoj i korištenje elektroničkih komunikacijskih mreža, elektroničke komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme te upravljanje i uporaba radiofrekvencijskog spektra, adresnog i brojevnog prostora, kao prirodno ograničenih općih dobara, proglašeni dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku.¹⁰⁷

Temeljem utvrđenog posebnog interesa Republike Hrvatske u zaštiti ovih dobara, a u okvirima regulatornog okvira za elektroničke komunikacije EU-a, uveden je i institut prava puta.¹⁰⁸ Pravo puta određuje se kao pravo pristupa, postavljanja, korištenja, popravljanja i održavanja elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, što obuhvaća i kabelsku kanalizaciju, kao i druga s tim povezana prava koja čine teret na nekretnini na kojoj je izgrađena elektronička komunikacijska infrastruktura i druga povezana oprema.¹⁰⁹ Tako ZEK uređujući elektroničku komunikacijsku infrastrukturu i drugu povezanu opremu¹¹⁰ određuje da operatori javnih komunikacijskih mreža imaju prava infrastrukturnog operatora¹¹¹ na

106 Čl. 2. t. 8. ZEK-a.

107 Čl. 3. ZEK-a.

108 Zakon je usklađen s regulatornim okvirom za elektroničke komunikacije EU-a koji se sastoji od više direktiva, pa tako i Direktivom 2002/21/EC za područje infrastrukture koja uvodi institut **prava puta**. Pravo puta („*right of way*“) u smislu ove Direktive (čl. 11.) predstavlja pravo na izgradnju, odnosno postavljanje infrastrukturnih elemenata (cijevi, kabeli, kabelska kanalizacija, postrojenja, uređaji, oprema i sl.) na iznad ili ispod javnog ili privatnog zemljišta i zgrada. Pritom država članica, osim što može svojim zakonodavstvom odrediti veća prava operatora u pristupu javnim površinama radi izgradnje, postavljanja, održavanja, iskorištavanja i razvoja objekata elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme, mora u tom smislu voditi računa i o omogućavanju operatorima pristupu privatnom zemljištu i zgradama.

109 Čl. 2. t. 47. ZEK-a.

110 Elektronička komunikacijska infrastruktura u smislu odredbi čl. 27., 28. i 29. ZET-a obuhvaća kabelsku kanalizaciju, elektroničke komunikacijske vodove koji se postavljaju izvan kableske kanalizacije i stupove nadzemne komunikacijske mreže (čl. 27. st. 5. ZET-a).

111 Prema odredbi čl. 2. t. 17. ZEK-a, infrastrukturni operator je pravna ili fizička osoba koja se koristi vlastitim nekretninama i/ili nekretninama drugih u svrhu građenja, održavanja, razvoja i korištenja elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture, ili koja je zasnovala pravo puta u skladu s ovim Zakonom, ili je obveznik davanja pristupa elektroničkoj komunikacijskoj infrastrukturi i povezanoj opremi na temelju analize mjerodavnog tržišta provedene u skladu s ovim Zakonom. Infrastrukturni operator ima status operatora javnih komunikacijskih mreža u okolnostima kada kao vlasnik elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme istu koristi za obavljanje javnih komunikacija. Ovu elektroničku komunikacijsku infrastrukturu i povezanu opremu može koristiti, odnosno zajednički koristiti i operator korisnik (operator javnih komunikacijskih mreža koji koristi tuđu infrastrukturu radi postavljanja i korištenja svoje elektroničke komunikacijske mreže, jer je infrastrukturni operator obavezan svoju infrastrukturu dati na korištenje drugim operatorima, tj. u ovom slučaju – operatorima korisnicima). U ovim okolnostima pravni odnos između infrastrukturnog operatora i operatora korisnika uređuje odredba čl. 30. ZEK-a.

cijelom području Republike Hrvatske, što obuhvaća gradnju, održavanje, razvoj i korištenje elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture na općem dobru, na nekretninama koje predstavljaju javno dobro (u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne /regionalne/ samouprave), te nekretninama u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih osoba, a u skladu s ovim Zakonom i posebnim propisima.¹¹² Ako je za gradnju elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture na općem dobru ili na nekretninama koje predstavljaju javno dobro, u postupku izdavanja dozvola za građenje ili drugih odobrenja u skladu s posebnim zakonom kojim je uređeno prostorno uređenje i gradnja, potrebno pribaviti suglasnost upravitelja općeg dobra ili vlasnika nekretnine, ZEK izrijekom uređuje obvezu nadležnog tijela upravitelja općeg dobra ili vlasnika nekretnine (izvan okolnosti koje su posebno određene) na izdavanje ove suglasnosti u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva. Ovaj zahtjev za izdavanje suglasnosti nadležno tijelo upravitelja općeg dobra ili vlasnika nekretnine koja predstavlja javno dobro može odbiti tek u slučaju: ako utvrdi da na općem dobru ili na nekretnini koja je predmet zahtjeva za izdavanje suglasnosti nema tehničkih mogućnosti za gradnju te ako bi gradnja narušavala zahtjeve zaštite ljudskog zdravlja, očuvanja okoliša ili zaštite prirode, zaštite prostora ili kulturnih dobara, u skladu s posebnim propisima. Međutim, ako u propisanom roku od 30 dana o zahtjevu nije odlučeno, smatra se da je izdana suglasnost.¹¹³

Prema izričitoj odredbi ovoga Zakona,¹¹⁴ smatra se da infrastrukturni operator ima pravo puta, ako je izgradio elektroničku komunikacijsku infrastrukturu i drugu povezanu opremu na općem dobru, javnom dobru, kao i na nekretninama u vlasništvu drugih pravnih i fizičkih osoba uz ispunjenje bilo kojeg od sljedećih uvjeta: da posjeduje uporabnu dozvolu izdanu na svoje ime ili na ime svojih univerzalnih ili pojedinačnih pravnih prednika, odnosno te se koristi elektroničkom komunikacijskom infrastrukturom i drugom povezanom opremom bez sudskog spora s upraviteljem općeg dobra ili vlasnikom nekretnine na kojoj je izgrađena ta infrastruktura, u razdoblju od najmanje tri godine od početka njezina korištenja.¹¹⁵ U

112 Čl. 27. st. 1. ZEK-a. Pritom se st. 2. navedenog članka posebno upućuje da upravitelji nekretnina koje predstavljaju opće dobro, vlasnici nekretnina koje predstavljaju javno dobro, kao i nekretnina pravne osobe u većinskom vlasništvu Republike Hrvatske, ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, moraju poštovati načelo nediskriminacije pri odobravanju prava korištenja nekretnina u svrhu gradnje elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture te pri odobravanju pristupa toj mreži i infrastrukturi kojom upravljaju.

113 Čl. 27. st. 3. i 4. ZEK-a.

114 Čl. 28. st. 1. ZEK-a.

115 Nakon što su ispunjene navedene pretpostavke pravo puta tereti nekretninu glede koje su te pretpostavke ispunjene kao zakonsko ograničenje. Međutim, o stjecanju ovog prava Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti, shodno odredbi čl. 28. st. 2. i 3. ZEK-a izdaje infrastrukturnom operatoru potvrdu koja ima deklaratoran karakter. Infrastrukturni operator obavezan je plaćati upravitelju općeg dobra ili vlasniku nekretnine naknadu za pravo puta (čl. 28. st. 4., 5. i 6., te čl. 29. ZEK-a). Izdavanje ove potvrde, te plaćanje naknade preciznije uređuje Pravilnik o potvrdi i naknadi za pravo puta (NN., br. 152/11 i 151/14).

navedenom je riječ o posebnom zakonskom uređenju prema kojem pod određenim pretpostavkama pravo puta tereti one nekretnine glede kojih su te pretpostavke ispunjene, dakle o zakonskim ograničenjima prava vlasništva na koja se ne primjenjuju pravila o služnostima.¹¹⁶ Valja spomenuti da ZEK svojim posebnim odredbama regulira i druga zakonska ograničenja.¹¹⁷

Izvan pretpostavki u kojima pravo puta tereti one nekretnine glede kojih su te pretpostavke ispunjene kao zakonsko ograničenje prava vlasništva, ZEK posebno ne uređuje drugi pravni temelj kojim bi infrastrukturni operator stekao ovlaštenja prava pristupa, postavljanja, korištenja, popravljanja i održavanja elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme, što obuhvaća i kablsku kanalizaciju, kao i druga s tim povezana prava, kao tereta na nekretnini na kojoj je izgrađena elektronička komunikacijska infrastruktura i druga povezana oprema. Međutim, kako je riječ o uspostavljenom posebnom građanskopravnom uređenju, to u dijelu u kojem određeni pravni odnos nije reguliran posebnim pravilima valja supsidijarno primijeniti pravila općeg građanskopravnog uređenja. U tom smislu dolazi do supsidijarne primjene općih odredbi ZV-a o stvarima i stvarnim pravima,¹¹⁸ odredbi koje reguliraju pravo služnosti¹¹⁹ i pravo građenja,¹²⁰ a na nekretninama u režimu općeg dobra, odredbe Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama koje reguliraju koncesiju na pomorskom dobru.¹²¹

III.8. Služnosti prema Zakonu o cestama

Pravni status, način korištenja javnih i nerazvrstanih cesta, razvrstavanje, planiranje građenja, održavanje, upravljanje, koncesije, financiranje i nadzor javnih cesta te mjere za zaštitu javnih i nerazvrstanih cesta uređuje Zakon o cestama.¹²² Građenje, rekonstrukcija i održavanje kako javnih, tako i nerazvrstanih cesta od interesa je za Republiku Hrvatsku.¹²³ Prema pravnom statusu ceste predstavljaju javno dobro u općoj uporabi, koje su kao javne u neotuđivom vlasništvu Republike Hrvatske,¹²⁴ a kao nerazvrstane u neotuđivom vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalaze.¹²⁵ Odredbe kojim ova posebna stvarnopravna regulativa uređuje javnu cestu (dijelovi javne ceste – shodno odredbi čl. 4. Zakona o cestama), kao i nerazvrstanu cestu (dijelovi nerazvrstane ceste – shodno odredbi čl. 100. Zakona o cestama) u skladu su s općom normativom o

116 O zakonskim ograničenjima prava vlasništva vidjeti *supra* II.1.2.1.

117 Vidjeti čl. 24. st. 6., čl. 26., čl. 30. i dr.

118 Čl. 1. do 9. ZV-a.

119 Čl. 174. do 245. ZV-a.

120 Čl. 280. do 296. ZV-a.

121 Čl. 17. i 19. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama.

122 Čl. 1. Zakona o cestama.

123 Čl. 36. st. 1. i čl. 105. st. 1. Zakona o cestama.

124 Čl. 3. st. 1. i 2. Zakona o cestama.

125 Čl. 101. st. 1. i 2. Zakona o cestama.

pravnom jedinstvu nekretnine (čl. 2. st. 3., čl. 9. st. 1.-3. i 6., čl. 5. ZV-a, čl. 2. st. 2. ZZK-a). Pritom odredbe ovoga Zakona treba tumačiti na način da isti polazi od pretpostavke prethodno stečenog statusa javnog dobra (nekretnine koja je u vlasništvu Republike Hrvatske – ako je riječ o javnoj cesti, odnosno nekretnine koja je u vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalaze – ako je riječ o nerazvrstanoj cesti) kada odredbom čl. 3. st. 5. i 6., te odredbom čl. 102. st. 1. i 2. određuje da javno dobro u općoj uporabi postaje pravomoćnošću uporabne dozvole, odnosno izdavanjem drugog akta na temelju kojeg je dopuštena uporaba građevine sukladno posebnom propisu. Nakon što je ispunjena ova pretpostavka, ceste koje su odlukom nadležnog ministra¹²⁶ razvrstane u jednu od taksativno navedene i definirane četiri skupine javnih cesta (kao: autoceste, državne ceste, županijske ceste ili lokalne ceste) u zemljišne knjige se upisuju kao javno dobro u općoj uporabi i kao neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske, uz upis osoba koje su ovlaštene njima upravljati,¹²⁷ a nerazvrstane ceste kao javno dobro u općoj uporabi i kao neotuđivo vlasništvo jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalaze.¹²⁸ Odlukom o razvrstavanju javnih cesta¹²⁹ može se mijenjati status javne, odnosno nerazvrstane ceste, što predstavlja i osnovu za promjenu provedenih upisa u zemljišnim knjigama.¹³⁰ U okolnostima kada je trajno prestala potreba korištenja javne ili nerazvrstane ceste,¹³¹ odlukom nadležnog tijela¹³² ukida se njihov status javnog dobra u općoj uporabi, ali nekretnina koja je predstavljala javnu cestu ostaje u vlasništvu Republike Hrvatske, a nekretnina koja je predstavljala nerazvrstanu cestu u vlasništvu jedinice lokalne samouprave. Zakon o cestama posebno (u odnosu na opća pravila Zakona o koncesijama) uređuje koncesije¹³³ (koja se na javnoj cesti ne može dati na vrijeme dulje od 60 godina), te korištenje cestovnog zemljišta.¹³⁴ Isti tako, posebno u odnosu na opća pravila izvlaštenja postavljena Zakonom o izvlaštenju,¹³⁵ uređuje izvlaštenje nekretnina radi građenja, rekonstrukcije i

126 U smislu odredbe čl. 7. st. 2. u svezi s odredbom čl. 6. Zakona o cestama.

127 Hrvatske autoceste d.o.o. kao pravne osobe ovlaštene upravljati autocestom, Hrvatske ceste d.o.o. kao pravne osobe ovlaštene upravljati državnim cestama i županijske uprave za ceste kao pravne osobe ovlaštene upravljati županijskim i lokalnim cestama (čl. 3. st. 6. Zakona o cestama).

128 Čl. 101. st. 1. i čl. 102. st. 2. Zakona o cestama.

129 U smislu odredbe čl. 7. st. 2. Zakona o cestama.

130 Čl. 7. st. 6. Zakona o cestama.

131 Može biti riječ i o dijelu ceste / nekretnine, u kojem slučaju bi bilo potrebno provesti postupak parcelacije.

132 Odluku o ukidanju statusa javnog dobra u općoj uporabi za javnu cestu donosi Vlada Republike Hrvatske ili tijelo koje ona ovlasti (čl. 5. st. 2. Zakona o cestama), a za nerazvrstanu cestu predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave (čl. 103. st. 2. Zakona o cestama).

133 Čl. 75. – 79. Zakona o cestama.

134 Čl. 3. st. 8. i čl. 73. Zakona o cestama.

135 Prema odredbi čl. 36. st. 3., te čl. 105. st. 2. Zakona o cestama, na postupak izvlaštenja nekretnina radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javnih odnosno nerazvrstanih cesta primjenjuju se propisi o izvlaštenju, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno.

održavanja javnih¹³⁶ i nerazvrstanih cesta,¹³⁷ odnosno radi izgradnje ili izmjешtanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta.¹³⁸

Kako na javnoj,¹³⁹ tako i na nerazvrstanoj cesti,¹⁴⁰ ne mogu se stjecati ograničena stvarna prava, osim prava služnosti i prava građenja i to u okolnostima na koje Zakon posebno upućuje. Tako se na javnoj cesti pravo služnosti i pravo građenja mogu osnovati radi izgradnje komunalnih, vodnih, energetskih građevina i građevina elektroničkih komunikacija i povezane opreme, a na nerazvrstanoj cesti radi građenja građevina sukladno odluci izvršnog tijela jedinice lokalne samouprave, pod uvjetom da ne ometaju odvijanje prometa i održavanje nerazvrstane ceste.¹⁴¹ Kada je riječ o javnoj cesti, izričito je regulirano da se služnost odnosno pravo građenja osnova u korist investitora građevina, dok je prijenos prava služnosti, odnosno prava građenja dopušten u korist osobe koja je na temelju posebnog zakona ovlaštena upravljati tim građevinama. Pravo služnosti i pravo građenja temeljem ove posebne zakonske regulative osnivaju se temeljem ugovora.¹⁴² Stoga je i način osnivanja ovih ograničenih stvarnih prava određen supsidijarnom primjenom odredbi čl. 220. ZV-a, odnosno čl. 288. ZV-a, tj. upisom tog prava u zemljišnoj knjizi. Međutim, dvojbene su vrste služnosti koje ovaj Zakon navedenom dikcijom dopušta te način njenog prenošenja. Naime, nekretnina može biti opterećena pravom služnosti bilo u korist svagdašnjeg vlasnika određene nekretnine ili nositelja prava građenja (kao umjetne – fiktivne nekretnine) na njoj (stvarne služnosti), bilo u korist određene osobe (osobne služnosti).¹⁴³ Dispozicijom ovlaštenika može se osnovati i služnost koja je po svojoj naravi stvarna (služi boljem gospodarenju nekretnine), ali nije osnovana u korist svagdašnjeg vlasnika

136 Čl. 36. – 44. Zakona o cestama.

137 Čl. 105. i 106. Zakona o cestama.

138 Vidjeti šire: A. Perkušić; Najšira ograničenja vlasnikove pravne vlasti nad nekretninama prema posebnim stvarnopravnim uređenjima i jamstva prava vlasništva, Pravo u gospodarstvu – časopis za gospodarsko – pravnu teoriju i praksu, br. 2/2014, str. 181. – 183.

139 Čl. 3. st. 1. i 2. Zakona o cestama.

140 Čl. 101. st. 1. i 2. Zakona o cestama.

141 Čl. 3. st. 3. i 7., te čl. 101. st. 2. Zakona o cestama.

142 Čl. 25. st. 5. do 7. Zakona o cestama. Osnivanje prava služnosti ili prava građenja te ostala prava i obveze investitora komunalnih, vodnih i energetskih građevina, kao i građevina elektroničkih komunikacija i povezane opreme koje ne služe za potrebe javne ceste utvrđuje se ugovorom s pravnom osobom koja upravlja javnom cestom, odnosno koncesionarom (čl. 25. st. 8.). Odredbom čl. 86. Zakona o cestama postavljena su posebna pravila prema kojima se kod osnivanja služnosti ili prava građenja ne plaća naknada ako su građevina ili instalacija u isključivom vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu Republike Hrvatske, te ako su građevina ili instalacija u isključivom vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, odnosno pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave. Isto tako, ako se na zemljištu u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave osniva pravo služnosti ili pravo građenja radi građenja javne ceste, ne plaća se naknada za osnivanje prava služnosti ili prava građenja.

143 Čl. 176. i čl. 199. st. 1. ZV-a. Prema odredbi čl. 187. ZV-a, što je određeno za vlasnika povlasne nekretnine, na odgovarajući način vrijedi i za nositelja prava građenja, ako nije što drugo određeno, niti proizlazi iz naravi toga prava.

te nekretnine, nego u korist određene osobe (nepravilne služnosti), na koje se primjenjuju pravila o osobnim služnostima.¹⁴⁴ Bez obzira je li riječ o stvarnim, osobnim ili nepravilnim služnostima, one su samostalno neprenosive.¹⁴⁵ Naime, služnost se ne može samostalno razdvojiti od poslužne stvari, niti prenijeti na drugog ovlaštenika ili stvar. Kao teret poslužne stvari prenosiva je samo zajedno s poslužnom stvari, a stvarna služnost (kao ovlaštenje svagdašnjeg vlasnika povlasne nekretnine) i s povlasnom stvari (nekretninom). S obzirom na sadržaj služnosti čije osnivanje Zakon o cestama dopušta (radi izgradnje komunalnih, vodnih, energetskih građevina i građevina elektroničkih komunikacija i povezane opreme), te da se prema izričitoj zakonskoj odredbi služnost osniva u korist investitora građevina, bila bi riječ o osobnim (uživanje), odnosno nepravilnim služnostima. Na nepravilne služnosti primjenjuju se pravila o osobnim služnostima koje se kao takve ne mogu prenositi s određenog ovlaštenika na drugu osobu (u okolnostima osnovane osobne ili nepravilne služnosti ne može doći do njenog prijenosa). U tom bi smislu i odredbu Zakona o cestama „...da je prijenos osnovane služnosti dopušten u korist osobe koja je na temelju posebnog zakona ovlaštena upravljati tim građevinama...”¹⁴⁶ trebalo tumačiti u smislu prestanka osnovane služnosti shodno odredbi čl. 240. ZV-a (istekom roka i ispunjenjem raskidnoga uvjeta), te osnivanjem služnosti u korist osobe koja je na temelju posebnog zakona ovlaštena upravljati tim građevinama, u kojem bi smislu (*de lege ferenda*) valjalo izmijeniti navedenu normativu.

Regulirajući javne ceste Zakon o cestama sadrži posebna pravila o prestanku i osnivanju služnosti i prava građenja u okolnostima kada se provodi postupak potpunog ili nepotpunog izvlaštenja radi izmještanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta. Kada je riječ o potpunom izvlaštenju, nekretnina na koju se izmješta infrastruktura izvlaštenjem postaje vlasništvo Republike Hrvatske.¹⁴⁶ Služnosti i pravo građenja koji su opterećivale zemljište na kojem je infrastruktura izgrađena prestaju (bez prava na naknadu ovlaštenicima tih prava) i u istom sadržaju se osnivaju na zemljištu na koje se infrastruktura izmješta.¹⁴⁷ Pravni odnosi između Republike Hrvatske i osoba koje su prije izmještanja postojeće infrastrukture koristile infrastrukturu u pogledu korištenja nekretnina i osnivanja stvarnih prava na nekretninama na koje je izmještena infrastruktura sagledava se temeljem posebnih zakona koji uređuju korištenje i uporabu određene vrste infrastrukture.¹⁴⁸ Ova pravila odgovarajuće se primjenjuju i u postupku potpunog izvlaštenja nekretnine radi izmještanja postojeće infrastrukture sa zemljišta koje će se izvlastiti radi

144 Čl. 189. ZV-a.

145 Čl. 182., čl. 186. st. 2., te čl. 202. ZV-a. Neprenosivost se kod osobnih služnosti odnosi na pravo osobne služnost dok je izvršavanje samog prava kod plodouživanja, za razliku od uporabe, prenosivo na drugu osobu.

146 Čl. 38. st. 1. Zakona o cestama.

147 Čl. 38. st. 2. Zakona o cestama. Međutim, ova odredba ne primjenjuje se ako je prijedlog za izvlaštenje radi izmještanja infrastrukture podnesen kao poseban prijedlog za izvlaštenje prije ili nakon što je već doneseno rješenje o izvlaštenju nekretnine s koje je potrebno izmjestiti infrastrukturu, a nije došlo do spajanja tih postupaka (st. 4.).

148 Čl. 38. st. 3. Zakona o cestama.

građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste, kada je vlasnik infrastrukture i zemljišta radi građenja, rekonstrukcije i održavanja ista osoba.¹⁴⁹ Kada je riječ o nepotpunom izvlaštenju radi izmještanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta, stvarna služnost na nekretnini izvlaštenoj radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste prestaje (bez prava na naknadu ovlaštenicima tih prava), a rješenjem o izvlaštenju osniva se pravo služnosti na nekretnini izvlaštenoj radi premještanja infrastrukture u korist osobe koja je na nekretnini izvlaštenoj radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste imala pravo služnosti vodova ili drugih uređaja.¹⁵⁰

III.9. Služnosti prema Zakonu o koncesijama.

Zakonom o koncesijama uspostavljen je opći pravni režim koncesija u pozitivnom pravu Republike Hrvatske, dok se odredbe o koncesijama koje sadrže drugi zakoni posebne pravne regulative¹⁵¹ primjenjuju prema pravilu *lex specialis derogat legi generali*. Tako Zakon o koncesijama uređuje postupak davanja koncesija, ugovor o koncesiji, prestanak koncesije, pravnu zaštitu u postupcima davanja koncesije, politiku koncesija, te druga pitanja u vezi s koncesijama (između ostalog za predmet ovog rada bitno - i o načinu na koji se uređuju imovinskopravni odnosi pri dodjeli koncesija).¹⁵² Nakon provedenog postupka davanja koncesija (koji započinje objavom obavijesti o namjeri davanja koncesija u Elektroničkom oglasniku javne nabave) donosi se (ako postupak nije obustavljen, odnosno ako nije riječ o odluci o poništenju postupka davanja koncesije) odluka o davanju koncesije.¹⁵³ Odluka o davanju koncesije upravni je akt koji donosi davatelj koncesije na prijedlog stručnog povjerenstva za koncesiju nakon pregleda i ocjene pristiglih ponuda, odnosno nakon zaprimanja zahtjeva i utvrđenja ispunjenja uvjeta za dobivanje koncesije.¹⁵⁴ Ova odluka sadrži: naziv davatelja koncesije, broj odluke i datum donošenja odluke, naziv odabranog najpovoljnijeg ponuditelja, odnosno podnositelja zahtjeva, osnovna prava i obveze davatelja koncesije i koncesionara, vrstu i predmet koncesije, prirodu i opseg te mjesto, odnosno područje obavljanja djelatnosti koncesije, rok na koji se daje koncesija, posebne uvjete kojima tijekom

149 Čl. 38. st. 5. Zakona o cestama.

150 Čl. 39. st. 1. i 2. Zakona o cestama. Ove odredbe ne primjenjuje se ako je prijedlog za izvlaštenje radi izmještanja infrastrukture podnesen kao poseban prijedlog za izvlaštenje prije ili nakon prijedloga za izvlaštenje radi građenja, rekonstrukcije ili održavanja javne ceste, a nije došlo do spajanja tih postupaka (st. 3.).

151 Kao što je prethodno u ovom radu istaknuto odredbe o koncesijama kao posebnu pravnu regulativu u odnosu prema Zakonu o koncesijama sadrže: Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Zakon o cestama, ZTZ-a, Zakon o vodama, Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama, Zakon o lovstvu, Zakon o komunalnom gospodarstvu, Zakon o elektroničkim komunikacijama, Zakon o željeznici i dr.

152 Čl. 1. st. 1. Zakona o koncesijama.

153 S trenutkom kada je ta odluka postala izvršna.

154 Čl. 3. t. 7. Zakona o koncesijama.

trajanja koncesije mora udovoljavati odabrani najpovoljniji ponuditelj, odnosno podnositelj zahtjeva, iznos naknade za koncesiju ili osnovu za utvrđivanje iste, rok u kojem je odabrani najpovoljniji ponuditelj, odnosno podnositelj zahtjeva obvezan sklopiti ugovor o koncesiji s davateljem koncesije, obrazloženje razloga za odabir najpovoljnijeg ponuditelja, uputu o pravnom lijeku, potpis odgovorne osobe i pečat davatelja koncesije, ali i druge odgovarajuće podatke u skladu s dokumentacijom za nadmetanje, podnesenom ponudom te odredbama posebnoga zakona.¹⁵⁵ Nakon donošenja odluke o dodjeli koncesije pristupa se sklapanju ugovora o koncesiji. To je ugovor koji sklapaju davatelj koncesije (javnopravno tijelo) i gospodarski subjekt kao odabrani najpovoljniji ponuditelj, odnosno gospodarski subjekt kojem je koncesija dana na temelju neposrednog zahtjeva (dakle, privatna osoba), a sadrži odredbe o međusobnim pravima i obvezama vezanim uz danu koncesiju. U tom smislu ovim ugovorom se uređuju i sva pitanja vezana uz vlasništvo nad nekretninama i drugom imovinom koja je predmet ugovora o koncesiji, te nad nekretninama i drugom imovinom koja nastaje na temelju ugovora o koncesiji, za vrijeme i nakon prestanka koncesije, s tim da Zakon o koncesijama posebno upućuje da se sva pitanja vezana uz pravo na korištenje, vlasništvo i druga stvarna prava uređuju u skladu s odredbama posebnih zakona i propisa kojima se uređuju stvarna prava.¹⁵⁶ Kako je koncesija vremenski ograničena, to se i ugovor o koncesiji uvijek sklapa na određeno vrijeme.¹⁵⁷ Ugovor o koncesiji sadržajno mora biti usklađen s odlukom o davanju koncesije. U okolnostima kada ugovor o koncesiji po svom sadržaju nije usklađen sa sadržajem odluke o davanju koncesije, primjenjuje se sadržaj na koji upućuje odluka o davanju koncesije. Međutim, koncesija je pravo koje se stječe ugovorom (koncesionar stječe prava i preuzima obveze koje za njega proizlaze iz ugovora o koncesiji tek sklapanjem ugovora o koncesiji ili stupanjem ugovora na snagu, ako se taj trenutak razlikuje od trenutka sklapanja ugovora), pa ako se nakon odluke o davanju koncesije ne sklopi ugovor o koncesiji, odluka se ne može provesti.¹⁵⁸ Ugovor o koncesiji ugovor je sklopljen na određeno vrijeme

155 Čl. 27. Zakona o koncesijama propisuje sadržaj odluke o davanju koncesije. Međutim, kako je odluka o davanju koncesije upravni akt, ovu odredbu valja primjenjivati i shodno odredbama Zakona o općem upravnom postupku (NN., br. 47/09).

156 Čl. 3. t. 4., te čl. 33. st. 6. i 7. Zakona o koncesijama. Zakon o koncesijama predviđa mogućnost izmjene ugovora o koncesiji kada se sklapa dodatak ugovoru o koncesiji (čl. 39.), ali se izmjenama ne smiju mijenjati vrsta i/ili predmet ugovora o koncesiji. Ako je u ugovor o koncesiji potrebno unijeti bitne izmjene, davatelj koncesije pokreće novi postupak davanja koncesije i sklapa novi ugovor o koncesiji u skladu s odredbom čl. 40. Zakona o koncesijama. Isto tako, predviđena je mogućnost prijenosa ugovora o koncesiji na treću osobu uz pisanu suglasnost davatelja koncesije, ali taj prijenos ne smije umanjiti kvalitetu i narušiti kontinuitet izvršenja ugovora o koncesiji (čl. 41.).

157 Čl. 38. Zakona o koncesijama.

158 Čl. 30. st. 7. Zakona o koncesijama. Trajanje ugovora o koncesiji uvjetovano je važenjem odluke o davanju koncesije. S druge strane, ako se nakon odluke o davanju koncesije ne sklopi ugovor o koncesiji, odluka o davanju koncesije ostaje na snazi, ali se odluka ne može provesti jer se samom odlukom ne stječu prava koja iz koncesije proizlaze (čl. 1. st. 2. Zakona o koncesijama). O pravnom režimu ugovora o koncesiji vidjeti šire: D. Đerđa;

i prestaje istekom vremena, ali može prestati važiti na više načina koje Zakon o koncesijama posebno regulira.¹⁵⁹

Regulirajući imovinskopravne odnose Zakon o koncesijama uređuje da u okolnostima kada je Republika Hrvatska ili davatelj koncesije vlasnik nekretnine na kojoj će se obavljati djelatnost za koju se namjerava dati koncesija, da osoba koja stekne pravo koncesije stječe i pravo korištenja te nekretnine dok traje koncesija i to u onom opsegu koji je nužan za izvršavanje koncesije i na onom dijelu nekretnine na kojem će koncesija najmanje opterećivati nekretninu, odnosno umanjivati njezinu vrijednost, ako Vlada Republike Hrvatske, od nje ovlašteno tijelo ili drugo tijelo koje na temelju posebnog zakona upravlja, odnosno raspolaže nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske ne odluči drukčije.

Ako je za izvršavanje koncesije nužan prolaz ili provoz vozilima bez tereta ili s teretima preko nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske ili davatelja koncesije, osoba koja stekne pravo koncesije, stječe i pravo služnosti prolaza, odnosno provoza svim vozilima sa svim teretima na toj nekretnini, ako Vlada Republike Hrvatske, od nje ovlašteno tijelo, ili drugo tijelo koje na temelju posebnog zakona upravlja, odnosno raspolaže nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske ne odluči drukčije. Pritom koncesionar za stečeno pravo korištenja nekretnine odnosno pravo služnosti, uz naknadu za koncesiju plaća i naknadu za nekretninu u skladu s posebnim propisima.¹⁶⁰

U tumačenju navedene odredbe valja krenuti od općeg pravila Zakona o koncesijama prema kojem koncesionar stječe prava i preuzima obveze koje za njega proizlaze iz ugovora o koncesiji tek sklapanjem ugovora o koncesiji ili stupanjem ugovora na snagu, ako se taj trenutak razlikuje od trenutka sklapanja ugovora. U tom smislu bi se i služnost trebala osnovati temeljem tog ugovora, dakle uz primjenu općih pravila o osnivanju služnosti temeljem pravnog posla (čl. 219. do 221. ZV-a). Međutim, u okolnostima kada su ispunjene navedene pretpostavke, a služnost temeljem pravnog posla nije osnovana, dikcija navedene odredbe upućuje da bi bila riječ o zakonskom ograničenju prava vlasništva, na koja se ne primjenjuju pravila o služnostima u smislu odredbe čl. 185. ZV-a.

S druge strane, kada se koncesija daje za obavljanje djelatnosti na nekretnini koja nije u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno davatelja koncesije, ili ako je za

Ugovor o koncesiji u hrvatskom pozitivnom pravu, Zbornik radova: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, godišnjak 22 – 2015., Organizator, Zagreb, 2015., str. 349. – 393.

159 U svezi s prestankom važenja ugovora o koncesiji posebno su regulirani načini prestanka koncesije (čl. 44. i 45. Zakona o koncesijama), raskid ugovora o koncesiji zbog javnog interesa (čl. 46. Zakona o koncesijama), te jednostrani raskid ugovora o koncesiji (čl. 47. Zakona o koncesijama).

160 Čl. 8. st. 1., 2. i 4. Zakona o koncesijama. U tom smislu je davatelj koncesije dužan već u postupku pripremnih radnji obavijestiti ovlašteno tijelo da će se koncesija u smislu navedenih ograničenja obavljati na nekretnini u vlasništvu Republike Hrvatske, dok je pravo korištenja nekretnine, odnosno pravo služnosti, kao i visina naknade, sastavni dio dokumentacije za nadmetanje u postupku davanja koncesije (čl. 8. st. 3. i 5., čl. 17. st. 2. Zakona o koncesijama).

izvršavanje koncesije nužan prolaz ili provoz vozilima preko nekretnine koja nije u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno davatelja koncesije, davatelj koncesije je obvezan razriješiti imovinskopravne odnose s tom osobom prije početka postupka davanja koncesije.¹⁶¹ Kako je služnost samostalno neprenosiva, te kako se pravo služnosti ne može osnovati na služnosti, ova odredba se može tumačiti samo na način u kojem bi davatelj koncesije trebao s vlasnikom nekretnine prije početka postupka davanja koncesije sklopiti ugovor o osnivanju stvarne služnosti, nakon čega bi osnovana (upis u zemljišne knjige) stvarna služnost pratila ovlaštenja svagdašnjeg ovlaštenika povlasne nekretnine. Ako je riječ o potrebi osnivanja osobnih, odnosno nepravilnih služnosti, ovaj ugovor između davatelja koncesije i treće osobe ne bi mogao izaći izvan sfere obveznopravnog odnosa.

IV. ZAKLJUČAK

Stupanjem na snagu ZV-a, kao glavnog izvora našeg općeg stvarnopravnog uređenja, te Zakona o zemljišnim knjigama, kao izvora zemljišnoknjižnog prava, naše opće stvarnopravno uređenje ima konzistentan sustav stvarnih prava. Središnje mjesto zauzima pravo vlasništva koje daje svom nositelju najveću moguću privatnu pravnu vlast na stvari koja je predmet tog prava, dok ostala stvarna prava (pravo služnosti, pravo građenja, pravo iz stvarnog tereta i založno pravo) daju svom titularu samo neku ograničenu (parcijalnu, djelomičnu) privatnu pravnu vlast na stvari. Slijedom tradicije koju je odredilo Justinijanovo pravo, a poslije prihvatio OGZ, te ostala zakonodavstva srednjoeuropskog pravnog kruga, ZV određuje služnosti kao jedinstveni pravni institut. Naime, iako razlike između posebnih vrsta služnosti, u pojedinim segmentima, dostižu one u kojima se razlikuju ograničena stvarna prava međusobno, zajednička opća obilježja služnosti čine ih jedinstvenim institutom stvarnog prava te jasno određuju njihovo mjesto u okviru sustava zatvorenog broja stvarnih prava. Tako je ograničeno stvarno pravo služnosti uspostavljeno zajedničkim obilježjima koja ovaj institut određuju kao: stvarno pravo, stvarno pravo na tuđoj stvari, stvarno pravo koje ne može postojati na služnosti, koje u bitnom sadržaju vlasnika poslušne stvari obvezuje na činidbu trpljenja ili propuštanja (*pati, non facere*), koje mora biti korisno, koje se mora izvršavati obzirno, koje je samostalno neprenosivo te koje je u načelu (osim plodouživanja) nedjeljivo. Klasično, kao OGZ, te ostala zakonodavstva srednjoeuropskog pravnog kruga, ZV je postavio osnovnu diobu služnosti na stvarne i osobne, prema načinu na koji je određena osoba ovlaštenika služnosti. Ako je ovlaštenik određen s obzirom na svoje vlasništvo određene nekretnine, tada je služnost stvarna ili realna, a ako je ovlaštenik određen s obzirom na svoju osobu, tada je služnost osobna ili personalna. Preciznije, ako je svrha služnosti bolje i korisnije gospodarenje

¹⁶¹ Tek iznimno, kada je to posebnim zakonom predviđeno, koncesionar je dužan imovinsko-pravne odnose razriješiti tek prije sklapanja ugovora o koncesiji (čl. 8. st. 6. i 7. Zakona o koncesijama).

nekretninom, služnost je stvarna, inače je osobna. Dispozicijom ovlaštenika koja je u okviru načela zatvorenog broja stvarnih prava (ograničenje vrsta stvarnih prava, ograničenje sadržaja svake vrste stvarnih prava i nedjeljivost sadržaja svakog pojedinog stvarnog prava) može se osnovati služnost koja je po svojoj naravi stvarna (služi boljem gospodarenju nekretnine), a nije osnovana u korist svagdašnjeg vlasnika te nekretnine, nego u korist određene osobe, kada govorimo o nepravilnoj služnosti. Ove služnosti predstavljaju u svojoj biti osobne služnosti, pa se na njih primjenjuju pravila o osobnim služnostima. Za razliku od stvarnih, broj osobnih služnosti u našem pravu je ograničen (plodouživanje, uporaba i pravo stanovanja). Međutim, dopustivši nepravilne služnosti ZV je praktično dopustio i neograničen broj osobnih služnosti. Služnosti se mogu steći osnivanjem te prelaženjem. Pravo stvarne služnosti osniva se na temelju pravnog posla vlasnika poslužne nekretnine, odluke suda ili druge vlasti ili samog zakona, dok se pravo osobne (kao i nepravilne) služnosti osniva samo na temelju pravnog posla.

Uvažavajući opći interes za što boljom zaštitom, iskorištavanjem i uporabom nekih stvari, odredbama Ustava RH proglašena su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku i koja tako uživaju osobitu zaštitu. Riječ je o moru, morskoj obali i otocima, vodama, zračnom prostoru, rudnom blagu i drugim prirodnim bogatstvima koji već neposredno (temeljem Ustava RH) imaju status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, ali i zemljištu, šumama, biljnom i životinjskom svijetu te drugim dijelovima prirode, nekretninama i stvarima od osobitog kulturnoga, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonodavcu omogućeno da im se posebnim zakonom odredi status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. Tako je u našem pravu vrlo široko postavljen krug stvari, odnosno drugih dobara koje je Ustav neposredno proglasio dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku, odnosno za koje je posredno zakonodavcu omogućio da ih takvim proglasi i uspostavi posebno pravno uređenje za te stvari ili druga dobra. Uspostavljanjem posebnog stvarnopravnog uređenja za određene vrste stvari te stvari dobivaju poseban pravni status koji ih izdvaja od općeg stvarnopravnog uređenja. Posebnom stvarnopravnom regulativom za tu vrst stvari određuje se način na koji ih vlasnici i ovlaštenici prava na njima mogu upotrebljavati i iskorištavati, ali i naknada za ograničenja kojima su eventualno podvrgnuti. U navedenim okolnostima uspostavljenog posebnog građanskopravnog uređenja, pravila općeg građanskopravnog uređenja primjenjuju se na odnose za koje je uspostavljeno posebno pravno uređenje samo ako pravila tog posebnog pravnog uređenja na to upućuju, te u dijelu u kojem određeni pravni odnos nije reguliran posebnim pravilima (ako opća pravila nisu u suprotnosti s posebnim pravnim uređenjem), kada se primjenjuju podredno (supsidijarno).

Kako je zakonodavac vrlo široko iskoristio ustavnu mogućnost uspostavljanja posebnog pravnog uređenja izuzetno je značajna činjenica usklađenosti, odnosno neusklađenosti svakog od tih posebnih stvarnopravnih uređenja s bitnim sadržajem koji je za služnosti uspostavljen striktnim normama ZV-a o služnostima, kao i odstupanja posebno od općeg pravnog uređenja kod pravila o stjecanju te vrstama stečenih služnosti, a sve ponajprije zbog tumačenja i primjene ove normative u

praksi. Normativa posebnog stvarnopravnog uređenja iz Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina, Zakona o šumama te Zakona o poljoprivrednom zemljištu, usklađena je s bitnim sadržajem i pravilima o stjecanju. Posebna pravila ovih Zakona o služnostima su jasna, a u dijelu u kojem određeni pravni odnos nije reguliran posebnim pravilima, supsidijarno se primijenjuju pravila općeg građanskopravnog uređenja, dakle pravila općih odredbi ZV-a o stvarima i stvarnim pravima te odredbi koje reguliraju pravo služnosti. S druge strane, normativa Zakona o cestama ostavlja dvojbe o vrsti služnosti koje ovaj Zakon svojim odredbama dopušta te kao i normativa Zakona o koncesijama, zanemaruje opće obilježje samostalne neprenosivosti služnosti. Ove dvojbe zahtijevaju žurnu izmjenu i dopunu postojeće normative u skladu s bitnim sadržajem ovog ograničenog stvarnog prava uspostavljenog općim pravilima ZV-a. Isto tako, normativa posebnog stvarnopravnog uređenja iz Zakona o vodama, Zakona o turističkom i ostalom građevinskom zemljištu neprocijenjenom u postupku pretvorbe i privatizacije, Zakona o elektroničkim komunikacijama i Zakona o koncesijama ne pravi razliku između služnosti kao ograničenog stvarnog prava i zakonskih ograničenja prava vlasništva na koja se ne primjenjuju pravila o služnostima. U tumačenju ovih odredbi (do njihove izmjene i dopune) valja voditi računa da zakonska ograničenja prava vlasništva predstavljaju teret za opterećenu nekretninu bez određenog ovlaštenika tog prava, dok kod služnosti postoji i tome opterećenju odgovarajuće subjektivno pravo, tj. građanskopravni odnos između vlasnika i ovlaštenika služnosti.

Summary

(NON) COMPLIANCE OF GENERAL AND SPECIAL PROPRIETARY NORMS ON ACQUISITION, TYPES AND CONTENT OF THE RIGHT OF EASEMENT IN OUR POSITIVE LAW

The paper contains a wider representation of the general and special norms on the acquisition, types and content of easements in positive law of the Republic of Croatia. In that sense, classification of the legal foundations and the ways of its establishment, types and content of this limited real right are made, all due to the specifics of the special legislation (whose application in practice is most common) in relation to general legislation. At the same time it is pointed out on the incompleteness of special legal norms, as well as its non-compliance with the principles set out by the general norms on easements. The advantages and disadvantages of these norms are analyzed towards the open issues that arise in the application of this institute with the reasoned proposals *de lege ferenda*.

Keywords: *right on easement, personal easement, irregular easements, general and specific legal norms on easements, legal restrictions on ownership rights.*

Zusammenfassung

(UN-)AUSGEWOGENHEIT DER ALLGEMEINEN UND SPEZIFISCHEN EIGENTUMSNORMEN DES ERWERBS, DER ARTEN UND DES INHALTS DER DIENSTBARKEIT IM KROATISCHEN POSITIVEN RECHT

Diese Arbeit enthält eine breite Darstellung der allgemeinen und speziellen Eigentumsnormen des Erwerbs, der Arten und des Inhalts der Dienstbarkeit im kroatischen positiven Recht. In diesem Sinne ist eine Klassifikation der Rechtsgrundlagen der Einrichtung, Arten und Inhalte der beschränkten dinglichen Rechte gegeben, und zwar wegen der Besonderheiten der Spezialgesetzgebung (deren Anwendung in der Praxis am häufigsten ist) in Bezug auf die allgemeine Gesetzgebung. Zugleich wird die Unvollständigkeit besonderer Rechtsnormen betont, sowie die Nicht-Einhaltung der Grundsätze allgemeiner Normen der Dienstbarkeit. Vor- und Nachteile dieser Normen werden in Bezug auf die noch

offenen Fragen analysiert, die in der Anwendung dieses Instituts mit begründeten Vorschlägen *de lege ferenda* vorkommen.

Schlüsselwörter: *Dienstbarkeit, Grunddienstbarkeit, persönliche Dienstbarkeit, unregelmäßige Dienstbarkeit, allgemeine und spezifische Rechtsnormen der Dienstbarkeit, rechtliche Beschränkungen der Eigentumsrechte.*

RIASSUNTO

(ASSENZA DI) COORDINAMENTO DELLE NORMATIVE GENERALE E SPECIALE IN MATERIA DI DIRITTI REALI SULL'ACQUISTO, LE TIPOLOGIE ED IL CONTENUTO DEL DIRITTO DI SERVITÙ' NEL NSOTRO DIRITTO POSITIVO

Il lavoro contiene un'ampia rassegna delle normative di carattere generale e particolare in materia di diritti reali circa l'acquisto, le tipologie ed il contenuto del diritto di servitù nel diritto positivo della Repubblica di Croazia. Al riguardo s'è provveduto ad una cernita riguardo al fondamento giuridico ed alla modalità di costituzione, al genere ed al contenuto di tale diritto reale limitato, tenendo all'uopo conto delle peculiarità della normativa speciale (che è quella che trova più frequente applicazione nella prassi) rispetto alla disciplina giuridica generale. Nel fare ciò si segnala l'incompletezza della normativa speciale, come pure la mancanza di coordinamento della stessa rispetto ai principi dettati dalla disciplina generale in materia di servitù. Si analizzano i vantaggi e le lacune di tale normativa rispetto alle questioni aperte che si presentano nell'applicazione di tale istituto, suggerendo all'uopo proposte di modifica *de lege ferenda*.

Parole chiave: *diritto di servitù, servitù prediali, servitù personali, servitù irregolari, normativa generale e personale in materia di servitù, limitazioni legali al diritto di proprietà.*

ZNANSTVENI DOPRINOSI PROF. DR. SC. PETRA SIMONETTIIJA CIVILISTIČKOJ PRAVNOJ BAŠTINI I POVIJESTI PRAVA

Dr. sc. Budislav Vukas, ml., izvanredni profesor
Ines Matić, mag. iur., univ. spec. crim.
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.2 Simonetti, P.
Ur.: 19. veljače 2016.
Pr.: 1. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Intencija je autora ovoga rada ukazati na izniman znanstveni doprinos prof. Simonettija u području civilističke pravne povijesti i povijesti prava, kao i na značenje koje njegov bogati opus ima za rimskopravnu i pravnopovijesnu literaturu. Imajući na umu kako cilj ovoga rada nije pružanje sveobuhvatnog pregleda znanstvenog djelovanja prof. Simonettija, već svojevrsni historio-grafski prinos, pozornost autora usmjerena je prije svega na njegov nemjerljivi doprinos u sustavnoj i iscrpnoj analizi prava građenja koje svoje začeteke ima u rimskom načelu superficies solo cedit, a kojom je neupitno zadužio civilističku pravnu znanost, ali i romanistiku. Autori iz riznice prof. Simonettija izdvajaju i institut prava (društvenog) vlasništva, čijom se metodološkom sintezom i analizom legitimirao i kao pravni povjesničar prikazujući čitav historijat geneze prava vlasništva i propitujući stavove pravne doktrine.

Ključne riječi: Petar Simonetti, pravo građenja, društveno vlasništvo.

1. UVODNA PROMIŠLJANJA

Postoje znanstvenici koji svojim opusom i životom nadmašuju danas sve češće prisutne znanstvene specijaliste, koncentrirane u okove svojega precznoga znanstvenog izbora, polja, grane, superspecijalizacije, a svojim životom i životnim interesima daleko nadmašuju i stereotipne okvire čitave svoje dominantne struke. Nema takvih primjera previše, no poneka generacija ipak zapiše i upamti neko ime, koje se dubljim tragom utisne u misli i sjećanja svojih kolega, suradnika, studenata, znanstvenih učenika. I to ne zato što se na nekom fakultetu ili institutu po njemu naziva neka predavaonica ili odsjek, ili što fakultetskim, sveučilišnim, bolničkim ili drugim institucijama ostane neka, obično ne baš najuspjelija fotografija, s nečitim ili kičastim potpisom, funkcijama, titulama i godinama mandata ili djelovanja.

Postoje osobe koje se pamte po načinu svojega života, pisanja, interesa, erudicije, savjetima, podršci, dobroti, ohrabrenju, kolegijalnosti, podršci mladima. Pamte se njihove misli, izrazi, riječi, razgovori ili predavanja, pamte se njihovi radovi, ali ne jer su zadati krutim sveučilišnim danas „bolonjskim“ kurikulumnim okvirom ili imperativom, ili su dio popisa obvezatne ispitne, seminarske ili druge literature, a počesto se tek unesu u poneku bilješku naših znanstvenih ili stručnih uradaka. Sjećamo se takvih ljudi i daleko izvan fakultetskog okruženja, sjećamo se njihovih razgovora i životnih savjeta, sjećamo se točno predstave ili simfonijskog koncerta gdje smo se prvi ili posljednji puta u životu sreli. Jer svaki kontakt, svaka radost zajedništva i suradnje ima trenutak svojega uminuća, a neki nedovršeni planovi, ideje, inspiracije, zadatci, kao da ostaju i opominju nas koji ostajemo da smo morali i trebali bolje i više i da tim velikim ljudima nismo nikada dovoljno zahvalili.

Među ljudskim, znanstvenim „Titanima“ Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, takva je pojava bio prof. Petar Simonetti, redoviti profesor građanskog prava, vrhovni sudac, pravni ekspert najviših dosega, uzoran temeljit nastavnik i predavač, odlučan i izvrstan ispitivač, ali i uporni planinar, poklonik i iznimni poznavatelj tzv. klasične ili umjetničke glazbe, književnosti, filozofije, osoba znakovite tolerancije, sugovorništa, rasprave, debate i uvijek dobrote i uvažavanja, a najviše poštenja i odgovornosti. To su mu bile vječite inspiracije, od najmanjih detalja, do velikih odluka, projekata i programa.

Prof. Simonetti osobito je uvažavao, cijenio i volio mlade kolege. Iako se primarno nije bavio znanstvenim istraživanjima poput onih kojima se bave autori ovoga rada, pokazat ćemo da je svojim znanstvenim radom dao svoj doprinos i civilističko - rimskopravnoj i pravnopovijesnoj znanosti. Interes prof. Simonettija bio je usmjeren svim svojim mladim kolegama znanstvenicima početnicima na Pravnom fakultetu u Rijeci, u danima njegova rada. On je točno znao što koji kolega piše, čita, istražuje, čime se bavi i o čemu dvoji. Bila tema istraživanja usko građanskopravna ili je građanskopravna struktura tek teorijska ili praktična pretpostavka drugim znanstvenim disciplinama, savjet prof. Simonettija bio je uvijek pravi, znanstveno-autoritativan, iskren, s najboljom nakanom za mlade suradnike. Porečko savjetovanje, koje danas nosi njegovo časno ime te Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, bile su „znanstvene platforme“ na kojima su mnogi od tada mladih znanstvenih novaka, asistenata, kreirali svoja prva izlaganja, pisali svoje prve znanstvene ili stručne radove, stjecali uvjete za napredovanje, uvijek u dosluhu s neospornim autoritetom i brigom prof. Simonettija. Bio je mentor svima mladima, uvijek uvažavajući svoje kolege, formalne mentore. Bio je brižan pratitelj, promatrač, savjetnik, poticatelj, stvaralac ideja, donosio je sve što je iz njegove bogate kućne knjižnice moglo na bilo koji način pridonijeti nekomu, od knjiga o povijesti Istre, do sinteza sudske prakse iz ranijih razdoblja, studija svojih kolega i profesora – civilista, znanstvenika.¹

1 Nesporno je da su oba suautora odgovorna za čitav rad, no, neka od ovih iskustava ipak su vezana uz iskustvo prvog autora, i to samo zbog generacijske razlike. Suautorica nije bila studentica prof. Simonettija, već ga poznaje ponajviše po njegovu znanstvenom opusu.

Prof. Simonetti je veliki dio svoga životnoga puta proveo u Bosni, u Sarajevu. Volio je Bosnu, volio je tamošnje ljude, živio je multikulturalizam, uvažavao i poznao različito. U njegovu životu uvijek je bila ljubav za svoju rodnu Istru, Kaštelir, istarske ljude, navike, istarske vrijednosti, koje je obogaćivao životom i iskustvima u Bosni. Pamtimmo njegovu žalost kada je Sarajevo zadesila ratna katastrofa, kada nam je pričao kako je u svojem sarajevskom stanu sklanjao svoje knjige, zbornike, preglednike sudske prakse, koje je zatim donosio u svoj Poreč i Rijeku. Prof. Simonetti bio je ponosan na svoju obitelj, na svoje kćeri, koje su i danas stanovnici svijeta, a pozdravi koji dolaze od njegove obitelji znak su ohrabrenja u izazovima naših, novih i dalje bremenitih vremena.

Ne možemo na ovom mjestu nabrojiti sve kolege s kojima je prof. Simonetti surađivao. U toj nakani sigurno griješimo. No neka imena poput prof. Orlića, prof. Perovića, prof. Krnete, prof. Gavelle, prof. Pvlakić, prof. Bennacchia, ipak se ne mogu zaobići u sjećanjima na bliske kolege i prijatelje, profesorove poštovatelje, pa i onda kada su znanstveno polemizirali o nekoj temi ili problemu.

Nezaboravna su sjećanja susreta s njegovim knjigama u njegovoj kućnoj biblioteci. Pogled na policu ispunjenu knjigama bio je poput legitimacije prof. Simonettija. Kao poseban ekspert za stvarno pravo, on je taj segment građanskog prava shvaćao mnogo šire. Tako su se na njegovoj polici mogli naći naslovi od „Socijalnoga nauka Crkve“ sa zbirka papinih enciklika do Marxsovih i marksističkih djela. Brojne redove polica ispunjenih knjigama krasili su naslovi najrazličitijih filozofskih usmjerenja, književnih djela, monografija, od onih klasika, do modernih, suvremenih, knjige raznih jezika i pisama.

Pamte se i šale i odsjaji dobrog raspoloženja, kojima je prof. Simonetti zračio i u teškim i bremenitim životnim danima. Njegovi redoviti dolasci na Fakultet, jer dolazio je svakodnevno i u danima mirovine, prije 8,00 sati u svoj ured i ostajao do kasno, postajali su ipak sve rjeđi. A njegov kabinet, na drugom istočnom katu fakultetske zgrade i dalje obasjava sunce, sada s novim mladim znanstvenicima, njegovim nasljednicima, koje je uvijek podržavao, i koji uvijek pamte njegovu teško dostižnu dobrotu i dosege.

Sagledavajući hrvatsku pravnu historiografiju, nije rijetkost da i znanstvenici pozitivisti pristupaju sustavnijem i cjelovitijem proučavanju pravno-povijesne teme, bliske njegovoj pozitivnopravnoj grani. To i više, jer pravna povijest, kao integralističko-pravna znanstvena disciplina, čini jednu od najširih i najkompleksnijih pravnih disciplina. Stoga su i dominantni pravni znanstvenici iz pravne povijesti redovito specijalizirani za neko pravno-povijesno područje, pa je doprinos pozitivista pravnoj povijesti koristan i dobrodošao. Možemo navesti primjere akademika Vladimira Iblera, koji je svoj znanstveni opus međunarodnog javnog prava obogatio monografijom „Diplomatska historija 1815. – 1871.“². Interes

2 Ibler, V., *Diplomatska historija 1814. – 1871. – sumarni pregled, izbor dokumenata*, Školska knjiga, Zagreb, 1960. Zanimljivo je navesti kako su akad. Ibler i Pusić često znali ukazivati na činjenicu kako su nekadašnji diplomirani pravnici u Hrvatskoj, gotovo trećinu svojega

za razvitak međunarodnog prava i diplomacije pokazuje i prof. dr. sc. Vladimir Đ. Degan³, dok je obuhvatnu sintezu razvitka kaznenog postupovnog prava, ali i tekstove iz kaznenopostupovne baštine, napisao prof. dr. sc. Vladimir Bayer⁴. To su tek neki izdvojeni primjeri.

Postoje i eksperti pravne povijesti i rimskog prava, čiji opus doseže i do pozitivnog prava. Kao primjer izdvojimo prof. dr. sc. Marka Petraka⁵, koji jasno tumači i pokazuje kontinuitet rimskopravnih pravila i doktrine, argumentirajući njezino mjesto u strukturi hrvatskoga pozitivnog prava.⁶

Pravo je historična disciplina i njezino proučavanje bez sagledavanja njegove povijesne geneze čini ga tek tehničkim oruđem, neadekvatnim i teško primjenjivim, i bez obzira na svu različitost pogleda pojedinih antihistoričnih filozofskih tendencija ili pravnih škola ili povijesnih razdoblja. Nemoguće je odgovoriti na mnoga pozitivna pravna pitanja, razumjeti ih ili primijeniti bez poznavanja taloga i iskustava prethodnih generacija, graditelja pravne doktrine ili praktičnih primjera u primjeni pravne norme. Proučavanje pravne povijesti, stoga nije tek imperativ oblikovanja pravne kulture naših magistara prava.⁷

Kao znanstvenik sa širokim vidicima i iskustvom prof. Simonetti toga je bio svjestan, a neki segmenti njegova opusa, mogu u potpunosti funkcionirati kao pravno-povijesno štivo, koje će cjelovito ili fragmentarno koristiti pravno-povijesnoj

studija studirali pravno-povijesne znanosti. Vidi: Padjen, I., *Metodologija pravne znanosti: pravo i susjedne discipline*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2015., str. 81.

- 3 Prof. Degan bio je veliki prijatelj i poštovatelj prof. Simonettija. U svojim udžbenicima „Međunarodno pravo“ Degan često naglašava važnost poznavanja povijesti u pravnoj struci. Tako njegovi udžbenici sadrže bogat pregled razvitka političkih zbivanja i pravila međunarodnog prava, te znanosti međunarodnog prava. Degan piše: „Pri tome se uzima u obzir (autorova uvodna najava opisa historijskih zbivanja i razvitka pravila međunarodnog prava, op. B.V. i I.M.) da su prečeste reforme srednjega obrazovanja na ovim prostorima, uvijek išle na očitu štetu učenja opće povijesti, ali i zemljopisa i drugih znanja nužnih za studij međunarodnog prava.“, Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000., str. 48 i kasnija izdanja.
- 4 Vidi primjerice: Bayer, V., *Dokumenti o ukinuću torture i o ukinuću smrtne kazne u onim jugoslavenskim zemljama koje su u XVIII. stoljeću bile u sklopu Habsburške monarhije: poseban otisak iz izdanja Starine - Knjiga 60*, Zagreb, JAZU, 1987.; *Kazneno procesno pravo, Knjiga II, Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava*, Zagreb, MUP RH, 1985.
- 5 Vidi primjerice: Petrak, M., *Traditio Iuridica*, Vol. 1., *Regulae Iuris*, Zagreb, Novi Informator, 2010. Petrak povezuje rimsku pravnu tradiciju sa suvremenim zakonskim dvojbama, prijedlozima i rješenjima hrvatskoga stvarnog prava, nudeći prema rimskim uzorima i rješenja *de lege ferenda*: Petrak, M., *Koncepcija generalne vindikacijske tužbe u rimskoj pravnoj tradiciji i de lege ferenda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 63, 5 – 6/2013., str. 1037 – 1062.
- 6 O temeljnim trendovima utjecaja rimske pravne baštine na hrvatsko pozitivno pravo vidi: Stein, P., *Rimsko pravo i Europa – povijest jedne pravne kulture*, Zagreb, Golden Marketing, Tehnička knjiga, 2007. – vidi dodatak čiji je autor stručni redaktor hrvatskoga izdanja ovoga djela Petrak, M., *Rimska pravna tradicija i hrvatska pravna kultura*, str. 173 i dalje.
- 7 O tome više: Kurtović, Š., *Opća povijest prava i države, Prva knjiga – Stari i srednji vijek*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1994., str. 1 – 7, usporedi i: Bartulović, Ž., *Povijest prava i države (1. dio – Opća povijest prava i države)*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014., str. 9.

znanosti. Građansko pravo suvremene Hrvatske oslobodit će se u posljednjem desetljeću 20. stoljeća totalitarnih političkih paradigmi, stremeći prema modernom građanskopravnom sustavu. Prof. Simonetti nije tek pokazao elemente stvaranja tog ideološkog modela građanskog prava u razdoblju nakon 1945. (iako su analize o toj problematici vrlo prisutne). On znanstveno zahvaća puno šira prostranstva pravopovijesne geneze pojedinih instituta.

2. ZNANSTVENI DOPRINOSI PROF. SIMONETTIJA PROUČAVANJU „RIMSKIH TEMELJA“⁸ MODERNOG HRVATSKOGA GRAĐANSKOG PRAVA

Znanstveni opus prof. Simonettija predstavlja odraz njegovog interesa za brojna pitanja pravne znanosti i prakse kojima se bavio u svom znanstveno–istraživačkom radu, u kojem je uvijek zauzimao temeljit i iscrpan pristup, analizirajući sveobuhvatno svaki institut te uvijek pružajući povijesnopravnu i komparativnu analizu. Svojim znanstvenim djelovanjima zadužio je hrvatsku znanost, ali i praksu, prvenstveno u području stvarnog prava te tako stekao ugled vodećeg stručnjaka, koji je nastavio graditi čak i nakon odlaska u mirovinu.⁹ Iako je prof. Simonetti primarno bio civilist pozitivist, a ne romanist, nikako se ne može zanijekati i njegov ključan doprinos izučavanju rimskog prava, prvenstveno u funkciji ukazivanja na činjenicu kako upravo rješenja rimskog prava predstavljaju svojevrsan temelj i bazu modernih građanskih prava, uključujući i hrvatsko građansko pravo.

Područje interesa prof. Simonettija obuhvaćalo je široko područje stvarnih prava, pa je tako i njegov najznačajniji doprinos u pogledu izučavanja rimskog prava svakako vidljiv u onim njegovim radovima koji se bave pitanjima evolucije instituta prava građenja, počevši od načela rimskog prava *superficies solo cedit*. Prof. Simonetti posebnu je pozornost posvetio pitanju pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade te pravu nadogradnje, analizirajući sličnosti i razlike ranijih i postojećih

8 Ovu sintagmu često rabi Petranović Anamari u svojim znanstvenim raspravama i naslovima kurikula svojih nastavnih kolegija, primjerice kolegij naziva Rimski temelji europskog privatnog prava na Poslijediplomskom doktorskom studiju iz područja društvenih znanosti, polje pravo, Pravnog fakulteta u Rijeci. Također, sintagmom „rimski temelji“ često se služi i Petrak Marko u svojim radovima, kao i Zimmerman, R., *The Law of Obligations – Roman Foundation of Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996. i ostala izdanja.

9 Bio je od onih kojih su shvaćali važnost povezivanja znanosti i prakse pa je tako uvijek naglašavao kako je „međusobna komunikacija pravne prakse i pravne znanosti neophodna argumentirajući kako je notorno da je pozitivistička pravna znanost bez pravne prakse neplodna, a da je pravna praksa bez pravne znanosti površna i stoga nužno nedosljedna.“ Simonetti, P., Petnaestogodišnjica savjetovanja pravnika u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, 1/2009., str. 770. Ovaj njegov pristup vidljiv je u svim njegovim radovima i upravo to im daje nemjerljivu znanstvenu, ali i praktičnu vrijednost te doprinos zakonodavcu u formiranju prijedloga *de lege ferenda*.

pravnih ustanova, kako u sudskoj tako i u znanstvenoj interpretaciji jer je to, kako je običavao reći „*pouzdana metoda za bolje razumijevanje i primjenu pravila*“.

U ovome se radu ne pretendira analizirati čitav opus i doprinos prof. Simonettija izučavanju rimskog prava već je naglasak stavljen isključivo na ustanovu rimskog superficijesa i načelo *superficies solo cedit*, imajuću na umu da je ovo pitanje postalo veoma aktualno pitanje hrvatskoga pravnog sustava u vrijeme donošenja Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima 1997. godine, kada se nakon komunizma koji je potpuno potisnuo načelo jedinstva nekretnine, ponovno vraća rimskim temeljima pa rimsko načelo *superficies solo cedit* postaje iznova dio Zakona o vlasništvu, kao temeljno načelo stvarnog prava.¹⁰

Zanimljivo je napomenuti kako je prof. Simonetti titulu doktora pravnih znanosti 1983. godine stekao upravo izradom doktorata na temu prava građenja te je o istoj temi i kasnije napisao veliki broj znanstvenih radova, nametnuvši se svojim doprinosom kao vodeći autoritet u tom području. Za razumijevanje prava građenja bilo je neophodno proučiti genezu rimske ustanove superficijesa, kao najstarije ustanove koja omogućuje određena prava na zgradi izgrađenoj na tuđem zemljištu¹¹ pa stoga prof. Simonetti u okviru svojih radova o pravu građenja najviše pažnje posvećuje razvoju rimskog superficijarnog prava, navodeći kako „*je to pravo imalo odlučujuću uticaj na oblikovanje suvremenog superficijarnog prava u onim zemljama koje slijede romanističku tradiciju*“.¹² Kao što Simonetti ističe, „*rimski superficies je daleko najbolje obrađen institut od svih oblika legalnog građenja na tuđem zemljištu koji su se razvijali tijekom stoljeća do uređenja suvremenog prava građenja*“¹³, a što možemo zahvaliti i njegovom značajnom doprinosu.

Prof. Simonetti sustavno je analizirao razvoj ustanove prava građenja počevši od rimskog klasičnog i postklasičnog prava pa preko pandektističkog prava i suvremenih građanskih kodifikacija 19. st., a sve kako bi pokazao da je upravo rimsko načelo *superficies solo cedit*, ključno za razvoj prava građenja u suvremenim pravnim poredcima temeljenim na romanističkoj pravnoj tradiciji, uključujući i onaj hrvatski.

Pravilo *superficies solo cedit* znači da stvari koje su trajno ili nerazlučivo spojene sa zemljištem gube svoju samostalnost i pripadaju vlasniku zemljišta. Na ovaj način se građenje na tuđem zemljištu javlja kao originarni način stjecanja vlasništva u rimskom pravu. Superficijarno rimsko pravo rezultat je višestoljetnog pretorskog djelovanja i pravne znanosti koja se razvijala pod utjecajem životnih potreba – građenja na tuđem zemljištu usprkos načelu *superficies solo cedit*. Pravo građenja, kao i superficijarno pravo, pravno razdvaja trajnu zgradu od

10 Petrak, M., *Rimska pravna tradicija i hrvatsko stvarno pravo*, u *Rimska pravna tradicija i hrvatska pravna kultura*, Zagreb, Politička kultura, 2015., str. 123.

11 Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 234; Romac, A., *Rimsko pravo*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 222; Boras, M., Margetić, L., *Rimsko pravo*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1998., str. 225.

12 Simonetti, P., *Pravo građenja*, Sarajevo – Beograd, Službeni list SR BiH, 1986., str. 11.

13 Loc. cit.

zemljišta kao potpuno samostalnu nekretninu ali, za razliku od superficijarnog prava, pravo građenja se po zakonu smatra samostalnom nekretninom, a zgrada na njemu izgrađena ili njime naknadno odvojena od zemljišta njegova je neraskidiva pripadnost. Pravom građenja se ne ukida načelo *superficies solo cedit* već se samo prirodno zemljište zamjenjuje umjetnim pravom građenja kao drugim zemljištem, kako zaključuje prof. Simonetti.¹⁴ Superficijarno pravo u rimskom pravnom sustavu razvija se kao svojevrsna antiteza načela *superficies solo cedit*, koje izražava bit rimskog prava vlasništva na zemljištu, a koje je prostorno neograničeno. Pretor u klasično doba proširuje zaštitu i započinje preobražaj superficija kao obveznopravnog odnosa u stvarnopravni odnos, kakav se javlja u Justinijanovom pravu, zaštićen tužbama *in rem*. Međutim, pravna priroda superficijesa je sporna i među suvremenim romanistima¹⁵ jer ostaje neodgovoreno pitanje je li superficijarno pravo samo stvarno pravo na tuđoj stvari ili superficijarno vlasništvo. Ovoj znanstvenoj raspravi doprinosi prof. Simonetti, iznoseći različite teorije i argumente o tom pitanju te pružajući pregled aktualnog stanja znanosti o navedenom problemu. Vladajućem mišljenju romanistike o tome da je superficijarno pravo stvarno pravo na tuđem zemljištu, priklanja se u svojim zaključcima i prof. Simonetti.

Proučavanje rimskog superficijesa i njegova usporedba s pravom građenja iznimno je značajna zbog otkrivanja razloga nastanka prava građenja kao ustanove koja nije postojala u rimskom pravu,¹⁶ a u čemu je doprinos prof. Simonettija nemjerljiv. Njegovi radovi o rimskom superficijesu mogu se smatrati najopsežnijim i najtemeljitijim istraživanjima ovog pitanja u hrvatskoj pravnoj znanosti. Jedan od temeljnih radova u ovoj temi je njegov članak objavljen u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 1 iz 1999. godine, pod naslovom „Rimski superficijes i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja“. Ovo pitanje prof. Simonetti obradio je i u sljedećim radovima: „Evolucija ustanove superficijarnog prava i usporedba s pravom građenja“, objavljen u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 33, 2012. godine te „Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe“, Međunarodni simpozij „Contemporary Law, Legal Science and Justinian’s Codification“, Skopje, 2003. godine. Pitanje superficijesa analizirao je i u drugim svojim radovima o pravu građenja, stvarnim pravima i pravima na nekretninama: „Pravo građenja“, Službeni list SFRJ, Beograd-Sarajevo, 1986.¹⁷ „Raspave iz stvarnog prava“, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001., „Prava na nekretninama (1945. – 2007.)“, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007.

Kada govorimo o razvoju prava građenja u hrvatskom pozitivnom pravu, svakako moramo naglasiti kako su načela i instituti rimskog prava odigrali ključnu

14 Simonetti, P., Odlike prava građenja i superficijarnog prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 1/2013., str. 3.

15 Simonetti, P., Pravo građenja, cit., str. 3.

16 Belaj, I., Od rimskog superficiesa do prava građenja, Pravni vjesnik, 1/2013., str. 121.

17 Ovu godinu možemo smatrati i 30. obljetnicom izdavanja monografije „Pravo građenja“ koja, između ostaloga, predstavlja vrlo vrijednu literaturu o povijesnim oblicima legalnog građenja na tuđem zemljištu, počevši od načela *superficies solo cedit*.

ulogu i u razvoju institucija hrvatskoga srednjovjekovnog, pa tako i pozitivnog prava, što potvrđuju u brojnim svojim radovima i prof. Margetić, kao i prof. Petrak, često analizirajući rimske temelje hrvatskoga pozitivnog prava. Utjecaj rimskog načela *superficies solo cedit* na razvoj ustanove prava građenja je neupitan u hrvatskoj pravnoj tradiciji, što pokazuje svojim znanstvenim doprinosima i prof. Simonetti, svrstavajući se tako među one koji rimsko pravo vide kao neizostavni element i kamen temeljac hrvatske pravne tradicije. Intencija njegovih radova nikada nije bila iznijeti samo povijesni prikaz rimskog prava već on ulazi u dubinu rimske doktrine, nudeći svoja razmišljanja o postojećim zaključcima i komparirajući rimsko pravo s pozitivnim pravnim sustavima, uvijek naglašavajući presudan utjecaj koje je rimsko pravo imalo u njihovu formiranju i oblikovanju.

Tako prof. Simonetti u svojim radovima pokazuje zavidno poznavanje opusa vodećih romanista; Bartolusa, Pastorija, Arancio-Ruiza, Puhana, Horvata, Romca, Margetića, Borasa. Kritički analizira iznesene stavove i nudi nova rješenja. Ne koristi rimsko pravo samo kao uvod u svoje radove, kao povijesne crtice, već istinski, temeljito i sveobuhvatno analizira pitanja i institucije rimskog prava, doprinoseći vrijednim znanstvenim zaključcima te propitujući utjecaj recipiranog rimskog prava na građanske kodifikacije i nova rješenja koja nude.

Radovi prof. Simonettija sadrže metodološki sustavan i detaljan pregled razvoja superficijarnog prava u kojem se izlaže geneza od koncesije *ad aedificandum in solo publico* koju uspoređuje s paralelnim pravnim institutom prava korištenja državnog poljoprivrednog zemljišta. Graditelj s navedenom koncesijom imao je pravo uživati zgradu na dugi rok ili trajno.¹⁸ Prof. Simonetti naglašava kako je u slučaju superficijarnog prava potrebno razlikovati dvije faze. Prva, u kojoj je pravo uživanja zgrade zasnovano na ugovoru zakupu i druga, kada se superficijarno pravo izdvaja kao samostalno pravo te napominje kako je honorarno pravo to koje je omogućilo da se pravo uživanja zgrade izdvoji iz krila civilnog prava kao samostalnog.¹⁹

U svojim radovima ukazuje na činjenicu da je rimski *superficies* proistekao iz koncesije za izgradnju zgrade na javnom dobru i ugovora o zakupu na privatnom zemljištu, a tijekom vremena se preobrazio u stvarno pravo na tuđem zemljištu koje je težilo osamostaljenju zgrade.²⁰ Ističe rimski superficij kao najznačajniju povijesnu pravnu ustanovu koja se razvila u sukobu s načelom *superfices solo cedit*, a koja je izvršila presudan utjecaj na suvremene ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade.²¹

Osim toga, prof. Simonetti analizira i Puhaneve teorije o odstupanju od načela *superficies solo cedit* u određenim periodima rimskog prava, kao što je slučaj s *leges agraria*. Ne slaže se s njegovom tvrdnjom diferencirajući pravni režim zemljišta u

18 Simonetti, P., Pravo građenja, cit., str. 15.

19 Simonetti, P., op. cit., str. 17.

20 Simonetti, P., Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, 1/1999., str. 15.

21 Simonetti, P., op. cit., str. 17.

privatnom vlasništvu i pravni režim zajedničkog zemljišta *gensa*. Ističe kako je u vrijeme republike veliki broj ljudi doselio u gradove i bio upućen na to da podiže zgrade na tuđem zemljištu, zbog čega se tražila pravna osnova da graditelj zgrade može raspolagati tako izgrađenom zgradom na tuđem zemljištu, a koja je pronađena u institutu superficijesa. Navedeno ujedno dovodi do modifikacije koncepta vlasništva „*koje se proteže od pakla do zvijezda*“.²²

Prof. Simonetti nastoji usustaviti propise o pravu građenja i trajnom pravu korištenja kako bi utvrdio pravnu prirodu ovih instituta uspoređujući ih s već istraženim institutima u drugim državama, kao i s uzorima u prošlosti.²³ Ne bavi se samo analizom postojećih pravnih normi već uvijek uzima u obzir i širi kontekst, stavljajući svaki institut u društveno-ekonomsko-socijalni kontekst, tražeći u njemu uzroke nastanka, postojanja i razvitka instituta. Tako razmatrajući socijalnu i gospodarsku funkciju prava građenja analizira i odlike prava građenja i superficijarnog prava, počevši već od rimskog prava.

U svojim radovima raspravlja o različitim pravnim ustanovama prava imati vlastitu zgradu ili drugu samostalnu trajnu građevinu na zemljištu u društvenom vlasništvu i na zemljištu u privatnom vlasništvu; konstituiranju, trajanju i prestanku (*ex lege*) prava koja razdvajaju zgradu ili drugu trajnu građevinu od zemljišta, o trajanju i prestanku tih prava, a posebice o njihovoj pravnoj prirodi. Posebno skreće pozornost na povijesnu i suvremenu komparaciju tih prava čija je osnovna svrha traženje odgovora na pitanje je li se moglo uspostaviti pravo vlasništva i pravno jedinstvo zemljišta i zgrade pretvorbom trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu u pravo građenja kao i pretvorbom prava korištenja radi građenja u pravo građenja. Konačno, prof. Simonetti obrazlaže kako se superficijarno pravo uklapa i u strukturu feudalnog vlasništva kao koristovno vlasništvo.²⁴ Uspoređuje suvremeno pravo građenja i superficijarno pravo i naglašava kako se osnivanjem prava građenja ne ukida načelo *superficies solo cedit*, već se samo zamjenjuje objekt koji privlači zgradu pa na mjesto prirodnog zemljišta dolazi pravo građenja kao drugo zemljište, odnosno druga nekretnina ako je zgrada već izgrađena.²⁵

Zaključno možemo reći kako je upravo prof. Simonetti izradio prvu cjelovitu analizu u doktrini hrvatskoga prava građenja, kako bi se ova ustanova počela koristiti u praksi, što tada nije bio slučaj zbog nepoznavanja mogućih pravnih posljedica ovog instituta. Temeljna metoda kojom se služi u svom znanstvenom opusu je povijesno-pravna i komparativna metoda pa tako uspoređuje suvremene pravne institute i njihove pravne prednike. Njegovi zaključni rezultat su temeljite i sustavne kritičke analize i uvelike olakšavaju praktičarima pravnu orijentaciju pri rješavanju pojedinih pitanja.

22 Ibid., str. 18.

23 Simonetti, P., Pravo građenja, cit., str. 5.

24 Simonetti, P., Pravo građenja, cit., str. 21.

25 Simonetti, P., Odlike prava građenja i superficijarnog prava, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 1/2013., str. 12.

Iako mu to nije bio osnovni cilj, prof. Simonetti je svojim radovima, između ostaloga, pokazao i kako rimsko pravo nije isključivo povijesno pravna disciplina već svojevrstan čvrst temelj i tradicija hrvatske i europske pravne kulture, čime staje uz bok prof. Petraku²⁶ i pok. prof. Margetiću²⁷, koji su upravo tu tezu u svojim radovima nebrojeno puta istaknuli i nastojali dokazati.

3. IZ OPUSA PROF. SIMONETTIJA - RELEVANTNO ZA PROUČAVANJE MODERNE I SUVREMENE PRAVNE POVIJESTI

Jedna od temeljnih formativnih odrednica čitavog hrvatskoga (i jugoslavenskog) pravnog sustava od 1945. do 1990. stvaranje je kolektivnog vlasništva.²⁸ Njegova je pojava bitno odredila razvitak čitavog pravnog sustava u Hrvatskoj i Jugoslaviji, a specifično poimanje vlasništva bilo je u posebnom interesu i fokusu ukupne marksističke misli i ideologije. Sve je to uvjetovalo radikalne izmjene evolucije ovog pravnog instituta nakon 1945., koje su dakako imale značajan odjek na ukupne društvene, pa i povijesne odnose u Hrvatskoj i Jugoslaviji, prekidajući svoj višestoljetni relativno kontinuirani razvitak u posebnim hrvatskim socijalno-ekonomskim okolnostima, usporediv s europskim kontekstom.^{29, 30}

Raspravljajući iz perspektive pozitivnog prava, stvaranog na temeljima novog hrvatskoga Ustava iz 1990. (preciznije, već Ustavnih amandmana od 25. srpnja 1990.), koji poništavaju ideološka shvaćanja i pravna rješenja o pravu vlasništva u ranijim razdobljima – proces denacionalizacije, prof. Simonetti izradio je temeljitu sintezu fenomena društvenog vlasništva i razvitka ovog instituta u jugoslavenskom pravu, nakon 1945. Ona je iznesena u tri kapitalne Simonettijeve studije: «Denacionalizacija», 2004. godine, «Prava na građevinskom zemljištu (1945. –

26 Petrak, M., *Rimska pravna tradicija...*, cit., 2015.

27 Margetić, L., O tzv. aktualiziranju istraživanja rimskog prava, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, 2/2006., str. 637 – 653; Margetić, L., *Perspektive znanstvenog istraživanja pravopovijesnih tema*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, vol. 43, 3-4/2006., str. 323-330.

28 Prema sistematizaciji Dalibora Čepula: Čepulo, D., *Hrvatska pravna povijest u europskom kontekstu – od srednjeg vijeka do suvremenog doba*, *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*, 2012., str. 314, 315.

29 O pravu vlasništva u Hrvatskoj i europskom kontekstu njegove geneze vidi primjerice: Margetić, L., *Srednjovjekovno hrvatsko pravo: stvarna prava*, Zagreb, Rijeka, *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*, *Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci*, 1983.; Bartulović, Ž., *Neka pitanja stvarnih i obveznih prava – Vinodolski zakon 1288., Krčki i Senjski statut (1388.)*, Rijeka, *Matica Hrvatska*, 1997., str. 54 – 92; Maršavelska Apostolova, M., *Dominium utile u tekstovima Ivana arhidakona Goričkog (1334. god.)*, Zagreb, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, 5 – 6/2013. Predmetni radovi sadrže brojnu dodatnu literaturu.

30 Zanimljiva je teza, koju predstavlja prof. Ivan Padjen, kako je baš slaba educiranost pravnika o pravopovijesnim temama uvjetovala razvitak i argumentaciju fenomena društvenog vlasništva u socijalističkoj Hrvatskoj, tj. shvaćanja prava vlasništva isključivo kao ekonomskog odnosa. Vidi, Padjen, I., op. cit., str. 82 i dalje.

2007.)» - istoga izdavača, 2008. i «Prava na nekretninama (1945. – 2007.), 2009. godine, u izdanju Pravnog fakulteta u Rijeci.

Dakle, Simonettijeva intencija nije usustaviti fenomen društvenog vlasništva radi njegovoga povijesnog prikaza. Društveno vlasništvo, načini njegova stjecanja, prijenosa, prava i obveze subjekata nositelja društvenog vlasništva dominantno su predstavljena kako bi pojasnili pravne mehanizme denacionalizacije i stvaranja vlasničkopravnog sustava novog hrvatskoga ustavnog razdoblja, nakon 1990. godine. No, temeljitost i opsežnost izlaganja o navedenim pravnopovijesnim temama mogu legitimirati prof. Simonettija i kao pravnog povjesničara, tj. njegove analize mogu funkcionirati kao pravnopovijesna analiza kolektivnog vlasničkopravnog režima. Prof. Simonetti je svjestan da sadašnje generacije pravnika ne mogu poznavati, pa i razumjeti ove ideološke fenomene, pa je i to jedan od razloga za njihovu sveobuhvatnu i gotovo pravnopovijesnu analizu. Simonetti piše: „Sadašnji pravnici, izuzev onih koji češće primjenjuju te propise u različitim postupcima, gotovo su zaboravili pravne ustanove o sjecanju, opterećenju, prijenosu i prestanku društvenog vlasništva i prava na nekretninama u društvenom vlasništvu, a mlađi pravnici koji su studirali poslije 1990., osim rijetkih iznimaka, imaju samo blijedu predodžbu o tim ustanovama i tadašnjem pravnom sustavu“.³¹

Najtemeljitiji prikaz fenomena društvenog vlasništva na nekretninama sadrži Druga knjiga impozantne studije „Pravo na nekretninama (1945. – 2007.)“, a nešto sažetiji pregled sadrži ranije objavljeno drugo poglavlje u studiji „Denacionalizacija“. Posebna je analiza vezana uz fenomen tzv. „podruštvovljenja građevinskog zemljišta“, kojeg Simonetti izlaže kao Drugi i treći dio svoje studije „Pravo na građevinskom zemljištu 1945. – 2007.“, ali i u svojim drugim ranijim znanstvenim radovima.

Svaki navedeni institut analiziran je vrlo sustavno, sukladno uobičajenoj metodološkoj sintezi instituta građanskog prava. Polazi se od stjecanja društvenog vlasništva, koje (ako se ne radi o građanskopravnoj osnovi) izražava svu kompleksnost radikalizirane vlasničkopravne reforme, tj. kako Simonetti govori „prevrata“. Temeljito je predstavio sve specifične modalitete stjecanja prava vlasništva, od najranije konfiskacije imovine, oduzimanja ratne dobiti, prijelaza u društveno vlasništvo imovine Njemačkog Reicha i njegovih državljana te osoba njemačke narodnosti, nacionalizacije privrednih privatnih poduzeća, nacionalizacije nekretnina stranih osoba do agrarne reforme i kolonizacije, kao i kasnije zakonske temelje postupka sjecanja društvenog vlasništva na temelju novih ustavnih i zakonskih propisa.

Agrarna reforma, ozakonjena već u srpnju 1945. godine, jedna je od ključnih povijesnih odrednica novog društvenog, ekonomskog i socijalnog sustava u Hrvatskoj i Jugoslaviji. Njezin opseg i izrazito radikalni karakter, i unatoč kasnijim modifikacijama, svoje posljedice je ostavila i na kasnija desetljeća, gotovo do naših vremena. Prof. Simonetti ovoj reformi, te drugim modalitetima stjecanja

31 Simonetti, P., Pravo na nekretninama, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., str. XXI., XXII.

državnog i društvenog vlasništva, kao pivotalnoj pravno-povijesnoj temi hrvatske i jugoslavenske povijesti od 1945. do 1990. pristupa s preciznom analizom pravnih vrela, sudske prakse (koja kreira pravnu zbilju hipernormativizma u tadašnjim vremenima). Agrarna reforma zahvatila je i ranije stvarnopravne režime, ponajčešće ih dokidajući. Ovim temama pristupa sa širokim poznavanjem povijesnih preteča agrarne reforme, precizno izlažući strukture i povijest navedenih pravnih režima, koje ona dokida. Tako pri obrazlaganju ukidanja instituta kolonata, ili sličnih feudalnih relikata u Hrvatskoj i Dalmaciji prof. Simonetti poznaje ove pravno-povijesne institute, pozivajući se i na radove još jednog velikana Pravnog fakulteta u Rijeci, akad. Luje Margetića. Prof. Simonetti je odličan poznavatelj i idejnih pretpostavki agrarne reforme (primjerice precizno citira Lenjinov opus).³²

U predstavljanju političkih i povijesnih okolnosti i općega konteksta, koje su uvjetovale nove režime stvarnog prava (primjerice promjena granica s Italijom), Poziva se na recentne naslove literature međunarodnog prava i na naslove literature pravne povijesti. Tako poznaje povijesne radove Moravčeka, Ferrarija, Nassisija, Tranija, pa i prve znanstvene napore jednoga od autora ovog rada. Za razliku od predstavnika naše recentne opće historiografije, koji fenomenima nacionalizacije i agrarne reforme pristupaju dominantno političko-povijesno (poput akad. Dušana Bilandžića)³³, prof. Simonetti je predstavlja pravno-anatomski, a opet cjelovito i kritički. U njegovim radovima naglasak je postavljen na tumačenje i kritiku pravnih izvora, sudske prakse i pravne doktrine, a manje na učinke ili povijesne ocjene o učincima navedenih pravnih reformi. Primjera naznačenih trendova u izlaganju prof. Simonettija je izrazito mnogo i njihova daljnja analiza prelazila bi opseg ovoga rada.

U analizi sustava društvenog vlasništva nakon pregleda njegovih oblika i načina stjecanja slijedi analiza nositelja prava na nekretninama u društvenom vlasništvu. Prof. Simonetti ovdje analizira čitav historijat njihove geneze, a struktura upravljanja društvenim vlasništvom na nekretninama tijesno je povezana s glavnim tendencijama i karakteristikama čitavog društvenog, ekonomskog i političkog sustava. Analizirano je razdoblje tzv. administrativnog centralizma (1945.–1950.) sa svim radikalnim reformama u svezi s nacionalizacijom, preko obrade samostalnih samoupravnih privrednih (radnih) organizacija, sukladno Ustavnom zakonu FNRJ iz 1953. (od 1953. do 1971.), do organizacija udruženog rada, kojeg najavljuju ustavni amandmani 1971. te Ustav SFRJ iz 1974. Vlasnički pluralizam najavljen novim zakonskim rješenjima od 1. siječnja 1989., u kontekstu reformskih zaokreta Markovićeve savezne vlade uvođenjem u bremenito vrijeme njihove pretvorbe u

32 Nacionalizacija je temeljno i sustavno izložena u navedenom radu „Denacionalizacija“ (Pravni fakultet u Rijeci, 2004.) – drugi dio navedene studije, str. 39 do 112. Simonetti poznaje i povijest hrvatskoga građanskog prava, poput OZG-a i njegovih normi, vidi Simonetti, P., Pravo na građevinskom zemljištu, op. cit., str. XIII.

33 Usporedi: Bilandžić, D., Hrvatska moderna povijest, Zagreb, Golden Marketing, 1999., str. 267 – 272.

trgovačka društva ili javna poduzeća te dokidanja ovih instituta.³⁴

Koncept vlasničkopravnih ovlaštenja u vremenu socijalističkog razdoblja polazi od negacije privatnog prava vlasništva, ali je pojedini skup vlasničkopravnih ovlaštenja ipak definiran za njegove nositelje, najčešće društvenopravne osobe (iznimno vlasničkopravne osobe). Bila su to najšira i temeljna ovlaštenja: pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja, koja su pripadala društvenopravnoj osobi. Tu je i pravo korištenja nad građevinskim zemljištem, koje je pripadalo fizičkim ili pravnim osobama građanskog prava. Ali ti su se specifični vlasničkopravni pojmovi bitno mijenjali kako se stvarala i mijenjala nova ustavna i zakonska infrastruktura u Jugoslaviji, posljedično tomu i u Hrvatskoj. Od prvog jugoslavenskog Ustava iz 1946., kada je pravo upravljanja shvaćano na jedan, nešto širi i administrativni način, do njegovih kasnijih tumačenja i razumijevanja, prema primjerice Ustavnom zakonu iz 1953., koji će profilirati pravo korištenja, do prava raspolaganja, koje svoje obnovljeno značenje ima u ustavnom sustavu, napose Ustava SFRJ iz 1974. i Zakona o udruženom radu. Pravna povijest će iz ovih objašnjenja zasigurno najpreciznije shvatiti ove ideološke finese vlasničkopravne strukture, njihove geneze i razumijevanje u pojedinoj etapi razvitka ideološkog promišljanja. Prof. Simonetti izvrsno poznaje i predstavlja ustavnu i zakonsku infrastrukturu, propitujući i stavove pravne doktrine navedenih razdoblja. U

radovima prof. Simonettija obično su zemljišta kategorizirana na poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište, izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište, stambene i poslovne zgrade, dobra od općeg interesa i dobra u općoj uporabi. Iznimno su korisne njegove analize prava korištenja, a predstavljeni su i svi modaliteti pravnog prometa nekretnina. Pravni promet društvenog vlasništva bio je iznimno kompleksan, odražavao je svu specifičnost ideološkog sustava, posebnosti pojedinih kategorija nekretnina u društvenom vlasništvu, a način prijenosa prava vrlo je često ulazio i u sustav upravnog prava i specifičnih ideologiziranih grana prava.

Posebni interes prof. Simonetti pokazao je prema institutima prava na građevinskom zemljištu, u kontekstu iznesenih instituta nacionalizacije i društvenog vlasništva. To je i tema prvog dijela (Prve knjige) njegova monografskog rada s naslovom „Pravo na građevinskom zemljištu“, Rijeka, 2008. U tom obuhvatnom radu prof. Simonetti izlaže fenomene područjavanja građevinskog zemljišta te ustanove prava na tom zemljištu. I navedena treća njegova studija ima jednake odlike i značenja za proučavanje pravne povijesti od 1945. do 1990., u jednom, užem segmentu vlasničkopravnih ovlaštenja, građevinskom zemljištu. No, navedeni institut slijedio je opće trendove društvenih i pravnih promjena, nacionalizaciju, i temeljna pravila društvenog vlasništva, s mnogim iznimkama i posebnim rješenjima.

34 Vidi u Simonetti P., *Pravo na nekretninama*, op. cit., str. 239 i dalje.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

„Prošlost je tlo na kojemu stojimo“ – bio je moto prigodne izložbe uz obilježavanje 100. godišnjice Katedre za povijest hrvatskog prava i države Pravnog fakulteta u Zagrebu, te 200. obljetnice znamenitog austrijskog OGZ-a. U tim je prigodama zagrebačka Katedra godine 2011. organizirala značajni međunarodni skup, kojeg su podržali i pravni pozitivisti. Iako nije bio tamošnjim sudionikom, prof. Simonetti je itekako bio svjestan ovog točnog i vrlo preciznog gesla predmetnog događaja. To pokazuje njegov znanstveni pristup građanskom pravu. Njegov je znanstveni opus, temeljitost pristupa, usustavljenje (povijesno) pravnih instituta, ogromna sudska praksa, kako smo u ovom radu tek vrlo djelomično i površno pokazali, srušio mnoge argumente koji su o (ne)važnosti nastave poučavanja povijesti i pravne povijesti na pravnim fakultetima u Hrvatskoj u nekoliko navrata kurikularne reforme pravnih studija argumentirali i neki značajni autoriteti hrvatske pravne doktrine. Prof. Simonetti to nije činio potpisujući manifeste, pišući opće govore ili stručne priloge u našoj recentnoj periodici, čiju korisnost nikako ne želimo na ovom mjestu osporiti. On je to činio onako kako to čine veliki znanstvenici - upornim, temeljitim, argumentiranim i autoritativnim znanstvenim pregnućem.

Summary

SCIENTIFIC CONTRIBUTIONS OF PROF. DR. SC. PETAR SIMONETTI TO A CIVIL LAW LEGAL HERITAGE AND HISTORY OF LAW

The intention of the authors of this paper is to emphasize the outstanding scientific contribution of Prof. Simonetti in the field of civil law legal history and the history of law, as well as the significance that his rich opus has to Roman law and history of law literature. Having in mind that the aim of this paper is not to provide a comprehensive review of the scientific activities of Prof. Simonetti, but a kind of historiographical contribution, the authors focused their attention primarily on the immeasurable contribution of Prof. Simonetti in a systematic and detailed analysis of the right to build, which has its beginnings in the Roman principle of superficies solo cedit. With his analysis of right to build prof. Simonetti unquestionably indebted civil law jurisprudence as well as roman legal science. Furthermore, from the very rich opus of the Prof. Simonetti the authors specially emphasize the institute of (social) ownership, by whose methodological synthesis and analysis prof. Simonetti is legitimized as a legal historian, displaying in his publications the entire history of the genesis of property rights and questioning the views of legal doctrine.

Key words: *Prof. Petar Simonetti, Ph.D., the right to build, the social ownership.*

Zusammenfassung

WISSENSCHAFTLICHE BEITRÄGE VON PROFESSOR SIMONETTI ZU ZIVILRECHTLICHEM ERBE UND GESCHICHTE DES RECHTS

Die Arbeit zeigt den besonderen wissenschaftlichen Beitrag von Professor Simonetti im Bereich der zivilrechtlichen Rechtsgeschichte und Geschichte des Rechts, sowie seine Beiträge zur Literatur im Römischen Recht und Rechtsgeschichte auf. Die Autoren konzentrieren sich auf seine systematische und detaillierte Analyse des Baurechts, welchem das Prinzip superficies solo cedit zugrunde liegt. Dadurch hat Professor Simonetti sowohl zivilistischer, als auch römischer Rechtslehre ein namhaftes Erbe hinterlassen. Darüber hinaus spricht seine methodologische Synthese und Analyse vom Rechtsinstitut des (gesellschaftlichen) Eigentums Bände über ihn als Rechtshistoriker, und stellt eine Genese des Eigentumsrechts und zugleich kritische Betrachtung der Rechtslehre dar.

Schlüsselwörter: *Univ.-Prof. Dr. Petar Simonetti, Baurecht, Gesellschaftseigentum.*

Riassunto

L'APPORTO SCIENTIFICO DEL PROF. DR. SC. PETAR SIMONETTI AL PATRIMONIO GIURIDICO CIVILISTICO ED ALLA STORIA DEL DIRITTO

L'intenzione degli autori del presente contributo è quella di evidenziare lo straordinario apporto scientifico che il prof. Simonetti ha dato nell'ambito della storia del diritto civile ed in generale della storia del diritto, come pure il significato che la sua ricca opera ha per la letteratura giuridica romanistica e storica. Tenendo in considerazione che lo scopo di questo lavoro non è quello di offrire una rassegna esaustiva della produzione scientifica del prof. Simonetti, bensì quella di dare uno specifico contributo storiografico, l'attenzione degli autori è rivolta anzi tutto verso l'incommensurabile apporto del prof. Simonetti nell'analisi sistematica ed esaustiva del diritto di superficie, che trova il suo fondamento nel principio superficies solo cedit, e con il quale il prof. Simonetti ha indubbiamente impegnato la scienza giuridica civilistica, come pure quella romanistica, nei suoi confronti. Gli autori riconoscono, altresì, tra i tesori del prof. Simonetti lo studio del diritto (sociale) di proprietà: la sintesi metodologica e l'analisi che il prof. Simonetti ha dedicato a tale studio ne fanno anche uno storico del diritto, visto che ha illustrato la storia della genesi del diritto di proprietà, e ciò anche alla luce degli orientamenti della dottrina.

Parole chiave: *prof. dr. sc. Petar Simonetti, diritto di superficie, proprietà sociale.*

PRETHODNA OBVEZUJUĆA POREZNA MIŠLJENJA - NOVI INSTITUT HRVATSKOG POREZNOG POSTUPKA*

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.2(497.5)
Ur.: 29. veljače 2016.
Pr.: 8. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se problematizira pojam i značaj instituta obvezujućih mišljenja kao dijela poreznih sustava i poreznih postupovnih pravila. Prikazuju se opća obilježja akta čije je donošenje u nadležnosti porezne vlasti, a koje ima za cilj doprinijeti predvidljivosti primjene normi poreznoga prava. Poredbeno-pravna iskustava koristan su pokazatelj već stvorenih praksi te daju uvid u stvarne i očekivane učinke primjene instituta obvezujućih mišljenja. Hrvatsko porezno pravo dobilo je navedeni institut novelom Općeg poreznog zakona 2015. godine, nakon prethodna neuspjelog pokušaja 2009. godine. Obvezujuća su mišljenja institut suvremenih poreznih sustava koji je usmjeren zaštiti prava poreznih obveznika i ostvarenju potrebne predvidivosti postupanja poreznih tijela pa time i pravne sigurnosti. Istodobno, primjećuje se da se obvezujućim mišljenjima pridaju i druge zadaće.

Ključne riječi: *obvezujuća mišljenja, porezno pravo, porezna sigurnost, porezni postupak.*

1. UVODNO RAZMATRANJE

Porezna sigurnost jedan je od elemenata pravne sigurnosti uopće te u temeljima vladavine prava. S obzirom na specijalnu narav normi poreznoga prava, često subspecijalnu, predvidivost primjene poreznih propisa nije jednostavno osigurati. Jedan od instrumenata koji tome pridonosi institut je obvezujućih mišljenja. Pravna literatura koja se odnosi na obvezujuća mišljenja prikazuje, analizira i definira

* Ovaj rad su sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 pod nazivom „Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju“ te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 pod nazivom „Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu finansijskih usluga“.

različite pristupe pojedinih jurisdikcija i njihove pokušaje da se putem obvezujućih mišljenja pridonese pravnoj sigurnosti. S drugih aspekata i područja promatranja, pored temeljnog, pravnog stajališta, obvezujućim se mišljenjima mogu dati i druge funkcije, pa je tako često naglašena i ekonomska uloga obvezujućih mišljenja. Ali, mnogi ukazuju na višeznačnost i multifunkcionalnost ovoga instituta. Stoga se često sagledava šira uloga obvezujućih mišljenja ne samo kao instrumenta ostvarenja i povećanja porezne i pravne sigurnosti koji pridonosi dosljednoj primjeni poreznih propisa već i kao instrumenta koji doprinosi smanjenju poreznih sporova,¹ jačanju odnosa suradnje između poreznih vlasti i poreznih obveznika² te usklađenom i neproturječnom postupanju i odlukama poreznih tijela u sličnim stvarima. Povijesni prikazi razvoja obvezujućih mišljenja pronalaze ishodište obvezujućih mišljenja u rimskom pravu.³ Ipak, u zadnjim se desetljećima posebno primjećuje sve veća prisutnost ovog instituta u poreznim sustavima zemalja svih kontinenata, posebno država članica Europske unije te država članica Organizacije za ekonomski razvoj i suradnju (dalje u tekstu: OECD).

2. O POJMU OBVEZUJUĆIH POREZNIH MIŠLJENJA

Jedan od pogodnih instrumenata koji bi trebao pridonijeti predvidljivosti prava, dosljednosti u primjeni poreznih propisa te pravnoj sigurnosti poreznih obveznika moguće je naći u modusima primjene postupovnog poreznog načela postupanja u dobroj vjeri. Takav instrument primjene i oživotvorenja navedenog načela institut je obvezujućih mišljenja.⁴ Institut obvezujućih mišljenja predstavlja novinu u

- 1 Vidi detaljnije i o drugim instrumentima smanjenja broja poreznih sporova, Rogić-Lugarić, Tereza, Čičin-Šain, Nevia, Alternativno rješavanje sporova u poreznom pravu: utopija ili rješenje?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 64, (3), 2014., str. 347-375.
- 2 Vidi opširnije o novom konceptu odnosa poreznih vlasti i poreznih obveznika, OECD. (2013), "The current state of play", u OECD, Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance, OECD Publishing, Paris; De Simone, Lisa, Sansing, Richard, Seidman, Jeri K., When are Enhanced Relationship Tax Compliance Programs Mutually Beneficial?, Tuck School of Business Working Paper No. 2012-102, December 2011, dostupno na: file:///E:/Users/Natasa/Downloads/SSRN-id1954823.pdf (posjećeno: 15.12.2015.); i dr., Žunić Kovačević, Nataša, „Europeizacija“ hrvatskog poreznog postupovnog prava - o dosadašnjim ne/uspjesima kroz prizmu zadanih i imperativnih promjena, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. 5, br. 1, ožujak 2014., str. 78-91.
- 3 Tako navode Alarie, Benjamin, Datt, Kalmen, Sawyer, Adrian i Weeks, Greg, Advance Tax Rulings in Perspective: A Theoretical and Comparative Analysis, New Zealand Journal of Taxation Law and Policy, vol. 20, prosinac, 2014., str. 3366., upućujući na Romano, Carlo (vidi f.n. 13).
- 4 Vidi drugačiji termin, npr. Lončarić-Horvat, Olivera, Prilog europeizaciji hrvatskog poreznog postupovnog prava, u: Hrvatska pred vratima EU: fiskalni aspekti: Zbornik radova Znanstvenog skupa održanog 8. studenog 2005. u Zagrebu. – Zagreb, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, 2005., str. 233-243. Vidi, Arbutina, Hrvoje, Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, br. 5-6, prosinac 2012., str. 1307. Vidi i, Rogić Lugarić, Tereza i Bogovac, Jasna, Pravni status

hrvatskom poreznom pravu, no samo u poreznom i pozitivnopravnom smislu riječi jer je u akademskim krugovima isti u nekoliko navrata detaljno raspravljan, dok je istodobno u drugoj grani prava u legislativi i praksi odavno znan. Valja ipak ukazati na to da je predmetni institut određen i pod drugim nazivima, često kao obvezujuća informacija, prethodna rješidba,⁵ obvezujući odgovor⁶ te pismena uputa.⁷ Razlog takvoj terminološkoj „raznolikosti“ najmanje je dvojak. Naime, u prijevodu germanskih instituta, koji su često bili uzorom domaćem zakonodavcu u poreznoj materiji radi se o terminu informacija⁸, pa tako sličan termin koristi i slovenski zakonodavac, koji je imao isti uzor. Jednako, hrvatsko pravo poznaje sličan institut u carinskom pravnom području, gdje zakonodavac posredno govori o obvezujućim informacijama.⁹ S druge strane, u poredbenim se sustavima daje nešto drugačiji naglasak u nazivu istog instituta, a koji proizlazi iz jedne od pretpostavki primjene predmetnog instituta. Ta se pretpostavka odnosi na to da se doneseni akt odnosi samo na buduće transakcije ili aktivnosti, pa se kroz pojam „prethodna“ u nazivu instituta naglašava vremenska dimenzija, kao pretpostavka i učinak. Ipak, kod priprema i uređenja instituta novim hrvatskim zakonskim okvirom iz 2015. godine, zakonski termin i pojam koji se predviđa je obvezujuće mišljenje. Pritom je ostalo neodgovoreno zašto se nije kod preuzimanja instituta i pojma pokušalo naglasiti i vremensku dimenziju i učinak na način da se govori o prethodnim obvezujućim mišljenjima kako je to, primjerice u drugim govornim područjima, poput engleskog termina *advance tax rulings*. Jasno je da se terminologijom za koju se hrvatski zakonodavac odlučio naglasila obvezujuća narav instituta.

poreznih izdataka: Stanje i perspektive, u: *Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreznih izdataka*, Zbornik radova s konferencije, Institut za javne financije, 2012., str. 175-196, posebno str. 185. i dr. Vidi, i detaljnije o historijatu predmetnog instituta i pokušaju uvođenja u hrvatsko porezno pravo, Žunić Kovačević, Nataša, *Primjena načela dobre vjere u poreznom postupku – neuspjeli pokušaj uvođenja instituta obvezujuće informacije u hrvatsko porezno pravo*, op. cit., str. 133-150. Slično, u slovenskoj terminologiji, slo. *zavezujoča informacija*. Vidi, Žnidaršič, Katarina, *Zavezujoča informacija v davčnih zadevah – primerjalnopravni pregled*, Revizor, 4-5, 2007., Slovenski inštitut za revizijo.

5 Vidi, Arbutina, Hvoje, *Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, br. 5-6, prosinac 2012., str. 1307.

6 Vidi: tako, npr. prethodna rješidba u: Arbutina, H., op. cit., str. 1307., Rogić Lugarić, T., Bogovac, J., op. cit., str. 185. i dr.

7 Vidi: tako, npr. pismena uputa (engl. *Letter ruling*) koju nalazimo u američkom poreznom pravu. Vidi, u: Arbutina, H., loc. cit., Rogić Lugarić, T., i Bogovac, J., loc. cit. Vidi, npr. engl. *Advance private letter ruling*.

8 Njem. *Verbindliche Auskunft*, V., Sect. 89 (2) njemačkog Općeg poreznog zakonika (Abgabenordnung), dostupno na https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html (posjećeno: 20. studeni 2015.).

9 Riječ je o terminima: obvezujuća mišljenja o razvrstavanju robe i obvezujuća mišljenja o podrijetlu robe, koje koristi Carinski zakon u čl. 12., no koji je prestao važiti stupanjem na snagu Zakona o provedbi carinskih propisa Europske unije, NN 54/201., Potonji upućuje na provedbu carinskih propisa Europske unije pa tako Uredba Komisije (EEZ) br. 2454/93 od 2. srpnja 1993. o utvrđivanju odredaba za provedbu Uredbe Vijeća (EEZ) br. 2913/92 o Carinskom zakoniku Zajednice govori o obvezujućoj (tarifnoj) informaciji.

Jedna od značajnijih klasifikacija obvezujućih mišljenja, iako postoje i drugačije, je ona koja razlikuje obvezujuća mišljenja kao pojedinačna ili individualna te opća ili javna obvezujuća mišljenja. Najčešće pojam obvezujućeg mišljenja ima značenje pojedinačnog ili individualnog obvezujućeg mišljenja. U tom smislu, prije svega zbog razlikovanja navedenih osnovnih vrsta ili oblika mišljenja, opća ili javna porezna mišljenja moguće bi bilo terminološki označiti i kao, samo porezna mišljenja.

Obvezujuće porezno mišljenje moguće je definirati kao tumačenje odredbi poreznih zakona poreznih tijela pri čemu je tumačenje obvezno za porezno tijelo, pod pretpostavkom da se činjenice i okolnosti na kojima se temelji dano mišljenje, nisu promijenile. Pritom je povod donošenju obvezujućeg mišljenja uvijek formalni zahtjev poreznog obveznika koji za predmet ima pitanje primjene poreznih pravila na planiranu, buduću porezno relevantnu transakciju ili aktivnost.

Naime, bitni je element obvezujućeg mišljenja upravo činjenica da se odnosi na buduće, planirane transakcije ili aktivnosti koje porezni obveznik namjerava poduzeti, pa se na neki način mišljenjem preciziraju ili utvrđuju prava i obveze koje će porezni obveznik imati u budućem poreznom postupku. To je važno napomenuti, jer je u praksi primjene instituta obvezujućeg mišljenja jedan od najčešćih razloga zbog čega se odbacuje zahtjev za donošenje obvezujućeg mišljenja upravo činjenica da se o predmetu zahtjeva za obvezujućim mišljenjem već vodi postupak pred poreznim tijelom. Dakle, obvezujuća se mišljenja nikada ne odnose na već započete postupke pred poreznim tijelom.¹⁰

Drugi oblik ili vrsta mišljenja su opća ili javna (obvezujuća) mišljenja. Obveza poreznih tijela na davanje općih (obvezujućih) mišljenja, poznatih u poreznoj praksi pod nazivom ili samo kao *mišljenja*, svodi se na mišljenja upućena svim poreznim obveznicima, koja se ne odnose na konkretne elemente i činjenice kojeg poreznog slučaja niti na pojedine ili individualne porezne obveznike. Dakle, kod općih mišljenja ili samo – mišljenja, riječ je o svojevrsnim „javnim“ obavijestima ili javnim obvezujućim mišljenjima (eng. *Public advance ruling system*).¹¹

Može se reći da je ovakva obveza poreznih tijela na donošenje općih mišljenja po svom obuhvatu šira budući da su adresati svi porezni obveznici. Cilj je takvih mišljenja i njihovih objava pridonijeti informiranosti poreznih obveznika o sustavu oporezivanja te načinu primjene pojedinih odredbi, kako bi se stvorilo povjerenje među sudionicama porezno-pravnog odnosa te ostvarilo načela postupanja u dobroj vjeri. Takva se tzv. javna obvezujuća mišljenja, u hrvatskom poreznom pravu poznata kao mišljenja, u pravilu donose nakon što se zaprimi veći broj pojedinačnih zahtjeva za obvezujućim mišljenjima individualno, od poreznih obveznika.

10 Vidi, Tax Rulings A Global Practice Guide prepared by the Lex Mundi Tax Practice Group, str. 38-340., dostupno na www.lexmundi.com/Document.asp?DocID=56478 (posjećeno: 23.11.2015.).

11 Vidi, opširnije, Gruber, Cristina, Austrian Advance Rulings Measures and their Compatibility with EU and OECD Provisions against Harmful Tax Competitin, Diploma Thesis, 2002., str. 31.

Objavljivanjem javnog obvezujućeg mišljenja najčešće prestaje razlog za donošenje pojedinačnih, obvezujućih mišljenja jer se u tom slučaju može uzeti da nema osnove za postavljanje zahtjeva za donošenjem pojedinačnog ili individualnog obvezujućeg mišljenja.

Takvo, javno mišljenje u poreznom pravu (eng. *Public ruling*) ili opće (javno) mišljenje je u pisanom obliku iskazano stajalište porezne vlasti o načinu primjene određenih poreznih propisa ili o tretmanu određenih činjenica koje su relevantne sa stajališta oporezivanja.¹² Najčešće je porezno tijelo obvezno upoznati sve porezne obveznike sa svojim stajalištem glede primjene poreznih propisa. Obveza informiranja poreznih obveznika ostvaruje se najčešće objavljivanjem javnih ili općih mišljenja. Ta su mišljenja upućena svim poreznim obveznicima, odnosno namijenjena su neodređenom broju osoba - radi njihova informiranja o tumačenju i primjeni poreznih propisa. Svrha ili cilj mišljenja ili informacije je pridonijeti pravnoj sigurnosti poreznih obveznika. To se najčešće čini objavljivanjem i distribuiranjem raznih „poreznih“ vodiča, objavom mišljenja na internetskim stranicama sl. No, takve opće obavijesti ili mišljenja nemaju snagu pravne norme. Radi se o mišljenjima na koja se porezni obveznici ne mogu pozivati u konkretnom porezno-pravnom odnosu, odnosno temeljiti svoja prava i obveze. Takve opće odluke ili mišljenja odnose se na sve porezne obveznike. Porezni obveznici koji udovoljavaju elementima iz takve tzv. opće (javne) odluke ili mišljenja mogu osnovano očekivati da će uživati porezni tretman predviđen mišljenjem, pri čemu nisu obvezni na poduzimanje dodatnih radnji. Nerijetko se inicijativa za donošenje javnog ili općeg mišljenja nalazi u većem broju upita poreznih obveznika za pojašnjenjem poreznog tretmana istovjetnih ili istovrsnih situacija. To je posebno slučaj kada se procijeni da je donošenje mišljenja značajno za širi krug poreznih obveznika ili je pak i u javnom interesu. Tako je npr. u Italiji gdje, ako se javlja veći broj zahtjeva poreznih obveznika za donošenjem pojedinačnog obvezujućeg mišljenja u istovrsnim situacijama, porezna vlast donosi opću uputu ili javnu uputu s kojom se obveznici upoznaju u uredima poreznog tijela i putem obavijesti na web stranicama porezne uprave.¹³ Naime, zbog adresata kojima se upućuju najčešće su donositelji općih ili javnih uputa – mišljenja viša tijela porezne vlasti, npr. središnji uredi. No pitanje je pravne naravi takvih akata iznimno važno. Naime, javna mišljenja ili opće upute u mnogim se pravnim sustavima smatraju odlukama tehničke naravi koje su usmjerene gotovo isključivo ili prvenstveno zaposlenima u poreznim tijelima kako postupati u pojedinim istovrsnim slučajevima.¹⁴ Pritom se

12 Vidi, Osteen, Donald E., Crouch, Nelson F., Bennett, Phoebe, Obtaining private guidance from the internal revenue service (chapter 17), dostupno na: <http://www.lexisnexis.com/practiceareas/tax/pdfs/PDFarticle.pdf>. (posjećeno 8.12.2015.).

13 Vidi, Romano, Carlo, *Advance Tax Rulings and Principles of Law - Towards a European a Tax Ruling System*, IBFD, 2002., str. 61-63., i dr.

14 Vidi opširnije o odnosu odredbi upravnoga postupka i upravnog prava s obvezujućim mišljenjima te općim ili javnim mišljenjima, Sles, Lisa, *The Interaction of Administrative Law and the Public Ruling System: Lessons from Bellinz* [1998] *JATax* 19; (1998), 1(3), *Journal of Australian Taxation* 169, dostupno na: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/JATax/1998/19.html> (posjećeno: 20.12.2015.).

onda o istome informiraju porezni obveznici, a radi ostvarenja pravne sigurnosti. Budući da opća ili javna mišljenja nisu neposredni izvor prava za pojedinog poreznog obveznika, koji se ne može pozivati na ta mišljenja u konkretnom porezno-pravnom odnosu, ona nisu obvezujuća za porezno tijelo spram pojedinog, individualno određenog poreznog obveznika, no prema unutra, unutar poreznog tijela, jesu obvezujuća.

Dakle, razlika između obvezujućih mišljenja u hrvatskom poreznom pravu (poznata i kao prethodna porezna mišljenja, prethodna obvezujuća mišljenja) i općih (javnih) mišljenja može se svesti na nekoliko bitnih elemenata. Adresat je obvezujućeg mišljenja uvijek konkretni, pojedinačno određeni porezni obveznik, dok su kod javnih, općih mišljenja to svi porezni obveznici, posredno i djelatnici poreznih tijela. Po naravi su javna mišljenja interna instrukcija ili savjet, uputa poreznim tijelima s posrednim vanjskim učincima u odnosu na porezne obveznike (upoznavanje poreznih obveznika sa stajalištem). Kod obvezujućeg se mišljenja radi o odluci usmjerenoj poglavito na van, tj. u odnosu na subjekte koji nisu dio porezne, tj. javne vlasti dok su javna mišljenja usmjerena na unutra, obvezujuća za porezne službenike i inspektore. Po obliku je obvezujuće mišljenje svojevrsna prethodna odluka i upravni akt dok su opća ili javna mišljenja najčešće prisutna u obliku raznih „cirkularnih pisama“, općih mišljenja i izjava o stajalištu porezne vlasti i sl. Prema području primjene ili djelovanja razlika je u tome što se obvezujuća mišljenja odnose uvijek na konkretnu specifičnu transakciju ili činjenice bitne za oporezivanje, dok su opća mišljenja upute usmjerene na sve istovrsne transakcije ili kategorije činjenica bitnih za oporezivanje, bez vezivanja uz konkretni slučaj. U pravilu je obvezujuće mišljenje uvijek obvezujuće za porezno tijelo, ponekad i za porezne obveznike u nekim poreznim sustavima, dok je opće ili javno mišljenje obvezujuće samo kao interno pravilo za djelatnike poreznih tijela, ali nikada se ne odnosi i nije ga obvezno primijeniti u ikojem konkretnom poreznom slučaju. Dok je opće pravilo da se opća ili javna mišljenja objavljuju i time čine dostupnima svim poreznim obveznicima, obvezujuća se mišljenja mogu objavljivati, ali to nije pravilo, a često to pitanje objave zahtijeva i posebna pravila.¹⁵

Praksa primjene obvezujućih mišljenja poslužila je za razlikovanje sustava obvezujućih mišljenja na otvorene i zatvorene sustave.¹⁶ Otvoreni sustav obvezujućih mišljenja je takav gdje se zahtjev za donošenje mišljenja može postaviti u pogledu svih poreza i primjene svih poreznih propisa. U tom slučaju nisu predviđeni konkretno slučajevi ili pitanja glede kojih se može postaviti zahtjev za donošenjem obvezujuće informacije. Takav je nizozemski sustav gdje postoji opća klauzula o obvezi porezne administracije donositi obvezujuća mišljenja temeljem pisanih upita ili zahtjeva poreznih obveznika.

Postoje sustavi koji se smatraju otvorenim no imaju klauzulu s tzv. negativnom enumeracijom gdje se navode slučajevi u kojima se ne može tražiti donošenje obvezujućeg mišljenja. Zatvoreni sustavi sadrže taksativan popis pitanja u odnosu

15 Romano, C., str. 82-84., i dr.

16 Vidi, ibid., str. 21.

na koja se može postavljati zahtjev za donošenjem obvezujućeg mišljenja te se zahtjev treba isključivo odnositi na propisom određena „kvalificirana pitanja ili područja“.

U otvorenim je sustavima aktivno legitimirana ili osoba ovlaštena na podnošenje zahtjeva za donošenje obvezujućeg mišljenja najčešće određena kao svaka fizička ili pravna osoba bez obzira na državljanstvo ili rezidentnost, ali koja ima stvarni interes. U protivnom ako postoje ograničenja u pogledu aktivne legitimacije neki autori smatraju da se radi o zatvorenom sustavu obvezujućih mišljenja.

Funkcija je obvezujućih mišljenja prvenstveno u pokušaju dosegla vladavine prava, ostvarenju pravne sigurnosti i to na individualnoj razini, pojedinog poreznog obveznika. Naravno, pojedinačna pravna sigurnost svakoga poreznog obveznika u temeljima je opće pravne sigurnosti i ocjene o ostvarenju pravne države. Iako se obvezujuća mišljenja mogu sagledavati i u širem kontekstu ili nešto užem, ali nepravnom gdje im se pokušava pripisati učinak instrumenta privlačenja ulagača, onih stranih napose, s takvim ocjenama valja biti oprezan.¹⁷ Na globalnoj razini ponekad se stječe dojam da je došlo do kompeticije između država koja će prije urediti ovaj institut u svojem pravnom i poreznom sustavu, no ipak ona podredna, ekonomska učinkovitost ovog instituta nije potvrđena u istraživanjima.¹⁸ Širi i veći ekonomski utjecaj nije moguće ostvarivati pojedinačnim institutom i zahvatom u porezni postupak već samo kroz ukupnost poreznog sustava i porezne politike koja mora biti u kontinuitetu stabilna i konzistentna.¹⁹ Ipak, mora se prepoznati i utjecaj europskoga prava u istom kontekstu, širenja zakonodavnog uređenja ovog instituta. Naime, radi borbe protiv porezne utaje kao globalnog problema, na europskoj je razini prepoznat utjecaj multinacionalnih korporacija, povezanih i velikih trgovačkih društava koja imaju porezni tretman njima prilagođen, a koji obuhvaća brojna i posebna pitanja kao što su transferne cijene ili posebne pogodnosti. U tom se kontekstu, radi istodobnog ostvarenja temeljnih sloboda, ali i sprječavanja porezne evazije inzistira na razmjeni poreznih informacija pa i razmjeni donesenih obvezujućih mišljenja i obvezujućih sporazuma o transfernim cijenama.²⁰ Takvom zahtjevu europskog zakonodavca moguće je udovoljiti jedino normiranjem instituta obvezujućih mišljenja.

Institut obvezujućih mišljenja prisutan je u poreznim sustavima zemalja širom svijeta. Ono što potvrđuje potrebu uvođenja i uređenja predmetnog instituta u hrvatskom poreznom pravu je činjenica da gotovo da nema suvremene zemlje

17 Vidi, Diller, Markus i Vollert, Pia, *Economic Analysis of Advance tax Rulings*, Arqus Diskussionsbeiträge zur Quantitativen Steuerlehre/ arqus Discussion Papers in Quantitative Tax Research, br. 122, kolovoz 2011., dostupno na http://www.arqus.info/mobile/paper/arqus_122.pdf (posjećeno 8. siječnja 2016.).

18 Tako, vidi, Alarie, B., Datt, K., Sawyer, A. i Weeks, G., op. cit., str. 362-389.

19 Andersson, Krister, *Corporate taxation and Growth*, u: *International Studies in taxation: Law and Economics*, Liber Amicorum Leif muten, ured. Lindencrona, Gustaf, Lodin, Sven-Olof, Wiman, Bertil, Kluwer, 1999., str. 22.

20 Vidi, više o Direktivi, fusnota 51.

ne samo u Europskoj uniji, već i šire, koja nema pravno uređen navedeni institut predstavljajući tako i realizaciju poreznog načela postupanja u dobroj vjeri. Može se reći da je riječ o općeprihvaćenom institutu koji obilježava porezne sustave suvremenih zemalja, pa se u nastavku daje prikaz poredbenih rješenja, odabranih poreznih jurisdikcija.²¹

3. POREDBENAOPRAVNA RJEŠENJA POREZNIH OBVEZUJUĆIH MIŠLJENJA

Komparativna iskustva primjene obvezujućih mišljenja pokazuju da je riječ o institutu koji je neizostavan kao sredstvo izgradnje suvremenoga poreznog sustava, u kojemu se velika pozornost daje zaštiti prava poreznih obveznika. Istodobno, primjećuje se da je aktualna inicijativa za normativno uređenje ovog instituta u državama članicama Europske unije krenula od same Komisije zbog iskazane odlučnosti u borbi protiv globalnog problema utaje poreza. Navedena je inicijativa posebno došla do izražaja uređenjem obvezatne automatske razmjene informacija o obvezujućim mišljenjima koja donose nadležna tijela država za prekogranične - europske porezno relevantne transakcije.²²

Domaći stručnjaci iz područja financijskoga i poreznoga prava ukazivali su kroz dulje vrijeme na potrebu europeizacije hrvatskoga prava, posebice postupovnog poreznog prava i putem uređenja predmetnoga instituta.²³ Tako Lončarić-Horvat u radu koji upravo ima za temu europeizaciju hrvatskoga poreznog prava prikazuje način primjene instituta obvezujućih mišljenja u njemačkom i austrijskom poreznom pravu. Stoga, imajući na umu da su to doista primjeri zemalja s vrlo razvijenom praksom u primjeni instituta obvezujuće informacije,²⁴ korisno je dati prikaz iskustava primjene ovoga instituta i u sustavima s jednako razvijenom tradicijom poput njemačke i austrijske, ali i sustava koji su u sličnom razvojnom trenutku poput hrvatskoga te u tomu čine prve korake. Porezni sustav Nizozemske primjer je sustava s dugom praksom obvezujućih informacija. Dugotrajna prisutnost ovoga instituta u poreznom pravu Nizozemske smatra se, po mnogima, razlogom koji pridonosi općeprihvaćenom viđenju nizozemskoga poreznog, ali i i šireg sustava kao pogodnog i atraktivnog za ulaganja.²⁵ U Nizozemskoj se praksa obvezujućih

21 Riječ je institutu koji poznaju porezni sustavi SAD-a, Velike Britanije, Australije, Novog Zelanda, Kanade sve države članice OECD-a (izuzev dvije) te sve veći broj država nečlanica OECD-a. Sve prema, Alarie, B., Datt, K., Sawyer, A., i Weeks, G., op. cit., str. 363.

22 Izmjena Direktive 2011/16/EU u prosincu 2015. Godine stupila na snagu.

23 Lončarić-Horvat, Prilog europeizaciji hrvatskog poreznog postupovnog prava, op. cit.

24 Vidi, Lončarić, Horvat, op. cit.

25 Romano, C., op. cit., str. 21. Detaljnije, vidi i Alarie, Benjamin, Datt, Kalmen, Sawyer, Adrian i Weeks, Greg, *Advance Tax Rulings in Perspective: A Theoretical and Comparative Analysis*, *New Zealand Journal Of Taxation Law and Policy*, vol. 20, prosinac 2014., str. 362-389. Posebno u potonjem radu se temeljm provedenih analiza, postavlja teza i potvrđuje stajalište ekonomske teorije kako nije moguće dokazati pozitivan utjecaj obvezujućih mišljenja i njihova postojanja u pravnom sustavu na ekonomsko ili socijalno blagostanje ili kakav značajniji utjecaj na ekonomski rast. Dapače, u zaključku se „cinično“ tvrdi da bi se

informacija razvija već u prvim godinama nakon Drugog svjetskog rata.²⁶ Obvezujuća se mišljenja ne definiraju kao javnopravni ugovor²⁷ jer se, za razliku od javnopravnog ugovora, u ovom slučaju ne traži suglasnost samog poreznog obveznika da bi obvezujuće mišljenje imalo predviđeni pravni učinak. Uloga se poreznog obveznika zapravo iscrpljuje kroz podnošenje zahtjeva za donošenje obvezujućeg mišljenja dok konačni cilj ili rezultat nije i ne mora biti niti u interesu obveznika niti poreznog tijela. Cilj je uz ostvarenje zakonitosti, ostvarenje načela postupanja u dobroj vjeri i ostvarenje pravne sigurnosti. Naravno, porezni obveznik ne mora postupiti u skladu s obvezujućim mišljenjem. Prevladavajuće je mišljenje u nizozemskoj struci i praksi da je obvezujuće mišljenje jednostrani upravni akt.²⁸

Ipak, pojedini porezni sustavi predviđaju da je obvezujuće mišljenje obvezujuće naravi i u odnosu na poreznog obveznika, u kojem je slučaju to jednostrani upravni akt s dvostranim učinkom. Takva iznimka samo potvrđuje prevladavajuća stajališta i prakse koje uzimaju obvezujuća mišljenja u poreznim stvarima za jednostrani upravni – porezni akt (njem. *Verwaltungsakt*, engl. *administrative act*).

U akademskoj literaturi posebno se ističe stajalište da samim odlučivanjem i donošenjem odluke povodom zahtjeva poreznog obveznika za donošenje obvezujućeg mišljenja porezna vlast ne ulazi u nikakav oblik ugovornog odnosa s poreznim obveznikom. To i proizlazi iz ranije navedenoga stajališta sukladno kojemu je obvezujuće mišljenje valjano i bez pristanka poreznog obveznika. No, u Nizozemskoj se i danas u dijelu struke vodi rasprava o naravi obvezujućeg mišljenja kao prethodne odluke odnosno o tomu radi li se u tim slučajevima o sporazumu između poreznog obveznika i poreznih vlasti koji bi potpadao u područje civilnog - ugovornog prava ili je riječ o aktu javne, upravne vlasti koji je onda kao takav dio upravnog, javnog prava. Naime, takve su rasprave potaknute izmjenama nizozemskoga poreznog zakonodavstva još iz 2001. godine kada je obvezujuće mišljenje uređeno kao pisani sporazum između obveznika i javne vlasti, obvezujući i za samog poreznog obveznika.²⁹ Kvalificira li se obvezujuće mišljenje kao upravni porezni akt, a što bi trebalo, onda treba konstatirati da su u obvezujućem mišljenju ostvarena sva obilježja upravnog akta neophodna za takvu kvalifikaciju.³⁰ Tijekom 2014. godine nizozemsko je ministarstvo financija objavilo nove smjernice i upute za obvezujuća mišljenja (i prethodne sporazume o transfernim cijenama).³¹

moglo reći da je intenzivno uvođenje (na globalnoj razini) ovog instituta rezultat natjecanja zakonodavaca kako bi mogli reći da i oni imaju implementiran predmetni institut. Ipak, (i konačno,) ne dovodi se u pitanje značaj instituta obvezujućih mišljenja u ostvarenju pravne sigurnosti i vladavine prava. Vidi posebno, zaključak, Alarie, Datt, i dr., str. 389.

26 Prema, Romano, C., *ibid.*, str. 49.

27 *Ibid.*, str. 122

28 Romano, C., *op. cit.*

29 Romano, C., *op. cit.*, str. 124. Vidi i, Global Tax Alert, prosinac 2014., dostupno na: <http://ey.com> (posjećeno 20.12.2015.).

30 Vidi, opširnije o upravnom aktu, Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 357-396.

31 New guidelines for Advance Tax Rulings (ATRs) and Advance Pricing Arrangements (APAs), Decrees of 3 June 2014, no. DGB 2014/3098, DGB 2014/3099, DGB 2014/3101, DGB 2014/3102, DGB 2014/296M.

Obvezujuća se mišljenja, kao i prethodni sporazumi o trasfernim cijenama definiraju kao uzajamno obvezujući sporazumi između poreznih vlasti i poreznih obveznika, a u svezi s primjenom nizozemskog poreznog prava. Upute pojašnjavaju i definiraju uvjete koji moraju biti ispunjeni za donošenje obvezujućih mišljenja. Nove upute ocjenjene su restriktivnijima u usporedbi s onima koje su bile do tada u primjeni, no takva promjena nije bila iznenađujuća, s obzirom na dotadašnja iskustva i stajališta javnosti i politike. Naime, promjenjene su upute rezultat rastućeg rizika od zlouporaba. Uputama se propisuju situacije u kojima porezni inspektori moraju zatražiti obvezujuće mišljenje od poreznih vlasti, a one poglavito obuhvaćaju porezno relevantne, složene tretmane povezanih trgovačkih društava, holdinga u prekograničnim transakcijama i operacijama, prekogranične strukture koje uključuju hibridne instrumente financiranja i hibridne tvorevine, međunarodno porezno relevantne i složene transakcije i operacije trgovačkih društava koja posluju u složenom međunarodnom okruženju. Propisan je obvezni minimalni sadržaj koji moraju imati zahtjevi za donošenje obvezujućih mišljenja s predviđanjem roka važenja mišljenja, no predviđeno je da to može biti do pet godina, dok je uređeno i pitanje roka za donošenje obvezujućeg mišljenja. Tako po zahtjevu treba postupiti u roku od osam tjedana od postavljanja zahtjeva za donošenje mišljenja, uz mogućnost produljenja ukoliko nisu dostavljene neophodne informacije i podaci. Zahtjev za donošenje obvezujućeg mišljenja može postaviti ograničeni krug osoba, definiranih temeljem kriterija fiskalne rezidentnosti, ali i statusa i veličine trgovačkih društava. Posebno su definirane pretpostavke za dopustivost postavljanja zahtjeva za donošenje mišljenja za trgovačka društva koja se bave financijskim uslugama.³²

Estonija i Slovenija mogu poslužiti kao primjer pravnih sustava koji su tek nedavno legislativno uredili institut obvezujućeg mišljenja, dok je Luksemburg primjer sustava koji u praksi već dugo primjenjuje predmetni institut dok je formalni, zakonodavni okvir tek nedavno donesen. Cilj je takvih novela osigurati poreznim obveznicima viši stupanj pravne sigurnosti, izvjesnosti i povjerenja posebno potreban osobama koje namjeravaju poduzimati velike poslovne pothvate i transakcije koje nose sa sobom, same po sebi, veći porezni rizik.

U Estoniji je institut obvezujućeg mišljenja uveden 2007. godine, izmjenama Zakona o oporezivanju pri čemu je donošenje obvezujućih mišljenja stavljano u isključivu nadležnost poreznih tijela.³³ Prethodna su mišljenja obvezujuća za poreznu i carinsku upravu, ali ne i za poreznog obveznika. Predviđeno je nekoliko pretpostavki koje moraju biti ispunjene da bi se dobilo prethodno mišljenje. Zahtjev za donošenje obvezujućeg mišljenja mora se odnositi na buduću transakciju koju porezni obveznik namjerava stvarno poduzeti. Drugim riječima, ne smije se odnositi na hipotetičke transakcije i situacije. Druga se pretpostavka odnosi na obvezu

32 Vidi, opširnije, The new advance pricing agreement and advance tax ruling practice in the Netherlands, Bulletin for International Taxation, vol. 55, br. 12., 2001.

33 Tax Rulings A Global Practice Guide prepared by the Lex Mundi Tax Practice Group, str. 38-340., dostupno na: www.lexmundi.com/Document.asp?DocID=56478 (posjećeno: 23.11.2015.).

poreznog obveznika navesti i opisati vlastito shvaćanje ili razumijevanje poreznih posljedica natjeravane transakcije, gdje se porezne vlasti mogu i ne moraju složiti s predloženom i iznesenom analizom. Posljednja se pretpostavka odnosi na formu i sadržaj zahtjeva za prethodno mišljenje, gdje se traži pisani oblik zahtjeva te svi posebni zakonom propisani podatci.³⁴ Predviđeno je da u roku od 60 dana porezna vlast treba donijeti akt - obvezujuće mišljenje koje vrijedi samo u odnosu na poreznog obveznika koji je inicirao donošenje mišljenja, pri čemu je obvezujući učinak vremenski ograničen. Mišljenje postaje nevažeće ukoliko se relevantne odredbe u poreznom pravu bitno izmijene. Predviđeno je da se neće donositi obvezujuća mišljenja kada se može utvrditi da je cilj namjeravane transakcije izbjegavanje plaćanja poreza.³⁵

U Republici Sloveniji je Zakonom o poreznom postupku iz 2007. godine u pravni sustav uveden predmetni institut,³⁶ uređen člankom 14. (toga Zakona) te u drugom dijelu Pravilnika o primjeni Zakona o poreznom postupku.³⁷

Propisano je da središnji ured³⁸ donosi na zahtjev poreznoga obveznika pisanu informaciju o poreznom tretmanu obveznikovih budućih i namjeravanih transakcija odnosno poslovnih događaja i djelatnosti. Obvezujuća informacija (*slo. Zavezujoča informacija*) ima takav, obvezujući učinak samo u odnosu na porezno tijelo. Svrha je instituta obvezujuće informacije omogućiti poreznom obvezniku unaprijed raspolagati podacima o poreznom tretmanu budućih, planiranih - namjeravanih, aktivnosti. Na podacima sadržanim u obvezujućoj informaciji porezni bi obveznik mogao, uz ostalo, temeljiti svoju odluku o stvarnom poduzimanju planirane i namjeravane aktivnosti.

Dosadašnja relativno kratka slovenska praksa primjene ovoga instituta pokazuje, temeljem do sada podnesenih zahtjeva ili molbi za donošenje obvezujuće informacije ili mišljenja, da širi krug poreznih obveznika nije dovoljno upoznat sa samom svrhom ili ciljem ovoga instituta. U praksi se često postavljaju zahtjevi za donošenje obvezujuće informacije u situacijama gdje je aktivnost ili transakcija u pogledu koje se porezni obveznik obraća poreznom tijelu, u tijeku odnosno nije riječ

34 Nije rijetka praksa da porezne vlasti daju obrazac, formular za podnošenje zahtjeva - s propisanim elementima (podacima) koje mora sadržati zahtjev. Takvo je postupanje praktično, pojednostavnjuje i ubrzava proces te je u interesu i poreznih vlasti i poreznih obveznika. Praksa objavljivanja formulara ili obrasca u sličnim slučajevima u hrvatskom je pravu poznata, ali u drugoj grani javnih davanja - carinskom pravu gdje je već duže vrijeme prisutan navedeni institut, koji se prema pravnim pravilima ostvaruje u praksi. Naime, radi se o postupku razvrstavanja robe po Carinskoj tarifi kao posebnom carinskom postupku. Pritom svaka zainteresirana osoba može, sukladno članku 10. stavku 1. Carinskog zakona, zahtijevati obavijest o primjeni carinskih propisa, pa i ispostavljanje obvezujuće informacije o tarifnom razvrstavanju robe u Carinsku tarifu. Opširnije, vidi CZ.

35 Vanasaun, Ivo, *Advance Ruling Process Available from 2008*, dostupno na: http://www.deloitte.com/view/en_EE/ee/services/tax-legal/article/73193f95c3efd110VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm (15. studeni 2009.).

36 Zakon o davčnem postopku – ZDavP-2, Uradni list RS, št. 117/06. s izmjenama.

37 Pravilnik o izvajanju Zakona o davčnem postopku, Uradni list RS, št. 141/06 s izmjenama.

38 U Sloveniji je to Generalni davčni urad.

o budućim transakcijama, ili se pak traže informacije o oporezivanju koje su opće naravi. Porezni obveznici često nisu upoznati i s procesno-formalnim elementima podnošenja zahtjeva, pa se porezna administracija nerijetko bavi nepotpunim zahtjevima.

Stvarno nadležno tijelo za izdavanje obvezujuće informacije je slovenski središnji porezni ured, a zakon propisuje obvezan sadržaj zahtjeva za izdavanje obvezujuće informacije. Tako se kao obvezan sadržaj predviđa: detaljan opis namjeravane aktivnosti; izjava poreznog obveznika, prema njegovim saznanjima, o pitanju – je li o predmetu zahtjeva: ili već ranije postavljen zahtjev, ili je u tom predmetu postupak oporezivanja već započet, ili je u tijeku postupak poreznog nadzora ili odlučivanja u povodu pravnih lijekova ili sudski postupak; isprave/ dokumentacija koja predstavlja osnovu ili se na nju poziva porezni; ime i prezime ili naziv osobe za komunikaciju s poreznim tijelom.³⁹ Porezno tijelo mora obavijestiti poreznog obveznika u roku od 15 dana od primitka zahtjeva hoće li provesti postupak i donijeti obvezujuću informaciju. U slučaju prihvaćanja zahtjeva mora izvijestiti poreznog obveznika uz opće podatke o poreznom obvezniku i osobi za kontakt o tome u pogledu kojih će propisa i odredbi donijeti obvezujuću informaciju, predviđeni rok donošenja obvezujuće informacije te procjenu troškova s mogućim zahtjevom za plaćanje dijela troškova unaprijed, tzv. akontacije. Zakon predviđa situacije kada se neće donijeti obvezujuća informacija. Tako se obvezujuća informacija neće donijeti ako se zahtjev odnosi na aktivnost poreznog obveznika koja je već poduzeta ili se radi o aktivnosti na čije izvođenje porezni obveznik ne može jednostrano utjecati. Razlog za nedonošenje je i činjenica da se upit poreznog obveznika odnosi na predmet koji je ili predmet započetog poreznog nadzora ili predmet sudskog postupka ili postupka u povodu pravnih lijekova. Jednako će se postupiti i kada iz sadržaja zahtjeva poreznog obveznika proizlazi da nema stvarne namjere poduzimanja aktivnosti koja je predmet zahtjeva. Obvezujuća informacija neće biti donesena ako iz zahtjeva proizlazi upit koji je usmjeren na oblikovanje transfernih cijena ili ako se radi o upitu o kojem se odlučuje u okviru prava na informiranje.⁴⁰ Porezno tijelo treba donijeti obvezujuću informaciju u

39 Sadržaj zahtjeva detaljno je ureden u čl. 14. st. 2. slovenskoga Zakona o poreznom postupku te čl. 3. pratećeg Pravilnika o provedbi Zakona o poreznom postupku. Vidi, Zakon o davčnem postopku (Uradni list RS, št. 13/11 – uradno prečišćeno besedilo, 32/12, 94/12, 101/13 – ZDavNepri, 111/13, 25/14 – ZFU, 40/14 – ZIN-B, 90/14 in 91/15) i Pravilnik o izvajanju Zakona o davčnem postopku (Uradni list RS, št. 141/06, 46/07, 102/07, 28/09, 101/11, 24/12, 32/12 – ZDavP-2E, 19/13, 45/14, 97/14 in 39/15), dostupno na: <http://www.pirs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO4703> (posjećeno: 25. studeni 2015.).

40 Porezni obveznici često svojim zahtjevima za donošenje obvezujuće informacije postavljaju upite opće naravi, npr. općenita pitanja poput pitanja o primjeni porezne stope poreza na dodanu vrijednost u odnosu na određene transakcije. Rješenje takvih pitanja nije u opisu svrhe ili cilja ovoga instituta. Dapače, porezni obveznici u skladu s načelom informiranosti poreznih obveznika, tj. prava na informiranje, imaju pravo biti unaprijed obaviješteni o svojim pravima i obvezama koje proizlaze iz zakona o poreznom postupku i drugih akata temeljem kojih porezno tijelo postupa i odlučuje u postupku oporezivanja. To je pravo uređeno u slovenskom zakonu o poreznom postupku, u čl. 131. temeljem kojega porezni

roku od šest mjeseci od podnošenja zahtjeva za donošenje obvezujuće informacije. Predviđeno je da obvezujuća informacija ima obvezujući učinak za donositelja - porezno tijelo od trenutka njezine predaje poreznom obvezniku. Navedeni učinak međutim imat će jedino ako se temelji na istinitim i potpunim podacima koje je porezni obveznik dostavio. Drugim riječima, ako porezno tijelo utvrdi da je obvezujuća informacija utemeljena na neistinitim i nepotpunim podacima opozvat će informaciju. Tako opozvana informacija nema pravnih učinaka. No, predviđena je mogućnost izmjene i dopune obvezujuće informacije, ako se utvrdi da je pri njezinu donošenju primijenjeno pogrešno materijalno pravo ili je, npr. bila donesena u svezi s namjeravanom aktivnošću koja je periodične naravi a u trenutku opoziva ta aktivnost nije konačno ostvarena. U potonjem slučaju, informacija obvezuje porezno tijelo u odnosu na aktivnosti koje je porezni obveznik poduzeo do dana uručenja nove, izmijenjene obvezujuće informacije.

Luksemburški je parlament koncem 2014. godine odobrio izmjene poreznog zakonika zbog uređenja obvezujućih mišljenja. Tako je stupio na snagu izmijenjeni Opći porezni zakon s novom općom odredbom u paragrafu 29a o prethodnim mišljenjima (*procedure des decisions anticipées*). Navedena odredba na svoj način zapravo formalizira već postojeću praksu luksemburških poreznih tijela, koja se temeljila na neobjavljenom internom pravilu poreznih vlasti iz 1989. godine. Tijekom 2011. godine dolazi do još jačeg stupnja formalizacije prethodnih sporazuma o transfernim cijenama (engl. *Advance pricing agreemnets – APA*).⁴¹ Novi zakonski okvir predviđa da će prethodna mišljenja biti obvezujuća za porezne vlasti s vremenskim ograničenjem od pet godina, koliko je previđena valjanost odluke poreznog tijela u postupcima donošenja obvezujućih, prethodnih mišljenja. Propisuje se i obveza objavljivanja anonimiziranih sažetaka donesenih obvezujućih mišljenja.⁴²

obveznici imaju pravo na objašnjenje načina primjene određenih pravnih propisa te pravo na informaciju o načinu izračunavanja i plaćanja poreza. Takvi se zahtjevi ne smatraju zahtjevom za donošenje obvezujuće informacije već se smatraju molbom za pojašnjenje načina primjene određenih odredbi u propisima ili, pak kao molba za informaciju o načinu izračunavanja i plaćanja poreza koji se podnose s ciljem ostvarenja prava na informiranje. Ako se po donošenju obvezujuće informacije utvrdi da su troškovi preplaćeni porezno će tijelo preplaćeni dio vratiti poreznom obvezniku, dok u slučaju da porezni obveznik treba platiti preostali dio troškova to treba učiniti u roku od 15 dana po primitku računa, a to je dan primitka obvezujućeg mišljenja.

41 Nažalost, istraživanja pokazuju da se obvezujuća mišljenja i prethodni sporazumi o transfernim cijenama ne koriste u praksi u mjeri koliko se očekivalo te da nisu dostatni za rješavanje jednoga od najvećih problema međunarodnoga poreznog prava - transfernih cijena. Prema, Givati, Yehonatan, *Resolving legal uncertainty: the unfulfilled promise of advance tax rulings*, dostupno na: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:3333571> (2009) (posjećeno: 15.12.2015.). Vidi o prethodnim sporazumima o transfernim cijenama detaljnije Vögele/ Vögele: *Advance Pricing Agreements bzw. Verbindliche Auskünfte im Rahmen der neuen deutschen Verwaltungsgrundsätze*, NWB., Steuer und Studium, 2002. Vidi i, Vögele, Alexander, Zhang, Chunyu, *Advance pricing agreements in Germany*, *Transfer Pricing International Journal*, br. 7., 2010.

42 Tako, Luxembourg introduces legal framework for tax rulings and updates transfer pricing rules, *Global Tax Alert*, prosinac 2014., dostupno na: <http://ey.com> (posjećeno 20.12.2015.).

4. OBVEZUJUĆA MIŠLJENJA U HRVATSKOM POREZNOM SUSTAVU

Historijat uvođenja instituta u hrvatsko porezno pravo značajan je radi sagledavanja razvojnih procesa u širem hrvatskom, pravnom, pa onda i poreznom sustavu. Kratki prikaz povijesnog razvoja i uvođenja ovoga instituta u hrvatsko pravo koristan je i zbog boljeg razumijevanja trendova razvoja poreznog postupovnog prava, koji se jednim dijelom zrcale u predmetnom institutu prethodnih i obvezujućih poreznih mišljenja. Stoga se nakon pregleda razvoja pozitivno pravnog okvira daje prikaz normi kojima je predmetni institut uređen u hrvatskom poreznom pravu.

4.1. Kratki osvrt na historijat uvođenja instituta u hrvatski porezni sustav

O prvim pokušajima stvaranja okvira za uvođenje obvezujućih mišljenja u hrvatski porezni sustav moguće je govoriti u kontekstu uređenja načela postupanja u dobroj vjeri. U hrvatsko je porezno pravo načelo postupanja u dobroj vjeri prvi put uvedeno 2001. godine s prvim donošenjem poreznog zakonika u Hrvatskoj – Općeg poreznog zakona. No zakon nije sadržao odredbe koje bi preciznije određivale sadržaj pojma ili kriterije za ocjenu takvog postupanja - *bona fidae*, dok su istodobno supsidijarni pravni izvori koji bi dali odgovor na tako otvorena pitanja bili jednako skromni. Novi Opći porezni zakon,⁴³ donesen 2008. godine sa svojim novim odredbama dao je naslutiti da se mijenja pristup uređenju postupanja u dobroj vjeri propisujući donošenje provedbenih propisa o načinu primjene zakonom propisanog načela poreznog postupka. To je bilo glavni razlog za očekivanja struke koja su se odnosila na uvođenje obvezujućih mišljenja, tada u literaturi terminološki drugačije određena kao institut obvezujuće informacije u oporezivanju. No, analizom se podzakonskog propisa donesenog s ciljem provedbe načela postupanja u dobroj vjeri nije moglo zaključiti da bi se obvezujuća mišljenja imala primjenjivati u postupcima oporezivanja. Jedino se moglo utvrditi da je bila riječ o neuspjelom pokušaju uređenja instituta obvezujućeg mišljenja. Naime, tada je donošenjem provedbenog propisa uz Opći porezni zakon: Pravilnika o postupanju u dobroj vjeri sudionika porezno-pravnog odnosa, gospodarskoj cjelini te obrascima prijave činjenica za koje postoji obveza prijavljivanja i izjave o izvorima stjecanja imovine⁴⁴ koji je i danas u primjeni od 22. svibnja 2009., uređena obveza objave propisa na internetskim stranicama, dok je istom odredbom Pravilnika trebalo u hrvatskom poreznom postupovnom pravu po prvi puta urediti institut općeg (javnog) mišljenja. Radi se o obvezi poreznog tijela objavljivati obavijesti koje utječu ili

43 Opći porezni zakon, Narodne novine 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15. (dalje u tekstu: OPZ).

44 Pravilnik o postupanju u dobroj vjeri sudionika porezno-pravnog odnosa, gospodarskoj cjelini te obrascima prijave činjenica za koje postoji obveza prijavljivanja i izjave o izvorima stjecanja imovine, Narodne novine 59/09.

moгу utjecati na obračunavanje, utvrđivanje i naplatu poreza. Porezne obveznike treba obavijestiti o stajalištu, praksi i pristupu poreznih tijela u primjeni brojnih i različitih instituta poreznoga prava. Nisu rijetki slučajevi da u poreznom pravu porezno tijelo koje primjenjuje porezne propise tumačeći određenu normu rješava prisutnu nepreciznost, nepotpunost ili nejasnoću u određenom poreznom propisu. Kako bi otklonilo eventualne nedoumice ili pitanja porezno tijelo treba objaviti svoje stajalište ili mišljenje na način da to stajalište učini dostupnim svim poreznim obveznicima, npr. objavom na internetskim stranicama, u raznim publikacijama koje se mogu dobiti u uredima poreznih tijela i sl. No, obvezu poreznog tijela informirati porezne obveznike nije se smjelo poistovjetiti s obvezom poreznih tijela objavljivati porezne propise. Pravo je poreznog obveznika biti informiran o svim relevantnim informacijama kojima porezna tijela raspoložu ili ih sami donose, a odnose se na primjenu propisa, npr. kakav je stav porezno tijelo zauzelo u većem broju porezno sličnih slučajeva. Ovako shvaćena odredba Pravilnika značila bi da hrvatsko porezno pravo uvodi institut javnog (općeg) obvezujućeg mišljenja (engl. *Public rulings*). Naša praksa bez sumnje poznaje mišljenja koja se objavljuju na internetskim stranicama porezne uprave, no zakonodavac je propustio preciznije urediti navedeno, dok je pravnu narav takvih mišljenja danas nedvojbeno okvalificirala struka, kao neobvezujuća.⁴⁵ Unatoč kontinuiranoj prisutnosti u praksi i objavljivanju u kontinuitetu desetljeća istih, navedena mišljenja smatraju se nekom vrstom neformalnog ili čak *sui generis* izvora prava⁴⁶ koje narušava ostvarenje načela vladavine prava, obvezujući službenike i djelatnike poreznih tijela snagom upute za rješavanje pojedinih slučajeva, a koja su često međusobno proturječna.⁴⁷

Pravilnikom je uređeno pravo poreznog obveznika unaprijed biti obaviješten o svojim pravima i obvezama u postupcima koji se vode pred poreznim tijelom, što u niti jednom svojem dijelu nije pokrivalo konstitutivne elemente obvezujućih mišljenja. Doduše, dio odredbe pravilnika koji se odnosi na pravo unaprijed biti upoznat s tretmanom u poreznom postupku dao je naslutiti kako se možda time htjelo urediti predmetni institut, što bi i bilo uspješno kada bi se radilo o pravu biti unaprijed upoznat s tretmanom budućih, od poreznog obveznika namjeravanih, porezno relevantnih transakcija ili pojava. Obveza poreznih tijela, uređena i istim propisom, poučiti poreznog obveznika o pravu na podnošenje zahtjeva u svrhu ostvarenja na zakonu osnovanih prava poreznog obveznika sadržajno podsjeća na načelo pomoći nekoj stranci, pa tako potvrđuje zaključak neuspješnosti tadašnjeg pokušaja uređenja obvezujućih mišljenja.⁴⁸

Nespretnosti oko uvođenja obvezujućih mišljenja u hrvatski porezni sustav od donošenja hrvatskoga poreznog zakonika početkom 2000.-te posebno su bila, ali

45 Vidi, detaljnije, Arbutina, Hvoje, Ustavna i nadnacionalna ograničenja ovlaštenja na oporezivanje, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, br. 5-6, prosinac 2012., str. 1283 - 1322.

46 Tako, Arbutina, str. 1308. i 1309.

47 Arbutina, str. 1309.

48 Vidi, čl. 3. Pravilnika.

i ostala do danas, neočekivana s obzirom na činjenicu da je i u to vrijeme, kao i do zakonske novele 2015. godine taj institut već bio poznat hrvatskom pravnom sustavu. Naime, u području primjene carinskih propisa ovaj institut bio je dobro poznat i u praksi često primjenjivan budući da su carinski propisi⁴⁹ uređivali obvezu carinskih vlasti na izdavanje obavijesti te obvezujućih mišljenja. Tako svaka zainteresirana osoba može od carinskih vlasti zatražiti izdavanje obavijesti o primjeni carinskih propisa, a takav se zahtjev može odbiti ako se ne bi odnosio na stvarno namjeravani izvoz i/ili uvoz. Na osnovi pisanog zahtjeva zainteresirane osobe carinska uprava donosi obvezujuće mišljenje o tarifnom raspoređivanju robe u carinsku tarifu te obvezujuće mišljenje o podrijetlu robe, pri čemu je propisano da obvezujuće mišljenje ima snagu rješenja donesenog u upravnome postupku.

Sve prilike uređenja važnog instituta hrvatski je zakonodavac do zadnje novele poreznog zakonika propustio, a čini se da razlog uređenja istoga kroz odredbe noveliranog Općeg poreznog zakona u 2015. godini⁵⁰ te posebnog provedbenog propisa treba tražiti u promjenama i utjecaju europskog prava. Naime, zbog izazova agresivnog poreznog planiranja, širenja štetne porezne konkurencije i posljedične globalne borbe protiv porezne utaje i izbjegavanja plaćanja poreza, u europskom je pravnom okviru uočena potreba neophodne nadogradnje već postojećih sustava razmjena obavijesti i informacija između država članica. Tako je Vijeće koncem 2015. godine usvojilo prijedlog izmjena Direktive o razmjeni informacija⁵¹ na način da je uređena automatska razmjena informacija o obvezujućim mišljenjima o transfernim cijenama.⁵² Obvezujuća su mišljenja okvalificirana kao prethodna prekogranična mišljenja (engl. *Advance cross-border ruling*) s obzirom na to

49 U čl. 11. i 12. Carinskog zakona i čl. 8. Uredbe za provedbu Carinskog zakona, Narodne novine 78/99., 64/99., 117/99., 73/00., 92/01., 47/03., 140/05., 138/06., 60/08. i 45/09 (dalje u tekstu: CZ) te Uredba za provedbu Carinskog zakona, Narodne novine 161/03.; propisi koji danas nisu na snazi. Carinski zakon prestao je važiti stupanjem na snagu Zakona o provedbi carinskih propisa Europske unije, Narodne novine 54/2013, koji upućuje na provedbu carinskih propisa Europske unije pa tako Uredba Komisije (EEZ) br. 2454/93 od 2. srpnja 1993. o utvrđivanju odredaba za provedbu Uredbe Vijeća (EEZ) br. 2913/92 o Carinskom zakoniku Zajednice govori o obvezujućoj (tarifnoj) informaciji/mišljenju koje se i danas primjenjuju.

50 Zakon o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, Narodne novine 26/2015, koji donosi izmjene i dopune koje se odnose, uz uvođenje instituta obvezujućih mišljenja, na dopunu odredbi o uvjetima i rokovima za ispravak poreznih prijava, proširenje opsega primjene kazne o zabrani daljnjeg rada poreznog obveznika. Također, u hrvatski porezni sustav tada se uvodi i institut upravnog ugovora i porezne nagodbe te se propisuju ovlasti Samostalnog sektora za otkrivanje poreznih prijevара, kao nove ustrojstvene jedinice Ministarstva financija.

51 Direktiva 2011/16/EU o administrativnoj suradnji u području oporezivanja (OJ L 64, od 11. ožujka 2011.). Prijedlog Direktive predviđa osnivanje središnje baze - sigurnog središnjeg direktorija gdje će se prikupljati sva obvezujuća (prekogranična) mišljenja koja bi bila dostupna svim državama članicama i Komisiji.

52 Od država članica će se zahtijevati automatska razmjena informacija o prethodnim poreznim mišljenjima s prekograničnim učinkom, kao i o prethodnim sporazumima o transfernim cijenama.

da narav akta kao obvezujućeg nije uvjet za kvalifikaciju, pri čemu se obvezatna automatska razmjena informacija odnosi na mišljenja koja imaju element prekograničnosti jer se odnose na prekogranične, porezno relevantne transakcije. Prijedlog izmjena Direktive, u skladu s načelima proporcionalnosti i subsidiarnosti, ima za cilj osigurati pravilno djelovanje unutarnjega tržišta, uz održane standarde temeljnih prava i načela Povelje o temeljnim pravima EU-a, jamčeći zaštitu osobnih podataka, a predviđeno je stupanje na snagu od početka 2017. godine.

4.2. Porezno-pravni okvir obvezujućih mišljenja – de lege lata

Institut obvezujućih mišljenja poznat je u poreznim sustavima drugih država, a na razini europskoga prava najčešće se koristi u primjeni pravila o transfernim cijenama u obliku prethodnih sporazuma o transfernim cijenama ili prethodnih obvezujućih mišljenja o transfernim cijenama (engl. *Advance transfer pricing agreements*).⁵³ Dok u prijevodu termina predmetnog instituta u drugim pravnim sustavima isti ima oznaku, tj. nosi naziv u kojem se naglašava da je riječ o prethodnim mišljenjima, hrvatski je zakonodavac nomotehnički u nazivu naglasio obvezujuću narav akta kojega porezno tijelo donosi. Danas je riječ o institutu koji je u hrvatskom poreznom postupku uz svoju osnovu koja se nalazi u općoj normi poreznog zakonika - Općeg poreznog zakona uređen kroz podzakonski propis Pravilnik o obvezujućim mišljenjima, ispravku prijave, statističkim izvješćima i poreznoj nagodbi.⁵⁴

Zakonskom normom uređuju se obvezujuća mišljenja u članku 9a gdje je uređeno ovlaštenje poreznih tijela da, na pisani zahtjev poreznog obveznika donesu obvezujuće mišljenje o poreznom tretmanu budućih i namjeravanih transakcija, odnosno poslovnih događaja i djelatnosti poreznog obveznika. OPZ propisuje da troškove izdavanja obvezujućih mišljenja u cijelosti snosi porezni obveznik te predviđa razradu i provedbene norme urediti podzakonskim propisom.

Oredbama se Pravilnika podrobnije uređuje i razrađuje provedba Općeg poreznog zakona o područjima primjene, načinu, rokovima i troškovima izdavanja obvezujućih mišljenja. Propisano je da se obvezujuća mišljenja mogu izdati samo za konkretna pitanja podnositelja zahtjeva koja su značajna za porezni tretman budućih i namjeravanih transakcija, odnosno poslovnih događaja i djelatnosti.⁵⁵ Pravilnikom su kao područja primjene obvezujućih mišljenja previđena sljedeća područja: utvrđivanje oporezivih isporuka u svrhu podjele pretporeza, primjena poreznih propisa u slučajevima investicijskih projekata koji se ostvaruju u Republici

53 Vidi, Žunić Kovačević, Nataša, *Coordinating taxation between the European Union and other countries through advance tax rulings systems*, u: *Financial Integration, A Focus on the Mediterranean Region*, Series: *Financial and Monetary Policy Studies*, ur. Peeters, Marga; Sabri, Nidal; Shahin, Wassim, Springer Verlag Berlin, vol. 36, 2013., str. 87-94.

54 Pravilnik o obvezujućim mišljenjima, ispravku prijave, statističkim izvješćima i poreznoj nagodbi, Narodne novine 78/15, na snazi od 25. srpnja 2015. (dalje u tekstu: Pravilnik).

55 Vidi, čl. 2. Pravilnika.

Hrvatskoj, čija vrijednost prelazi 20.000.000,00 kuna; utvrđivanje porezne osnovice poreza na dobit pri spajanju, podjeli, djelomičnoj podjeli, prijenosu imovine i zamjena dionica i udjela osim poreznih postupaka utvrđenih člancima 20.a do 20.r Zakona o porezu na dobit, te primjena ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja kod obveza poreza na dohodak i poreza na dobit. Dodatno je uređeno da područja primjene obvezujućih mišljenja mogu biti i porezni tretmani poslovnih aktivnosti koje zbog svojih osobitosti nisu usporedive niti uobičajene s poslovnim aktivnostima koje se obavljaju na području Republike Hrvatske.

Definiranjem područja primjene obvezujućih mišljenja sužena je mogućnost posezanja poreznih obveznika za ovom institutom. No, kod definiranja aktivno legitimiranih osoba za podnošenje zahtjeva za donošenje obvezujućeg mišljenja, krug je osoba definiran tako da to može biti porezni obveznik rezident ili nerezident odnosno njegov opunomoćenik ili porezni savjetnik. Također, zahtjev može podnijeti i fizička ili pravna osoba koja još nije stekla status poreznog obveznika ili nije još izvršila registraciju obavljanja djelatnosti prema posebnim propisima odnosno njihov opunomoćenik ili porezni savjetnik.⁵⁶

Za izdavanje obvezujućih mišljenja nadležna je Porezna uprava, i to Savjetodavno tijelo za obvezujuća mišljenja koje se sastoji od djelatnika Porezne uprave koje imenuje ravnatelj Porezne uprave.⁵⁷

Postupak izdavanja obvezujućih mišljenja uređen je odredbama Pravilnika od članka 5. do 13. Pravilnikom je uređeno pravo poreznog obveznika prije podnošenja zahtjeva za izdavanje obvezujućeg mišljenja podnijeti prijedlog za održavanje prethodnog razgovora s poreznom upravom.⁵⁸ Navedeni prijedlog za održavanje prethodnog razgovora podnosi se upravi elektroničkim putem ili, iznimno, u pisanom obliku putem nadležne ispostave porezne uprave ili Ureda za velike porezne obveznike.

Najkasnije u roku od petnaest dana od dana zaprimanja prijedloga porezna uprava je obvezna podnositelju prijedloga za održavanje prethodnog razgovora ili njegovom opunomoćeniku ili poreznom savjetniku uputiti poziv za održavanje prethodnog razgovora. Njime se usmeno razjašnjavaju činjenice i okolnosti pitanja koje bi moglo biti predmetom obvezujućeg mišljenja.⁵⁹

Zahtjev za izdavanje obvezujućeg mišljenja podnosi se u pisanom obliku, a ako je podnositelj zahtjeva zatražio prethodni razgovor nakon što je prethodni razgovor obavljen. Dopušta se da zahtjev sadrži više pitanja, ali se sva moraju odnositi na ista konkretna područja primjene propisana odredbama članka 2. Pravilnika. Zahtjev se podnosi putem nadležne ispostave Porezne uprave ili Ureda za velike porezne obveznike, a podnositelj zahtjeva je obvezan do podnošenja

56 Vidi, čl. 3. Pravilnika

57 Vidi, čl. 4. Pravilnika

58 Vidi, čl. 5. Pravilnika

59 Vidi, čl. 5. st. 2., 3., 4. i 5. Pravilnika.

zahtjeva izvršiti uplatu troškova izdavanja obvezujućeg mišljenja.⁶⁰ Troškove izdavanja obvezujućeg mišljenja u cijelosti snosi podnositelj zahtjeva.⁶¹

Moguće je primjetiti kako se radi o velikim novčanim iznosima kada se radi o propisanoj visini troškova izdavanja obvezujućih mišljenja,⁶² što bi svakako moglo djelovati tako da odvraća porezne obveznike od traženja obvezujućih mišljenja, čak i kada bi im to moglo biti u pretežnom interesu.

Obvezni sadržaj zahtjeva za izdavanjem obvezujućeg mišljenja propisan je člankom 7. Pravilnika.⁶³

Podnositelj zahtjeva može, pisanim putem, odustati od njega u bilo kojem trenutku prije izdavanja obvezujućeg mišljenja. U pravilu, kod odustanka od zahtjeva nema prava na povrat uplaćenih troškova, no ipak, podnositelj zahtjeva ima pravo na povrat uplaćenih troškova, pod uvjetom da Porezna uprava nije započela s radom na izdavanju obvezujućeg mišljenja.⁶⁴

60 Vidi, čl. 6. Pravilnika

61 Vidi čl. 13. Pravilnika. Troškovi izdavanja obvezujućeg mišljenja, sukladno stavku 2. istog članka iznose: 5.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod do 3.000.000,00 kuna; 7.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod od 3.000.000,00 do 7.000.000,00 kuna; 10.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod od 7.000.000,00 do 10.000.000,00 kuna; 13.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod od 10.000.000,00 do 20.000.000,00 kuna; 15.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod od 20.000.000,00 do 70.000.000,00 kuna; 20.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod od 70.000.000,00 do 110.000.000,00 kuna; 25.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod od 110.000.000,00 do 150.000.000,00 kuna; 30.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji prema posljednjoj poreznoj prijavi ostvaruju prihod veći od 150.000.000,00 kuna; 5.000,00 kuna za podnositelje zahtjeva koji započinju ili su započeli poslovanje u poreznom razdoblju u kojem se podnosi zahtjev, za fizičke ili pravne osobe koje još nisu stekle status poreznog obveznika ili nisu još izvršile registraciju obavljanja djelatnosti prema posebnim propisima odnosno njihov opunomoćenik ili porezni savjetnik te kada se obvezujuće mišljenje traži u odnosu na investicijske projekte koji se realiziraju u Republici Hrvatskoj, čija vrijednost prelazi 20.000.000,00 kuna.

62 Vidi, Diller, M., Vollert, P., op. cit.

63 Sadržaj zahtjeva, sukladno čl. 7. Pravilnika osobito obuhvaća: 1. ime i prezime/na-ziv podnositelja zahtjeva, OIB ili porezni broj, broj putovnice ukoliko podnositelju sukladno posebnom zakonu nije dodijeljen OIB, PDV ID broj poreznog obveznika ukoliko ga posjeduje; 2. podatke o opunomoćeniku ili poreznom savjetniku koji je od strane poreznog obveznika uključen u postupak izdavanja obvezujućeg mišljenja; 3. detaljan opis planiranih (namjeravanih) poslovnih transakcija kao i poslovne i financijske posljedice transakcije, poslovnog događaja ili aktivnosti; 4. prijedlog odgovora podnositelja zahtjeva uz pozivanje na relevantne zakonske odredbe; 5. izjavu podnositelja zahtjeva je li u tom predmetu transakcija, poslovni događaj ili aktivnost već započeta, je li u tijeku postupak odlučivanja povodom pravnih lijekova ili sudski postupak; 6. isprave odnosno dokumentaciju koja se odnosi na zahtjev za izdavanje obvezujućeg mišljenja ili se na nju podnositelj zahtjeva poziva; 7. sva obvezujuća mišljenja od nadležnih poreznih tijela drugih država po istom pitanju odnosno je li po istom pitanju postavljen zahtjev za izdavanjem obvezujućeg mišljenja pred poreznim tijelima druge države u odnosu na povezane osobe.

64 Vidi, čl. 8. Pravilnika.

Slučajevi u kojima se ne izdaje obvezujuće mišljenje uređeni su člankom 9 Pravilnika pri čemu je porezna administracija obvezna o nedonošenju obvezujućeg mišljenja obavijestiti podnositelja zahtjeva. Porezna uprava neće donijeti obvezujuće mišljenje ako: se zahtjev podnositelja odnosi na predmet započetog poreznog nadzora, predmet sudskog postupka ili postupka povodom pravnih lijekova; se zahtjev podnositelja odnosi na općenito ili hipotetsko pitanje; iz sadržaja zahtjeva podnositelja proizlazi da nema stvarnu namjeru poduzimanja poslovnih aktivnosti koje su predmet zahtjeva; se radi o predmetu zahtjeva o kojem se odlučuje u okviru prava na informiranje, prema posebnom propisu te ako podnositelj zahtjeva nije do dana podnošenja zahtjeva uplatio troškove izdavanja obvezujućeg mišljenja. Ako nisu ispunjene pretpostavke za nedonošenje obvezujućeg mišljenja te je porezni obveznik podnio valjani zahtjev, obveza je porezne uprave donijeti obvezujuće mišljenje u roku od šezdeset dana od dana podnošenja potpunog zahtjeva, pri čemu je moguće produljiti navedeni rok za najdulje sljedećih trideset dana, a s obzirom na moguća složena pitanja. Pritom, postoji obveza poreznog tijela pisanim putem izvijestiti podnositelja zahtjeva o produljenju roka.

Dodatno i iznimno, kada se s obzirom na složenost pitanja, pri izdavanju obvezujućeg mišljenja moraju uključiti i druga tijela, domaća ili strana, zbog potrebe porezne vlasti za dobivanjem podataka ili informacija bitnih za donošenje obvezujućeg mišljenja, obvezujuće mišljenje može se donijeti i nakon isteka navedenih rokova. U tom slučaju se razlozi produljenja moraju obrazložiti u obvezujućem mišljenju.

S obzirom na različite vrste i moguće učinke poreznih akta propisano je da obvezujuće mišljenje mora biti kao takvo označeno. Obvezujuće mišljenje obvezno sadrži postavljena pitanja, odgovor, činjenice i pravnu analizu predstavljenog slučaja odnosno transakcije, poslovnog događaja ili djelatnosti.⁶⁵ Obvezujući učinak obvezujućih mišljenja izrijeckom je uređen u članku 11. Pravilnika, gdje se propisuje da je takav učinak jednostran, odnosno obvezujući učinak u odnosu na Poreznu upravu.

Obvezujuće mišljenje ima učinak od dana dostave podnositelju zahtjeva. Prestanak važenja mišljenja nastupa ako: 1. se isto temelji na odredbama propisa koje su izmijenjene ili su prestale važiti, a temeljem kojih je izdano mišljenje; 2. je došlo do promjena okolnosti koje bitno utječu na obvezujuće mišljenje te 3. ako se utvrdi da se obvezujuće mišljenje temelji na neistinitim ili nepotpunim podacima.⁶⁶

65 Vidi čl. 10. Pravilnika. Člankom 10. st. 7. Pravilnika uređena je obveza poreznih tijela voditi evidenciju o izdanim obvezujućim mišljenjima. Takva obveza ima osnovu i svrhu i u propisima Europske unije kojima se predviđa osnivanje središnje „baze“ obvezujućih mišljenja (o transfernim cijenama).

66 Vidi, čl. 12. Pravilnika.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Institut obvezujućih mišljenja jedan je od načina primjene i ostvarenja načela postupanja u dobroj vjeri. Obvezujuća mišljenja odnose se i primjenjuju isključivo na buduće i namjeravane porezno relevantne transakcije, a nikada se ne odnose na slučajeve s već započetim poreznim postupcima. Razlog isključenja primjene ovog instituta u odnosu na već nastale i realizirane transakcije treba tražiti u zaštiti vladavine prava i načela pravne sigurnosti. U hrvatskom je poreznom sustavu načelo postupanja u dobroj vjeri uređeno Općim poreznim zakonom. Prepuštajući podzakonskom propisu razradu i detaljnije uređenje u primjeni ovoga načela tvorci Pravilnika o postupanju u dobroj vjeri nisu bili uspješni. Analiza odredbi Pravilnika koje se odnose na primjenu načela postupanja u dobroj vjeri ukazuje na neuspjele pokušaje uvođenja u hrvatski porezni sustav kako obvezujućeg mišljenja kao pojedinačnog mišljenja tako i općih (javnih) mišljenja, poznatih u poredbenopravnim sustavima. Takvo nesnalaženje tvoraca Pravilnika o postupanju u dobroj vjeri posebno je iznenađujuće jer je u vrijeme njegova donošenja pravni okvir i temelj za precizno uređenje instituta obvezujućih mišljenja već bio prisutan, u odredbama Zakona o općem upravnom postupku koji je uredio institut jamstva prava. Štoviše, tvorci Pravilnika nisu se znali poslužiti već prisutnim rješenjem i praksom primjene istoga jer hrvatsko carinsko pravo već dulje vrijeme poznaje predmetni institut. Kako je institut obvezujućih mišljenja prisutan u poreznim sustavima zemalja širom svijeta, a gotovo u svim zemljama Europske unije, korisno je upoznati se s iskustvima drugih zemalja. Komparativna porezna iskustva primjene obvezujućih mišljenja pokazuju da se radi o institutu koji je neizostavan kao sredstvo izgradnje suvremenog poreznog sustava u kojemu se velika pozornost poklanja zaštiti prava poreznih obveznika. Primjećuju se i očekivanja da će taj institut kao dio poreznog postupka i čimbenik ostvarenja porezne sigurnosti pridonijeti i privlačenju ulagača i ekonomskom rastu. Sve navedeno upućuje na zaključak da je nakon neuspjela pokušaja iz 2009. godine, iako prilično kasno, odnosno tek novelom poreznog zakonika 2015. godine, hrvatsko porezno pravo dobilo tematizirani institut. Zaključno, može se reći da se radi o institutu suvremenih poreznih sustava, usmjerenom zaštiti prava poreznih obveznika, ali i ostvarenju potrebne predvidivosti postupanja poreznih tijela pa time i pravne sigurnosti. Istodobno, obvezujuća mišljenja mogu biti put k smanjenju poreznih sporova, ali i posredno mogu biti definirana i kao sredstvo borbe protiv porezne utaje te poluga za povećanje ulaganja i gospodarskoga rasta. Ipak, potonji se učinci tematiziranog instituta trebaju istražiti pa mogu biti povod novom aspektu promatranja obrađenoga fenomena. No, očekivani pravni učinci mogu se ostvariti tek ako porezni obveznici i porezna vlast prepoznaju isti kao kvalitativni katalizator prava i obveza u poreznom postupku.

Summary

ADVANCE TAX RULINGS – THE NEW LEGAL INSTRUMENT IN THE CROATIAN TAX PROCEDURE

This article talks over the concept and importance of the institution of advance tax rulings as part of the tax systems and tax procedural rules in contemporary world. Presenting the general characteristics of advance tax rulings it is underlined that this institute aims to contribute to the predictability of the application of the tax law rules. Comparative legal experiences and already existing practices are useful indicators that provide an insight into the actual and the anticipated effects in the application of the institute of advance tax ruling. Croatian tax law has adopted this institute through the General Tax Act amendments in 2015, after a previous failed attempt in 2009. Advance tax rulings are part of modern tax systems that aim at the protection of taxpayers' rights and achieving the predictability of tax authorities' actions. Thus, rule of law and legal certainty are main targets as expected effects. It is noted that the advance tax rulings might have some other meanings that should be more analyzed as to be established.

Keywords: *advance tax ruling, tax law, legal and tax security, tax procedural law, rule of law.*

Zusammenfassung

VERBINDLICHE VORBESCHEIDE IN STEUERSACHEN – NEUES RECHTSINSTITUT DES KROATISCHEN STEUERVERFAHRENS

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegt an verbindlichen Vorbescheiden als Teil von Steuersystemen und prozeduralen Steuerregeln. Es werden generelle Merkmale dieses in Zuständigkeit der Steuerbehörde liegenden Instituts aufgeklärt, insbesondere in Bezug auf die beabsichtigte Vorhersehbarkeit der Anwendung von Steuerrechtsnormen. Dabei wird auf die rechtsvergleichende Erfahrungen zurückgegriffen um bessere Einsicht in die reale und erwartete Wirkung der Anwendung von verbindlichen Vorbescheiden zu gewinnen. Letztere sind durch die Novelle des Allgemeinen Steuergesetzes aus 2015 in das kroatische Steuerrecht eingeführt worden anschließend an einen gescheiterten Versuch aus 2009. Die Hauptaufgabe von verbindlichen Vorbescheiden in Steuersachen liegt darin die Rechte von Steuerpflichtigen zu schützen und zur notwendigen Vorhersehbarkeit der Handlung von Steuerbehörden und somit zur Rechtssicherheit beizutragen, obwohl auch andere Aufgaben diesem Institut zugewiesen werden.

Schlüsselwörter: *verbindliche Vorbescheide, Steuerrecht, Steuerverfahren.*

Riassunto

PARERI TRIBUTARI PRELIMINARI VINCOLANTI: UN NUOVO ISTITUTO DEL PROCEDIMENTO TRIBUTARIO CROATO

Nel contributo si disamina la nozione ed il significato dei pareri vincolanti quali parte dei sistemi tributari e delle regole della procedura tributaria. Si illustrano le caratteristiche generali dell'atto, l'emanazione del quale è di competenza dell'autorità tributaria, che ha come scopo favorire la prevedibilità dell'applicazione della norma del diritto tributario. Le esperienze di matrice comparata rappresentano un utile indicatore di prassi già consolidate altrove e consentono di vedere gli effetti reali ed auspicati dell'applicazione dell'istituto dei pareri vincolanti. Nel diritto tributario croato tale istituto è stato introdotto in occasione della novella della legge generale tributaria nel 2015, in seguito ad un già precedente tentativo fallito nel 2009. I pareri vincolanti rappresentano un istituto dei sistemi tributari contemporanei volto alla tutela dei diritti dei contribuenti ed alla realizzazione della necessaria prevedibilità dell'operato degli organi tributari e conseguentemente della certezza del diritto. Da ultimo, s'osserva per inciso come ai pareri vincolanti spettino anche altri compiti.

***Parole chiave:** pareri vincolanti, diritto tributario, certezza tributaria, procedimento tributario.*

UTJECAJ KONVENCIJSKOG PRAVA I PRAVA EUROPSKE UNIJE NA ZAŠTITU PRAVA STRANKE U UPRAVNOM SPORU

Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 342.922::061.1EU
342.922:341.231.14(4)
Ur.. 4. veljače 2016.
Pr.: 11. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Cilj je ovog rada utvrditi čimbenike koji utječu na zaštitu prava stranke u upravnom sporu. Upravni sudovi u Republici Hrvatskoj moraju u svom djelovanju istovremeno uključivati pravo koje razvija Sud u Strasbourgu, kvalificirano kao konvencijsko pravo, a i pravo zajednice koje razvija Sud u Luxembourggu. U tu svrhu, autor razmatra utjecaj konvencijskog prava i prava Europske unije na zaštitu prava stranke u upravnom sporu.

Ključne riječi: *pravo stranke u upravnom sporu, konvencijsko pravo, pravo Europske unije.*

1. UVOD

Pravo stranke u upravnom sporu ovisi o nizu vanjskih čimbenika povezanih s obavljanjem sudačke dužnosti. Pravo stranke predstavlja proces koji upravno sudstvo – ma koliko ono bilo neovisno – više ne može zaobići. Navedeno nužno upućuje na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava¹ koja o ovoj tematici progovora isključivo u kontekstu pravednosti postupka. To govori u prilog tezi da je teško ocijeniti opseg prava stranke pred upravnim sudovima, budući da to podrazumijeva ocjenu niza proturječnih faktora, što čini svaki pokušaj sistematizacije osjetljivim, čak i neuspješnim. Pravo se stranke, na kraju krajeva, ne može analizirati kao homogena i nedjeljiva cjelina. Naprotiv, riječ je o složenom pojmu koji se sastoji od više dijelova „složno“ usmjerenih prema konačnom rezultatu – zaštitu prava stranke u upravnom sporu.

Mišljenja smo kako je pravo stranke u upravnom sporu danas posebno važno, u vremenu, kada se uloga upravnog suca bitno mijenja. Slijedom navedenoga, u najnovije vrijeme, pitanje prava stranke nameće se kao jedno od najvažnijih pravnih

1 Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

pitanja uopće, kao glavna sastavnica kvalitete pravne zaštite, važan aspekt prava na pošteno suđenje, a iz čega slijedi povjerenje građana u konkretni pravni sustav. Pravo stranke u upravnom sporu ovisi o nizu čimbenika i o njihovu međudjelovanju. Tako pravo stranke u upravnom sporu ovisi o kvaliteti pravnog obrazovanja i izobrazbi sudaca o dodjeli odgovarajućih ljudskih, financijskih i materijalnih resursa. Daljnji element koji utječe na pravo stranke jest postupak vođenja predmeta. Postupak mora biti jasan, transparentan i predvidljiv, a upravni sudac mora biti sposoban organizirati i voditi sudski postupak aktivno i ispravno. Odluka se mora donijeti u razumnom roku. Međutim, brzina postupka nije jedini čimbenik koji se pritom mora uzeti u obzir, jer sudske odluke moraju štiti pravo pravičnog suđenja, socijalne harmonije i pravne sigurnosti. Usmena rasprava² se mora održati kad god to pravna praksa Europskog suda za zaštitu ljudskih prava propisuje i mora biti u skladu sa zahtjevima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava te tako osigurati strankama u sporu pravično suđenje. Pravično vođenje postupka, ispravna primjena pravnih načela i ocjena činjenične podloge kao i izvršnost, ključni su elementi koji pridonose zaštiti prava stranke u upravnom sporu. Sudska odluka mora biti razumljiva i sastavljena jasnim i jednostavnim jezikom, s tim da se svakom sucu dopušta da izabere svoj vlastiti stil ili da se koristi standardiziranim modelima.³

Sudske odluke u načelu moraju biti obrazložene. Obrazloženje mora uključiti tumačenje pravnih načela, brinuti o osiguranju pravne sigurnosti i pravne dosljednosti. Utemeljenost sudske odluke nadzire se prizivnim i nadzornim postupkom koji je dostupan u nacionalnim sudovima te pravom dostupnosti Europskom sudu za zaštitu ljudskih prava.⁴ Iako Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava ne inzistira na dvostupnjevanosti, ako je žalbeni postupak predviđenim nacionalnim propisima, on mora zadovoljiti uvjete članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava.⁵

2 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava pod pravom na javno suđenje, u pravilu, podrazumjeva i pravo na usmenu raspravu. Pravo na usmenu raspravu posebno je važno kada upravni sud sagledava osporena činjenična pitanja. Izostajanje usmene rasprave u prvoj i posljednoj instanci pred upravnim sudom mogu opravdati samo izuzetne okolnosti. Načelno stranke imaju pravo da se odreknu usmene rasprave, i to izričito ili prešutno. Međutim, kako je to potvrdio Europski sud za zaštitu ljudskih prava, u predmetu *Schuler-Zraggen*, takvo odricanje nema djelovanje ako se suprostavlja javnom interesu.

3 Preporuka Vijeća Europe kao bitne elemente pravičnog suđenja navodi: razumnost trajanja sudskog postupka, jednakost sredstava kojima raspolažu stranke u postupku, pristup spisima predmeta, kontradiktornost postupka, ispitivanje pravnih i činjeničnih pitanja u vezi s predmetom spora, javnost postupka, obrazlaganje i objavljivanje sudskih odluka i pravni lijekovi.

4 Iako Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava ne obvezuje na postojanje žalbenog postupka, ipak Preporuka (2004) 20 Vijeća Europe naznačuje kako bi odluka suda, bar u važnim slučajevima, trebala biti predmet žalbe višem sudu, osim ako se predmet direktno upućuje višem sudu u skladu s nacionalnim propisima. Upravnosudska zaštita bi, prema navedenom, trebala biti dvostupanjska.

5 Osim što doprinosi boljoj sudskoj zaštiti, dvostupnjevanost u upravnim sporovima doprinosi i ujednačenosti upravnosudske prakse.

Sudski sustav u cjelini mora se pozorno razmotriti kako bi se ocijenila zaštita prava stranke u upravnom sporu. Posebnu pozornost valja posvetiti duljini, transparentnosti i vođenju postupka.

Pitanje troškova može biti posebno važno ako stranka želi ostvariti svoje pravo na upravnosudsku zaštitu. Isto tako, djelotvorni pristup sudu, u smislu njegovih troškova, podrazumijeva i pravo na pravnu pomoć⁶ kako bi se jamčila sudska zaštita i strankama koje ne mogu snositi troškove.⁷ Isto je tako potrebno da se stranci u upravnom sporu osigura pravo na zastupnika⁸ i pravo na uvid u sve relevantne dokumente.⁹

Razvoj upravnog spora u Republici Hrvatskoj ide u smjeru jačanja pojedinačnih prava stranke u upravnom sporu. Cilj je Zakona o upravnim sporovima¹⁰ osigurati sudska zaštitu prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih osoba i drugih stranaka povrijeđenih pojedinačnim odlukama ili postupanjima javnopravnih tijela. Zakon o upravnim sporovima Republike Hrvatske sadržava cijeli niz odredaba kojima se ostvaruje pravo stranke na sudjelovanje u sporu. Pravo stranke u upravnom sporu prema Zakonu o upravnim sporovima uređeno je normama o pokretanju spora, zastupanju tužitelja, o dužnostima i ovlasti predlaganja činjenica koje treba utvrditi te dokaze kojima to može biti učinjeno, kao i izjašnjenja o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka, o ovlasti rješavanja spora bez rasprave, o sudjelovanju na raspravi, o radnjama u sporu, o ovlasti predlaganja odgodnog učinka tužbe odnosno privremene mjere, o komuniciranju suda i tužitelja, o pravima tužitelja na podnošenje redovnih i izvanrednih pravnih lijekova te o pravu na iniciranje postupaka upravnosudske ocjene zakonitosti općeg akta. Prava stranke podrazumijevaju i to da svaka stranka ima pravo iznositi vlastitu argumentaciju i eventualna dokazna sredstva, mora biti upoznata s argumentacijom i dokaznim sredstvima protivne stranke, a kada se vodi usmena rasprava, odnosno

6 Povelja o temeljnim pravima Europske unije, članak 47., jamči pravo na besplatnu pravnu pomoć.

„Pravna pomoć osigurava se za osobe koje nemaju dostatna sredstva, ako je takva pomoć potrebna za osiguravanje učinkovitoga pristupa pravosuđu.“

7 To mogu biti sudske pristojbe, te troškovi vođenja samog postupka (angažiranje punomoćnika, dolasci na raspravu, itd.). Kako bi se omogućio što širi pristup sudu, Preporuka (2004) 20 u tom smislu predviđa da ukupni troškovi pristupa sudu ne smiju biti prepreka za pokretanje sudskog postupka.

8 Povelja o temeljnim pravima Europske unije, članak 47., jamči pravo zastupanja.
„Svatko ima mogućnost da bude savjetovan, branjen i zastupan.“

9 Pravo na uvid u dokumentaciju smatra se preduvjetom pravičnog suđenja. Tako je Europski sud za zaštitu ljudskih prava, predmet *Schuler – Zraggen*, istaknuo kako stranka mora imati pristup spisima predmeta u obliku u kojem je javnopravno tijelo prosljedilo upravnom sudu. Za pravični postupak nužno je da su spisi prosljedeni na vrijeme (*Schuler-Zraggen protiv Switzerland*, te *Bendenoun protiv Francuske*). Tužba se mora prosljediti tužitelju i svim zainteresiranim strankama. Svi dokazi koje sud prihvati moraju biti na raspolaganje svim strankama u sporu (*Ruiz – Mateos*, Europski sud za zaštitu ljudskih prava).

10 Narodne novine, br. 20/10, 143/12, 152/14.

utvrđuje činjenično stanje, mora biti pozvana i saslušana.¹¹ Tek je u drugom planu osiguranje objektivnog prava. Objektivno pravo, u pravilu se štiti kroz odlučivanje o subjektivnim pravima tužitelja. Štiteći subjektivna prava tužitelja povrijeđena pojedinačnim odlukama ili postupanjem javnopravnih tijela, štiti se objektivni pravni poredak.¹²

Za zaštitu prava stranke u upravnim predmetima važno je stajalište izraženo u odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske. U predmetnoj se odluci navodi: „Pravila i sredstva dokazivanja čine dio cjeline postupovnih pravila upravnog postupka, sadržanih u Zakonu o općem upravnom postupku i kao takva neodvojiva su sastavnica postupovnih jamstava pravičnog suđenja, zaštićenih Ustavom. Ustavni sud štiti ustavno jamstvo pravičnog suđenja (odlučivanja) ispitujući eventualno postojanje postupovnih povreda u postupcima pred sudovima i drugim državnim tijelima, odnosno tijelima koje imaju javne ovlasti. Pružajući tu zaštitu, Ustavni sud sagledava cjelokupni postupak kao jedinstvenu cjelinu te ocjenjuje je li on bio vođen na način koji podnositelju osigurava pravično suđenje (odlučivanje), odnosno je li tijekom postupka počinjena povreda takvog značenja da postupak kao cjelinu čini nepravičnim za podnositelja. Sagledavajući konkretan slučaj s tog stajališta, Ustavni sud primjećuje da je postupanje nadležnih upravnih tijela i Upravnog suda, utvrđeno u konkretnom slučaju (neosnovano ograničenje dokaznih sredstava, odnosno mogućnosti utvrđivanja relevantnih činjenica u skladu s načelom materijalne istine, uz bitne nedostatke u obrazlaganju zauzetih stajališta), dovelo do povrede podnositeljeva ustavnog prava na pravično suđenje (odlučivanje) s aspekta općih jamstava sadržanih u članku 29. stavak 1. Ustava, koja jamstva moraju biti poštovana i u postupku sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata uprave iz članka 19. stavka 2. Ustava.“¹³

Zbog ograničenog opsega rada razmatraju se samo pojedini čimbenici koji utječu na zaštitu prava stranke u upravnom sporu.

2. KONVENCIJSKO PRAVO I PRAVO EUROPSKE UNIJE

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda potpisana je u Rimu 4. svibnja 1950. godine. Republika Hrvatska ratificirala je Konvenciju 5. studenog 1997. godine, pa stoga Konvencija, sukladno članku 141. Ustava Republike Hrvatske predstavlja dio njezina unutarnjeg pravnog poretka. Prema Sudu u Strasbourgu ova Konvencija predstavlja „ustavni alat europskog poretka“,¹⁴

11 Vidi: Medvedović, Dragan, Komentar Zakona o upravnim sporovima, *Novi sustav upravnog sudovanja*, Novi informator, Zagreb, 2012.

12 Ibid., str. 32.

13 Vidi odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-III-3937/2001. od 14. prosinca 2011., U-III-2009. od 3. studenog 2001.

14 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 18. siječnja 1978., *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*; 23. ožujka 1995., *Loizidou protiv Turske*.

dok Sud u Luxembourgju opisuje ugovore Zajednice kao „Ustavnu povelju pravne Zajednice“.¹⁵

U okviru Vijeća Europe i Europske unije, Sudovi u Strasbourgu i Luxembourgju zauzimaju posebno mjesto jer se temelje 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 sudac obavezan izravno primjenjivati, te se na njih može pozvati svaka zainteresirana osoba. U dva europska sustava, istovremeno postoji podudarnost između podvrgavanja vladavini prava i obveze uzimanja u obzir rješenja europskih sudova nadležnih za njegovu provedbu. Njihova nadležnost je obvezujuća i ostvaruje se u odnosu na nacionalne sudove kao i u odnosu na „sva javnopravna tijela“.¹⁶

Prema tome, Europska unija, sveobuhvatnije koristi ovlasti koje potiču na rastuću integraciju tako što pojedincima daje prava na koja se mogu izravno pozvati pred nacionalnim upravnim sudovima.

Međutim, ova dva sustava počivaju na različitim konceptima. S jedne strane radi se o „logici suradnje“ koju provodi Sud u Luxembourgju, dok, s druge strane, Sud u Strasbourgu primjenjuje „logiku nadzora“. No, u oba slučaja sudska praksa zauzima značajno mjesto.

Upravno pravo Republike Hrvatske mora istovremeno uključivati pravo koje razvija Sud u Strasbourgu, kvalificirano kao konvencijsko pravo, a i pravo zajednice koje razvija Sud u Luxembourgju. Kada se radi o Sudu u Strasbourgu, budući da ne postoje mogućnosti prethodnog pitanja, usklađivanje može biti osjetljivije i trenja ne predstavljaju iznimku. Najznačajniji primjer odnosi se na objašnjenja koja je Sud dao pojmu „pravičnog suđenja“. Kontrola koju sud provodi nad aktima nacionalnog suca osobito je osjetljiva, kada se određeni problem odnosi na povredu članka 6. stavka 1. Konvencije u različitim elementima. Članak 6. stavak 1., koji se ponekad može kombinirati s člankom 13. o pravu na djelotvorno pravno sredstvo, glasi: „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da na zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno...“.

To su, svakako, posebne odredbe, koje se odnose na upravnosudske postupke, a koje najstrože utječu na pravo stranke u upravnom sporu. U primjeni „prava na pošteno suđenje“ koje sažima odredbe članka 6. stavka 1., Sud u Strasbourgu postupa „ako ne kao dodatni stupanj sudovanja, onda barem kao tijelo za provedbu nadzora nad rješenjem nacionalnog suca, s mogućnošću osporavanja istog“.¹⁷

Prema Sudu u Strasbourgu, pravo na „pošteno suđenje“ samo je procesni prijevod načela prednosti prava sadržanog u Preambuli Konvencije,¹⁸ koje je kao

15 Sud Europske unije, 14. prosinca 1991., mišljenje 1/91.

16 Abraham, Ronny, *Les Cours européennes: Luxembourg et Strasbourg, Devant les juridictions européennes*, POUVOIRS, Paris, br. 96/2001, str. 145.

17 Ibid., str. 148.

18 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 26. rujna 1977., *Sunday Times*.

takvo uvršteno „među temeljna načela demokracije“.¹⁹ Time, promaknut u red „referentne norme demokratskog društva“,²⁰ članak 6. postaje odredba čije se povrede najčešće navode. Ipak, „formulacija koja se koristi u članku 6. stavku 1. daleko od toga da je savršeno jasna (i koja uopće nije istovjetna na francuskom ili engleskom jeziku)... izazvala je brojne komentare i složeni razvoj sudske prakse“.²¹

Prema Državnom savjetu Republike Francuske ako se odredbe Konvencije, u načelu, izravno primjenjuju (*self executing*), pravilo mora biti dovoljno precizno i bezuvjetno.²² Kao i bilo koji drugi sličan tekst, Konvenciju tumače i primjenjuju Sud u Strasbourgu i nacionalni sudovi „bez obzira na nacionalne kvalifikacije“.²³ Osim toga, sud je uvelike rabio metodu finalističkog ili „teleološkog“ tumačenja članka 6., dodatno smatrajući da njegove presude imaju za cilj ne samo donijeti presudu u slučajevima za koje mu se uputi zahtjev nakon iscrpljivanja nacionalnih pravnih lijekova, već i zbog pojašnjenja i razvoja normi Konvencije. Upravo tom sudskom praksom Sud „svakodnevno dodatno natapa nacionalne pravne poretke“.²⁴

Članak 6. stavak 1. kojem je svrha pravičnost suđenja odnosi se na pravosudni ideal, na ideju „dobre pravde“ ili još na „dobru upravu u pravosuđu“. Prema tome i za Sud u Strasbourgu ograničena primjenjivost ne bi odgovarala cilju i svrsi ovog teksta.

Članak 6. stavak 1. prirodno se primjenjuje na situacije u kojima element privatnog prava zauzima ključno mjesto. No, ako se radi o građanskom obilježju prava ili obveze i o osporavanjima do kojih može doći, Sud je vrlo rano prihvatio kako se njihova privatnost mora ocijeniti neovisno o prirodi pobijane mjere, kvaliteti stranaka, važećem pravu i pravosudnom poretku nadležnom za njihovo razumijevanje.²⁵ Stoga se smatra da pravo stranke ima građansko obilježje, bez obzira na sudski poredak u državama u kojima je ovlašten da donosi odluke i bez obzira na (građansku, komercijalnu ili upravnu) narav pravila temeljem kojih treba riješiti osporavanje.²⁶ Ono što pripada upravnom sporu prema nacionalnom pravu

19 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 21. veljače 1975., *Goldec protiv Ujedinjeno Kraljevstvo*.

20 Ibid.

21 J. DUTHEIL de la ROCHERE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, POUVOIRS, Paris, br. 96/2001, str. 126.

22 Francuski Državni savjet, 23. travnja 1997., *GISTI*.

23 Chapus, Rene, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2006., 12. izd., str. 131.

24 Lichè, F., Potvin-Solis L., Raynouard, A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004., str. 242.

25 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 16. srpnja 1971., *Ringeisen protiv Austrije*.

26 Drugim riječima, sama činjenica da pitanje podliježe javnom pravu ne mora nužno isključivati oslanjanje na članak 6. stavak 1. Sud je usvojio autonomni pojam „građanskog obilježja“ dotične obveze ili osporavanja, a to može zakomplicirati pa čak i omesti nacionalna prava na različitim stupnjevima. Ono što je „upravno“ prema nacionalnom zakonodavstvu treba se ponekad smatrati kao da ima „građansko“ obilježje. Isto vrijedi i za kazneni element članka 6. stavka 1. kojeg Sud također samostalno tumači. Tako primjerice „stegovni“ sporovi prema nacionalnom pravu mogu se smatrati podložnima pojmu „podizanja optužnice za kazneno

dovodi se u pitanje autonomnim pojmovima koji su se razvili u sudskoj praksi Suda u Strasbourgu i zbog ekstenzivnog shvaćanja i usvajanja „građanske“ i „kaznene“ naravi.

Međutim, autonomni pojmovi omogućuju dobivanje ujednačene primjene Konvencije time što se zahtjevima članka 6. stavkom 1. daje najšire moguće područje primjene. No, još je potrebno da ove autonomne pojmove o postupovnim propisima prihvate i nacionalni sudovi. Osim ovih tvrdnji, primijećeno je da „Sud sve više teži uključivanju odgovornosti javnopravnog tijela u područje primjene članka 6. stavka 1., bez razlikovanja je li šteta posljedica materijalnih činjenica ili upravnih rješenja“.²⁷

Pravo na pošteno suđenje kako ga Sud u Strasbourgu uzima u širem smislu, predstavlja kombinaciju nekoliko pojedinačnih prava: pravo na suca ili pristup sudu, pravo na presudu koja sadrži jamstva iz članka 6. stavka 1. koja se široko tumače i pravo na izvršenje presude. Propisi koji moraju biti posebno ispunjeni, nalažu da spor riješi sud koji je zakonom uspostavljen i koji mora biti neovisan i nepristran, da je sam postupak pravičan i da je u prisutnosti stranaka, da su ročišta u načelu javna te da je trajanje spora razumno.

3. PRAVO NA SUCA I DJELOTVORNI PRAVNI LIJEK

Povelja o temeljnim pravima Europske unije, članak 47., jamči pravo na djelotvorni pravni lijek²⁸ i pravično suđenje. Prva dva stavka spomenutog članka vrlo su slična odredbama članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava.

„Svatko čija su prava i slobode, zajamčeni pravom Unije, prekršeni, ima pravo na učinkoviti pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima ovim člankom. Svatko ima pravo na pravično, javno suđenje u razumnom vremenskom roku pred neovisnim i nepristranim sudom, prethodno osnovanim u skladu sa zakonom.“

djelo“ zbog naravi prekršaja i ozbiljnosti pretrpljene kazne. Vidi: Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 8. lipnja 1976., *Engel protiv Nizozemske*.

Primjerice, u francuskom pravu, iako su rezultat represije, stegovni postupci ne spadaju nužno u kaznene stvari. Mnogi postupci mogu se povezati s građanskim stvarima, a događa se, istina rijetko, da ne pripadaju ni građanskim ni kaznenim elementima iz članka 6.

27 Tako ako je Državni savjet trenutačno u suglasnosti s glavnim smjernicama Suda u Strasbourgu i ako je upravno sudska praksa uključila poglede europskog suca o poštenom suđenju, to je učinjeno pod cijenu značajnog proširenja djelokruga članka 6. stavka 1. u upravnom sporu. Upravo kako bi izbjegao nagli raskid s tradicionalnim nacionalnim pravom Državni savjet se htio poslužiti širokim ovlastima u tumačenju presuda Suda u Strasbourgu. Međutim, budući da se europska sudska praksa razbistrila i stabilizirala, upravni sud mogao se samo pridružiti proširenom pojmu djelokruga članka 6. stavka 1. Chapus, Rene, op. cit., str. 133.

28 Preporuka (2004) 20 Vijeća Europe zahtijeva da se strankama dopusti razuman rok za iznošenje stvari pred sud. Drži se da prekatak rok previše, može omogućiti stranku da podnese tužbu. Određivanje prikladnog roka je u uzajamnoj vezi s jamstvom na djelotvorni pristup sudu.

U praksi Europskog suda utvrđeno je da djelotvornost sudske zaštite ima tri aspekta: pristup odgovarajućem sudu, pravo na privremenu zaštitu i pravo na naknadnu štetu. U pogledu pristupa sudu, pravilo je da ako ne postoji mogućnost pokretanja postupak pred Sudom Europske unije, sudska se zaštita mora osigurati pred nacionalnim sudom. Ovo načelo utvrđeno je presudom *Borelli* iz 1992. godine. Prema shvaćanju iznesenom u presudi *Borelli*, nacionalni sustav mora osigurati sudska zaštitu prava zajamčenih propisima Europske unije bez obzira na nacionalna pravila o legitimaciji i pravnom interesu. Prema načelu djelotvornosti, nacionalna pravila postupka ne smiju učiniti ostvarivanje prava zajamčenih propisima Europske unije praktično nemogućim ili pretjerano teškim.²⁹

Pravo na pošteno suđenje kakvo je zajamčeno odredbama članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, prije svega uključuje pristup sudu.³⁰ S obzirom na značaj koju pravo na pošteno suđenje ima u svakom demokratskom društvu, pravo pristupa upravnim sudovima predstavlja bitan element, koji mora biti konkretan i djelotvoran, a ne samo teorijski. Sud u Strasbourgu, u svojoj presudi od 1. ožujka 2002., *Kutić protiv Hrvatske*, ističe kako pravo na suca predstavlja donošenje pravomoćne presude. Nadalje, Europski je sud za zaštitu ljudskih prava u presudi od 24. studenog 2004., *Beumartin protiv Francuske*, naveo da djelotvorno pravno sredstvo podrazumijeva obvezu suđenja, što zabranjuje da na sudska odluku utječe mišljenje javnopravnih tijela.³¹ Sud u Strasbourgu tome dodaje da sud mora imati nadležnost „pune jurisdikcije“ kako bi svome djelovanju pružio najveću moguću učinkovitost. Drugim riječima, mora moći dati odgovor na sva činjenična i pravna pitanja postavljena u sporu i eventualno reformirati osporenu mjeru.³²

29 To se posebno odnosi na tzv. fatalne rokove (Prema Europskom sudu, to pravilo treba primjeniti i kad je rok razuman, ali je propuštanje nastalo zbog obmanjivanja od strane javnopravnih tijela. Tako je u predmetu *Emmot* tužiteljica tražila retroaktivnu isplatu doprinosa za invalidnost za period u komu Direktiva 79/7 o progresivnoj primjeni načela jednakosti postupanja između muškaraca i žena u pitanjima socijalne sigurnosti nije bila primjenjiva u Irskoj, te je ona trpjela diskriminaciju po osnovi spola. Nadležno javnopravno tijelo je obavijestilo da odluka u njenom slučaju ne može biti donesena dok Europski sud ne donese odluku u nekom drugom, sličnom slučaju. Međutim, kada je konačno pokrenula spor, to je tijelo odlučilo da je ona propuštanjem roka izgubila pravo na sudska zaštitu. ili pravila dokazivanja, na primjer obrnuti teret dokazivanja ili ograničenja u pogledu dokaznih sredstava, (u odluci u predmetu *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio s.p.a.*, Europski je sud savjetovao talijanski sud da primjeni pravilo o izvođenju dokaza kojima je bio uvjetovan povrat poreza utvrđenog suprotnim propisima Europske unije, po kome je trebalo dokazati da porez nije prijavljen na krajnjeg korisnika. Ispunjenje tog uvjeta bilo bi pretjerano teško, te da je tako povređeno načelo djelotvorne sudske zaštite) u stvarima koja su regulirana pravom Europske unije.

30 U francuskom upravnom pravu, pravo na suca ustanovljeno je vrlo rano u općem načelu prava. Kao takvo „pristup pravdi“ ne pojavljuje se na potpuno eksplicitan način kao pravo u Europskoj konvenciji“.

31 Vidi Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 24. studenog 2004., *Beumartin protiv Francuske*.

32 Vidi Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 23. listopada 1995., *Gradinger protiv Austrije*; 18. veljače 1997., *Mauer protiv Austrije*.

Odredbe članka 6. stavka 1. uključuju i druge zahtjeve koji proizlaze iz prava na dobro sudovanje. Među njima se nalazi nekoliko pravila koja jamče nesmetano odvijanje spora, a koje treba navesti i koja su mogla dovesti do odstupanja s obzirom na upravni postupak, a koja su popratile više ili manje mučne prilagodbe.

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava nalaže svim državama potpisnicama, bez obzira na njihov pravosudni sustav, sintetizirana postupovna pravila u svom članku 6. stavak 1. o pravu na pošteno suđenje. Godine 2001. tadašnji predsjednik Suda u Strasbourgu rekao je da „sudska praksa Suda još uvijek rijetkost u pogledu prava na sud, neovisnost i nepristranost upravnih sudova, a još veća rijetkost u pogledu pravičnosti postupka, javne naravi rasprava i razumnog roka“.³³

Tako primjerice, kontradiktornost formalno nije među zahtjevima članka 6. stavka 1. Konvencije. Jednostavno je propisano da se slučaj mora pravično saslušati. Podrazumijeva se da stranke moraju biti ravnopravne i ne može se ni zamisliti pošteno suđenje bez načela kontradiktornosti s obzirom na to da u upravnom postupku, načelo kontradiktornosti, bitna, nastoji osigurati ravnopravnost stranaka pred sućem.

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.³⁴ Nacionalni sudovi su tako obvezni 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.³⁵ Isto tako, treba spomenuti da Sud Europske unije priznaje sudsku kontrolu kao izraz „općeg načela prava koje se nalazi u temeljima ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama.“³⁶

Međutim, iz prava Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava potječe pravo na djelotvorni pravni lijek. Članak 13. Konvencije izričito priznaje to pravo: „svatko čija su prava i slobode koji su priznati u ovoj konvenciji povrijeđena ima pravo na *djelotvorna pravna sredstva* pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu“. Ovaj je članak imao izvjesni utjecaj na razvoj nacionalnog prava. S obzirom na svrhu koja predstavlja analiza izvršnosti rješenja upravnih sudova, ne radi se o razmatranju članka 13. u svim njegovim dimenzijama nego o usporednoj studiji prava na djelotvorni pravni lijek iz članka 13. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava s onom koja se odnosi na pravo izvršenja sudskih odluka. Istina je da ova usporedba

33 Costa, Jean-Paul, *Le principe (d'impartialité) vu par la CEDH*, 6/2001, A.J.D.A, Paris, 2001., str. 516.

34 Sud Europske unije, 10. travnja 2003, *Steffensen*, C-276/01; Sud Europske unije, 3. rujna 2009., *Fallimento Olimpiclub*, C-208.

35 Sud Europske unije, 23. travnja 1986., *Zeleni protiv Europskog parlamenta*; Sud Europske unije, 27. veljače 2007., *Gestoras Pro Amnistia protiv Savjeta*.

36 Sud Europske unije, 15. ožujka 1986., *Johnston*.

ne bi imala previše smisla do prije petnaestak godina. Zapravo je jedan drugi članak Konvencije, članak 6. stavak 1., taj koji je tada skrenuo pozornost podnositelja zahtjeva i sudaca. Međutim, situacija se stubokom promijenila s važnom presudom *Kudla protiv Poljske* iz 2000. godine.

Ako se danas smatra da je djelotvorno izvršenje sudskih odluka čimbenik kredibiliteta pravosudnog sustava i jamstvo ljudskih prava, tek se neizravno, sa zakašnjenjem i nepotpuno članak 13. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava mogao nametnuti kao alat za njegovu obranu. Međutim, čini se da je pravo na djelotvorni pravni lijek tek postupno od djelomičnoga prava stekao status punog prava.

Utvrđivanje ovog razvoja dovelo nas je na put priznavanja prava na izvršenje sudskih odluka koja se prvo provodila „bez“ članka 13., a koja se danas provodi „u“ članku 13. Konvencije.

3.1. Učinkovitost upravnosudske odluke kroz njezino izvršenje

Izvršenje upravnosudskih odluka očigledno je ključno pitanje, snažno povezano s pravom stranke u upravnom sporu. Kako zajamčiti kvalitetu sudske odluke, osim njezinim izvršenjem?³⁷ Pravo na pravično suđenje pretpostavlja pravo na izvršenje sudskih odluka čim one postanu pravomoćne i obvezujuće, u protivnom članak 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ne bi imao nikakav koristan učinak. Upravo je taj koncept, vezan uz učinkovitost sudovanja, prihvatio Europski sud za zaštitu ljudskih prava u čuvenoj presudi *Hornsby protiv Grčke*,³⁸ kada je povezao obvezu izvršenja sudskih odluka s pravom na pravično suđenje. Uistinu u samoj formulaciji članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava ne stoji da države potpisnice imaju obvezu izvršenja sudskih odluka, ali je logično da ona u ime prvenstva prava ili težnje za učinkovitošću prava na pristup sudu sudjeluje u definiciji pravičnog postupka. Drugim riječima, povreda obveze koja proizlazi iz dinamičnog tumačenja članka 6., stavka 1. sudaca u Strasbourgu predstavlja, čitavo desetljeće, povredu prava na pravično suđenje jednako kao i povreda obveze za nepristranošću ili obveze suđenja u razumnom roku. Pravo na izvršenje sudskih

37 O izvršenju u hrvatskom upravnom pravu vidi: Staničić, Frane, *Učinak vođenja upravnog spora na izvršnost upravnih odluka: privremene mjere i odgovorni učinak tužbe*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 159.-173.; Đerđa, Dario, *Izvršenje upravnosudskih odluka u Hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 131.-157.; 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.; Rajko, Alen, *Razlozi neizvršenja odluka upravnog suca i sredstva pravne zaštite u slučaju neizvršenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 243.-258

38 Više o predmetnoj odluci vidi: Marko, Šikić, Lana, Ofak, *Pravo na izvršenje upravnosudskih odluka kao jamstvo poštenog suđenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split, god. 52, 1/2015., str. 203.-221

odluka time pridonosi tako da jamči pravo na pravično suđenje i na taj način daje novu dimenziju kvaliteti sudovanja. Izvršenje upravnosudskih odluka smatra se sastavnim dijelom suđenja, a neizvršenje presuda u razumnom roku posebno se kvalificira kao povreda „prava na sud“ iz članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava.

3.1.1. Priznavanje prava na izvršnost sudskih odluka „bez“ članka 13. Konvencije

3.1.1.1. Pravo koje proizlazi iz članka 6. stavka 1.

Pravo na izvršenje sudskih odluka prvo je bilo vezano uz članak 6., stavak 1. Konvencije, a Europski sud za zaštitu ljudskih prava oslanjao se na načelo prednosti prava. No, kao što ističe profesor Frédéric Sudre „neizvršenje sudskih odluka stvara situaciju koja je nespojiva s načelom prednosti prava koje je u samim temeljima Konvencije“.³⁹ Prvostupanjski sud Europske unije usvojio je slično obrazloženje za priznavanje ovoga prava.⁴⁰

Tako je presudom *Horsnby protiv Grčke* od 19. ožujka 1997. u pošteno suđenje uključeno pravo na izvršenje sudskih odluka u razumnom roku. Sud primjećuje da se u ovom slučaju kašnjenje od više od šest mjeseci za djelotvorno izvršenje odluke može definirati kao prekomjerno, iako priznaje da određene naložene obveze mogu zahtijevati više vremena za svoju provedbu. U presudi se navodi da pravo na pošteno suđenje podrazumijeva pravo na izvršenje sudskih odluka: „izvršenje presude ili odluke bez obzira na to o kojem se sudu radi, treba se smatrati sastavnim dijelom postupka u smislu članka 6.“. Prema mišljenju Suda, pravo na pošteno suđenje bilo bi „iluzorno“ kada bi pravni poredak države ugovornice dopuštao da pravomoćna i obvezujuća sudska odluka ostane neizvršena na štetu jedne strane. Prema tome, neizvršenje konačne presude ima za posljedicu povredu članka 6. stavka 1.

Stoga Sud ocjenjuje da ako se ne poduzmu mjere potrebne za usklađivanje s pravomoćnom i ovršnom sudskom odlukom tijekom razdoblja od pet godina, time su nacionalna javnopravna tijela lišila odredbe članka 6. stavka 1. Konvencije svakoga korisnog učinka. Zatim, u predmetu koji se odnosi na odbijanje javnopravnog tijela da pomogne policijskim snagama pri izvršenju naloga za prisilno iseljenje, Sud je potvrdio da je „pravo na izvršenje presuda“ sastavni dio „prava na sud“.⁴¹

3.1.1.2. Pravo podređeno članku 6. stavku 1.

Općenito, kad je nastupilo kršenje normativne odredbe Konvencije, prigovor proizašao iz povrede prava na djelotvorni pravni lijek smatrao se suvišnim.⁴²

39 Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2012.

40 Sud Europske unije, 19. ožujka 1997., *Mentos Isidoro protiv Oliveira*.

41 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 11. siječnja 2000., *Lunari protiv Italije*.

42 Ibid.

Iako članak 13. jamči pravo na pravni lijek pred nacionalnim tijelom, u slučaju kršenja prava ili slobode sadržanih u konvenciji ili njezinim protokolima, on kao takav nije bio neovisan i njegov opseg bio je ograničen na prava i slobode koje priznaje konvencijski sustav. Prema tome, na njega se nije moglo odvojeno pozvati već ga je trebalo obvezatno kombinirati s odredbom iz Konvencije na čije se kršenje poziva.

Nekoliko drugih elemenata su ograničavali, a i dalje nastavljaju djelomično ograničavati, primjenjivost članka 13., tako da se čini da je članak 6. Konvencije dugo uspijevao „konfiscirati“ pravo na izvršenje sudskih odluka.

Prvo, članak 13. govori o pravu na djelotvorni pravni lijek pred „domaćim javnopravnim tijelom“ koje ne mora biti sudsko tijelo. Upravo europski sudac *in concreto* odlučuje može li se pravni lijek smatrati djelotvornim. Članak 13. predstavljen je kao *lex generalis* u odnosu na *lex specialis* članka 6. koji, naprotiv, sadrži skup bitnih postupovnih jamstava.

Drugo, strogi uvjeti za primjenu članka 13. umanjuju njegov opseg. U tužbenom zahtjevu koji bi se pozivao samo na povredu članka 6. i 13., primjenjivost članka 13. ne može nadoknaditi neprimjenjivost članka 6.⁴³ Međutim, može se dogoditi da se primjenjuje u sklopu tužbenog zahtjeva koji bi navodio povredu materijalnog prava bez obzira na utvrđivanje povrede spomenutog prava.⁴⁴

Veliki broj ovih tvrdnji i primjedbi pripada prošlim vremenima. U posljednjih petnaestak godina, razvoj sudske prakse Suda zapravo je članak 13. učinila glavnim pokretačem za priznavanje prava na izvršenje sudskih odluka.

3.1.2. Priznavanje prava na izvršenje sudskih odluka „u“ članku 13. Konvencije

3.1.2.1. Razvoj sudske prakse

Dovršetak normizacije prava na djelotvorni pravni lijek i „potvrđivanje autonomnosti prava na djelotvorni pravni lijek“ uglavnom su rezultat presude *Kudla protiv Poljske* od 26. listopada 2000.⁴⁵ U spomenutoj presudi Sud prihvaća ispitati pritužbu proizašlu iz povrede članka 13. zato što nije predviđeno pravno sredstvo koje omogućuje podnositelju zahtjeva da potvrdi svoje pravo na suđenje u razumnom roku.

Zbog preokreta u sudskoj praksi, Europski sud za zaštitu ljudskih prava je u ovom predmetu presudio da u slučaju povrede prava na razuman rok suđenja iz članka 6. Konvencije, podnositelj zahtjeva mora moći imati djelotvorni pravni lijek pred domaćim tijelom koji mu omogućuje da se žali zbog te povrede. Sud naknadno provjerava je li nastupila povreda prava na razuman rok u smislu članka 6., u slučaju

43 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 9. srpnja 2002, *Cinar protiv Turske*.

44 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 20. rujna 2005., *Akat protiv Turske*.

Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, Paris, 2011, str. 447 - 454.

45 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 26. listopada 2000., *Kudla protiv Poljske*.

potvrdnog odgovora, postoji li u nacionalnom pravu djelotvorno pravno sredstvo u smislu članka 13. koje omogućuje da se žali zbog te povrede. S obzirom na značajan broj zahtjeva upućenih Sudu u Strasbourgu zbog nepriznavanja razumnog roka, osobito u okviru upravnog spora o državnoj službi, ova sudska praksa ima za posljedicu prisiljavanje podnositelja zahtjeva da iscrpi sva domaća pravna sredstva (Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava, članak 35., stavak 1.) prije nego što uputi zahtjev Europskom sudu za ljudska prava, pod uvjetom da postoji djelotvorni domaći pravni lijek.

Francuska sudska praksa tome se posredno prilagodila, Državni savjet danas priznaje - kako bi ispunio kriterij djelotvornosti domaćeg pravnog lijeka - jednostavnu pogrešku kako bi nadoknadio štetu uslijed prekomjernog trajanja postupaka pred upravnim sudovima,⁴⁶ a to je promjena koju je Europski sud uzeo u obzir.⁴⁷

Zatim, vezano uz dva grčka predmeta,⁴⁸ Sud je podsjetio da se pravni lijek ne može smatrati djelotvornim u smislu članka 13. budući da je uprava odbila ili zanemarila izvršiti presudu koju su donijeli nacionalni sudovi.

Jedan od predmeta, tj. predmet *Zazanis* zaslužuje detaljniji prikaz.⁴⁹ Podnositelji zahtjeva bili su grčki državljani, vlasnici zemljišta uključenog u plan grada kao građevinsko zemljište 1970.-ih godina, ali je u općinski katastar to zemljište upisao kao sastavni dio šumskog područja 1980.-ih godina. Oni su s građevinskim poduzećem potpisali ugovor koji predviđao izgradnju višekatnice na svom zemljištu 1990.-ih godina. To je poduzeće ishodilo građevinsku dozvolu, koju je, međutim, grčki Državni savjet poništio zbog toga što poduzeće prethodno nije ishodilo dozvolu za sječicu stabala koja su se nalazila na tom zemljištu. Poduzeće je bezuspješno predavalo zahtjeve za sječicu prije nego što je podnijelo žalbu Državnom savjetu koji je, u odluci iz 2000., prihvatio žalbu i smatrao da su svi dokumenti predani i vratio predmet upravi kako bi ona donijela odluku o zahtjevu za sječicom stabala. Usprkos ovoj odluci, općina je uporno zahtijevala od poduzeća da ispunji uvjete koji nisu predviđeni zakonom i smanjila je za polovicu površinu građevinskog zemljišta. Zatim je ministar za zaštitu okoliša donio dekret o izmjeni korištenja spornog zemljišta u „zelenu površinu“. Podnositelji zahtjeva su na temelju članaka 6. stavak 1. i 13. Konvencije prijavili odbijanje tijela vlasti da se usklade s presudom Državnog savjeta od 17. kolovoza 2000. kojom je poništena odluka o odbijanju dodjele urbanističke dozvole. Nakon preispitivanja okolnosti u ovom slučaju, Sud je smatrao da je ravnateljstvo za urbanizam odredilo nove uvjete koji su izjednačeni s neispunjavanjem presude Državnog savjeta. Nadalje,

46 Francuski Državni savjet, 28. srpnja 2002., *Garde des Sceaux protiv Magiera*, RFDA, Paris, 2002.

47 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 21. listopada 2003., *Broca et Texier-Micault protiv Francuske*.

Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 24. rujna 2010., *Sartory protiv Francuske*.

48 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 18. studenog 2004., *Fotopoulou protiv Grčke*; Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 18. studenog 2004., *Zazanis i drugi protiv Grčke*.

49 Navodi Europskog suda za zaštitu ljudskih prava.

Sud je utvrdio da je odluka ministra za zaštitu okoliša, koji je prekvalificirao sporno zemljište u „zelenu površinu“, tri godine nakon presude Državnog savjeta, izjednačena s formalnim nalogom za izvlaštenje koji lišava presudu njezine biti. Prema tome, Sud je zaključio da je nastupila povreda članka 6., stavka 1. kao i članka 13. zbog nedostatka pravnog lijeka u nacionalnom pravu koji bi omogućio podnositeljima zahtjeva da postignu izvršenje presude Državnog savjeta.

3.1.2.2. Materijalne posljedice

Od prevelike je važnosti da istinsko pravo na djelotvorni pravni lijek bude na raspolaganju strankama, dok opseg toga prava treba precizirati.

Prvo, „djelotvornost pravnih sredstava“ u smislu članka 13., naravno, ne ovisi o izvjesnosti povoljnog ishoda za podnositelja zahtjeva. Također, „državno tijelo“ iz ove odredbe ne treba biti sudsko tijelo, ali njegove ovlasti i jamstva koja predstavlja uzimaju se u obzir pri ocjeni djelotvornosti pravnog lijeka koje se ulaže pred tim tijelom.⁵⁰ Nadalje, svi pravni lijekovi dostupni u nacionalnom pravu mogu ispuniti zahtjeve iz članka 13. iako ih nijedan od njih samostalno ne ispunjava.⁵¹

Zatim, pravni lijek iz članka 13. „treba biti djelotvoran *de facto* i *de iure*“.⁵² Prema tome, Sud nalaže državama pozitivnu obvezu opskrbljivanja internim pravnim lijekovima.⁵³ Nadalje, država se obvezuje kroz pozitivnu obvezu donijeti „odgovarajuće i dostatne mjere“ kako bi se osiguralo izvršenje sudske odluke,⁵⁴ uključujući i izvršenje u okviru privatnih sporova.⁵⁵

U europskoj sudskoj praksi, pravo na izvršenje ima veliki opseg: obuhvaća pravomoćna sudska rješenja, tj. rješenja protiv kojih nije dopuštena žalba⁵⁶ i obvezujuća rješenja⁵⁷ u građanskim⁵⁸ i u kaznenim stvarima.⁵⁹ Neizvršenje presude predstavlja kršenje članka 6., stavka 1., bilo da je rezultat neprisutnosti uprave,⁶⁰ sudskog službenika kao što je sudski ovršitelj⁶¹ ili same države.⁶² Izvršenje treba biti „potpuno, savršeno, a ne djelomično“, a naknada zbog teške pogreške države, zbog toga što je odbila pružiti pomoć pri izvršenju sporne odluke, također ne može „nadoknaditi nedostatak u izvršenju presude“.⁶³

50 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 27. ožujka 2003., *Dactylidi protiv Grčke*.

51 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 25. ožujka 1983., *Silver i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*; Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 15. studenog 1996., *Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

52 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 27. lipnja 2000., *Ihlan protiv Turske*.

53 Vidi, Preporuku (2003) 17 Vijeća Europe.

54 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 17. lipnja 2003., *Ruianu protiv Rumunije*.

55 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 22. lipnja 2004., *Pini i Bertani protiv Rumunije*.

56 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 18. travnja 2002., *Ouzounis protiv Grčke*.

57 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 28. lipnja 2001., *Maillard Bous protiv Portugala*.

58 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 19. ožujka 1997., *prev.*

59 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 8. travnja 2004., *Assanidzé protiv Gruzije*.

60 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 19. ožujka 1997., *Hornsby*.

61 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 11. siječnja 2001., *M protiv Italije*.

62 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 29. lipnja 2004., *Zhovner protiv Ukrajine*.

63 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 31. ožujka 2005., *Matheus protiv Francuske*.

I konačno, Preporuka Vijeća Europe predviđa ovlast upravnog suda za određenje privremene mjere zaštite do okončanja postupka. Mjere obuhvaćaju i potpuno ili djelomično odlaganje izvršenja osporenog akta uprave, što omogućuje da ponovno uspostavi, i *de facto* i *de iure*, situaciju kakva bi postojala u „odsustvu“ akta uprave, odnosno da nemetne odgovarajuće obveze tijelu uprave. Bez mogućnosti odlaganja izvršenja upravnog akta koji se napada tužbom, upravni spor se može pokazati nedovoljno učinkovitim. To se posebno odnosi na situacije u kojima bi izvršenje osporenog akta uprave dovelo tužitelja u nepovratnu situaciju. Djelotvornost pravnog sredstva u smislu članka 13. Europske konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda između ostalog zavisi i od toga ima li suspenzivno djelovanje i je li ono automatsko ili ne. O tome je stav zauzeo i Europski sud za zaštitu ljudskih prava (*Jabari protiv Turke*). U ovom smislu posebno je značajna i Preporuka (89) 8 Vijeća Europe o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom stvarima. Osnovno načelo Preporuke je jamstvo prava tužitelja da od suda ili drugog nadležnog tijela zatraži poduzimanje mjera privremene zaštite u odnosu na akt uprave.

4. RAZUMNI ROK

Među elementima poštenog suđenja, članak 6. stavak 1. navodi pravo podnositelja zahtjeva da se njihova tužba riješi u razumnom roku.⁶⁴ Sud u Strasbourgu skreće pozornost na ovaj prirodni zahtjev u svojoj presudi Velikog vijeća od 26. listopada 2000. u predmetu *Kudla protiv Poljske*. Obveza koja se nalaze državama da u tom smislu u svoje nacionalne pravne sustave uvedu posebno pravno sredstvo koje će omogućiti stranci u postupku da se žali zbog prekomjernog trajanja postupka. Ova tvrdnja proizlazi iz kombinacije članaka 6. stavka 1. i članka 13. Konvencije.

Naime, pravo stranke u upravnom sporu može se mjeriti prema kriteriju brzine. Tako je Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava odredila kriterij razumnog roka kao jednu od osnovnih značajki pravičnog suđenja. Jedno od temeljnih načela Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava iz članka 6. stavka 1. jest pravo na pravično suđenje koje je proizvelo bogatu sudsku praksu. Po uzoru na taj članak, Europski je sud definirao pravo na suđenje u razumnom roku kao jedno od općih načela prava Europske unije.⁶⁵ Tako se donošenje presude upravnog

64 Više o tome: Šikić, Marko, *Pravo na suđenje u razumnom roku u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009., str. 333-372. Šikić, Marko, *Vremenski okviri odlučivanja u Hrvatskom upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Splitu, god. 47, 1/2010., str. 93-112

65 To objašnjava zašto je u većini europskih zemalja to jedno od ključnih i nezaobilaznih načela (Austrija, Španjolska, Estonija, Francuska, Velika Britanija, Grčka, Italija, Irska, Poljska, Slovenija), a u nekima i ustavna obveza (Njemačka, Republika Češka). Samo neke zemlje i dalje imaju zadržku kada je riječ o usvajanju posebnih propisa u tom području (Malta, Litva, Latvija, Cipar).

suda u razumnom roku postavlja kao zajednički cilj, dok će njegovo ostvarenje nužno ovisiti o upotrijebljenim sredstvima, koja su ponekad nedostatna.⁶⁶ U većini slučajeva, kršenje prava na suđenje u razumnom roku ne predstavlja krivnju nego jednostavno disfunkciju, što dopušta pokretanje objektivne odgovornosti države za štetu. Dakle, donošenje sudske presude u razumnom roku od strane upravnog suca postavlja se kao zajednički cilj, dok će njegovo ostvarenje nužno ovisiti o upotrijebljenim sredstvima, koja su ponekad nedostatna.⁶⁷

66 U nekim državama je pravo na suđenje u razumnom roku zaštićeno ustavom (Njemačka, Cipar, Malta). Zahtjev za brzinom ujedno je pridonio i racionalizaciji ustroja upravnog sudovanja kroz uspostavu novih tijela (sudova) za kontrolu (Austrija, Estonija, Francuska, Portugal), uspostavi postupaka za filtriranje tužbi (Austrija, Grčka, Švedska), pojednostavljenju ili čak modernizaciji postupka zajedno s razvojem alternativnih načina rješavanja sporova (Italija, Francuska) ili čak uspostavi sustava odgovornosti države za štetu. Izmjenama i dopunama Ustava iz 2000. godine, pravo na suđenje u razumnom roku uvedeno je kao ustavno pravo u hrvatski pravni sustav. Ustav Republike Hrvatske, u članku 29., stavku 1., propisuje kako svatko ima pravo da zakonom ustanovljen neovisan i nepristran sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima ili obvezama, ili o sumnji, ili optužbi zbog kažnjivog djela. Nadalje, Ustavni zakon o Ustavnom sudu, u članku 63., stavku 1., propisuje da će Ustavni sud pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije nego što je iscrpljen pravni put, u slučaju kada o pravima i obvezama stranke ili sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela nije u razumnom roku odlučio sud, ili u slučaju kada 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. I Zakon o sudovima, u članku 27., propisuje zaštitu prava stranke na suđenje u razumnom roku. U kontekstu iznesenih tvrdnji, važno je spomenuti da Zakon o upravnim sporovima iz 2010. „razumni rok“ prožimlje kroz načelo učinkovitosti te navodi da će upravni sud upravni spor provesti brzo i bez odugovlačenja, uz izbjegavanje nepotrebnih troškova, onemogućit će zlorabitu prava stranaka i drugih sudionika u sporu te će odluku donijeti u razumnom roku. Zakon o upravnim sporovima iz 2010. predviđa kao predmet upravnog spora i ocjenu zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela iz područja upravnog prava da u zakonom propisanom roku odluči o pravu, obvezi stranke, odnosno da postupi prema propisu. Razvidno je da se spomenutim propisima za pravo na pošteno suđenje obuhvaćaju standardi ostvarenja nečijih prava pred neovisnim i nepristranim sudom, uz obvezu vođenja pravičnog postupka koji će završiti u razumnom roku. Standarde (kriterije) koje je postavio Europski suda za određivanje pojma „razumnog roka“, prihvatili su Ustavni sud, redovni i specijalizirani sudovi zajedno s Vrhovnim sudom Republike Hrvatske, kada su oni postali nadležnima za pružanje zaštite u ovoj vrsti postupka. Sve spomenute kriterije sud ocjenjuje istovremeno te razmatra njihov učinak na duljinu trajanja postupka. Prva presuda Europskog suda u kojoj je utvrđena povreda Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava od strane Republike Hrvatske donesena je 2001., a odnosi se upravo na povredu prava na suđenje u razumnom roku.

67 Đerđa ističe kako određivanje općeg značenja pojma „razumnog roka“ u rješavanju svih upravnih stvari zbog njihove specifičnosti i različitosti ne daje rezultate, pravodobno rješavanje najčešće se osigurava postavljanjem posebnih rokova za rješavanje ovih stvari u pojedinim upravnim područjima, koji su onda i prilagođeni specifičnostima u ovim područjima. Đerđa, Dario, *Učinkat europskih pravnih pravila na pravno normiranje upravnog postupka u Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Split, god. 50, 2/2013., str. 419. Šikić navodi da razvoj instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj možemo promatrati od trenutka kada je Europska konvencija postala dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske i kada je Republiku Hrvatsku počela obvezivati i odredba članka

Pod utjecajem prakse europskih sudova i sve veće aktualnosti pitanja trajanja sudskih postupaka, u mnogim je zemljama razmotreno uvođenje posebnih pravnih sredstava protiv prekomjernog trajanja postupka. U tom je smislu i donesena Preporuka (2010) 3 Vijeća Europe o djelotvornim pravnim sredstvima za predugo trajanje postupka. Preporuka ne definira konkretnije mjere koje bi država mogla ili trebala poduzeti, već ostaje na razini općih načela. Primjerice, država bi trebala utvrditi postupke koji nose poseban rizik od prekomjernog trajanja i utvrditi uzroke tomu. Isto tako, trebalo bi omogućiti djelotvorne pravne lijekove protiv prekomjernog trajanja postupka i to u svim etapama postupka u kojima se utvrđuju građanska prava i obveze ili izriču kaznene sankcije, osigurati naknadu štete, u iznosu koji je, u skladu s praksom Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, itd.

5. NEOVISNOST I NEPRISTRANOST UPRAVNOG SUCA

Preuzimanje zahtjeva poštenog suđenja, osobito u pogledu objektivne i konkretne nepristranosti upravnog suca, provodi se kroz izravnu primjenu članka 6. stavka 1. Načelo prava na pošteno suđenje u smislu članka 6. stavka 1. znači da svatko ima pravo da neovisni i nepristrani sud ispita njegov slučaj.⁶⁸

Potrebno je naglasiti da je nepristranost suca najvjerojatnije jedno od najvažnijih pitanja u državama članicama Europske unije. Ovo načelo potvrđuje svaka država u svom Ustavu (na primjer Slovenija, Rumunjska) ili u postupovnim zakonima ili izravno u statutima sudaca. Valja napomenuti da se dvije novije države članice Unije po tom pitanju pozivaju na Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava kao izvor za pravila o nepristranosti, te na taj način vidimo jedan od izvora usklađenosti statusa sudaca uprave. Zbog toga je shvatljivo da se, kad se govori o nezavisnosti sudstva, općenito misli na nezavisnost u odnosu na političku vlast. Ali, iako je to najizravniji pojavni oblik problema, on nije i jedini, jer nezavisnost suca mora postojati: i prema njegovom društvenom okruženju, te prema bilo kojoj ideologiji, odnosno onoj koju sudac sam prihvaća. Nezavisni sudac je osoba koja će, poštujući zakon i pravo, uvijek dati prednost svojoj savjesti u odnosu na naredbe.

Sudačka neovisnost mora se smatrati pravom građana. Sudačka neovisnost „nije posebno pravo i povlastica u njegovu vlastitu interesu, nego u interesu vladavine prava i onih koji pravdu traže i koji je očekuju“.⁶⁹

6. Europske konvencije pod nazivom „Pravo na pošteno suđenje“. Ističe da je od navedenog trenutka započela prilično intenzivna zakonodavna aktivnost kojom se hrvatske građane željelo zaštititi od nerazumno dugih rokova rješavanja u sudskim postupcima. Šikić, Marko, *Utjecaj prakse (presuda) Europskog suda za zaštitu ljudskih prava na upravno sudovanje u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Split, god. 50, 2/2013., str. 458.

68 Vidi o tome i Ljubanović, Boris, *Pošteno suđenje kao temelj sudačke etike*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 3/2012., str. 449-457.

69 CCJE, Mišljenje br. 1 (2001.).

5.1. Značenje i stvarni domet sudske prakse

Sudska praksa mora biti pregledna, dostupna u prvom redu upravnim sucima, ali i svim građanima, te kao takva mora pridonijeti ujednačenom rješavanju sudskih predmeta u istoj ili sličnoj činjeničnoj pravnoj situaciji, što će povećati sigurnost i ravnopravnost svih građana pred zakonom.

Sudska praksa omeđuju područje primjene pravnih tekstova i, ako je potrebno, ustanovljuju smisao pojedinih pojmova koje pravni tekstovi nisu definirali. Sudska praksa isto tako ispunjava pravne praznine koje mogu postojati u pravnom pravilu, te nalazi rješenja za ono što je ostalo nejasno. Ona otklanja proturječnosti koje su izmakle zakonodavcu i koje sprečavaju pravilnu primjenu tekstova. Ona odgovara na nove situacije, koje nastoji svesti na postojeće zakone, prilagođavajući zakon evoluciji društva, i osuvremenjavajući rješenja koja izvodi iz zastarjelih tekstova. I na koncu, sudska praksa oblikuje smjernična načela, koja ujedinjuju raznorodne tekstove, dajući im smisao i jedinstvo, na osnovi cjeline pozitivnog prava. Nitko ozbiljan danas ne stavlja u pitanje neophodnost sudske prakse, pa čak i za sam zakon, koji ne može biti trajno savršen (a često je zakon nesavršen od samog početka). Danas je sudska praksa,⁷⁰ kao pravna i društvena potreba i nužnost, općenito prihvaćena. Sudska praksa nije samo pravni, već i društveni fenomen koji pridonosi koherentnosti pravne države.

5.1.1. Uvjeti za uspješan dijalog između europskog i nacionalnog suca

Izazov Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava⁷¹ predstavlja pomirbu prava zajedničkog državama potpisnicama s njihovom nacionalnom autonomijom. Bilo da su to materijalna prava ili jamstva poštenog suđenja, posljednju riječ uvijek ima Sud u Strasbourgu. No, on je priznao da „ne može zanemariti utemeljenost i postupak pripadajućih nacionalnih prava“, ⁷² te da Konvencija ne nalaže apsolutnu ujednačenost sudske prakse. Upravo zato dijalog sudaca je taj koji mora pomiriti koherentni europski pravni poredak i raznolikost nacionalnih sustava.

Suživot europskog pravnog poretka u cjelini i nacionalnih pravnih poredaka ne može se ostvariti bez sukoba.⁷³ Jedno vrijeme se u doktrini i kod nekih praktičara moglo primijetiti da „primjenjivost članka 6. pojašnjava izravno suprotstavljanje dvije nepomirljivo oprečne logike“. ⁷⁴ Sukobi koji su postojali izazivali su intelek-

70 O važnosti ujednačenosti sudske prakse vidi: Aviani, Damir, Đerđa, Dario, *Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Split, god. 49, 2/2012., str. 369-394.

71 Vidi Šikić, Marko, *Utjecaj prakse (presuda) Europskog suda za zaštitu ljudskih prava na upravno sudovanje u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Split, god. 50, 2/2013., str. 458.

72 Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 26. travnja 1979., *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

73 Chapus, Rene, str. 6.

74 Sermet, L., *Bilan de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'application de l'article 6 de la CEDH (précité)*, R.F.D.A., 5/1997, Paris, str. 1010.

tualne rasprave koje su dovele do postupnih reformi koje su temeljito poremetile iskušane i dobro uspostavljene prakse, uz istovremeno promicanje zahtjeva za veću pravnu sigurnost. Danas smo nadišli ideju da odnosi s europskim sucem mogu biti samo konfliktne naravi, oslanjajući se na izgovor o relativnoj nestabilnosti i o pomanjkanju razumljivosti europske sudske prakse. Prepirke su omogućile da se postignu određene reforme, na koje se ponekad dugo čekalo, i da se isprave davno utvrđene nesavršenosti. Promjena je potvrdila ništavost oklijevanja i određeni zazor od primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava u svim njenim implikacijama.

Načelo je da su presude Suda u Strasbourgu obvezujuće i od država zahtijevaju da se prilagode konkretnim (pripadajućim) sporovima. Međutim, ako europski sudac utvrdi povredu Konvencije ili ako pruži „pravičnu zadovoljštinu, pa nema obvezu izmijeniti nacionalnu normu ili praksu koji su uzrok osudi; sloboda je prepuštena državama u pogledu sredstava koja će primijeniti pri izvršenju presude Suda“.⁷⁵ Na njima je da slobodno odlučuju o načinu izvršenja donesene presude, a nacionalni suci nisu dužni uskladiti svoju sudsku praksu s onom Suda u Strasbourgu, jer nisu u podređenom položaju u odnosu na Sud u Strasbourgu. Zapravo, postupak pokrenut pred Sudom u Strasbourgu ne predstavlja pravni lijek protiv pravomoćnih rješenja nacionalnih sudova.

5.1.2. Podsjetnik na načelo supsidijarnosti⁷⁶ kao utvrđeno ograničenje europskom sucu

Kada nacionalni sudac samostalno, na ovaj ili onaj način, preuzme europsku sudsku praksu, to je zbog toga što joj daje određenu prednost. Dijalog sudaca predstavlja prednost koja se odnosi na otvaranje nacionalnih pravnih sustava jednih drugima, a europski sudac se, u načelu, nadahnjuje s onim najboljim što ima u svakom od njih, kako bi se postigla što veća dobrobit pravne države. Nastojeći utvrditi i uspostaviti zajednička postupovna pravila, Sud se oslanja na „poticaj da njegova sudska praksa bude instrument za usklađivanje nacionalnih sustava ljudskih prava“.⁷⁷ Cilj nije nametanje jedinstvenog sudskog modela već usklađivanje nacionalnih praksi, kroz provođenje odgovarajućih usporedbi koje se odnose na superiornost Konvencije i proglašanih subjektivnih prava i autonomnosti sustava čija je učinkovitost dokazana.

Prihvatanje prava zajamčenih Europskom konvencijom, prema M. Guyomaru, ostvaruje se na tri načina: 1.) u nacionalnom (internom) pravu postoji jednakovrijedno pravo spojivo s europskim pravilom, pa je tada dovoljno primijeniti nacionalnu normu, eventualno u svjetlu zahtjeva Konvencije; 2.) nacionalno

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ O supsidijarnosti konvencijskog sustava vidi Jasna, Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 38-43.

⁷⁷ Europski sud za zaštitu ljudskih prava, 18. siječnja 1978., *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

(interno) pravo ne ispunjava sve europske zahtjeve, ali istovremeno nije nespojivo, pa se tada provodi kombinirana primjena nacionalne (interne) norme i europskog pravila, 3.) osporavano nacionalno (interno) pravilo ili pravilo na koje se poziva pokazuje se u potpunosti nespojivo sa zahtjevima Konvencije, te se kao takvo neće primijeniti.⁷⁸

Ako je uobičajeno da europska sudska praksa ima prednost, tada to ipak treba biti uravnoteženo, načelu supsidijarnosti, što je u osnovi konvencijskog sustava. Njezina logika temelji se na činjenici da je nacionalni sudac prvi jamac prava koja štiti Konvencija, a tek nakon što se iscrpe nacionalna pravna sredstva Europski sud može djelovati i supsidijarno. Time se nacionalnim sucima ostavlja slobodna procjena s obzirom na ravnotežu koju je potrebno uspostaviti između nacionalnih posebnosti i europskih zahtjeva, osim što se mogu pojaviti određena prirodna odstupanja. Mogućnost izjašnjavanja koja se na ovaj način daje nacionalnom sucu, a da pritom nije mehanički vezan sudskom praksom Europskog suda pridonosi dobrom djelovanju europskog sustava. Ako je suradnja s nacionalnim sudovima neophodna, supsidijarnost europskog djelovanja omogućuje nacionalnom sucu da pruži puni učinak konvencijskim zahtjevima. To dovodi do toga da „je Sud pozvan da „govori“ o pravu, a da ne mora u svakom slučaju presuditi“.⁷⁹ Očigledno i kako obraćanje Europskom sudu ne bi bilo bespredmetno, potrebno je da nacionalni upravni suci dobro poznaju svoju sudsku praksu.

Ova pravna struktura temelji se na lojalnoj suradnji između nacionalnih upravnih sudaca i europskog suca za zaštitu ljudskih prava. Nacionalni sudac može najbolje procijeniti doseg određene europske sudske prakse i njezine, eventualne nedostatke na nacionalnom planu, kao i prilagodbe koje je potrebno provesti. Europski sudac treba omogućiti da prevladaju temeljna načela poštenog suđenja. Međutim, to usklađivanje treba poštovati nacionalne specifičnosti jer posebnosti nacionalnih (internih) prava i raznolikost nacionalnih rješenja nisu nužno nespojiva s odredbama Konvencije. Legitimni „pluralizam u okviru istog europskog javnog poretka nalaže da se nacionalna pravna stvarnost ne ocjenjuje u ime apstraktnih načela“.⁸⁰

Nesporno je da je europsko pravo imalo ulogu zajedničkog jamca u zaštiti sloboda i temeljnih prava. I moguće je da je europske zemlje navelo da promisle i restrukturiraju svoje postupke. Komplementarnost nacionalne i europske sudske prakse dovela je do napredovanja pojma prava na pošteno suđenje. Ta je razmjena omogućila izgradnju novog prava proizašlog iz kretanja modela i međusobnog obogaćivanja sudskih praksa. Ovaj proces kojim se potiče djelovanje europskog i nacionalnog suca i koji pridonosi sve izraženijoj europskoj integraciji, omogućio je da se određene nacionalne posebnosti propituju ili mijenjaju. To može utjecati na

78 Guyomar, Mattias, Seiller, Bertrand, *Contentieux administrative*, Dalloz, Paris, 2014., str. 329.

79 Lichè, F., Potvin-Solis L., Raynouard, A., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004., str. 242.

80 Ibid.

pravnu sigurnost u onoj mjeri u kojoj nacionalno pravo postaje složenije, određene institucije su destabilizirane, a pravni identitet se izlaže opasnosti da bude ublažen.

5.2. Učinkovitost upravnosudske odluke prema snazi uvjerenosti (obrazloženje)

Obrazloženje sudskih odluka treba sagledavati kao instrument u službi stranaka te sredstvo sagledavanja pedagoških ciljeva.

Uvjeriti znači nekoga navesti da povjeruje, shvati i zatim usvoji. Uvjeravanje je sila koja zna koristiti jezik kao stvarni alat za uvjeravanje, što omogućuje više-manje 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? U svakom slučaju, pojedinačno prihvaćanje koje se objektivno vezuje uz sudsku odluku postiže se putem mehanizma obrazloženja presude. Uistinu, kako prihvatiti sudsku odluku ako ona nije obrazložena, odnosno ako ne počiva na objektivno prihvatljivoj osnovi: pravu? Usprkos svemu, treba ići dalje u težnji za uvjeravanjem. Potrebno je razviti neki oblik pedagogije sudske odluke. Kako postići osjećaj prihvaćanja, ako ne kroz neophodni razvoj tog dodatnog instrumenta? To znači da obrazloženje sudske odluke stvara funkcionalnu dvojnost: istovremeno je okrenuta prema sebi time što dopušta sucu samoograničenje, ali isto tako i prema vani, odnosno prema strankama, budući da je lišena pedagoške funkcije. Obveza davanja obrazloženja djeluje prirodno utoliko što predstavlja neosporan element kvalitete pravosuđa. Ona je „obrana od arbitrarnog kojom se prisiljava suca da osvijesti svoje mišljenje, svoj domašaj (...) i da (među ostalim) stranci da obrazloženje svoje odluke“. Obrazloženje u konačnici mora jasno predočiti logiku kojom se koristio sudac i u tom smislu je ono obavezno.

Iako je obrazloženje temeljno načelo, prepoznato i prihvaćeno u svim pravosudnim sustavima. Obveza davanja obrazloženja ne spominje se izričito u formulaciji Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i bilo je potrebno tumačenje sudaca u Strasbourgu kako bi ona postala sastavni dio prava na pravično suđenje. Suci Suda u Strasbourgu dovode u vezu spomenutu obvezu, bilo s pravom na saslušanje predmeta pred sudom, bilo sa zahtjevom za njegovom nespristranošću. Europski sud za ljudska prava onda ocjenjuje *in concreto* poštovanje tog zahtjeva za obrazloženjem sudskih odluka u svjetlu specifičnih okolnosti karakterističnih za svaki predmet.

Međutim, točno je da su obrazloženje i silogistička logika najčešće prihvaćeni, a obrazloženje omogućuje sucu da „utvrdi, definira i opravda premise kako bi došao do konačne odluke ili zaključka.“ 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 suci, obvezujući ih da se „izraze na način koji

pokazuje da postupaju u skladu s pravilima ispravne logike“. obrazloženje presude je instrument u službi znanstvene logike koji prenosi njezinu „tehničku funkciju“.

Obrazloženje predstavlja „očitost“ presude jer je plod inteligentnog razmišljanja koje omogućuje konkretnu primjenu teorijskog načela. Sâmo iščitavanje razmišljanja tog tipa trebalo bi gotovo automatski dovesti do prihvatanja. 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. U obrazloženju sudske odluke treba paziti na poštovanje dvaju kriterija: biti pravna podloga za izreku i predstavljati sredstvo za razumijevanje koje koristi onome kome je namijenjeno. Ova dva zahtjeva u svojoj biti predstavljaju sastavni dio zadaće suda. Već smo rekli da su obrazloženje i objašnjenje usko povezani, budući da je obrazloženje sama bit silogističkog razmišljanja. 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 tome nužno shvaćena i prihvaćena.

Sudske bi odluke trebale sadržavati pisano obrazloženje, u kome se nalaze odgovori na sve argumente tužitelja i time se opravdava donesena odluka. Obim ove obveze u nacionalnim propisima razlikuje se i najviše zavisi prirodi odluke. Obrazloženje mora odgovarati činjenicama slučaja, a ne biti ograničeno samo na ponavljanje relevantnih odredaba propisa. Naravno, ne traži se detaljan odgovor na sve argumente, kao što je i Europski sud za zaštitu ljudskih prava potvrdio u presudi *Ruiz Torija protiv Španjolske*. U ovom predmetu žalbeni sud, koji je potvrdio presudu prvostupanjskog suda, nije ispitao jedan od argumenata koje je iznio tužitelj. Nedostatak ili neadekvatnost obrazloženja može biti razlog za poništenje odluke. Posebno je važna terminologija koja se koristi u obrazloženju odluke, da bi ih stranke mogle ispravno razumijeti. Treba posvetiti posebnu pažnju upotrebi termina iz stručne oblasti, jer to može biti neprikladno u kontekstu sudskog postupka.

6. ZAKLJUČAK

U najnovije vrijeme, pitanje prava stranke u upravnom sporu nameće se kao jedno od najvažnijih pravnih pitanje uopće. Zbog toga se sustav upravnog sudovanja, u cjelini, mora razmatrati kako bi se ocijenila učinkovitost pravne zaštite stranke u upravnom sporu. Tako se, pravo stranke u upravnom sporu, može promatrati samo kao „proces“ koji se tiče donošenja pravične odluke.

Odluke donesene u postupku sudske kontrole moraju biti djelotvorne kako bi se pravima i interesima građana pružila istinska zaštita kako bi se osigurao kredibilitet sudova u društvu, kao i učinkovitost same uprave. Tako i sam hrvatski Zakon o upravnim sporovima, predviđa znatno veću i potpuniju zaštitu prava stranaka u upravnom sporu.

Ne smijemo zaboraviti kako Europska unija sve sveobuhvatnije koristi ovlasti koje potiču na rastuću integraciju tako što pojedincima daje prava na koja se mogu izravno pozvati pred nacionalnim sudovima.

Iz svega navedenog možemo zaključiti kako upravno pravo Republike Hrvatske mora što sveobuhvatnije uključivati pravo koje razvija sud u Strasbourgu, a i pravo Europske unije koje razvija sud u Luxembourgju kako bi se strankama u upravnom sporu omogućila što učinkovitija zaštita njihovih prava i pravnih interesa.

Summary

THE INFLUENCE OF CONVENTION RIGHT AND EUROPEAN UNION LAW TO PROTECTION THE RIGHTS OF THE PARTIES IN THE ADMINISTRATIVE DISPUTE

The aim of this paper was to determine the factors that affect the protection of the rights of the parties in the administrative dispute. Administrative courts in Croatia have in their activities at the same time include the right to develop the Court in Strasbourg and the right of a community to develop the Court in Luxembourg. To this end, the author discusses the impact of Convention rights and the rights of the European Union to protect the rights of the parties in administrative dispute.

Keywords: party, administrative dispute, convention right, European Union law.

Zusammenfassung

AUSWIRKUNGEN DES KONVENTIONSRECHTS UND DER RECHTE DER EUROPÄISCHEN UNION AUF DEN KUNDENSCHUTZ IM VERWALTUNGSVERFAHREN

Das Ziel dieser Arbeit ist es, die Faktoren zu bestimmen, die den Schutz der Kundenrechte im Verwaltungsstreit beeinflussen. Verwaltungsgerichte in Kroatien müssen in ihren Aktivitäten gleichzeitig das vom Gerichtshof in Straßburg entwickelte Recht einschließen, das als Konventionsrecht qualifiziert ist, und das vom Gerichtshof in Luxemburg entwickelte Gemeinschaftsrecht. Zu diesem Zweck beschreibt die Autorin die Auswirkungen der Konventionsrechte und des Rechts der Europäischen Union auf den Kundenschutz im Verwaltungsverfahren.

Schlüsselwörter: Kunden im Verwaltungsverfahren, Konventionsrecht, Recht der Europäischen Union.

Risassunto

L'INFLUENZA DEL DIRITTO CONVENZIONALE E DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SULLA TUTELA DEI DIRITTI DELLA PARTE PROCESSUALE NEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

Lo scopo di questo lavoro è quello di accertare i fattori che influiscono sulla protezione dei diritti della parte processuale nel contenzioso amministrativo. I tribunali amministrativi nella Repubblica di Croazia debbono includere nel proprio operato allo stesso tempo sia il diritto che sviluppa la Corte di Strasburgo, qualificato come diritto convenzionale, come anche il diritto dell'Unione europea che invece sviluppa la Corte lussemburghese. A tale fine, l'autore disamina l'influenza del diritto convenzionale e del diritto dell'Unione europea sulla protezione dei diritti della parte processuale nel contenzioso amministrativo.

Parole chiave: *diritti della parte processuale nel contenzioso amministrativo, diritto convenzionale, diritto dell'Unione europea.*

CREDERE I KREDIT: DVA SRODNA ILI SUPROTSTAVLJENA POJMA?

Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, docentica
Dr. sc. Emilia Mišćenić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK 336:347.762
Ur.: 11. ožujka 2016.
Pr.: 30. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

*Proučavajući ugovore o kreditu osigurane stvarnopravnim osiguranjima, a koji se u praksi većinom sklapaju u potrošačkim odnosno B2C odnosima, autorice u radu dolaze do spoznaja o mnogobrojnim problemima u hrvatskoj sudskoj praksi, ali i zakonodavstvu. Isti su primarno posljedica kompleksnog procesa usklađivanja izvornih nacionalnih odredaba s europskim *acquisom* u tom području, a koji pored ispravnog preuzimanja EU propisa u nacionalno zakonodavstvo zahtijeva i ispravnu primjenu i ujednačeno tumačenje harmoniziranog nacionalnog prava sukladno istima. U tom smislu, poteškoće nastupaju već samim određenjem ugovornih strana, odnosno glede pitanja tko je potrošač, a tko trgovac odnosno vjerovnik u B2C ugovorima o kreditu. Isti se nastavljaju u određenju predmeta ugovora, odnosno pronalaženju odgovora na pitanje, što je potrošački kredit te na kreditiranje čega se on točno odnosi. Nejasnoće postoje i o pitanju određenja bitnih sastojaka ugovora o potrošačkom kreditu, glede kojih jasne odgovore ne daje ni praksa Suda EU-a, niti domaća sudska praksa. Problemi postoje i u razumijevanju same dužnosti sudova i drugih primjenjivača prava o tumačenju i primjeni pozitivnoga nacionalnog prava sukladno *acquisu* odnosno u načinu provedbe iste dužnosti u praksi. Sva navedena pitanja dodatno se usložnjavaju kada su tražbine takvih kredita stvarnopravno osigurane. Imajući u vidu osobite poteškoće u tumačenju i praktičnoj primjeni harmoniziranih nacionalnih odredaba koje se odnose na potrošačko kreditiranje i pravo potrošača općenito, autorice u radu nastoje dati jasne i koncizne odgovore na brojna ključna pitanja o kojima ovisi ispravna primjena spomenutog zakonodavstva.*

Ključne riječi: ugovor o kreditu, ugovor o potrošačkom kreditu, založno pravo, fiducijarno osiguranje, stambene nekretnine.

1. UVOD

O izuzetnoj važnosti problematike ugovora o (potrošačkom) kreditu posebno onih čije su tražbine osigurane stvarnopravnim osiguranjima na nekretninama govori brojka od 56 % zaduženih hrvatskih građana.¹ To se osobito odnosi na tzv. stambene kredite čija se vrijednost ugovorne obveze u valuti Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) izračunava temeljem tečaja prema švicarskim francima (dalje u tekstu: CHF)² kod kojih je, između ostalog, vrtoglavi porast iznosa glavnica i kamata rezultirao nemogućnošću otplate i brojnim postupcima prisilnog namirenja. Budući da su, u pravilu, tražbine iz tih kredita osigurane stvarnopravnim osiguranjima na nekretninama ovršno namirenje pretpostavlja prodaju nekretnine i deposedaciju ovršenika (dužnika). Najčešće je riječ o jedinog nekretnini u njegovu vlasništvu i onoj u kojoj stanuje.³ Agonija dužnika ne mora završiti „samo“ iseljenjem iz nekretnine. Hipotekarni vjerovnik⁴ svoju tražbinu koju nije uspio namiriti u ovrsi prodajom nekretnine može prisilno namiriti iz preostale imovine dužnika. Inicijativom Udruge Franak i pokretanjem sudskog postupka za zaštitu kolektivnih interesa dužnika (većinom) zaduženih stambenim kreditima u CHF otvorena je cijela paleta pitanja.⁵ Inter alia, kao važnije među njima pojavilo se pitanje o određenju stvarnopravno osiguranih ugovora o kreditu kao potrošačkih ugovora odnosno „business-to-consumer“ ugovora (dalje u tekstu: B2C). U pravnim porecima mnogih država članica Europske unije (dalje u tekstu: EU), naime, dugo se smatralo da ugovori o kreditu namijenjeni stjecanju vlasništva na nekretninama (osigurani stvarnopravnim osiguranjima) nisu takvi ugovori u kojima bi trebalo štiti slabiju ugovornu stranu kao potrošača.⁶ Međutim, razvoj prava EU-a pokazao je postupnu promjenu stava koja je rezultirala nedavnim usvajanjem Direktive 2014/17/EU o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene

1 Prema podacima iz baze podataka o globalnoj financijskoj uključenosti Svjetske banke Global Finindex dostupnima na: <http://www.worldbank.org/en/programs/globalindex> (posjećeno dana 15. siječnja 2016.).

2 Izvješće Hrvatske narodne banke iz rujna 2015. o problematiki zaduženosti građana kreditima u CHF i prijedlozima mjera za olakšavanje njihova položaja na temelju zaključka Odbora za financije i državni proračun Hrvatskog sabora, dostupno na: http://www.hnb.hr/priopc/2015/hrv/hp15092015_CHF.pdf (posjećeno dana 17. prosinca 2015.).

3 U radu se ne analiziraju stvarnopravna osiguranja na kakvim drugim predmetima osiguranja osim na nekretninama.

4 Naziv hipoteka koristi se u radu u značenju založnog prava na nekretnini. Više o razlikovnom kriteriju hipoteka kod Mihelčić, Gabrijele, Hipoteka kao institut stvarnog, obveznog i ovršnog prava, XXX. Savjetovanje aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 22, Organizator, Zagreb, 2015. str. 65.-68.

5 Vidi odluke: Trgovačkog suda (dalje u tekstu: TS) u Zagrebu, P-1401/12 od 4. srpnja 2013, potom Visokog trgovačkog suda (dalje u tekstu: VTS), Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014. te konačno Vrhovnog suda (dalje u tekstu: VS), Revt-249/14-2 od 9. travnja 2015.

6 Više kod Mišćenić, Emilia, Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, vol. 14., br. 7., 2015., str. 115.

nekretnine⁷ (dalje u tekstu: Direktiva 2014/17/EU).⁸

Stoga je u svrhu odgovora na ovo, ali i druga pitanja, u radu trebalo analizirati brojna pravila potrošačkog kreditiranja i zaštite potrošača općenito. Pritom je važno istaknuti da relativno mladu granu prava zaštite potrošača čiji je razvoj u hrvatskom pravnom poretku intenziviran tek ispunjenjem obveze usklađivanja s EU *acquisom*,⁹ karakterizira kompleksnost odredbi osobito kada je riječ o njihovoj primjeni u praksi. To je dijelom posljedica samog procesa harmonizacije s EU pravom koja zahtijeva jedinstveno tumačenje nacionalnih harmoniziranih pravila sukladno *acquisu*, a koja obveza za hrvatske primjenjivače prava postoji na EU razini i na nacionalnoj razini.¹⁰ Primjenu navedenih pravila otežava brojnost relevantnih propisa, poteškoće pri određenju njihove hijerarhije i razlikovanja izvornih nacionalnih od usklađenih, tj. harmoniziranih pravila i načina njihove primjene.

Primjerice, u slučaju određenja stvarnopravno osiguranih ugovora o kreditu kao B2C ugovora, s obzirom na ugovor o kreditu u obzir dolazi primjena pravila Zakona o potrošačkom kreditiranju,¹¹ podredno Zakona o zaštiti potrošača,¹² Zakona o obveznim odnosima,¹³ Zakona o kreditnim institucijama¹⁴ i dr., ali i Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹⁵ Zakona o zemljišnim knjigama,¹⁶ Ovršnog zakona¹⁷ i dr., kada se promatraju stvarnopravna osiguranja¹⁸, kao i niza pripadajućih

7 Direktiva 2014/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni Direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010 (Tekst značajan za EGP), SL L 60/34 od 28. veljače 2014., corrigendum - SL L 65/22 od 10. ožujka 2015.

8 Detaljnije kod Josipović, Tatjana, *Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 16., 2013.-2014., str. 223 et seq.

9 Usklađivanje s pravnom stečevinom EU-a započinje potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine, dalje u tekstu: NN, Međunarodni ugovori, dalje u tekstu: MU, br. 14/01., 15/01., 14/02., 1/05., 7/05., 9/05. i 11/06. (dalje u tekstu: SSP) 29. listopada 2001., u skladu s obvezama iz opće odredbe o usklađivanju iz čl. 69., te posebne odredbe o zaštiti potrošača iz čl. 74. SSP. Detaljnije kod Mišćenić, Emilia, *Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. IV., br. 1., 2012., str. 146.

10 Iste obveze proizlaze iz Zakona o potvrđivanju Ugovora između država članica Europske unije i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, NN, MU br. 2/12. i 5/13., te Poglavlja VII.A o Europskoj uniji i Ustava 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. - corrigendum, 76/10., 85/10. (pročišćeni tekst) i 5/2014.

11 NN br. 75/09., 112/12., 143/13., 147/13. - corrigendum, 9/15 i 102/15., dalje u tekstu: ZPK.

12 NN br. 41/14. i 110/15., dalje u tekstu: ZZP.

13 NN br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15., dalje u tekstu: ZOO.

14 NN br. 159/13., 19/15. i 102/15., dalje u tekstu: ZKI.

15 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. i 152/14. i 81/15. - pročišćeni tekst, dalje u tekstu: ZV.

16 NN br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08., 126/10., 55/13. i 60/13., dalje u tekstu: ZZK.

17 NN br. 112/12., 25/13. i 93/14., dalje u tekstu: OZ.

18 U slučaju stvarnopravnog osiguranja tražbine iz kredita (na nekretnini) uvijek se radi o osiguranju koje nastaje na pravnom temelju (ugovoru ili sporazumu sadržanom u sudskom

podzakonskih propisa (pravila).¹⁹ Pritom je pravila ZPK-a potrebno tumačiti i primjenjivati u skladu s Direktivom 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu²⁰ (dalje u tekstu: Direktiva 2008/48/EZ), odredbe ZZP-a sukladno EU direktivama koje su navedene u njegovu čl. 3. (ZZP), dok je europsko podrijetlo odredaba ZOO-a ili ZV-a teško prepoznatljivo.²¹

Problematika stvarnopravno osiguranih ugovora o potrošačkom kreditu jedan je od aspekata sustava ugovora o kreditu i njihovih stvarnopravnih osiguranja. Postoji i drugi dio hodograma koji se tiče tzv. običnih (stvarnopravno osiguranih) ugovori o kreditu za koje se ne primjenjuju pravila iz sustava zaštite potrošača. Stoga je moguće govoriti o postojanju paralelnih sustava uređenja običnih i potrošačkih kredita. Pravo je pitanje, međutim, jesu li ti sustavi kompatibilni, odnosno, ako nisu, u kojoj se mjeri i kada međusobno isključuju.²² Premda je, naime, supsidijarna primjena pravila ZOO-a na ugovore o potrošačkom kreditu značajnije reducirana to ipak ne znači da su ona bez učinka u tzv. potrošačkim stvarima. No, uočljivi su brojni problemi. Samo kada je riječ o odnosu (neosiguranih) ugovora o kreditu može se govoriti o onima koji se tiču: a) disfunkcionalnosti odnosa općih i posebnih pravila, odnosno pravila obveznog prava i onih o zaštiti potrošača, b) nekonzistentnosti sustava pravila zaštite potrošača i unutar njega potrošačkog kreditiranja, a posebno treba istaknuti: c) koliziju nacionalnih pravila sa supremacijskim europskim pravilima. Upravo će o rješenju tih problema ovisiti učinkovitost zaštite prava potrošača, odnosno dužnika uopće.

Hodogram ima i treći dio, kreiran iz, uvjetno rečeno atrakcijskog učinka koji na ugovore o (potrošačkom) kreditu ostvaruju pravila kojima su uređena stvarnopravna osiguranja na nekretninama. Ima li se u vidu da predviđaju pluralizam vrsta i podvrsta stvarnopravnih osiguranja i da se, najčešće, radi o kogentnim pravilima, jasno je da to za posljedicu ima dodatno usloženje uređenja.

Polazeći od naznačenog, istraživanje je provedeno promatranjem: subjekata ugovora o (potrošačkom) kreditu i sporazuma o stvarnopravnom osiguranju na

zapisniku ili javnobilježničkoj ispravi) dobrovoljne naravi (pretpostavlja suglasno očitovanje volja stranaka). Mihelčić, Gabrijela, Prislino namirenje tražbine u svjetlu Direktive o hipotekarnim kreditima, *Javni bilježnik* br. 42., 2015., str. 15.

19 O uređenju odnosa navedenih propisa s obzirom na ugovore o kreditu više kod Mišćenić, Emilia, *Ugovor o potrošačkom kreditu*, u: Slakoper, Zvonimir (ur.), *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka, 2016. (u objavi), naslov 2. Potrošačko kreditiranje u hrvatskom pravu, a s obzirom na korelaciju instrumentima stvarnopravnog osiguranja, više kod Mihelčić, Gabrijela, *Hipoteka...*, op. cit., str. 59. et seq.

20 Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu kojom se opoziva Direktiva Vijeća 87/102/EEZ, SL L 133/66 od 22. svibnja 2008., posljednji puta izmijenjena Direktivom 2014/17/EU od 4. veljače 2014., SL L 60/34.

21 Više kod Mišćenić, Emilia, *Usklađivanje...*, op. cit., str. 147.

22 Pitanje je vrlo praktično i već analizirano u praksi, vidi npr. odluku Općinskog suda (dalje: OS) u Osijeku, P-788/15 od 1. travnja 2015., gdje se u 1. odjeljak na 16. stranici navodi: „Takoder, presuda VTS-a temeljila se na primjeni ZZP-a, dok je u konkretnom slučaju tužba tužitelja kojom zahtijeva utvrđenje ništetnim ugovora o kreditu utemeljena na primjeni odredbi ZOO-a, kojima se VTS, kako tužitelj ističe nije bavio.“

nekretnini kao predmetu osiguranja (njihovih prava i obveza) te forme, predmeta i sadržaja stvarnopravno osiguranih ugovora o (potrošačkom) kreditu. Iz spektra stvarnopravnih osiguranja izdvojena su dva: založno pravo i prijenos prava vlasništva radi osiguranja. Odnosno jedna podvrsta založnog prava i inačica fiducijarnog osiguranja: javnobilježničko založno pravo temeljem sporazuma stranaka uređeno čl. 307. i 308. u vezi s čl. 299.-306. OZ i javnobilježničko osiguranje prijenosom prava vlasništva na nekretnini uređeno čl. 327. u vezi s čl. 309.-326. OZ.

2. SUBJEKTI UGOVORA O (POTROŠAČKOM) KREDITU I SPORAZUMA O STVARNOPRAVNOM OSIGURANJU NA NEKRETNINI KAO PREDMETU OSIGURANJA

Kada je riječ o subjektima stvarnopravno osiguranih ugovora o (potrošačkom) kreditu, na jednoj se strani pojavljuje korisnik kredita kao dužnik koji u svojoj ulozi iz odnosa osiguranja može biti npr. osobni i založni dužnik, protivnik osiguranja (npr. fiducijant), odnosno dužnik s naslova neke druge vrste stvarnopravnog osiguranja, a na drugoj, davatelj kredita kao vjerovnik ujedno i npr. založni vjerovnik, predlagatelj osiguranja (kao, npr. fiducijar), odnosno neki drugi nositelj stvarnopravnog osiguranja. U praksi će kao dužnik nerijetko nastupati upravo potrošač. Definicija potrošača kao korisnika kredita dana je u čl. 2. st. 1. toč. 1. ZPK kojim se, sukladno preuzetom čl. 3. sl. a) Direktive 2008/48/EZ,²³ potrošač definira kao fizička osoba „koja u transakcijama obuhvaćenim Zakonom djeluje izvan poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja“. U načelu, ova definicija odgovara onoj iz čl. 5. toč. 15. ZZP,²⁴ te drugim brojnim definicijama potrošača koje su kao posljedica usklađivanja s EU *acquisom* ušle u hrvatsko zakonodavstvo,²⁵ a koje uz određene varijacije sadrže i kumuliraju dva osnovna elementa: personalni i funkcionalni. Dok se personalni element odnosi na određenje potrošača kao „fizičke osobe“, dotle se funkcionalni odnosi na svrhu s kojom se ugovor o (potrošačkom) kreditu sklapa, a koja mora biti „izvan poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja“. ²⁶ Upravo o potonjem elementu u brojnim će slučajevima ovisiti uživa li korisnik kredita posebnu zaštitu kao potrošač. Što se kao osobito sporno pokazalo kod tzv. ugovora o kreditu s dvojnomo svrhom (dual use ili dual purpose

23 Prema čl. 3. sl. a) Direktive 2008/48/EZ, potrošač je fizička osoba koja u transakcijama pokrivenima tom Direktivom djeluje u svrhe koje su izvan njezine trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti.

24 Prema čl. 5. toč. 15. ZZP, potrošač je „svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“.

25 Više kod Miščenić, Emilia, *Consumer Protection Law u: Josipović Tatjana (ur.), Introduction to the Law of Croatia, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.*, str. 280.

26 Suprotno tome u hrvatskoj sudskoj praksi nailazimo na odluku kojom se zaštita potrošača pruža obrtnici koja sklapa (pretplatnički) ugovor unutar obrtničke djelatnosti, vidi odluku Visokog upravnog suda (dalje: VUS), Us-3781/11-4 od 28. veljače 2012.

ugovori).²⁷ Riječ je o ugovorima sklopljenim sa svrhom koja je djelomično u okviru, a djelomično izvan okvira trgovačke, poslovne ili profesionalne djelatnosti. Budući da Direktiva 2008/48/EZ te posljedično ZPK kojim je preuzeta, ne daju odgovor na ovo pitanje podredno se primjenjuje određenje pojma potrošača iz čl. 5. st. 15. ZPP u svjetlu Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača²⁸ (dalje u tekstu: Direktiva 2011/83/EU) s kojom je isti usklađen.²⁹ Tako, prema recitalu 17. potonje Direktive, u slučaju ugovora s dvojnog svrhom kod kojih je svrha trgovačke djelatnosti ograničena „te u cjelokupnom kontekstu ugovora nije prevladavajuća, tu osobu također treba smatrati potrošačem“. Ovaj zaključak potvrđuje i definicija potrošača kao strane ugovora o stambenom kreditu iz, u hrvatskom zakonodavstvu još nepreuzete, Direktive 2014/17/EU.³⁰ U njezinom je recitalu 12. preambule sadržano identično određenje ugovora sa dvojnog svrhom.³¹ Vrijedi napomenuti da se posebno poglavlje u vezi s određenjem pojma potrošača otvorilo stupanjem na snagu regulative tzv. potrošačkog stečaja.³²

Sve navedeno vrijedi i s obzirom na ulogu potrošača kao dužnika u odnosu stvarnopravnog osiguranja. Zanimljivo je pitanje što, kada se potrošač nalazi samo u ulozi osobnog dužnika iz ugovora o kreditu, ali ne i stvarnopravnog dužnika – npr. vlasnika stambene nekretnine.³³ Naime, kada se subjekti ugovora o kreditu odluče osigurati tražbinu iz kredita u njihovom se odnosu može pojaviti i treća osoba – stvarnopravni dužnik iz odnosa osiguranja. U svojoj je praksi o potrošačkom kreditiranju ESP, odnosno (danas) Sud EU-a (dalje u tekstu: SEU) odlučio kako se samo dužnik iz ugovora o kreditu može smatrati potrošačem, a time i ugovornom stranom koja uživa posebnu zaštitu.³⁴ Posljedično, stvarnopravni dužnik koji je dao

27 Tako je u slučaju C-464/01, *Johann Gruber v Bay Wa AG*, od 20. siječnja 2005., ECLI:EU:C:2005:32 Europski sud pravde (dalje u tekstu: ESP) odbio primjenu posebnih odredaba o nadležnosti iz Briselske konvencije kojima se štite potrošači, tumačeći kako kod ugovora s dvojnog svrhom, trgovačka ili profesionalna svrha mora biti zanemariva u cjelokupnom kontekstu ugovora, dok je okolnost prevladavanja privatnog elementa nebitna. Vidi i slučaj C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea v SC Volksbank România SA*, od 3. rujna 2015., ECLI:EU:C:2015:538 u kojem je pojam potrošača promatran baš u kontekstu ugovora o kreditu osiguranog hipotekom kao ugovora s dvojnog svrhom. Detaljnije u: Više kod Mihelčić, Gabrijela, *Prisilno namirenje...*, op. cit., str. 8.-9.

28 Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, kojima se mijenja Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i opoziva Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304 /64, 22. studeni 2011.

29 Prema čl. 25. ZPK o primjeni drugih propisa, „ako nije drugačije propisano ovim Zakonom, primjenjuju se odredbe zakona koji uređuje zaštitu potrošača“, odnosno ZPP-a.

30 Naime, prema čl. 4. toč. 1. Direktive 2014/17/EU, „potrošač“ znači potrošač u skladu s definicijom u članku 3. točki (a) Direktive 2008/48/EZ“.

31 Tako Mišćenić, Emilia, *Ugovor...*, op. cit., naslov 3.2.1. Potrošač., Mihelčić, Gabrijela, *Prisilno namirenje...*, op. cit., str. 8.-9.

32 Vidi *infra* bilješku 40.

33 Vidi primjerice čl. 307. st. 1. ZV, te čl. 301. OZ.

34 ESP, C-208/98 *Berliner Kindl Brauerei AG v Andreas Siepert* [2000] ECR I-1741: „Ugovor o osiguranju, koji je zaključen u svrhu osiguranja povrata plaćanja kredita, ne spada u područje primjene Direktive 87/102/EEZ (...) o potrošačkom kreditu, kada ni jamac niti korisnik kredita nisu djelovali u okviru njihove trgovačke ili profesionalne djelatnosti“.

svoju nekretninu za osiguranje ne bi se mogao smatrati potrošačem u smislu prednjih definicija, a time niti uživateljem zaštite s tog naslova. Takvo stajalište značajnije može komplicirati pojedine posebne institute kao, npr. prisilno namirenje tražbine, tzv. zajedničke hipoteke³⁵ ima li se u vidu specifičan režim koji postoji za njezino namirenje i dužnost osnivanja surogat hipoteke u jednoj varijanti namirenja.³⁶

S druge strane, kao vjerovnik nastupa davatelj kredita koji je istovremeno i ovlaštenik (nositelj) nekog stvarnopravnog osiguranja. Različito od definicije ugovora o kreditu iz čl. 1021. ZOO³⁷ prema kojem se u ulozi davatelj kredita pojavljuje banka, kada se radi o potrošačkom kreditu krug osoba obuhvaćenih pojmom vjerovnika vrlo je širok. Prema čl. 2. st. 1. toč. 2. ZPK, vjerovnik je „fizička ili pravna osoba koja na području RH-a odobrava ili obećava odobriti kredit u okviru poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja, a posebno je to pravna osoba: koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje kreditnih institucija ili kreditnih unija, odnosno prema zakonima koji uređuju poslovanje institucija za elektronički novac, te institucije za platni promet koje pružaju usluge platnog prometa u skladu s posebnim zakonom, pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje poduzetnika, fizička osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje obrtnika ili slobodnih zanimanja“. Ova definicija, time što nadilazi ograničenje na banke kao davatelje kredita,³⁸ širi njihov krug posebice izdvajajući određene kreditne i nekreditne institucije,³⁹ ali i obrtnike ili fizičke osobe koje u okviru svog slobodnog zanimanja mogu odobriti kredit potrošaču.⁴⁰ Štoviše,

35 Vidi čl. 301. st. 6. ZV i čl. 37. ZZK.

36 Više kod Gavella, Nikola, Josipović, Tatjana, Gliha, Igor, Belaj, Vlado, Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo*, Svezak 2., (red. Gavella, Nikola), Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 359.-360. Ernst, Hano, *Simultana hipoteka*, u: Belaj, Vlado et al., *Zaštita vjerovnika*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 222. et seq.

37 Prema definiciji ugovora o kreditu iz čl. 1021. ZOO: „banka se obvezuje korisniku kredita staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a korisnik se obvezuje banci plaćati ugovorene kamate i iskoristiti iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno“.

38 Stupanjem na snagu 1. siječnja 2009. Zakona o kreditnim institucijama, NN br. 117/08, dalje u tekstu: ZKI/08. prestao je važiti dotada relevantni Zakon o bankama, NN br. 84/02 i 141/06., dalje u tekstu: ZB/02., osim čl. 28. st. 1. toč. 3., čl. 62., 63., 65., 66., 68., 69., 70., 72., 74. do 78., 82. do 84., 87., 128. st. 1. i 2., čl. 132. st. 2. toč. 3. i čl. 182. za koje je određeno da prestaju s važenjem 30. lipnja 2009. (čl. 373. st. 1. ZKI/08.). Sukladno čl. 5. st. 1. trenutno važećeg Zakona o kreditnim institucijama, NN br. 159/13., 19/15. i 102/15., dalje u tekstu: ZKI, kreditna institucija sa sjedištem u RH se može pod uvjetima utvrđenima ZKI-om, „osnovati kao banka, štedna banka ili stambena štedionica“.

39 Isto nije protivno odredbama Direktivi 2008/48/EZ koja u recitalu 15. preambule ističe i mogućnost država članica da u skladu s pravom Zajednice bavljenje djelatnosti odobravanja kredita ograniče isključivo na pravne osobe ili na određene pravne osobe.

40 Tome nasuprot Zakon o stečaju potrošača, NN br. 100/15., dalje u tekstu: ZSP, koji je stupio na snagu s 1. siječnja 2016. širi pojam „potrošača“ definiran u čl. 4. st. 2. kao svaku fizičku osobu „koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti“ i na primjerice osobe koje se bave slobodnim zanimanjima u čl. 4. st. 3. Prema potonjoj odredbi „potrošačem se, u smislu Zakona, smatra i fizička osoba obveznik poreza na dohodak od samostalne djelatnosti prema odredbama Zakona o porezu

posljednjom izmjenom i dopunom ZPK-a iz rujna 2015.,⁴¹ definicija vjerovnika (u smislu Glave IV.a ZPK) proširena je (čl. 19.a st. 5. ZPK) i na osobe na koje su prenesene tražbine iz obveznih odnosa (iz st. 1. iste odredbe), odnosno kredita denominiranih u CHF i kredita denominiranih u kunama s valutnom klauzulom u CHF.⁴² Kada je riječ o „prijenosu“⁴³ u službi stjecanja vjerovničkog statusa, s aspekta stvarnopravnih osiguranja isti je složeniji nego što izgleda na prvi pogled, primjerice prema čl. 81. st. 1. ZOO koji određuje da s tražbinom iz kredita na primatelja prelaze i sporedna prava, a među njima i „hipoteka, založno pravo (...)“. Prenese li se na bilo kojem pravnom temelju tražbina osigurana založnim pravom na drugu osobu na nju prelazi i založno pravo bez posebnoga pravnoga temelja za to i bez posebnoga načina stjecanja, osim ako je što drugo bilo određeno (čl. 319. ZV). Treba, međutim, imati u vidu da, radi li se o založnom pravu na nekretnini, kogentna registarska pravila (zemljišnoknjižnog prava) traže da se prijenos obavi na odgovarajući način – brisanjem ranije i upisom nove hipoteke, pa novi vjerovnik ovlasti s naslova hipoteke koja je na njega prešla može ostvarivati tek nakon njezina upisa u zemljišne knjige (čl. 320. st. 2. ZV).⁴⁴

3. FORMA UGOVORA O (POTROŠAČKOM) KREDITU I SPORAZUMA O STVARNOPRAVNOM OSIGURANJU TRAJBINE NA NEKRETNINI KAO PREDMETU OSIGURANJA

Ugovor o kreditu mora biti sačinjen u pisanom obliku. Takav zahtjev kada se radi o običnom ugovoru o kreditu zakonodavac pred stranke stavlja u čl. 1022. st. 1. ZOO. Pravilo iz čl. 10. st. 1. ZPK, također, predviđa da se ugovor o potrošačkom kreditu sklapa u pisanom obliku, odnosno uporabom naprednog elektroničkog potpisa nije li posebnim pravilima određena „uporaba vlastoručnog potpisa u dokumentima na papiru ili ovjera vlastitog potpisa.“⁴⁵ Posebna rješenja „dolaze“ iz „javnobilježničkih pravila“ koja rješavaju različite situacije od onih kada sudionik koji sudjeluje u sastavljanju isprave ne zna ili ne može pisati preko niza drugih

na dohodak i fizička osoba obveznik poreza na dobit prema odredbama Zakona o porezu na dobit ako: 1. nema više od 20 vjerovnika, 2. obveze iz obavljanja djelatnosti ne prelaze iznos od 100.000,00 kuna, 3. nema obveza iz radnih odnosa koje proizlaze iz obavljanja djelatnosti i 4. nije pokrenut predstečajni ili stečajni postupak.“

- 41 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, NN br. 102/15., dalje u tekstu: ZIDZPK/15.
- 42 Tako Mihelčić, Gabrijela, *Prisilno namirenje...*, op. cit., str. 5.
- 43 Za raspravu je kako tumačiti prijenos i može li on opstati u svom obveznopravnom okviru u kontekstu široko postuliranih definicija potrošačkog kredita i vjerovnika u smislu ZPK-a.
- 44 Više kod Josipović, Tatjana, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 173. et seq. Ovo i u vezi s čl. 41. st. 3. ZZK prema kojem: „Ako je hipotekarna tražbina koja je izvanknjižnim putem prešla na drugu osobu prestala, hipotekarni dužnik može zahtijevati brisanje hipoteke bez prethodnoga upisa izvanknjižnoga prijenosa.“
- 45 Istom je odredbom predviđena i dužnost vjerovnika, odnosno kreditnog posrednika dostaviti primjerak ugovora o kreditu potrošaču.

važnih situacija.⁴⁶ O značajnoj ulozi javnih bilježnika (i „njihovih“ pravila) u zaštiti potrošača kao korisnika kredita govori čl. 14. st. 5. ZPK prema kojem se, odredbe o pravu na odustanak od ugovora o kreditu iz tog članka ne primjenjuju na „ugovore o kreditu za koje zakon zahtijeva da budu sklopljeni kod javnog bilježnika, pod uvjetom da javni bilježnik potvrdi da se potrošaču jamče prava predviđena čl. 5. i 10. (ovoga) Zakona,“ odnosno predviđene odredbama o tzv. predugovornom i ugovornom informiranju.⁴⁷ Međutim, ovdje fokus nije upravljen na vrstu potpisa ili potrebu njegove ovjere ili ovlast potrošača na korištenje prava na odustanak.

Za razmjere ovog poglavlja važno je primijetiti kako kod ugovora o kreditu (i običnog i potrošačkog) čija je tražbina stvarnopravno osigurana dolazi do svojevrsnog kvalificiranja forme. Naravno, pod pretpostavkom da je u pitanju isprava koja sadrži ugovor o kreditu i sporazum o stvarnopravnom osiguranju. Kod promatranih osiguranja radi se o, tzv. javnobilježničkim ispravama. Iako formu sporazuma (o osiguranju) određuje niz pravila, u teoriji se temeljnim smatra (istina, kod fiducijarnog osiguranja) to što, ne zaključi li se sporazum u predviđenoj formi (npr. založnopravni sukladno pravilu iz čl. 307. st. 1. OZ, fiducijarni sukladno pravilu iz čl. 327. st. 2. OZ),⁴⁸ takav sporazum ne proizvodi pravne učinke predviđene OZ-om (Jelčić),⁴⁹ premda nije ništetan (Barbić).⁵⁰

Sljedeći dio hodograma tiče se veze između forme isprave koja sadrži ugovor o (potrošačkom) kreditu i sporazum o stvarnopravnom osiguranju i postojanja ili nepostojanja ovršne isprave (kao jedne od ovršnih pretpostavki), odnosno njezine ovršnosti.⁵¹ Pojednostavljeno rečeno, nije li ta isprava istodobno i ovršna isprava, vjerovnik ne može prisilno namirenje svoje dospjele nenamirene tražbine (iz kredita) tražiti izravno. Stoga treba obratiti pozornost na zahtjeve iz čl. 54. st. 1. ZJB kao općenito formulirane ovlasti prema kojoj je javnobilježnički akt ovršna isprava ako je u njemu utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke

46 Čl. 44. Zakona o javnom bilježništvu, NN br. 78/93., 29/94., 162/98., 16/07., 75/09., dalje u tekstu: ZJB.

47 O pozadini ove odredbe detaljnije kod Čikara, Emilia, Zakon o potrošačkom kreditiranju iz aspekta javnobilježničkih isprava, Javni bilježnik, vol. 32., str. 60. et seq.

48 Sporazum predlagatelja i protivnika osiguranja o osiguranju založnim pravom na nekretnini, odnosno prijenosom prava vlasništva radi osiguranja može se sačiniti i u obliku zapisnika pred sudom s učincima sudske nagodbe (vidi čl. 301. st. 2. u vezi sa st. 1., te čl. 310. st. 4. u vezi sa st. 1. OZ).

49 Barbić, Jakša, Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, u: Barbić, Jakša et al., Novo ovršno i stečajno pravo, Organizator, Zagreb, 1996., str. 121. Jelčić, Olga, Novo uređenje fiducijarnog osiguranja, u: Crnić, Ivica et al., Novo ovršno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 155., citirano prema: Mihelčić, Gabrijela, Nekretnina kao sredstvo osiguranja tražbine prijenosom prava vlasništva, u: Slakoper, Zvonimir (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka, 2007., str. 329.

50 Radi li se i samo o opisu u zemljišnu knjigu, zemljišnoknjižni sud upis može dopustiti kada, između ostalog, utvrdi da isprava ima potreban oblik (čl. 108. st. 1. al. 4. ZZK).

51 Za ovršni naslov i u tom kontekstu perfektne i imperfektne ovršne isprave, više kod Dika, Mihajlo, Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2007., npr. str. 211.-213.

moгу nagoditi i ako sadrži izjavu obvezanika (dužnika) da se temeljem njega (radi namirenja dospjele tražbine) može neposredno provesti ovrha. U posebnom pravilu iz čl. 54. st. 3. ZJB predviđeno je, pak, da se temeljem akta povodom kojega je upisana hipoteka neposredno može tražiti ovrha na nekretnini pod pretpostavkom da je dužnik na to izričito pristao. Nadalje, čl. 54. st. 6. ZJB određuje da jednak učinak kao i javnobilježnički akt ima privatna isprava koju je javni bilježnik potvrdio odnosno solemnizirao. Sukladno čl. 59. st. 1. ZBJ takva isprava o pravnom poslu ima snagu javnobilježničkog akta, a kada je sastavljena onako kako predviđa čl. 54. ZBJ ima i snagu ovršnog javnobilježničkog akta.⁵² U slučaju da privatna isprava ne sadrži traženu izjavu dužnika ili je nejasna, prema čl. 54. st. 6 ZJB „može ju, na zahtjev obveznika u nastavku teksta privatne isprave ispod koje će obveznik staviti svoj potpis, prije solemnizacije unijeti i javni bilježnik“. Budući da je, prema čl. 59. st. 1. ZBJ, za osnivanje stvarnopravnog osiguranja dovoljno da privatnu ispravu potvrdi dužnik, u praksi će spomenutom izjavom dužnik dopustiti njegovo osnivanje kao i izričito pristati na ovrhu. U ovom smislu može se raspravljati osnažuje li se navedenim pravilima položaj vjerovnika kod prisilnog namirenja osigurane tražbine iz ugovora o (potrošačkom) kreditu.⁵³

4. PREDMET UGOVORA O (POTROŠAČKOM) KREDITU I SPORAZUMA O STVARNOPRAVNOM OSIGURANJU TRAŽBINE NA NEKRETNINI KAO PREDMETU OSIGURANJA

Pitanje predmeta ugovora o (potrošačkom) kreditu kao sljedeći korak s aspekta obveznopravnog određenja, specifično je kod B2C ugovora o kreditu čije su tražbine stvarnopravno osigurane. Paradigma postoji s obzirom na obvezno (potrošačko) i stvarno uređenje, budući da ih odlikuju autonomne i složene strukture koje dodatno kompliciraju njihov međusobni odnos. Promatra li se obveznopravno uređenje predmeta ugovora o (potrošačkom) kreditu moguće je razlikovati predmet običnog ugovora o kreditu od onog potrošačkog (B2C). Ovaj naizgled jednostavan zaključak daleko je od toga. Složenost, u prvom redu, generira pojmovno određenje potrošačkog ugovora o kreditu. Naime, kao posljedica usklađivanja s Direktivom 2008/48/EZ, u čl. 2. ZPK u kojem se određuje značenje pojmova u smislu ZPK-a, u njegovoj toč. 3., (čl. 2.) ZPK, zapravo, se ne daje temeljna definicija pojma ugovora o potrošačkom kreditu. Riječ je o odredbi preslikanoj iz čl. 3. sl. c) Direktive 2008/48/EZ koja zajedno s odredbama o isključenju ugovora o kreditu, odnosno iznimkama iz čl. 3. ZPK utvrđuje polje primjene Zakona (ZPK). Tako je prema čl. 2. st. 1. toč. 3. ZPK, ugovor o kreditu „ugovor u kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u obliku odgode plaćanja,

52 Sukladno čl. 59. st. 1. ZBJ ako nisu u pitanju pravni poslovi iz čl. 53. ZBJ, „sudionici u pravnom poslu, svi ili neki od njih, mogu isprave o pravnom poslu potvrditi kod javnog bilježnika“.

53 Detaljnije o tome Čikara, Emilia, Zakon..., op. cit., str., 60. et seq.

zajma ili slične financijske nagodbe, osim ugovora o trajnom pružanju usluge ili isporuke proizvoda iste vrste kada potrošač plaća za takve usluge ili proizvode tijekom cjelokupne njihove isporuke u obliku obroka⁵⁴. Ratio ove odredbe jest objedinjavanje što većeg broja različitih vrsta ugovora (pravnih poslova) koje potrošači sklapaju u svrhu pribavljanja potrebnih novčanih sredstava primjerice, ugovora o kreditu, ugovora o zajmu, ugovora o financijskom leasingu i dr., sve pod kapom jedinstvenog EU pojma ugovora o kreditu.⁵⁴ Stoga će i određenje predmeta ugovora ovisiti o tome o kojem se ugovoru u smislu ugovora o kreditu iz čl. 2. st. 1. toč. 3. ZPK radi u konkretnom slučaju. S tim da, navedenom definicijom široko postavljeno materijalno polje primjene, sužava niz iznimki iz čl. 3. ZPK koji, sukladno Direktivi 2008/48/EZ, utvrđuje što nije ugovor o kreditu u smislu ZPK-a.⁵⁵ Pritom, europski zakonodavac konačnu odluku o tome što nije ugovor o kreditu u smislu EU pojma potrošačkog kredita prepušta nacionalnom zakonodavcu. Čini to na način da mu pruža mogućnost određene, poljem primjene Direktive 2008/48/EZ, izuzete ugovore, ipak, obuhvati nacionalnim harmoniziranim odredbama o potrošačkom kreditiranju, odnosno odredbama ZPK-a.⁵⁶ Hrvatski zakonodavac spomenutu je opciju iskoristio u više navrata i u svrhu zaštite potrošača poljem primjene ZPK-a obuhvatio i, čl. 2. st. 2. sl. a) i b) Direktive 2008/48/EZ izuzete, ugovore o kreditu namijenjene stjecanju ili zadržavanju vlasništva na nekretnini i ugovore o kreditu kod kojih je tražbina osigurana založnim pravom na nekretnini.⁵⁷ Budući da je isto učinio i pri preuzimanju Direktive 87/102/EEZ odredbama Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. te 2007.⁵⁸ o potrošačkom zajmu, VTS je odlukom u slučaju Franak⁵⁹ kao neosnovan odbio prigovor banaka da se relevantne zakonske odredbe ne odnose na ugovore o kreditu namijenjene stjecanju ili zadržavanju

54 O poteškoćama razlikovanja pojma ugovora o kreditu iz EU direktiva i pojma ugovora o kreditu prema nacionalnom pravu, vidi: Šarčević, Susan, Miščenić, Emilia, *Uporaba europskoga ili nacionalnoga nazivlja pri preuzimanju direktiva EU-a u hrvatsko zakonodavstvo*, u: Bratanić, Maja (ur.), *Hrvatski jezik na putu u EU*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2011., str. 122. et seq.

55 Prema čl. 3. ZPK, to se npr. odnosi na ugovore o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita veći od 1.000.000,00 kuna, ugovore o operativnom leasingu uz ispunjenje određenih uvjeta, beskatmatne ugovore o kreditu ili ugovore o kreditu pod povoljnim ili bez naknada i dr.

56 Spomenuta je opcija propisana recitalom 10. Direktive 2008/48/EZ prema kojem, „bi država članica mogla zadržati ili uvesti novo nacionalno zakonodavstvo koje odgovara odredbama (ove) Direktive ili određenim odredbama o ugovorima o kreditu izvan područja primjene (ove) Direktive, npr. o ugovorima o kreditu koji obuhvaćaju iznose niže od 200,00 EUR ili više od 75 000,00 EUR“.

57 Napominje se kako je stipulaciju koja se odnosi na prvo izuzeće ugovora o kreditu potrebno razumjeti kao „očuvanje postojeće privatnopravne vlasti na stvari (stambenoj nekretnini)“, koje nema veze s pravom zadržanja ili pridržajem prava vlasništva u značenju istog instituta prema našem građanskom pravu. Drugo izuzeće odnosi se na ugovore o kreditu osigurane stvarnopravnim osiguranjima na nekretnini.

58 NN br. 96/03, dalje u tekstu: ZPP/03; Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 79/07, dalje u tekstu: ZPP/07.

59 Odluka VTS, Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014., str. 47.

prava vlasništva nad nekretninama ili osigurane stvarnopravnim osiguranjem nad istima.⁶⁰ Polje primjene ZPK-a zakonodavac širi i primjenom istog na, člankom 2. st. 2. sl. 1) Direktive 2008/48/EZ izuzete, ugovore o zajmu koji se odobravaju pod povoljnijim uvjetima od onih na tržištu. Također, 2012. izmijenjena je početno preuzeta iznimka koja se ticala ugovora o kreditu za ukupan iznos kredita manji od 1.500,00 kuna ili veći od 1.000.000,00 kuna iz čl. 3. st. 1. sl. a) ZPK, tako što su poljem primjene ZPK-a obuhvaćeni i oni ugovori o kreditu kod kojih je ukupan iznos kredita manji od 1.500,00 kuna.⁶¹ Istom izmjenom i dopunom obuhvaćeni su i, početno izuzeti, ugovori o kreditu iz čl. 3. st. 1. sl. i) kod kojih se traži od potrošača da založi predmet osiguranja vjerovniku, a kada je odgovornost potrošača strogo ograničena na taj zalog.⁶² Od jednakog pristupa polazi i nova Direktiva 2014/17/EU koja u čl. 4. st. 3. na gotovo identičan način definira pojam ugovora o kreditu,⁶³ a koju treba preuzeti najkasnije do 21. ožujka 2016. – najavljenim usvajanjem posebnog Zakona o potrošačkim stambenim kreditima⁶⁴ (dalje u tekstu: budući ZPSK). I dok njezina prethodnica, Direktiva 2008/48/EZ, od svojeg polja primjene izuzima ugovore o kreditu osigurane stvarnopravnim instrumentima osiguranja alias založnim pravom, ova EU direktiva odnosi se upravo na njih, propisujući u čl. 3. st. 1. sl. a) i b) pretpostavke za primjenu na „ugovore o kreditu osigurane hipotekom ili nekim drugim sličnim sredstvom osiguranja koji se obično upotrebljava u dotičnoj državi članici za stambenu nekretninu ili osigurane pravom u vezi s tom stambenom nekretninom“ i na „ugovore o kreditu čiji je cilj steći ili zadržati imovinska prava nad zemljištem ili na postojećoj ili projektiranoj građevini“.⁶⁵

Sve navedeno izuzetno je važno za stvarnopravno osigurane B2C ugovore o kreditu (njihove tražbine) koji će, temeljem prikazanih odredaba, biti obuhvaćeni

60 Zauzeti pristup potvrđuje i presuda Suda EU-a u predmetu C602/10, SC Volksbank România SA v Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor - Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC) od 3. rujna 2015., ECLI:EU:C:2012:443 koji je glede B2C ugovora o kreditima osiguranima hipotekom ili drugim stvarnim pravom u para. 44. presude zaključio kako odredbu o potpunoj harmonizaciji iz čl. 22. st. 1. Direktive 2008/48/EZ „treba tumačiti na način da ista ne sprječava države članice da nacionalne i s Direktivom usklađene odredbe primjenjuju na ugovore o kreditu osigurane nekretninom, iako su isti izričito isključeni iz materijalnog polja primjene Direktive 2008/48/EZ“. Tako Mišćenić, Emilia, *Novo uređenje...*, op. cit., str. 121.

61 Čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o potrošačkom kreditiranju, NN br. 112/12., dalje u tekstu: ZIDZPK/12.

62 Ibid.

63 Prema čl. 4. st. 3. Direktive 2014/17/EU, ugovor o kreditu znači „ugovor pri kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u polju primjene čl. 3., u obliku odgode plaćanja, kredita ili slične financijske nagodbe“.

64 Vlada je Prijedlog Plana usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske s pravnom stečevinom Europske unije za 2016. godinu (dalje: Plan), str. 1., donijela na sjednici 11. veljače 2016. i uputila Hrvatskom saboru u kojem je usvojen 26. veljače 2016.

65 Iako čl. 3. st. 2. Direktive 2014/17/EU navodi ugovore o kreditu na koje se ista ne primjenjuje, recital 14. preambule Direktive 2014/17/EU sadrži opciju za države članice da u skladu s pravom Unije prošire primjenu nacionalnih harmoniziranih odredaba kojima se preuzima Direktiva 2014/17/EU i na ona područja koja nisu pokrivena njezinim poljem primjene. Detaljnije o tome Mišćenić, Emilia, *Novo uređenje...*, op.cit., str. 121.

poljem primjene ZPK-a te budućeg ZPSK-a, dok će se, ako istim zakonima ili ZZZP-om nije drukčije određeno, na njih podredno primjenjivati odredbe ZOO-a.⁶⁶ Upravo će se odredbe ZOO-a pokazati ključnima za određenje predmeta ugovora o (potrošačkom) kreditu, posebice ima li se u vidu definicija pravnog posla potrošačkog kreditiranja iz ZPK-a. Naime, istu (definiciju), a po uzoru na definicije ugovora o zajmu i ugovora o kreditu iz čl. 499. st. 1. i čl. 1021. ZOO,⁶⁷ hrvatski zakonodavac uvodi u čl. 2. st. 1. toč. 15. ZPK neovisno o usklađivanju s Direktivom 2008/48/EZ. Stoga, tek podredna primjena odredaba ZOO-a, te komparacija s definicijama ugovora o zajmu i ugovora kreditu, a zajedno s definicijom pravnog posla potrošačkog kreditiranja iz ZPK-a, omogućava konačno definiranje predmeta ugovora o kreditu u smislu ZPK-a, kao i njegovo razgraničenje od srodnih pojmova prema ZOO-u. Tako je prema čl. 2. st. 1. toč. 15. ZPK „potrošačko kreditiranje (je) pravni posao kojim se jedna ugovorna strana obvezuje drugoj staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a druga se ugovorna strana obvezuje plaćati ugovorene kamate, odnosno ugovorene naknade, te iskorišteni iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno, kao i svaki drugi pravni posao, koji je po svojoj gospodarskoj biti jednak ovome pravnome poslu“. Različito od definicije ugovora o kreditu iz čl. 2. st. 1. toč. 3. ZPK, definicija pravnog posla potrošačkog kreditiranja jasno utvrđuje predmet ugovora o potrošačkom kreditu, a to je činidba vrijednosti, odnosno tražbina i njezina obilježja. Dovedemo li ovu definiciju u vezu s definicijom ugovora o kreditu iz čl. 1021. ZOO proizlazi kako činidbu vrijednosti, odnosno tražbinu (kao predmet ugovora) nije teško razlikovati od one iz potrošačkog kredita (strukturiranu autonomnim obilježjima iz sustava pravila o zaštiti potrošača). Ipak, posebna obilježja pojedinih tražbina ugovora o kreditu, a koje bi na prvi pogled ulazile u sustav onih iz potrošačkih kredita, „vraćaju“ ih u krug tzv. običnih kredita. Naime, za razliku od obveznih pravila koja razlikuju namjenske i nenamjenske tražbine kao predmet ugovora o kreditu,⁶⁸ odredbe ZPK-a pokazuju znatno kompleksniji sustav razdiobe tražbina koji ne polazi samo od svrhe (namjene) tražbine, već i njezina podrijetla. Vidljivo je to na primjeru već spomenute odredbe čl. 3. st. 1. ZPK kojom zakonodavac od primjene odredaba

66 I dok čl. 25. ZPK upućuje na podrednu primjenu ZZZP-a, ZZZP u čl. 4. st. 2. upućuje na podrednu primjenu odredaba ZOO-a na obveznopravne odnose između potrošača i trgovaca, ako posebnim zakonima ili ZZZP-om nije drukčije određeno.

67 Prema čl. 1021. ZOO, pojam ugovora o kreditu definiran je kao (ugovor o kreditu) kojim se: „banka (se) obvezuje korisniku kredita staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a korisnik se obvezuje banci plaćati ugovorene kamate i iskorišteni iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno. Dole je pojam ugovora o zajmu iz čl. 499. st. 1. ZOO definiran kao (ugovor o zajmu) kojim se „obvezuje (se) zajmodavac predati zajmoprimcu određeni iznos novca ili određenu količinu drugih zamjenljivih stvari, a zajmoprimac se obvezuje vratiti mu poslije stanovitog vremena isti iznos novca, odnosno istu količinu stvari iste vrste i kakvoće“. Detaljnije o tome Mišćenić, Emilia, *Ugovor...*, op. cit., naslov 3.1. *Ugovor o potrošačkom kreditu i pravni posao potrošačkog kreditiranja*.

68 Vidi npr. čl. 1021. et seq. ZOO.

ZPK-a izuzima određene ugovore o kreditu, odnosno tražbine s naslova tih kredita.⁶⁹ Drugim riječima, budući da se pravila ZPK-a ne primjenjuju na određenu vrstu ugovora o kreditu, odnosno tražbina – takvi krediti ne smatraju se potrošačkim kreditima čak i kada udovoljavaju pretpostavci da su zaključeni između potrošača i vjerovnika. Stoga je moguće govoriti o tzv. kvalifikacijskom kriteriju koji polazi od vrste predmeta ugovora o kreditu primjerice, kako je slučaj kod ugovora o kreditu i njihovih predmeta, odnosno tražbina iz čl. 3. st. 1. toč. b), c), d) i dr. ZPK-a.⁷⁰ Koristi se i tzv. vrijednosni kriterij koji je u vezi s visinom tražbine iz ugovora u kreditu i s njim u skladu, ponovo se, na poseban način uređuje predmet ugovora o kreditu. Tako je u već spomenutom čl. 3. st. 1. toč. a) ZPK određeno da se ZPK ne primjenjuje na „ugovore o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita veći od 1.000.000,00 kuna“. Postoje i svojevrsne potkategorije ugovora o kreditu. Za njih se, pod određenim pretpostavkama primjenjuju pravila ZPK-a u određenoj varijanti, a kako određuje čl. 3. st. 2. do 4. ZPK.⁷¹ Posebnu kategoriju potrošačkih kredita sa specifičnim predmetom uvele su posljednje izmjene i dopune ZPK-a iz 2015. Riječ je o kreditima čije su tražbine denominirane u CHF, odnosno u kunama s valutnom klauzulom u CHF. Za njih je određeno da ulaze u sustav potrošačkih kredita i kada su im tražbine više od 1.000.000,00 kuna,⁷² a radi li se o osiguranim kreditima njihovi se instrumenti stvarnopravnog osiguranja „prenose“. ⁷³ Sumira li se dosada navedeno, moguće je prema označenim obilježjima predmeta ugovora o (potrošačkom) kreditu od općih prema posebnima strukturirati:

a) ugovore o kreditu koje uređuju pravila iz čl. 1021. et seq. ZOO i koji ne ulaze u sferu potrošačkih kredita,

b) ugovore o kreditu koje vjerovnici zaključuju s potrošačima, ali na koje se ne primjenjuju pravila ZPK-a, jer su njihove tražbine više od 1.000.000,00 kuna, a nisu denominirane u CHF odnosno u kunama s valutnom klauzulom u CHF,

c) ugovore o kreditu koje vjerovnici zaključuju s potrošačima, ali na koje se ne primjenjuju pravila ZPK-a, jer se radi o vrsti ugovora isključenima od njegove primjene temeljem čl. 3. st. 1. ZPK,

d) ugovore o kreditu koje vjerovnici zaključuju s potrošačima, ali na koje se ne primjenjuju sve odredbe ZPK-a, jer se radi o vrsti ugovora djelomično isključenima od njegove primjene temeljem čl. 3. st. 2. do 4. ZPK,

69 Unatoč sličnom pristupu u određenju ugovora o kreditu, recital 15. preambule Direktive 2014/17/EU naglašava kako se u svrhu osiguravanja visokog stupnja zaštite potrošača koji sklapaju ugovore o kreditu koji se odnose na nekretnine, njezine odredbe trebaju primjenjivati na kredite osigurane nekretninom bez obzira na svrhu kredita.

70 Detaljnije o kriterijima za izuzimanje određenih vrsta kredita iz polja primjene Direktive 2008/48/EZ kod Čikara, Emilia, Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu, u: Vasiljević, Mirko (ur.), *Pravo i privreda, Dosije studio, Beograd, 2009.*, str. 301 et seq.

71 Detaljnije kod Čikara, Emilia, *Otvorena pitanja potrošačkog kreditiranja u hrvatskome pravu, Zbornik 48. Susreta pravnika - Opatija '10 Hrvatskog saveza udruga pravnika u gospodarstvu, 2010.*, str. 315.

72 Čl. 19.a st. 4. ZPK.

73 Čl. 19.e st. 9. ZPK.

e) ugovore o kreditu koje vjerovnici zaključuju s potrošačima, neovisno o tome što su njihove tražbine više od 1.000.000,00 kuna i na koje se primjenjuju pravila ZPK-a, jer su njihove tražbine denominirane u CHF odnosno u kunama s valutnom klauzulom u CHF,

f) ugovorima o kreditu koje vjerovnici zaključuju s potrošačima, na koje se primjenjuju pravila ZPK-a, te koji nomenklaturom obuhvaćaju znatno širi krug odnosa negoli je to slučaj prema odredbama ZOO-a o ugovoru o kreditu.

Posebno poglavlje neovisno radi li se o običnim ili potrošačkim (osiguranim) ugovorima o kreditu otvara pitanje samog (stvarnopravnog) osiguranja i njegovog predmeta. Potrebno je stoga, osim o tražbini kao predmetu ugovora o kreditu, kazati nešto i nekretnini kao predmetu stvarnopravnog osiguranja, pa u tom kontekstu i o obilježjima pojedinih vrsta i podvrsta osiguranja. Svaki od naprijed navedenih ugovora o (potrošačkom) kreditu, točnije izvjesnost namirenja njihovih tražbina može se osigurati nekim stvarnopravnim osiguranjem. Sustav osiguranja uređuje pravila koja potječu iz različitih pravnih izvora, a, u pravilu, su kogentne naravi i nije ih dopušteno mijenjati dispozicijama ugovornih strana.⁷⁴ To ostvaruje specifične učinke po tražbinu kao predmet ugovora o (potrošačkom) kreditu, pa čak otvara i mogućnost da tražbina u nekoj varijanti ostane neosigurana postupe li strane na nedopušten način. Po prirodi stvari tražbina s naslova običnih i potrošačkih ugovora o kreditu može biti osigurana samo dobrovoljnim osiguranjima,⁷⁵ a u radu se promatraju javnobilježničko založno pravo temeljem sporazuma stranaka i prijenosom prava vlasništva na nekretnini. Inspiracija za odabir ovih osiguranja proizašla je iz spominjane odredbe čl. 3. st. 1. sl. a) Direktive 2014/17/EU čiji sadržaj i terminologija jasno ukazuju na namjeru EU zakonodavca omogućiti primjenu Direktive 2014/17/EU na najširi krug osiguranja, pritom ne zadirući u postojeća nacionalna uređenja stvarnopravnih osiguranja.⁷⁶ Tako, nazivi i formulacije iz engleske jezične verzije Direktive 2014/17/EU objavljene u SL EU kao što su „mortgage“, „another comparable security“ ili „secured by a right“ kriju složenije značenje od onog iz hrvatskoga prijevoda. Jasno je, naime, iz tumačenja cjelokupnog teksta Direktive 2014/17/EU da se njome htjelo obuhvatiti specifična stvarnopravna osiguranja iz različitih pravnih sustava (npr. kontinentalnog pravnog kruga, angloameričkog i njemu srodnih pravnih sustava), a za razmjere nacionalnog prava, napominje se da je sadržajno prijevod engleskog pojma „mortgage“ u hrvatski „hipoteka“ najpreciznije razumjeti kao založno pravo na nekretnini.

74 Tako npr. prisilna pravila o formi u kojoj se osiguranje može osnovati određuje, s jedne strane pretpostavke za njegovo osnivanje (npr. za uknjižbu), a s druge koje će ovlasti imati vjerovnik u slučaju neispunjenja obveza iz ugovora o kreditu. V. npr. čl. 301. OZ, čl. 310. OZ i sl.

75 Ne može se raditi o tzv. prisilnim osiguranjima na nekretninama, npr. o prisilnom sudskom založnopravnom osiguranju iz čl. 295. et seq. OZ.

76 U SL EU objavljena engleska jezična verzija članka 3. st. 1. sl. a) Direktive 2014/17/EU glasi: „credit agreements which are secured either by a mortgage or by another comparable security commonly used in a Member State on residential immovable property or secured by a right related to residential immovable property.“

Međutim, važno je naglasiti da zahtjevima iz čl. 3. st. 1. sl. a) Direktive 2014/17/EU, zapravo, udovoljavaju brojna osiguranja, npr. sve podvrste dobrovoljnih založnih prava na nekretninama, sve inačice prijenosa i pridržaja prava vlasništva radi osiguranja i sl., ali, osnovana na nekretninama namijenjenima stanovanju. Upravo će ovo u vezi s najavljenim načinom preuzimanja Direktive 2014/17/EU (u budućem ZPSK-u) prouzročiti poteškoće kada je riječ o stvarnopravno osiguranim potrošačkim ugovorima o kreditu. Za očekivati je stvaranje novih paralelnih rješenja, u ovom slučaju dva slična, ali ipak odstupajuća seta pravila za potrošačke kredite. Odnosno, jedan za one osigurane stvarnopravnim osiguranjima alias založnim pravom na (običnim) nekretninama, a drugi kada će se raditi o stambenim nekretninama. Dok će se za prve primjenjivati odredbe ZPK-a, za druge će se primjenjivati odredbe budućeg ZPSK-a.⁷⁷ Na taj će se način, ionako složeno pitanje predmeta kredita i stvarnopravnog osiguranja, posebno imajući u vidu vrstu predmeta osiguranja (nekretninu) i samog osiguranja (npr. podvrste založnog prava, inačice prijenosa prava vlasništva i sl.), dodatno komplicirati kategorijom stambene nekretnine. Potrebno je kazati da naša pravila stvarnog i zemljišnoknjižnog prava pojam nekretnine (pa kada je ona i predmet osiguranja) ne dovode u vezu s njenom funkcijom.⁷⁸ Jedino se kod etažnog vlasništva, ali izvan ovdje relevantnog konteksta, govori o stanu.⁷⁹ Kriterij funkcije nekretnine ne koristi se ni pri uređenju predmet ovrhe,⁸⁰ a budući da ista pravila vrijede i za osiguranja na nekretnini, funkcija nekretnine nije odlučna ni kod uređenja predmeta osiguranja⁸¹. Regulatoriva koja u određenoj mjeri vodi računa o funkciji nekretnine postoji kod ograničenja i isključenja od ovrhe (npr. u čl. 75. st. 5., 76., 91. i 241. OZ), a nakon posljednje izmjene i dopune OZ-a iz 2014.⁸² i kod odgode ovrhe na nekretnini kada ovršenik u njoj stanuje⁸³. Definicija stambene nekretnine ne daje se ni u odredbama ZPK-a, niti ZZP-a. Na pitanje koje su nekretnine stambene izričit odgovor ne sadrži ni sama Direktiva 2014/17/EU. Prima facie, takve su one koje služe stanovanju potrošača. Koje, pak, i kakve eventualno je moguće zaključiti iz jedne, negativno apostrofirane pretpostavke sadržane u recitalu 17. preambule, te čl. 3. st. 3. sl. b) Direktive 2014/17/EU. Prema njima, stambena bi nekretnina bila: kuća, stan ili drugo boravište koji se koriste za stanovanje potrošača ili člana njegove obitelji. S tim da se ne radi o takvoj nekretnini, ako je potrošač ili član njegove obitelji (ni u koje vrijeme) ne smije koristiti „kao kuću, stan ili drugo boravište, a nekretnina se, na

77 O tome kritički Mišćenić, Emilia, Ugovor..., op. cit., naslov 2. Potrošačko kreditiranje u hrvatskom pravu.

78 Vidi definiciju nekretnine iz čl. 2. st. 3. i čl. 9. ZV, te definiciju zemljišta iz čl. 2. ZZK. Više kod Mihelčić, Gabrijela, Marochini, Maša, Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 35, br. 1, 2014., str. 167.-168.

79 Čl. 66. et seq. ZV, čl. 24. st. 1. i čl. 32. st. 2. ZZK.

80 Čl. 81. OZ.

81 Npr. čl. 304. u vezi s čl. 297. st. 4. OZ.

82 Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, NN br. 93/14., dalje u tekstu: ZIDOZ/14.

83 Čl. 84a. OZ.

temelju ugovora o najmu treba koristiti kao kuća, stan ili drugo boravište⁸⁴. Isti se zaključak analogijom može izvesti iz recitala 26. preambule Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača, koji razlikuje ugovore o najmu nekretnina u stambene svrhe, odnosno svrhu stanovanja, od ugovora o najmu stambenih prostora u svrhe koje nisu namijenjene stanovanju. Ovakvo tumačenje u skladu je sa samim određenjem stvarnopravno osiguranih ugovora o (potrošačkom) kreditu kao B2C ugovora, a za koje je nužno da ih potrošač kao fizička osoba sklapa u svrhu izvan poslovne, odnosno profesionalne ili trgovačke djelatnosti. U slučaju ugovora o kreditu s dvojnog svrhom koji se odnose na nekretnine, a koje je djelomično moguće koristiti za stanovanje, a djelomično za iznajmljivanja (npr. apartmane), presudan će biti element prevladavajuće svrhe.⁸⁵ Pojmu stambene nekretnine dodatnu dimenziju daje čl. 3. st. 1. sl. b) Direktive 2014/17/EU određujući da se ista primjenjuje i na „ugovore o kreditu čiji je cilj steći ili zadržati imovinska prava nad zemljištem ili na postojećoj ili projektiranoj građevini“. No, ovu odredbu treba iznova tumačiti u svjetlu objašnjenog pojma stambenih nekretnina, odnosno elementa stanovanja. To potvrđuje i opcija izuzeća državama članicama iz čl. 3. st. 3. sl. a) Direktive 2014/17/EU s obzirom na ugovore o kreditu kojima svrha nije „stjecanje ili zadržavanje prava na stambenu nekretninu“.

Pored svega, u prilog problematiziranju idu i, u Direktivi 2014/17/EU sadržane brojne mogućnosti, odnosno opcije proširenja polja primjene nacionalnih usklađenih pravila na one ugovore o kreditu koji su izuzeti iz njezina polja primjene.⁸⁶ Isti su izuzeti iz polja primjene Direktive 2014/17/EU jer se ne odnose na stambene nekretnine ili se zbog posebnih karakteristika zdvajaju iz „standardnih“ stvarnopravno osiguranih (potrošačkih) kredita ili onih namijenjenih stjecanju, odnosno zadržavanju imovinskih prava nad stambenom nekretninom.⁸⁷ U hrvatskim okvirima potrošačkog kreditiranja rješenje bi se moglo potražiti u jedinstvenom režimu za stvarnopravno osigurane ugovore o kreditu koji se odnose na nekretnine i ostale vrste potrošačkih kredita unutar ZPK-a.⁸⁸ Takvu mogućnost predviđa i sam recital 13. preambule Direktive 2014/17/EU koji državama članicama omogućuje proširenje mjera zaštite potrošača i na „ugovore o kreditu povezane s drugim oblicima nekretnina“, premda se Direktiva 2014/17/EU odnosi na ugovore o kreditu

84 Čl. 3. st. 3. sl. b) Direktive 2014/17/EU.

85 Nešto slično „prevladavajućoj svrsi“ poznaju i nacionalna ovršna pravila kada uređuju ograničenje i izuzeće od ovrhe nekretnina pravne osobe u čl. 241. OZ, pritom koristeći restriktivnu odrednicu o „obavljanju strogo namjenske djelatnosti“. Riječ je o odredbama koje vrijede za nekretnine pravne osobe, dok se, kada je riječ o nekretninama fizičke osobe, u čl. 75. st. 1. OZ koristi formulacija „nekretnine nužne za zadovoljenje osnovnih životnih potreba“, u koje ne ulazi „stanovanje“ kako određuje st. 5. istog članka.

86 Proširena harmonizacija u tom je smislu s jedne strane omogućena odredbom iz čl. 2. st. 1. o minimalnom stupnju harmonizacije na kojem se Direktiva 2014/17/EU temelji te s druge opcijama sadržanima u recitalima 13. i 14. preambule Direktiva 2014/17/EU. Detaljnije o tome Mišćenić, Emilia, *Novo uređenje...*, op. cit., str. 121.

87 Vidi čl. 3. st. 2., kao i recitale 16. i 17. preambule Direktive 2014/17/EU.

88 Tako Mišćenić, Emilia, *Ugovor...*, op. cit., naslov 2. Potrošačko kreditiranje u hrvatskom pravu.

koji su isključivo ili pretežno u vezi sa stambenim nekretninama. Ovakvo rješenje poduprto je i strukturom i sadržajem Direktive 2014/17/EU koja, načelno, prati sadržaj Direktive 2008/48/EZ preuzete u ZPK u čijoj je preambuli izričito naglašena potrebu usuglašavanja nacionalnih pravnih okvira i rješenja za potrošačke ugovore o kreditu koji se odnose na stambene nekretnine s ostalim potrošačkim ugovorima o kreditu.⁸⁹ Pritom bi posebno trebalo paziti da navedena rješenja što manje kolidiraju s postojećim nacionalnim sustavom stvarnopravnih osiguranja kako bi se očuvala njegova već prilično narušena koherentnosti.

5. SADRŽAJ UGOVORA O (POTROŠAČKOM) KREDITU I SPORAZUMA O STVARNOPRAVNOM OSIGURANJU TRAŽBINE NA NEKRETNINI KAO PREDMETU OSIGURANJA

Ugovor o kreditu mora sadržavati određene sastojke. Svi oni nisu nužni, dijele se na bitne, koji mogu biti objektivni i subjektivni, prirodne i nuzgredne. Ugovor o kreditu mora sadržavati objektivno bitne sastojke. U suprotnom, u pravilu, se neće raditi o ugovoru o kreditu. Međutim, pod pretpostavkom da ugovor nije ništetan, može biti riječ o nekom drugom ugovoru, imenovanom ili neimenovanom iz kojeg za ugovorne strane proizlaze određena prava i obveze. Sadržaj običnog ugovora o kreditu uređuje čl. 1022. st. 2. ZOO u samo jednoj rečenici i određuje da se: „ugovorom o kreditu utvrđuje (se) iznos te uvjeti davanja, korištenja i vraćanja kredita“. Sasvim je drukčije sa sadržajem ugovora o potrošačkom kreditu kojeg uređuje cijelo jedno poglavlje ZPK-a (čl. 10.-19.) pod oznakom i nazivom „IV. Sadržaj ugovora o kreditu“. Prva od tih odredbi, iz čl. 10. ZPK, predstavlja temeljno pravilo koje se odnosi na sadržaj ugovora o potrošačkom kreditu. U njemu su pod naslovom „Informacije koje moraju biti uključene u ugovor o kreditu“ uređeni bitni sastojci ugovora o potrošačkom kreditu. I najpovršnija usporedba čl. 1022. st. 2. ZOO i čl. 10. st. 2. ZPK pokazuje dijametralno oprečan pristup u normiranju sadržaja ugovora o kreditu i ugovora o potrošačkom kreditu, odnosno njihovih bitnih sastojaka. Ovo je izravna posljedica procesa usklađivanja nacionalnog prava s EU pravom i njegove prilagodbe.

Sadržaj ugovora o (potrošačkom) kreditu dodatnu dimenziju ima u svjetlu zahtjeva za stvarnopravnim osiguranjem tražbine iz ugovora. Premda namjera osiguranja izravno ne utječe na zadani sadržaj ugovora o (potrošačkom) kreditu, ne može se tvrditi da ne utječe na taj sadržaj. Pritom je od važnosti o kojem se sredstvu stvarnopravnog osiguranja radi jer se za pojedine vrste osiguranja ne traže iste pretpostavke.⁹⁰ Najbolje, međutim, vezu ugovora o (potrošačkom) kreditu i

89 Recitali 19. i 20. preambule Direktive 2014/17/EU.

90 Ove pretpostavke uglavnom uređuju posebna pravila koja se tiču pojedinih vrsta ili podvrsta stvarnopravnih osiguranja. Usprkos brojnim posebnim uređenjima korisno je napomenuti da se u čl. 297. st. 2. ZV određuje da “što je određeno za založno pravo primjenjivati (će se) na odgovarajući način i na prijenos vlasništva radi osiguranja, kao i na svako drugo osiguravanje namirenja tražbine stvarima ili pravima dužnika ili treće osobe, ako zakonom nije što drugo određeno”.

stvarnopravnog osiguranja pokazuje to što se sklapanje ugovora o kreditu nerjetko uvjetuje osnivanjem osiguranja. Takav zaključak potvrđuje odredba čl. 4. st. 3. ZPK koja zahtijeva da se u stadiju oglašavanja postojanje obveze sklapanja ugovora o osiguranju (čiji se troškovi ne znaju unaprijed), navede zajedno s EKS-om na jasan, vidljiv i uočljiv način. Stoga se u nastavku posebna pozornost posvećuju njihovoj međusobnoj interakciji tako što se najprije analizira sadržaj ugovora o (potrošačkom) kreditu, a potom sporazuma kao pravnog temelja na kojem nastaje osiguranje.⁹¹

5.1. Sadržaj ugovora o (potrošačkom) kreditu

Kao što je supra spomenuto, zakonodavni okvir potrošačkog kreditiranja vrlo detaljno uređuje sadržaj ugovora o kreditu. Takvo sveobuhvatno uređenje posljedica je jednog od temeljnih instrumenata zaštite potrošača sadržanog u svim EU potrošačkim direktivama – tzv. dužnosti vjerovnika da potrošača detaljno informira o predmetu i sadržaju ugovora, te pravima i obvezama iz ugovora (eng. information duty).⁹² Tako prema čl. 10. ZPK, ugovor o kreditu mora jasno i sažeto sadržavati informacije predviđene u st. 2. od sl. a) sve do sl. z).⁹³ Iz opsežne liste informacija koje se odnose, npr. na vrstu kredita, osnovne podatke o vjerovniku, trajanje ugovora o kreditu, ukupan iznos kredita, kamatnu stopu itd., vrlo je teško primjenom klasičnih obveznopravnih kriterija razlikovati bitne, nuzgredne, a u nekim slučajevima i prirodne sastojke ugovora. Budući da informacije iz čl. 10. ZPK većinom preslikavaju odredbe o informacijama koje je vjerovnik potrošaču dužan pružiti u predugovornom stadiju temeljem čl. 5. ZPK, eventualne smjernice u tom smislu može pružiti informativni obrazac sadržan u Pravilniku o obvezi informiranja potrošača i o dodatnim pretpostavkama za izračun efektivne kamatne stope.⁹⁴ Isti, po uzoru na Aneks II. Direktive 2008/48/EZ kojeg preuzima, navedene informacije dijeli u više kategorija pri čemu vrstu, ukupan iznos, trajanje kredita itd. uključuje u „opis glavnih značajki kreditnog proizvoda“, dok npr. kamatnu stopu i EKS uvrštava u „troškove kredita“. Povrh ovoga, pravila koje se tiču sadržaja ugovora o potrošačkom kreditu, osim u ZPK-u, nalaze se npr. i ZKI-u, a ne treba zaboraviti da se na ove ugovore podredno primjenjuju i pravila ZZP-a te ZOO-a. Ukoliko kao vjerovnik nastupa, npr. banka kao kreditna institucija, uređenje

91 Vidi više o pretpostavkama za osnivanje osiguranja stjecanjem založnog prava temeljem sporazuma stranaka u: Mihelčić, Gabrijela, Komentar Ovršnog zakona, Organizator, Zagreb, 2015., str 887. et seq., O pretpostavkama za osnivanje osiguranja prijenosom vlasništva na stvari, ibid., str. 916. et seq.

92 Mišćenić, Emilia, Usklađivanje..., op. cit., str. 154., bilješka 54.

93 Dotle je prema čl. 10. st. 5. ZPK suženiji opseg informacija propisan za sadržaj ugovora o kreditu u obliku prekoračenja iz čl. 3. st. 2. ZPK.

94 NN br. 14/10. i 124/13., dalje u tekstu: POIPDPIEKS. Kao dopuna istom primjenjuje se i Obrazac s informacijama iz čl. 2. Odluke o sadržaju i obliku u kojem se potrošaču daju informacije prije ugovaranja (ili prije zaključivanja ugovora o pružanju pojedine bankovne usluge, NN br. 2/15., dalje u tekstu: OSOPDIPU).

sadržaja ugovora o (potrošačkom) kreditu podliježe i odredbama čl. 303. ZKI koji uređuje objavljivanje općih uvjeta poslovanja,⁹⁵ odnosno čl. 304. ZKI prema kojem je Hrvatska narodna banka (dalje u tekstu: HNB) ovlaštena podzakonskim propisom poblize inter alia urediti „ostale obvezne elemente ugovora o kreditu“.⁹⁶ Ovakav način uređenja sadržaja ugovora o potrošačkom kreditu uzrokom je, ne samo poteškoća pri utvrđivanju bitnih i ostalih sastojaka ugovora, već dovodi i do potkopavanja ratia zakonskih rješenja o sadržaju ugovora. Suprotno zahtjevu iz čl. 10. st. 2. ZPK o jasnom i sažetom sadržaju ugovora golema količina kompleksnih informacija posebne pravne, ekonomske i financijske naravi vodi preopterećenju potrošača odnosno tzv. information overload. Tako npr. odlučujući o reviziji u slučaju Franak VS glede promjenjive kamatne stope navodi kako je terminologija korištena u odlukama banaka „visoko stručna i kao takva (je ona) razumljiva isključivo onim osobama koje imaju ekonomsku naobrazbu te koje se bave bankarskim poslovanjem“, dok je „za prosječnog potrošača ovakva terminologija (je) apsolutno nerazumljiva.“⁹⁷ Rezultat je nemogućnost razlikovanja bitnih od manje bitnih informacija koje čine sadržaj ugovora (govorimo li o obveznopравnim kriterijima), kao i izostanak ključne pretpostavke dužnosti informiranja – razumijevanje sadržaja ugovora o kreditu.⁹⁸ Takve primjedbe ne vrijede s obzirom na čl. 1022. st. 2. ZOO koji kao sastojke ugovora o kreditu navodi: iznos te uvjete davanja, korištenja i vraćanja kredita. Imaju li se u vidu negativne posljedice information overloada, ova jednostavnija legislativa ne mora nužno biti i manje učinkovita. Takva su razmišljanja uočljiva u pravnoj teoriji. Polazeći od toga da odredbe ZOO-a ne propisuju izričito bitne sastojke ugovora o kreditu, Petrić navodi kako se u dijelu teorije smatra da su ovi elementi navedeni primjerice, te da „u svakom ugovoru ne moraju biti detaljno navedeni svi elementi koji određuju odnos stranaka, a da bi ugovor bio valjan i obvezivao stranke“⁹⁹. Također, navodi kako „prema stajalištima izraženim u teoriji „uvjeti korištenja i vraćanja kredita“

95 Vidi čl. 303. st. 4. ZKI gdje se detaljno navodi koji se podatci podrazumijevaju „pod informacijama iz općih uvjeta poslovanja, a koje se odnose na odobravanje kredita“.

96 U tom smislu relevantna je i Odluka HNB-a o efektivnoj kamatnoj stopi kreditnih institucija i kreditnih unija te ugovaranju usluga s potrošačima, NN br. 1/09., 41/09., dalje u tekstu: Odluka HNB, koja upućuje na informacije koje moraju sadržavati opći uvjeti poslovanja kreditne institucije. Sukladno čl. 388. ZKI, ista je na snazi i primjenjuje se u dijelu u kojem nije u suprotnosti s odredbama Uredbe (EU) br. 575/2013 i ZKI-a.

97 Presuda i rješenje VS, Revt-249/14-2 od 9. travnja 2015., str. 33.

98 Tumačeći odredbe Direktive Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima, SL 1993 L 95/29, posljednji puta izmijenjene Direktivom 2011/83/EU (dalje u tekstu: Direktiva 93/13/EEZ) u predmetu C26/13, Árpád Kásler and Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt. od 13. travnja 2014., ECLI:EU:C:2014:282, u paragrafima 71.-72., Sud EU dolazi do zaključka kako odredba Direktive 93/13/EEZ o zahtjevu transparentnosti nadilazi puku formalnu i gramatičku razumljivost teksta ugovornih odredaba. Isto proizlazi i iz čl. 53. ZKP koji je s istom usklađen.

99 Petrić, Silvija, Zaštita potrošača u bankarskim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo Europske unije, Zbornik PFS, br. 1–1/2002., str. 123. Više o objektivno bitnim sastojcima ugovora o kreditu kod Gorenc, Vilim et al., *Obvezno pravo, Posebni dio I, Pojedini ugovori*, (red. Slakoper, Zvonimir), Novi informator, Zagreb, 2012., str. 214. et seq.

„predstavljaju u svakom slučaju bitne elemente ugovora o kreditu“, upućujući pritom na drukčiji stav Gorenca prema kojem, „su uvjeti korištenja kredita bitni sastojci ugovora o bankarskom kreditu jedino kod namjenskih ugovora o kreditu, dok su uvjeti vraćanja u svakom slučaju bitni elementi ugovora“. ¹⁰⁰ Prikazana problematika pojavila se i u, već spomenutom slučaju, Franak gdje se određenje bitnih sastojaka ugovora pokazalo ključnom okolnosti. Naime, unatoč kogentnoj prirodi pravila o sadržaju ugovora koji se sklapaju između potrošača i vjerovnika, ¹⁰¹ u praksi se pojavljuju brojni primjeri nepoštovanja istih od strane vjerovnika. ¹⁰² Tako je u navedenom slučaju, primjenjujući relevantni zakonski okvir koji se odnosi na ocjenu (ne)poštenosti ugovornih odredaba iz ugovora o kreditu, VTS zaključio kako je „odredba kojom se glavnica kredita veže za švicarski franak odredba (je) o predmetu ugovora.“ ¹⁰³ Svrstavanje tzv. valutne klauzule u bitne sastojke ugovora pokazalo se važno, budući da je time VTS ovu klauzulu izuzeo od primjene ocjene (ne)poštenosti iz čl. 49. st. 1. ZZZP, a temeljem članka 52. ZZZP ¹⁰⁴. Zanimljivo je da konačan odgovor u vezi s ovim pitanjem ne daje ni bogata praksa SEU-a o nepoštenim ugovornim odredbama u ugovornima o (potrošačkom) kreditu tumačeći odredbe Direktive 93/13/EEZ s kojima je naš zakonski okvir usklađen. ¹⁰⁵ U cijelom nizu presuda, naime, Sud EU odluku o tome koje odredbe ugovora o (potrošačkom) kreditu treba smatrati bitnim sastojcima ugovora prepušta nacionalnom sudcu. ¹⁰⁶ Tako je, npr. u postupku za donošenje odluke o prethodnom pitanju, mađarski sud Kúria postavio upit spada li ugovorna odredba kojom se određuje (važeći) tečaj za

¹⁰⁰ Petrić, Silvija, *Zaštita...*, op. cit., str. 123.

¹⁰¹ U skladu s čl. 41. st. 1. ZZZP „potrošač se ne može odreći niti mu se mogu ograničiti prava koja ima na temelju (ovoga) Zakona ili drugih zakona kojima se štite prava potrošača“, a temeljem st. 2 istog članka su „ugovorne odredbe koje su za potrošača nepovoljnije od onih propisanih (ovim) Zakonom ili drugim zakonima kojima se uređuje zaštita potrošača ništetne (su)“.

¹⁰² Detaljnije kod Mišćenić, Emilia, *Nepoštene odredbe u ugovorima o kreditu*, u: Tomljenović, Vesna, Petrić, Silvija, Mišćenić, Emilia (ur.), *Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2013., str. 113. et seq.

¹⁰³ Presuda i rješenje VTS, Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014., str. 50.

¹⁰⁴ Naime, ista odredba isključuje ocjenu (ne)poštenosti ugovornih odredaba o predmetu ugovora i primjerenosti cijene poštene ako su te odredbe jasne, lako razumljive i uočljive. Detaljnije o tumačenju i primjeni čl. 52. ZZZP-a sukladno Direktivi Vijeća 93/13/EEZ kod Mišćenić, Emilia, *Nepoštene...*, op. cit., str. 158.

¹⁰⁵ Mišćenić, Emilia, *Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Hrvatske*, u: Jessel-Holst Christa, Josipović Tatjana, Dollani Nada (ur.), *Nepoštene ugovorne odredbe u općem ugovornom pravu*, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, SEELS, Knjiga II, 2012., str. 184 et seq.

¹⁰⁶ Tako u predmetu C-484/08 od 3. lipnja 2010., *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* od 3. lipnja 2010., ECLI:EU:C:2010:309, španjolski Tribunal Supremo smatra da je unaprijed formulirana ugovorna odredba iz ugovora o kreditu s promjenjivom kamatnom stopom namijenjenih kupnji stanova, prema kojoj će se promjenjiva nominalna kamatna stopa nakon svake promjene zaokružiti na sljedeću četvrtinu postotka (tzv. rounding-up term), odredba koja čini bitan sastojak ugovora o kreditu.

mjesečne anuitete iz ugovora o kreditu s valutnom klauzulom u CHF među one isključene od ocjene bitnih sastojaka ugovora iz čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ. Sud EU zaključio je, pak, kako je na nacionalnom sudu da utvrdi, uzimajući pritom u obzir prirodu, opći okvir i stipulacije iz ugovora o (potrošačkom) kreditu, kao i njegov pravni i činjenični kontekst, predstavlja li sporna odredba bitan sastojak dužnikove obveze na vraćanje iznosa koji mu je vjerovnik stavio na raspolaganje.¹⁰⁷ U ovom smislu pojašnjenja ne nudi niti nova Direktiva 2014/17/EU, iz čijih odredaba, doduše, jasno proizlazi prepoznavanje problema korištenja nepoštenih odredaba u osiguranim ugovorima o potrošačkom kreditu.¹⁰⁸ Upravo zato Direktiva 2014/17/EU dodatno naglašava dužnost informiranja uvođenjem opsežnijeg broja odredaba o informiranju potrošača od strane vjerovnika i kreditnih posrednika i u predugovornom i ugovornom stadiju.¹⁰⁹ No, niti ona, po uzoru na svoju prethodnicu (Direktivu 2008/48/EZ) – obveznopravnim kriterijem, ne razlikuje bitne od nuzgrednih sastojaka ugovora o potrošačkom kreditu. Već u svom čl. 13. (Direktive 2014/17/EU) obvezuje države članice da osiguraju realizaciju dužnosti vjerovnika staviti potrošaču u svako doba na raspolaganje jasne i razumljive opće informacije o ugovorima o (potrošačkom) kreditu, a koje, za razliku od onih iz čl. 10. Direktive 2008/48/EZ, pojačano vode računa o rizicima korištenja nepoštenih ugovornih odredaba u (osiguranim) ugovorima o (potrošačkom) kreditu.¹¹⁰

Iz svega što je naprijed rečeno nije teško zaključiti kako je cijeli niz sastojaka potrošačkih ugovora o kreditu, zapravo, podignut na razinu bitnih sastojaka.¹¹¹ Pritom ZPK-a ne predviđa, što u slučaju da neki ugovor o potrošačkom kreditu ne sadrži sve predviđene sastojke. Naime, osim što je u čl. 26., ZPK predvidio prekršajnu odgovornost vjerovnika koji bi postupio protivno čl. 10. ZPK,¹¹² zakonodavac ne kaže ništa o građanskopravnim posljedicama u tom slučaju.¹¹³ Sasvim je jasno da prema pravilima obveznog prava, ugovor o kreditu bez objektivno bitnih sastojaka

107 C26/13, *Árpád Kásler and Hajnalka Kásler* v *OTP Jelzálogbank Zrt.* od 13. travnja 2014., ECLI:EU:C:2014:282, para. 51.

108 Detaljnije kod Mišćenić, Emilia, *Novo uređenje...*, op. cit., str. 155.

109 Detaljnije kod Mišćenić, Emilia, *Mortgage Credit Directive (MCD): Are Consumers Finally Getting the Protection They Deserve?* u: *Slakoper Zvonimir* (ur.), *Liber Amicorum in Honorem Vilim Gorenc*, Zagreb, 2014., str. 235 et seq.

110 Prema čl. 13. Direktive 2014/17/EU opće informacije se odnose, primjerice na oblike sredstva osiguranja, vrste stope zaduživanja (fiksna, promjenjiva ili oboje), dostupnost kredita u stranoj valuti, ukupni trošak kredita za potrošača, EKS, navođenje mogućih dodatnih troškova itd.

111 Tako i Baretić, Marko, *Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo*, *Pravo u gospodarstvu*, Zbornik XLI. susreta pravnika 42:4, str. 223 et seq.

112 Čl. 26. st. 1. al. 8. i 9. ZPK.

113 Sukladno čl. 23. Direktive 2008/48/EZ s kojom je ZPK usklađen: „države članice utvrđuju pravila o sankcijama koje se primjenjuju na povrede nacionalnih odredaba koje se donose na temelju ove Direktive i poduzimaju sve mjere potrebne za osiguravanje njihove provedbe. Predviđene sankcije moraju biti učinkovite, proporcionalne i odvraćajuće“. Učinkovitost nacionalnih sankcija kada je riječ o potrošačkim ugovorima o kreditu već je bila predmetom spora pred Sudom EU-a u slučaju C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalhan* od 27. ožujka 2014., ECLI:EU:C:2014:190.

ne bi opstao,¹¹⁴ odnosno u nekoj bi se varijanti moglo raditi o drugom ugovoru (čak i neimenovanom). Isto se može primijeniti i za ugovore o potrošačkom kreditu, ali uz oprez.¹¹⁵ Široko postulirana definicija ugovora o potrošačkom kreditu može u nekoj varijanti dopustiti da se radi o takvom ugovoru i kada ugovor o potrošačkom kreditu (uopće) ne sadrži neke objektivno bitne sastojke (u smislu uređenja prema obveznim pravilima). Nije nemoguće da se, ne može li se identificirati, a sadrži dovoljno elemenata, radi i o neimenovanom ugovoru zaključenom između vjerovnika i potrošača. Postavlja se pitanje: „Izlazi“ li takav ugovor iz sfere posebnih pravila o zaštiti potrošača, ili je u nekoj opciji ništetan? Što vodi k sljedećem pitanju: Što u slučaju ništetnosti ugovora o potrošačkom kreditu uopće, odnosno ništetnost (samo) neke od njegovih bitnih odredbi. Stajalište koje je Sud EU, tumačeći odredbu čl. 4. st. 2. Direktive 93/13/EEZ (koji je preuzet čl. 52. ZZP) izrazio u predmetu EU Kásler and Káslerné Rábai, upućuje na zaključak o (supsidijarnoj) primjeni instituta ništetnosti ugovora iz ZOO-a i njegovih posljedica. U tom je predmetu Sud EU-a, naime, zaključio kako bi utvrđenje nepoštenosti, pa posljedično i ništetnosti valutne klauzule iz ugovora o potrošačkom kreditu imalo za posljedicu dužnost sudca da cijeli ugovor utvrdi ništetnim (ako bi taj sastojak bio bitan).¹¹⁶ Režim ništetnosti ugovornih klauzula u ZOO-u, ali i ZZP-u, s druge strane, kaže da ništetnost neke odredbe ugovora (pa radilo li se i o nepoštenoj odredbi) ne povlači automatski ništetnost ugovora može li on opstati bez nje (ništetne odredbe) i ako nije riječ o odredbi koja je bila uvjet ugovora ili odlučujuća pobuda zbog koje je sklopljen. Štoviše, ugovor ostaje valjan i ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda kada je ništetnost ustanovljena upravo da bi se ugovor oslobodio te odredbe i vrijedio bez nje (čl. 324. ZOO).

Iz svega navedenog proizlazi kako ništetnost ugovora o potrošačkom kreditu može prouzročiti jednake posljedice kao i inače radi li se o ništetnosti i one nastupaju (supsidijarnom) primjenom pravila čl. 325. et seq. ZOO¹¹⁷ (temeljem čl. 25. ZPK u svezi sa čl. 4. st. 2. ZZP). Naglašava se da je shvaćanje (da bi ugovor o potrošačkom kreditu kojem nedostaju objektivno bitni elementi bio ništetan) usuglašeno s tumačenjem EU pojma ugovora o kreditu preuzetog iz Direktive 2008/48/EZ u čl. 2. toč. 3. ZPK koji uključuje niz ugovora (u obveznopravnom smislu) npr. ugovor o kreditu, ugovor o zajmu itd. Stoga bi, izostanu li objektivno

114 Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 113.

115 Očito je, naime, da pravila ZPK-a bitnima smatraju i kao takve uređuju niz sastojaka ugovora o potrošačkom kreditu koji bi obveznopravno ulazili u tzv. subjektivno bitne sastojke (ibid., str. 112.-113.), pa čak i u nuzgredne, a u nekoj varijanti i u prirodne sastojke. Takva regulativa, osim što rezultira „gušenjem“ potrošača nizom njemu, najčešće, nejasnih sastojaka (informacija) te utječe na pitanje isključenja bitnih sastojaka od ocjene (ne)poštenosti iz čl. 49. st. 1. ZZP, lako može rezultirati izostavljanjem nekog sastojka (informacije).

116 C26/13, Árpád Kásler and Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt. od 13. travnja 2014., ECLI:EU:C:2014:282, para. 83.

117 Čl. 325. ZOO glasi: „Kad ništetan ugovor udovoljava pretpostavkama za valjanost nekog drugog ugovora, onda će među ugovarateljima vrijediti taj drugi ugovor, ako bi to bilo u suglasnosti s ciljem koji su ugovaratelji imali na umu kad su ugovor sklopili i ako se može uzeti da bi oni sklopili taj ugovor da su znali za ništetnost svog ugovora.“

bitni sastojci tih ugovora, nastupile posljedice iz čl. 325. ZOO, neovisno što su sklopljeni s potrošačima i obuhvaćeni pojmom takvog ugovora. Potrebno je napomenuti kako je ispravno tumačenje i primjenu prikazanih odredaba nacionalnog prava sukladno EU direktivama s kojima su usklađene lako dovesti u pitanje. Kao primjer može poslužiti nacionalno rješenje uvedeno iz Novele ZPK-a iz rujna 2015. koje predviđa posebna pravila o ništetnosti i njezinim posljedicama za određene vrste ugovora o potrošačkim kreditima. Iste odredbe predviđaju ništetnost ugovora o kreditu koje je sklopio vjerovnik odnosno kreditni posrednik bez odobrenja za pružanje takvih usluga, te propisuju specifične posljedice različite od onih iz općeg obveznog pravila iz čl. 323. ZOO.¹¹⁸

5.2. Sadržaj sporazuma o stvarnopravnom osiguranju tražbine

Aproksimativno, sadržaj ugovora o (potrošačkom) kreditu može usložiti namjera ugovornih strana da tražbinu iz ugovora stvarnopravno osiguraju. Naime, jednako kao i pravila o sadržaju ugovora o potrošačkom kreditu i ona o sadržaju sporazuma o stvarnopravnom osiguranju, načelno, su kogentna. Ugovorne strane, npr. ne mogu mijenjati način osnivanja (stjecanja) osiguranja. Ne mogu ni ugovoriti drukčije sredstvo i način prisilnog namirenja, npr. zabranjeno je ugovoriti da će se založni vjerovnik iz vrijednosti nekretnine namiriti komisorno. U prvom slučaju, ne upiše li se osiguranje odgovarajućim upisom u zemljišnu knjigu (uknjižbom, predbilježbom), neće niti nastati, a u drugom slučaju, ugovorena komisorna klauzula bit će ništetna.¹¹⁹ Međutim, ovu bi tvrdnju mogao relativizirati sadržaj čl. 28. st. 4. Direktive 2014/17/EU kojim će se, ovisno o načinu usklađivanja nacionalnog prava, polučiti određene novine.

Za razmjere analize sadržaja sporazuma o osiguranju najbolje je krenuti od čl. 307. ZV koji uređuje sadržaj založnog ugovora. Naime, unatoč određenim iznimkama, radi se o općem pravilu koje će vrijediti i za sadržaj sporazuma predlagatelja i protivnika osiguranja (iz javnobilježničkog akta ili solemnizirane isprave) o založnom osiguranju,¹²⁰ odnosno prijenosu prava vlasništva radi osiguranja na nekretnini. Nekoliko je temeljnih uglavaka koje je dopušteno, odnosno zabranjeno unijeti u takve sporazume. Prvi od njih je komisorni uglavak koji je izrijekom zabranjen u založnom ugovoru, pa i u takvom sporazumu (čl. 307. st. 4. ZV). Nešto je drukčiji slučaj kod sporazuma o osiguranju prijenosom prava vlasništva na nekretnini. Naime, čl. 322. OZ dopušta predlagatelju osiguranja da u slučaju neuspješne prodaje i unovčenja nekretnine stekne na njoj tzv. punopravno vlasništvo, u biti takvo prisilno namirenje čiji je ishod da vjerovnik (predlagatelj osiguranja) na ime dugovane tražbine stekne vlasništvo na nekretnini dužnika (protivnika osiguranja). Ipak, ovo namirenje od definicije komisornog dijele dvije stvari: 1) kada tražbina dospije predlagatelj osiguranja ne može jednostavno izjaviti

¹¹⁸ Vidi čl. 19.j st. 1. i st. 2. ZPK. Više kod Mihelčić, Gabrijele, *Prisilno...*, op. cit., str. 6.-7.

¹¹⁹ Čl. 307. st. 4. ZV.

¹²⁰ Čl. 297. st. 2. ZV.

da zadržava predmet osiguranja, pa čak i da su stranke tako ugovorile (uglavak bi bio ništetan), već prethodno treba postupati prema predviđenom izvansudskom postupku, a 2) dođe li do takvog namirenja predlagatelj se smatra namirenim u cijelosti (za cjelokupan iznos dugovane tražbine i svih sporednih tražbina). Isti članak (307. ZV) u svom stavku 5. zabranjuje i tzv. marcijanski uglavak. Radi se o ugovornoj odredbi kojom bi stranke ugovorile da vjerovnik može po svojoj volji ili po unaprijed određenoj cijeni otuđiti zalog ili ga zadržati za sebe. Načelno, ugovaranje marcijanskih uglavaka sankcionirano je ništetnošću. Iznimka, kada je dopušteno ugovoriti da vjerovnik može po svojoj volji ili unaprijed određenoj cijeni otuđiti zalog ili ga zadržati za sebe postoji onda kada zalog ima propisanu cijenu. Sukladno čl. 307. st. 4. ZV zabranjeni su, pa time i ništetni uglavci prema kojima dužnik ne može iskupiti zalog, ili mu se zabranjuje daljnje zalaganje,¹²¹ ili prema kojima vjerovnik nakon dospijeca osigurane tražbine ne smije zahtijevati prodaju zaloga. U vezi sa zabranom ugovaranja daljnjeg zalaganja nekretnine korisno je spomenuti da postoji posebno pravilo kod fiducijarnog osiguranja iz čl. 319. st. 1. OZ, a koje ovlašćuje protivnika osiguranja da bez pristanka predlagatelja osiguranja prenesenu nekretninu optereti hipotekom u korist drugog vjerovnika. To je moguće pod pretpostavkom da zabrana takvog postupanja (daljnjeg zalaganja) nije zabilježena u zemljišnoj knjizi (temeljem sporazuma o fiducijarnom osiguranju, odnosno takvog naknadnog sporazuma). Što znači da u sporazum o osiguranju treba unijeti uglavak prema kojem protivnik osiguranja nije ovlašten zalagati nekretninu ne odobri li mu to predlagatelj osiguranja.¹²² Nadalje, čl. 329. st. 1. ZV zabranjuje ugovoriti da će založni vjerovnik založenu nekretninu imati u posjedu. Prema čl. 321. st. 4. ZV, naime, ugovornim stranama nije dopušteno i sankcionirano je ništetnošću ugovoriti pravo založnog vjerovnika na posjed založene nekretnine. I ovdje postoje donekle drukčija pravila kod fiducijarnog osiguranja. U načelu, protivnik osiguranja ovlašten je i dalje (nakon osnivanja osiguranja) koristiti nekretninu koja je poslužila za osiguranje, ali stranke mogu ugovoriti i drukčije. Pravilo iz čl. 315. st. 1. i 2. OZ određuje da to moraju učiniti sporazumom sastavljenim u obliku javne ili privatne isprave na kojoj trebaju ovjeriti svoje potpise.

Načelno, prema čl. 307. st. 3. ZV, ništetne su i sve (druge) odredbe ugovora suprotne naravi zaloga i osiguranoj tražbini. U tom smislu treba voditi računa o općim pravilima iz čl. 297. do 353. ZV, pa i kada je riječ o osiguranjima koja su temeljno predmet uređenja pravila osiguranja, dakle, i radi li se o dobrovoljnom

121 U praksi su se pojavljivali zahtjevi za upis zabilježbe zabrane otuđenja nekretnine temeljem takve ugovorne odredbe (tzv. suglasnosti protivnika osiguranja), koje su strane uglavile u sporazumu predlagatelja i protivnika osiguranja sadržanom u javnobilježničkom aktu ili solemniziranoj privatnoj ispravi o osiguranju osnivanjem založnog prava na nekretnini. Takvi ugovorni uglavci nisu nikada bili dopušteni. Više kod Mihelčić, Gabrijela, *Komentar...*, op. cit., str. 880. et seq.

122 Premda se ovdje, zapravo, radi o slučaju zalaganja nekretnine koja, prema pravilima osiguranja, nije vlasništvo fiducijarnog dužnika, pa je on i ne bi mogao založiti (barem ne prema ovlaštenjima stvarnog i zemljišnoknjižnog prava u duhu načela knjižnog prednika), ali mu to pravo daju pravila osiguranja.

javnobilježničkom založnom pravu. Kod ovog osiguranja (sadržaja sporazuma kao pravnog temelja) određene nedoumice producirane su pravilom 304. OZ koji na ovo osiguranje predviđa primjenu čl. 297. i 298. OZ. Oni izvorno pripadaju pravilima o osiguranju prisilnim založnim pravom na nekretnini, a posebno je zanimljiv čl. 297. st. 2. u vezi s st. 3. OZ. On određuje da će se pri uknjižbi založnoga prava u zemljišnoj knjizi naznačiti ovršivost tražbine radi osiguranja koje je uknjižba određena. U slučaju da predlagatelj osiguranja prije nego što je tražbina postala ovršna stekne temeljem ugovora založno pravo za tu tražbinu na istoj nekretnini ili je ono predbilježeno, sud će na njegov prijedlog odrediti upis zabilježbe ovršivosti tražbine. Navedena regulativa shvaćena je u praksi tako da je dopušteno ugovaranje ovršivosti tražbine u trenutku sklapanja sporazuma o osiguranju, a zatim i upis takve zabilježbe u zemljišnu knjigu. Nije potrebno posebno isticati da je takva stipulacija protivna naravi zalogu i tražbine u smislu čl. 307. st. 3. ZV i stoga u konačnici ništeta.¹²³ Potrebno je spomenuti i tzv. dozvolu za upis budući da se založno pravo na nekretnini osniva upisom (uknjižbom), pa sporazum o osiguranju mora sadržavati takvu suglasnost kao i sve ono što je potrebno da bi se dopustio upis.¹²⁴

U mozaiku pravila kojima je uređen sadržaj sporazuma o založnopravnom osiguranju na nekretnini postoje i posebna pravila – ovršna, odnosno pravila osiguranja i njima predviđene posebnosti. Prva se tiče zahtjeva (pretpostavki) što ih ovršna pravila vežu uz identifikaciju ovršne isprave.¹²⁵ Oni su posebno važni, budući da sporazum o osiguranju iz javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave mora biti ovršna isprava, jer samo u tom slučaju ostvaruje željene pravne učinke, a osobito za prisilno namirenje. Za ovrhu temeljem određene vrste ovršne isprave zahtijeva se da ta isprava stekne svojstvo ovršnosti (prema pravilima o ovršnosti za pojedine vrste ovršnih isprava), pa se daljnji zahtjevi tiču pitanja kada nastupa ovršnost javnobilježničke isprave.¹²⁶ Postoje i posebna pravila o odredivosti visine i dospelosti tražbine iz seta pravila osiguranja. Treba imati na umu vezu s pravilima iz seta javnobilježničkih, ovdje posebno onih iz čl. 54. u vezi s čl. 59. ZJB. Među tim pravilima neobično je važno ono koje predviđa ugovaranje, tzv. neposrednog pristupanja ovrshi (čl. 54. st. 3. ZJB). Posljedica je to više razloga, a posebno želi li založni vjerovnik izbjeći prethodno vođenje parnice kako bi pribavio

123 Sukladno čl. 297. st. 3. OZ zabranjeno je ugovaranje upisa zabilježbe ovršivosti tražbine iz ugovora o kreditu koja se tek osigurava, pa i kada protivnik osiguranja da takvu suglasnost odnosno dopusti upis. Više kod Mihelčić, Gabrijela, Komentar..., ibid.

124 Vidi čl. 309. st. 1. ZV, čl. 52. et seq. ZZK, napose čl. 35. et seq. ZZK za upis hipoteke, čl. 301. OZ u vezi s čl. 300. toč. 1. i čl. 307. st. 1. OZ te čl. 54. st. 2. ZJB.

125 Čl. 23. OZ. Više kod Mihelčić, Gabrijela, Komentar..., op. cit., str. 128. et seq.

126 Čl. 28. OZ. Vidi varijante mogućih stipulacija s obzirom na opseg ili vrijeme ispunjenja iz čl. 29. st. 5. i st. 6. OZ. Primjerice, ako je prema ovršnoj ispravi vjerovnik ovlašten odrediti opseg ili vrijeme ispunjenja tražbine, vjerovnik će opseg ili vrijeme ispunjenja tražbine odrediti u prijedlogu za ovrhu; ako je prema ovršnoj ispravi treća osoba ovlaštena odrediti opseg ili vrijeme ispunjenja tražbine, smatrat će se da je ta osoba odredila opseg ili vrijeme ispunjenja tražbine ako je to učinila u javnoj ili javno ovjerovljenoj ispravi. Više kod Mihelčić, Gabrijela, Komentar..., op. cit., str. 154. et seq.

ovršnu ispravu u cilju prisilnog (ovršnog) namirenja. Postoje i uglavci koji se mogu unijeti u sporazum o založnopravnom osiguranju temeljem pravila osiguranja iz čl. 299. do 308. OZ. Jednaki (s obzirom na pravni izvor) postoje i kod sporazuma o fiducijarnom osiguranju i nalaze se u čl. 309. do 327. OZ. Tako, kako je supra napomenuto, posebna pravila o odredivosti visine i dospjelosti založne tražbine postoje u čl. 302. st. 2. OZ u vezi s čl. 311. st. 2. i 3. OZ. Prema čl. 302. st. 2. OZ, „smatra (se) da je tražbina odrediva (...) ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti (...) vrijeme njezine dospjelosti,“ što je moguće samo ako je ugovoreno. Jednaka pravila – o odredivosti visine i dospjelosti fiducijarne tražbine postoje i u čl. 311. st. 2. i 3. OZ. Određuju da se, „smatra (se) da je tražbina odrediva (...) ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti (...) vrijeme njezine dospjelosti“, odnosno ako su, temeljem ovlasti iz čl. 311. st. 3. OZ „u sporazumu (...) utvrdile koji drugi način naknadnoga određivanja (...) dospjelosti tražbine“. Još su u nekim pravilima osiguranja predviđene posebne stipulacije koje stranke mogu ugovoriti i unijeti u sporazum o založnopravnom osiguranju, odnosno takav sporazum o fiducijarnom osiguranju. Primjerice, čl. 301. st. 1. OZ dopušta da se u sporazumu o založnopravnom osiguranju utvrdi vrijednost predmeta osiguranja (nekretnine). Tako utvrđena vrijednost može u ovršnom postupku (dođe li do njega) biti osnova za utvrđivanje vrijednosti nekretnine radi unovčenja ostvare li se pretpostavke koje to dopuštaju¹²⁷.

Većina, ne i svi, navedeni uglavci čine sadržaj sporazuma o stvarnopravnom osiguranju. Izostanak nekog od njih može imati ozbiljne posljedice po namjeravane učinke koje su stranke njime (sporazumom) htjele ostvariti. Neće se dogoditi ništa „strašno“, npr. ne utvrde li u sporazumu predlagatelj i protivnik osiguranja vrijednost nekretnine kao predmeta zaloge – to je uvijek moguće učiniti u ovršnom postupku. Međutim, ne sadrži li sporazum o osiguranju tabularnu dozvolu – neće biti moguće upisati založno pravo u zemljišnu knjigu, pa uopće neće doći do osnivanja željenog osiguranja.

6. PRAVNI UČINCI „POVREDE“ OBVEZE IZ UGOVORA O (POTROŠAČKOM) KREDITU I SPORAZUMA O STVARNOPRAVNOM OSIGURANJU TRAZIBINE NA NEKRETNINI KAO PREDMETU OSIGURANJA

Za vrijeme trajanja kreditnog odnosa iz (potrošačkog) ugovora o kreditu moguće je da neka od ugovornih strana učini nešto što može polučiti određene pravne posljedice po sam ugovor. Najčešće će se raditi o kakvoj povredi ugovorne obveze, no, postoje i slučajevi kada takva povreda ne mora nastupiti, a da se s ugovorom o kreditu nešto „dogodi.“ Upravo je iz tog razloga u naslovu ovog poglavlja izraz „povreda“ stavljen među navodne znakove. Događanja u vezi s ugovorom o

¹²⁷ Čl. 92. st. 3. i 4. OZ.

(potrošačkom) kreditu mogu se promatrati u vremenu dok tražbina još nije dospjela, te kada jest dospjela, ali nije namirena niti ju je dužnik spreman namiriti.¹²⁸ Ukoliko je tražbina (sukladno čl. 342. et seq. ZOO) namirena uredno i u svemu kako glasi obveznopravni odnos iz kredita prestaje, a za prestanak stvarnopravnog osiguranja potrebno je brisanje, odnosno ekstabulacija iz zemljišne knjige.¹²⁹ Osigurana tražbina osim što može prestati namirenjem može, sa sličnim posljedicama po založno pravo alias stvarnopravno osiguranje prestati iz drugih razloga. Pritom, treba imati na umu da se gotovo svaka promjena iz obveznog odnosa, pogotovo prestanak tražbine iz ugovora o (potrošačkom) kreditu odražava na osiguranje kojim je osigurana. S druge strane, i postojanje ili nepostojanje stvarnopravnog osiguranja može ostvariti značajne pravne učinke na tražbinu koju osigurava. Različiti su primjeri tih interakcija. Moguće je da se određeni pravni učinci (iz obveznih pravila ili onih iz potrošačkog kreditiranja) pojave pod utjecajem pravila stvarnog prava, npr. kakvi bi bili oni s naslova akcesornosti založnog prava.¹³⁰ Primjerice, prestane li tražbine prestaje i založno pravo,¹³¹ osim ne radi li se o hipoteci koja prestaje brisanjem iz zemljišne knjige (čl. 347. st. 1. ZV). Tražbina iz (potrošačkog) kredita kada je osigurana hipotekom ima drukčiji zastarni režim nego kada nije osigurana, pa je npr. u jednoj varijanti glavnica hipotekarnog kredita moguće prisilno namiriti unatoč nastupu zastare (pod još nekim drugim pretpostavkama).¹³²

6.1. „Povrede“ obveze prije dospijeća osigurane tražbine

U vremenu prije dospijeća tražbine iz ugovora o (potrošačkom) kreditu zakonodavac je za ugovorne strane predvidio različite ovlasti. Radi li se o potrošačkom kreditu, sukladno čl. 14. st. 1. ZPK, potrošač može odustati od tog ugovora u roku od 14 dana bez navođenja razloga.¹³³ Izuzetak predstavljaju ugovori o potrošačkom kreditu za koje se „zakonom zahtijeva da budu sklopljeni kod javnog bilježnika“, pod pretpostavkom da je isti potvrdio da se potrošaču jamče prava predviđena pravilima o predugovornim i ugovornim informacijama iz čl. 5. i 10. ZPK.¹³⁴ Iskoristi li potrošač ovlast na odustanak od ugovora o kreditu obvezni odnos iz ugovora o kreditu prestaje. Prema čl. 14. st. 2. ZPK, za odustanak se zahtijeva

128 Slakoper razlikuje i razdoblje od nastanka ugovora do stavljanja kredita na raspolaganje, Gorenc, Vilim et al., *Obvezno...*, op. cit., str. 221. et seq.

129 Sukladno čl. 346. ZV prestane li postojati osigurana tražbina iz kredita, prestaje i npr. založno pravo kojim je osigurana, ali tek brisanjem iz zemljišne knjige.

130 Za primjenu na ostala stvarnopravna osiguranja vidi čl. 297. st. 2. ZV.

131 Čl. 346. ZV.

132 Čl. 222. ZOO.

133 Sukladno čl. 14. st. 1. al. 2. ZPK, rok od 14 dana počinje teći: a) od dana sklapanja ugovora o kreditu ili b) od dana primitka od vjerovnika uvjeta i informacija iz čl. 10. ZPK, ako je kasniji.

134 Čl. 14. st. 5. ZPK. Više o tome što bi na terenu nacionalnog prava bili ugovori o kreditu za koje se „zakonom zahtijeva da budu sklopljeni kod javnog bilježnika“ i uopće kod Čikara, Emilia, *Zakon...*, op. cit., str. 65.

ispunjenje određenih pretpostavki, npr. slanje pisane obavijesti vjerovniku (sl. a) iste odredbe). Odustane li potrošač od ugovora o kreditu, a sredstva kredita su mu stavljena na raspolaganje, dužan je platiti glavnicu i kamatu na glavnicu od dana „povlačenja novca“ do dana plaćanja. Obračunava se prema ugovorenoj kamatnoj stopi, a potrošač ju je dužan platiti odmah, odnosno najkasnije u roku od 30 dana od dana kada je o odustanku obavijestio vjerovnika. Sukladno čl. 14. st. 2. b) ZPK, u navedenom slučaju vjerovnik nema pravo na drugu naknadu osim naknade za jednokratne pristojbe koje plaća javnom upravnom tijelu. Prema općem režimu obveznih pravila o odustanku od ugovora o kreditu, po postojanje samog ugovora, odnosno obveznog odnosa polučuju se jednaki učinci kao i kod raskida ugovora zbog neispunjenja,¹³⁵ tj. njegov prestanak.¹³⁶ Prema čl. 368. ZOO koji uređuje učinke raskida zbog neispunjenja, dvije su osnovne stvari koje jedna strana duguje drugoj u slučaju raskida: restituciju danog, koja može biti jednostrana i dvostrana, potpuna ili djelomična te naknadu štete. Potrošački režim pravne učinke odustanka uređuje drukčije u tri pogleda, tj. glede: 1) vraćanja kamata, 2) dužnosti naknade za ostvarene koristi i 3) isključenja naknade štete vjerovniku.¹³⁷ Razlog tome leži u europskoj pozadini ovog instituta uvedenog prvi put kod potrošačkih ugovora o kreditu Direktivom 2008/48/EZ.¹³⁸ Pored već spomenute dužnosti informiranja, radi se o drugom najvažnijem instrumentu zaštite potrošača koji ga ovlašćuje da u određenom vremenu nakon zaključenja ugovora (eng. withdrawal period ili cooling-off-period) odustane od njega ne navodeći za to razloge i bez nastanka odgovornost zbog neispunjenja.¹³⁹ Sljedeća ključna posljedica korištenja prava na odustanak je prestanak ugovora o dodatnim uslugama koje potrošaču u pogledu ugovora o

135 Čl. 368. ZOO. Vidi više Gorenc, Vilim et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2015., str. 601. et seq.

136 Teorija obveznog prava inače smatra da su „odustanak“ i „raskid“ ugovora samo „terminološke inačice“ istog pojma. Ipak se daju kriteriji razlikovanja prema kojima odustanak uvijek podrazumijeva očitovanje volje ugovornih strana, te se o njemu može govoriti kada se ugovor razvrgava prije dospijea. Vidi Klarić, Petar, Vedriš, Martin, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 477.-478. Dodatno treba napomenuti kako Šarčević i Mišćenić ukazuju na suštinske razlike između EU pojma „prava na odustanak“, te izvornog nacionalnog pojma „prava na raskid“. Vidi Šarčević, Susan, Mišćenić, Emilia, Uporaba..., op. cit., str. 122. et seq. Kao posljedica razlikovanja harmoniziranih i izvornih nacionalnih pravila moguće je polemizirati o spomenutim razlikama uspoređivanjem naznačenih uređenja iz čl. 368. ZOO kao općeg obveznopravnog pravila, te čl. 14. ZPK kao posebnog potrošačkog prava.

137 Prema st. 4. i 5., čl. 368. ZOO, svaka strana duguje drugoj naknadu za koristi koje je u međuvremenu imala od onoga što je dužna vratiti, odnosno nadoknaditi, a strana koja vraća novac dužna je platiti zatezne kamate od dana kad je isplatu primila.

138 Sukladno tome odredbe Glave ZZP-a usklađene s Direktivom 87/102/EEZ o potrošačkom zajmu nisu sadržavale ovo posebno pravo.

139 Detaljnije o tome Baretić, Marko, Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj nakon ulaska u Europsku uniju: jesmo li implementacijom europskog prava izgradili sustav zaštite potrošača? u: Bourgoignie, Thierry / Jovanić, Tatjana (ur.), Jačanje zaštite potrošača u Srbiji: Liber Amicorum Svetislav, Taboroš, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013., str. 104. et seq.

kreditu pružaju vjerovnik ili treća osoba (čl. 14. st. 3. ZPK). Ovo je pravilo preslika onog iz čl. 14. st. 4. Direktive 2008/48/EZ koje se primarno tiče ugovora kojima se vjerovnici osiguravaju od rizika.¹⁴⁰ Budući da se radi o opće postavljenoj odredbi koja se odnosi na sve vidove osiguranja tražbine iz ugovora o kreditu njome bi bila obuhvaćena i takva stvarnopravna osiguranja.

Osim općih obveznih pravila o raskidu postoje i takva posebna pravila – o ovlasti na raskid ugovora o kreditu kao načinu prestanka obveznog odnosa. Sukladno čl. 1024. st. 1. ZOO njome se (ovlasti na raskid) može koristiti samo korisnik kredita i to prije nego što je uopće počeo koristiti kredit. Važno je da korisnik kredita nije koristio kredit, a mogu biti uključeni slučajevi kada su mu sredstva kredita stavljena na raspolaganje. Članak 1024. ZOO, osim što u st. 3. izrijekom predviđa dužnost korisnika kredita da davatelju naknadi štetu, ne govori ništa o pravnim učincima raskida. Stoga će, budući da nema posebnih pravila, u obzir doći primjena općeg pravila iz čl. 368. ZOO. Usporede li se navedene odredbe s pravom potrošača na odustanak od ugovora o kreditu iz čl. 14. ZPK na prvi pogled ovlast na raskid iz čl. 1024. st. 1. ZOO izgleda povoljnija za potrošača. Zato što, za razliku od čl. 14. st. 1. ZPK, i po isteku roka od 14 dana ovlašćuje potrošača da raskine ugovor bez navođenja ikakvih razloga. Međutim, imajući u vidu da se tada primjenjuje opće pravilo ZOO-a o pravnim učincima raskida, položaj potrošača nije povoljniji u usporedbi s onim što vrijedi s naslova prava na odustanak iz čl. 14. ZPK. Dogle se opće obvezno pravilo o raskidu (temeljem čl. 25. ZPK u svezi s čl. 4. st. 2. ZZP) podredno primjenjuje u slučaju koristi li potrošač ovlasti koje za njega proizlaze iz instituta, tzv. povezanih ugovora o kreditu.¹⁴¹ U čl. 15. st. 1. ZPK, naime, propisano je da ugovor o kreditu koji je povezan (odobren) u svrhu plaćanja (cijene) određenog proizvoda ili usluge prestaje¹⁴² iskoristi li potrošač svoje pravo na odustanak od ugovora o kupnji tog proizvoda ili usluge prije negoli su isplaćeni ili isporučeni potrošaču. Ovaj institut utemeljen je na zamisli da se omogućiti potrošaču da odustankom od glavnog ugovora (npr. kupoprodaje) ostvari pravne učinke i na povezani ugovor o kreditu plasiran u svrhu plaćanja prodajne cijene – tako da i taj ugovor prestane. Pritom je, samoinicijativnim uvođenjem zahtjeva da proizvodi ili usluge ne smiju biti isplaćeni (vjerojatno se misli na plaćanje kupoprodajne cijene) ili isporučeni u trenutku ostvarivanja prava na odustanak od ugovora, hrvatski zakonodavac ograničio prava potrošača suprotno čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ s kojim je usklađivan. Prema hrvatskoj inačici uređenja, potrošač može odustati od ugovora o kupoprodaji i tako se osloboditi pravnih učinaka ugovora o kreditu nakon zaključenja ugovora o kupoprodaji do: a) trenutka dokle vjerovnik ne ispuni

140 Čikara, Emilia, *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien*, Wien i dr., LIT Verlag, 2010., str. 247.

141 Detaljnije o institutu povezanih ugovora o kreditu kod Miščenić, Emilia, *Povezani ugovori o kreditu*, Zbornik PFR, vol. 32, br. 1, 2011., str. 155. et seq.

142 Prema čl. 2. st. 1. toč. 14. ZPK „povezani ugovor o kreditu jest ugovor u kojem: predmetni kredit služi isključivo za financiranje ugovora o prodaji određenih proizvoda ili o pružanju određenih usluga, te u kojem oba ugovora tvore poslovnu cjelinu“.

svoju obvezu iz ugovora, odnosno do isporuke predmeta kupoprodaje¹⁴³ te b) do trenutka dok sam potrošač ne ispuní svoju ugovornu obvezu, odnosno plati prodajnu cijenu¹⁴⁴. Europska pozadina preuzete odredbe odnosi se na ovlast potrošača odustati od ugovora o kupoprodaji korištenjem posebnog prava na jednostrani raskid ugovora u roku od 14 dana nakon sklapanja ugovora, bez navođenja razloga za to i neovisno o tome je li mu predmet kupoprodaje isporučen ili prodajna cijena plaćena.¹⁴⁵ Uređenje se osobito komplicira u svjetlu kakvog stvarnopravnog osiguravanja tražbine iz povezanog kredita. U praksi brojnih sudova država članica EU-a, posebice njemačkih, institut se pokazao ključnim kod osiguranih ugovora o kreditu koje su potrošači zajedno s ugovorima o kupoprodaji (uglavnom) stambenih nekretnina sklapali izvan poslovnih prostorija prodavatelja i vjerovnika. Njemački su sudovi, u pravilu, odbijali tužbene zahtjeve potrošača koji su se s naslova (potrošačkog) prava na odustanak od ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija u tzv. Schrottimobilien sudskim sporovima pozivali na institut povezanih ugovora, a s ciljem oslobađanja od obveza iz sklopljenih ugovora o kreditu nakon dospijea tražbine.¹⁴⁶ Naime, iako iz odredbe čl. 15. st. 1. kako Direktive 2008/48/EZ kao i ZPK-a, jasno proizlazi da je riječ o ovlasti korištenja prava na odustanak prije dospijea tražbine iz ugovora o kreditu, ukoliko bi došlo do primjene zakonskih odredaba o produljenom roku za odustanak od glavnog ugovora,¹⁴⁷ moguće su i situacije u kojima je tražbina iz ugovora o kreditu već dospjela.¹⁴⁸

Posebna obvezna pravila koja uređuju obični kredit ne ovlašćuju davatelja kredita na raskid ugovora prije dospijea tražbine, iako, postoji mogućnost da banka prije isteka ugovorenog roka u smislu čl. 1023. ZOO, otkáže ugovor o kreditu. To će biti moguće u sljedećim slučajevima: ako je kredit korišten protivno ugovorenoj namjeni, ako je korisnik kredita postao insolventan, čak i kad insolventnost nije utvrđena sudskom odlukom, te ako je korisnik kredita pravna osoba koja je prestala postojati, odnosno fizička osoba koja je umrla. U potonja dva slučaja mogućnost otkaza postoji samo ako bi davatelj kredita, odnosno banka došla u bitno nepovoljniji položaj.¹⁴⁹ Varijanta prestanka potrošačkog ugovora o kreditu otkazom predviđena je pravilima ZPK-a u korist obje ugovorne strane, ali samo kod tzv. ugovora o kreditu bez roka dospijea (revolving) i pod određenim pretpostavkama (čl. 13. ZPK). Najznačajnija razlika u odnosu na otkaz običnog ugovora o kreditu

143 Vidi čl. 376. st. 1. te čl. 389. st. 1. ZOO.

144 Vidi čl. 376. st. 1. te čl. 438. st. 1. ZOO.

145 Čl. 72. et seq. ZZZP.

146 Ibid., str. 179. et seq.

147 Npr. produljeni rok za odustanak od ugovora iz čl. 73. st. 1. ZZZP iznosi 12 mjeseci i 14 dana.

148 Kao što je to bio slučaj u predmetu C-481/99 Georg Heininger and Helga Heininger v Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG od 13. prosinca 2001., ECLI:EU:C:2001:684, u kojem je bračni par Heininger koristio svoje pravo na odustanak od ugovora o kreditu namijenjenog stjecanju vlasništva nad stanom osiguranog založnim pravom na nekretnini („Grundschuld“) čak pet godina nakon sklapanja ugovora. Detaljnije kod Mišćenić, Emilia, *Povezani...*, op. cit., str. 180.

149 Čl. 1023. st. 2. ZOO.

pored toga što taj ugovor korisnik kredita ne može otkazati, a potrošač može, jest u postojanju tzv. roka otkazivanja ugovora o kreditu. Prema čl. 13. st. 1. ZPK, potrošač ga može otkazati u svakom trenutku ili u ugovorenom roku koji ne može biti dulji od mjesec dana, dok prema st. 2. istog članka za vjerovnika taj rok iznosi najmanje dva mjeseca unaprijed¹⁵⁰. Osvrnemo li se u kontekstu citirane odredbe na čl. 13. st. 1. Direktive 2008/48/EZ (s kojim je ista usklađena i u skladu s kojim smo je dužni tumačiti) dolazimo do zaključka kako su, unatoč utemeljenosti Direktive 2008/48/EZ na stupnju potpune harmonizacije ovdje učinjeni značajni propusti u usklađivanju hrvatskoga prava potrošačkog kreditiranja. Naime, u čl. 13. st. 1. ZPK osim što se predviđa rok otkazivanja ugovora o kreditu propušteno je preuzimanje ključnog obilježja iz čl. 13. st. 1. Direktive 2008/48/EZ – besplatnost korištenja ovog prava za potrošača. Pored toga, pravo vjerovnika na otkaz ugovora o kreditu bez dospijea, temeljem potonje odredbe, postoji samo ako je ugovoreno s potrošačem. ZPK u čl. 13. st. 3. predviđa i posebnu kategoriju za koju se traži da je ugovorena, a riječ je o ovlasti vjerovnika da otkáže potrošaču pravo na povlačenje iznosa iskorištenog kredita kod ugovora o kreditu bez roka dospijea iz opravdanih razloga. Ovdje nema roka otkazivanja ugovora, a što se tiče oblika otkaza, vjerovnik je dužan obavijestiti potrošača u pisanom obliku ili nekom drugom trajnom mediju, ako je moguće prije ili najkasnije odmah nakon otkazivanja. Opravdani razlozi navedeni su primjerice, pa se može raditi: o opravdanoj sumnji vjerovnika o neovlaštenom korištenju kredita, o prijevari vezanoj uz kredit, o značajnom povećanju rizika da potrošač neće ispuniti obvezu otplate kredita i sl. Predviđene mogućnosti: da davatelj kredita otkáže obični ugovor o kreditu, odnosno potrošač i vjerovnik ugovor o potrošačkom kreditu bez roka dospijea pokazuju razlikovanje jednostranog raskida ugovora i njegova otkaza.¹⁵¹ No, malo govore o posljedicama samog otkaza. U teoriji obveznog prava primjerice Stanković, smatra kako je „uslijed otkaza dužnik dužan ispuniti obveze koje su do tog trenutka dospjele, budući se otkaz prostire samo u budućnost“.¹⁵² Radi li se o kreditu kada je na vjerovnikovoj strani obveza ispunjena jednokratnom činidbom vrijednosti kojoj bi trebale odgovarati takve periodične činidbe dužnika, takvo što je znatno složenije. Mogući zaključak bio bi da dužnik duguje cjelokupnu preostalu tražbinu glavnice koja nije dospjela u trenutku otkaza odnosno istekom otkaznog roka, ali ne i kamate

150 Vjerovnik je o tome dužan obavijestiti potrošača u pisanom obliku ili nekom drugom trajnom mediju.

151 U pravnoj teoriji se navodi kako otkaz djeluje samo pro futuro, dok raskid uključuje i djelovanje pro praeterito. Vidi Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Gradansko...*, op. cit., str. 478. Štoviše, i unutar otkaza kao načina prestanka obveznog odnosa razlikuje se otkaz u svrhu raskida ugovora, koji jedna strana daje drugoj zbog njezinog kršenja ugovornih obveza, s naglaskom na razlikovanje takvog otkaza kao načina prestanka obveze od raskida zbog neispunjenja koje se “takoder događa na osnovi jednostrane izjave volje, ali iz drugih razloga, pod drugim pretpostavkama i s drugim posljedicama”. Vidi Stanković, Vladan u: Perović, Slobodan, Stojanović, Dragoljub (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, *Budućnost*, Novi Sad, str. 900.-901.

152 Ibid.

bilo koje vrste koji bi se ticale preostalog nedospjelog dijela glavnice.¹⁵³ U prilog ovom tumačenju, zasigurno bi išao i propušteni uvjet besplatnosti korištenja prava na otkaz ugovora o kreditu bez roka dospijeća iz čl. 13. st. 1. Direktive 2008/48/EZ.

Postoji još jedna ovlast predviđena i općim i posebnim obveznim pravilima te onima o potrošačkom kreditiranju. Riječ je o ovlasti ispuniti obvezu, tj. namiriti dugovanu tražbinu prije roka dospijeća, koju posebna pravila obvezne naravi predviđaju na strani korisnika kredita, a ona o potrošačkom kreditu na strani potrošača. Sukladno čl. 1024. st. 2. ZOO, korisnik kredita može vratiti kredit i prije roka određenog za vraćanje, ali je dužan o tome unaprijed obavijestiti banku. Jednako kao i kada raskida ugovor dužan je banci naknaditi štetu koju bi zbog toga eventualno pretrpjela.¹⁵⁴ Opcija vraćanja kredita prije roka određenog za vraćanje postoji i kod potrošačkog kredita u vidu prava na tzv. prijevremenu otplatu (čl. 16. ZPK). Potrošač ima pravo u svakom trenutku djelomično ili u cijelosti ispuniti svoju obvezu iz ugovora o kreditu kada ostvaruje pravo na smanjenje ukupnih troškova kredita koji uključuju kamate i druge troškove za preostalo vrijeme trajanje ugovora o kreditu. Međutim, iako vjerovnik nema pravo na naknadu štete, pod određenim pretpostavkama, ima pravo na „pravednu i objektivnu naknadu za troškove izravno povezane s prijevremenom otplatom kredita“. U nekoj varijanti to za potrošača može biti i potpuno neprihvatljivo tim više, što, suprotno zahtjevima iz Direktive 2008/48/EZ, ZPK-a ne daje egzaktno kriterije za obračun naknade.¹⁵⁵ Za pravo na naknadu traži se, naime, da je do prijevremene otplate došlo u razdoblju u kojem se primjenjivala fiksna kamatna stopa i da njezin iznos premašuje 75.000,00 kuna unutar 12 mjeseci, a visina same naknade ovisi o vremenu između prijevremene otplate i (pravog) roka dospijeća. Tako, ako je isto dulje od godinu dana naknada ne smije biti viša od 1 % iznosa kredita, ako je pak kraće ne smije prijeći 0,5 % iznosa kredita. Ni u jednoj varijanti ne smije biti viša od iznosa kamata koje bi potrošač platio u tom periodu.¹⁵⁶ U posljednjoj varijanti to, zapravo, znači da će potrošač platiti kamatu, ali u obliku naknade. Kada se radi o vraćanju običnog kredita prije dospijeća, prema čl. 1024. st. 4. ZOO davatelj kredita ne može uračunati kamate za vrijeme od dana vraćanja kredita do dana kada ga je prema ugovoru trebalo vratiti. Budući da posebna pravila uvijek imaju prednost pred

153 Usporedivo sa slučajem vraćanja kredita prije određenog roka, kada banka ne može uračunati kamate za vrijeme od dana vraćanja kredita do dana kada ga je po ugovoru trebalo vratiti (čl. 1024. st. 4. ZOO).

154 Čl. 1024. st. 3. ZOO.

155 Način sastavljanja otplatnih planova, prema kojima korisnici kredita početno otplaćuju veći udio kamata, a manji glavnice, ima odvratajući učinak na korištenje prava potrošača na prijevremenu otplatu kredita. Više kod Čikara, Emilia, *Prijevremena otplata kredita prema novom Zakonu o potrošačkom kreditiranju*, Zbornik PFR, vol. 31., br. 1., suplement, 2010., str. 158. Problem neodređenosti pojmova poput „pravedna i objektivna“ naknade, iznova se ponavlja i u okviru Direktive 2014/17/EU, o čemu više kod Mišćenić, Emilia, *Mortgage...*, op. cit., str. 250.

156 Prema čl. 16. st. 4. ZPK, vjerovnik nema pravo na naknadu ako se otplata izvršava prema ugovoru o osiguranju koje je jamstvo otplate kredita, ako se radi o dopuštenom prekoračenju ili je kredit otplaćen u razdoblju tijekom kojega nije određena fiksna kamatna stopa.

općim, moglo bi se zbog toga što ona (a različito od općih obveznih pravila) uopće ne uređuju ovlast davatelja kredita da u nekim slučajevima traži od korisnika kredita namirenje prije roka zaključiti da davatelj kredita nema takvu ovlast. No, da nije tako proizlazi tumačenjem i primjenom ZPK-a sukladno Direktivi 2008/48/EZ, prema čijim se odredbama, za sva pitanja koja njome nisu usklađena (tzv. potpuna ciljana ili targeted harmonizacija) primjenjuju ostale odredbe pozitivnog nacionalnog prava. Isto jasno proizlazi i iz čl. 4. st. 2. ZZP prema kojem, ukoliko posebnim pravilima o zaštiti potrošača nije drukčije određeno (a time i odredbama ZPK), na obveznopravne odnose između potrošača i trgovca (koji obuhvaća i pojam vjerovnika) primjenjuju se odredbe ZOO-a. U konkretnom slučaju, opća obvezna pravila iz čl. 175. st. 3. ZOO ovlašćuju vjerovnika zahtijevati ispunjenje prije roka odnosno dospijeca tražbine, ako mu dužnik nije dao obećano osiguranje (što je radi li se o osiguranom kreditu malo vjerojatno) ili kada nije, na njegov zahtjev, dopunio osiguranje koje se smanjilo bez krivnje vjerovnika,¹⁵⁷ te kada je rok ugovoren isključivo u njegovu interesu. Zanimljiv je drugi od navedenih slučajeva – kada je dužnik po vjerovnikovom zahtjevu dužan dopuniti osiguranje smanjeno bez krivnje vjerovnika. Posebice, ako se promatra u kontekstu (posebnog) pravila iz čl. 330. st. 1. ZV koje dopušta hipotekarnom vjerovniku prije dospijeca zahtijevati prisilnu naplatu hipotekarne tražbine čini li hipotekarni dužnik nešto što dovodi u opasnost ili smanjuje vrijednost nekretnine.^{158, 159} U tom slučaju sukladno čl. 330. st. 2. ZV, čak i propadne li zalog zbog postupaka dužnika, založni vjerovnik nije ovlašten tražiti raskid obveznog odnosa, odnosno ugovora o kreditu čija je tražbina bila osigurana hipotekom. Posebnost navedenog uređenja predviđenog pravilima stvarnog prava uvod je u pravila ovog prava o ovlastima strana u vezi s povredama iz ugovora o (potrošačkom) kreditu. Temeljna je takva povreda: neispunjenje obveze po dospjeću. Neispunjenjem dospjele obveze npr. ovlašten je založni vjerovnik ostvarivati svoje pravo na namirenje iz vrijednosti zaloga (čl. 336. st. 1. ZV). O tome postoji niz posebnih pravila koja stubokom mijenjaju dosada rečeno.

6.2. „Povrede“ ugovorne obveze nakon dospijeca osigurane tražbine

Vrlo zanimljiva rješenja predviđena su pravilima stvarnog prava kada se radi o ovlastima stranaka (primarno vjerovnika) nakon što tražbina dospje, a ne bude namirena. No, prije svega treba upozoriti na pravilo o tzv. istodobnom ispunjenju

157 Za varijante ovlasti za propasti zaloga za trajanja osiguranja, više kod Belanić, Loris, Mihelčić, Gabrijela, *Ovlasti stranaka kod smanjenja vrijednosti ili propasti predmeta zaloga i smanjenja dužnikove kreditne sposobnosti*, *Pravo u gospodarstvu*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, 2012., br. 3., str. 799. et seq.

158 Ibid.

159 Uzgred se napominje kako pravila osiguranja prijenosom prava vlasništva na nekretnini predviđaju mogućnost da fiducijar proda nekretninu za koju je preneseno pravo vlasništva radi osiguranja prije dospijeca i takva prodaja ostvaruje građanskopravne učinke, ali uključuje kaznenopravnu odgovornost za sve sudionike takve prodaje sukladno čl. 316. st. 2. u vezi sa st. 5. OZ.

koje je, u svojoj biti, opće obvezno pravilo, ali ovdje posebno važno. Naime, za ispunjenje obveze iz ugovora o (potrošačkom) kreditu kao dvostranog pravnog posla vrijedi pravilo o istodobnom ispunjenju. Tako, nije li drukčije ugovoreno, određeno zakonom ili ne proizlazi iz naravi pravnog posla jedna ugovorna strana nije dužna ispuniti svoju obvezu ne ispuni li je ili je nije spremna istodobno ispuniti druga strana.¹⁶⁰ Među stvarnopravnim pravilima varijaciju ovog pravila predstavlja, npr. čl. 301. st. 7. ZV koji kaže da dužnik koji je radi osiguranja tražbine osnovao založno pravo nije dužan ispuniti tražbinu, ako mu vjerovnik ne dopustiti brisanje založnoga prava upisanog u zemljišnoj knjizi.

Osnovno je i, naravno, pretpostavka ispunjenja, pa i istodobnog da je obveza dospjela. Načelno, nema dužnosti ispunjenja tražbine prije roka, pa time niti dospijeaća obveze. Sukladno čl. 173. st. 1. ZOO, dužnik je obvezu dužan ispuniti u roku koji je predviđen ugovorom.¹⁶¹ Prema čl. 183. ZOO, dolazi u zakašnjenje kada obvezu ne ispuni u roku određenom za ispunjenje, odnosno ako rok nije određen, kada ga vjerovnik na odgovarajući način (usmeno, pisano, izvansudskom opomenom ili pokretanjem postupka radi ispunjenja) pozove na ispunjenje obveze. Pitanje roka ispunjenja (dospijeaća) i zakašnjenja dužnika kod ugovora o kreditu pojavljuje se u posebnoj varijanti ako su, a često jesu, ugovorene tzv. akceleracijske klauzule. U jednoj od mogućih varijanti, stipuliranjem akceleracijskog uglavka ugovorne strane ugovaraju da će tražbina iz (potrošačkog) kredita dospjeti u cijelosti zakasni li dužnik s plaćanjem dva ili više uzastopnih anuiteta tražbine kredita. U takvom slučaju, dođe li do zakašnjenja dužnika s takvom posljedicom, vjerovnik je ovlašten prisilnim putem namiriti svoju tražbinu.

Opća pravila obveznog prava uređuju i pravne učinke neispunjenja obveze jedne strane u dvostranim ugovorima uredno i u svemu kako glasi. Temeljno pravilo iz čl. 360. ZOO ovlašćuje drugu stranu na sljedeće: zahtijevati ispunjenje obveze, raskinuti ugovor jednostavnim izjavom ne nastupa li raskid po samom zakonu, a u svakom slučaju tražiti naknadu štete. Dakle, u nekoj bi varijanti s naslova ovih pravila bilo moguće i da vjerovnik osiguranog kredita odluči raskinuti ugovor o (potrošačkom) kreditu koristeći ovlasti iz čl. 361. et seq. ZOO. No takvo što je, ipak, manje vjerojatno. Naime, osnovna zamisao koja se veže uz pravne učinke raskida ugovora jest da se strani koja je ispunila ugovor potpuno ili djelomično vrati ono što je dala sa zateznim kamatama od dana kad je isplatu primila, ako se radi o novcu.¹⁶² U tom bi smislu i vjerovnik iz (potrošačkog) ugovora o kreditu mogao od svog dužnika tražiti da mu vrati sve što je dao, tj. ukamaćeni iznos sredstava kredita umanjen za ono što je dužnik vratio. Ako dužnik ne bi htio ili ne bi mogao vratiti ono što je primio, vjerovniku ne preostaje drugo nego prisilnim putem tražiti

¹⁶⁰ Čl. 358. st. 1. ZOO.

¹⁶¹ Ovo vrijedi sasvim neovisno o modelima određivanja roka (npr. kada je to određivanje povjerenom jednoj ugovornoj strani prema čl. 176. ZOO i sl.) ili njegova proteka (npr. kada je ispunjenje u roku bitan sastojak ugovora prema čl. 361. ZOO, ili kada ispunjenje u roku nije bitan sastojak ugovora prema čl. 362. ZOO i sl.).

¹⁶² Čl. 368. st. 2. u vezi sa st. 5. ZOO.

vraćanje danog. Taj put, ovisno raspolaže li ovršnim naslovom ili ne, za vjerovnika može biti složen. U situaciji kada raspolaže stvarnopravnim osiguranjem (na nekretnini) osnovanim upravo radi olakšanja prisilnog namirenja (posebno ima li ovršnu ispravu) za njega se otvaraju perspektive iz tih pravila (i onih s njima u vezi). Naime, kako se radi o instrumentima koji prisilno namirenje čine znatno izvjesnijim, nije za očekivati da vjerovnik koristi ovlasti iz obveznih pravila i traži vraćanje danog i time se pretvori iz stvarnopravnog u hirografnog vjerovnika umjesto da aktivira svoju ovlast na namirenje iz vrijednosti predmeta osiguranja. Zato su, kada se radi o prisilnom namirenju stvarnopravno osiguranih tražbina iz (potrošačkog) ugovora o kreditu važna ovlaštenja koja su za vjerovnika predviđena u pravilima stvarnog, ovršnog i drugih pripadajućih pravila o prisilnom namirenju. S tim što se opetovano naglašava da se pretežno radi o kogentnim pravilima koja ne dopuštaju da se ugovori drukčije negoli je njima predviđeno. Tako se, npr. prema čl. 336. st. 2. ZV, hipotekarni vjerovnik iz vrijednosti založene nekretnine prisilno može namiriti samo sudskim putem (načelo oficioznosti) onako kako predviđaju ovršna pravila, pa strane ne mogu ugovoriti drugi put ili primjenu drugih pravila do onih iz ovršne legislative. U sudskom ovršnom postupku hipotekarnim vjerovnicima na izbor stoje dva sredstva: prodaja i unovčenje nekretnine (čl. 336. st. 2. ZV) primjenom pravila o ovrsci na nekretnini (čl. 79.-132. i. OZ) i ovršna sekvestracija (čl. 336. st. 7. ZV) koji se iz različitih razloga uopće ne koristi u praksi.¹⁶³ Moguće nešto manje striktna rješenja predviđaju pravila o prisilnom namirenju fiducijarne tražbine (najprije jer predviđaju izvansudsko namirenje), a potom utoliko što dopuštaju strankama da izaberu i ugovore, npr. da će se predlagatelj osiguranja namiriti prodajom i unovčenjem nekretnine primjenom ovršnih pravila, odnosno izvornih pravila o prisilnom namirenju takve tražbine. Fiducijarni vjerovnici namiruju se izvansudski u postupku pred javnim bilježnikom. Postoje dva sredstva namirenja koja mogu izabrati: a) stjecanje, tzv. punopravnog prava vlasništva na nekretnini prema pravilima iz čl. 322. OZ i b) prodaju i unovčenjem nekretnine prema pravilima o ovrsci na nekretnini iz čl. 317. OZ u vezi s čl. 79.-132. i. OZ. No i u ovom su slučaju ograničene daljnje dispozicije stranaka.

Analizirana stvarnopravna osiguranja dobro pokazuju razlike između prisilnog namirenja pojedinih vrsta osiguranja, a kao najvažniju: različite puteve namirenja. No, zajedničko im je postojanje tzv. ovršnog naslova – njihovi su pravni temelji ovršne isprave. S obzirom na ovu značajku bitno se razlikuju od tzv. dobrovoljnih ugovornih hipoteka koje se osnivaju prema čl. 309. ZV i kojima je, također, moguće osigurati tražbinu iz (potrošačkog) kredita. No, pravni temelji ovih hipoteka su

¹⁶³ Kada založno pravo tereti stvar ili pravo koje je sposobno da daje plodove ili druge koristi iz čije bi se vrijednosti mogla namiriti zalogom osigurana dospjela tražbina, založni vjerovnik ovlašten je zahtijevati od suda da uspostavi privremenu upravu zalogom i postavi upravitelja koji će biti ovlašten da ubire te plodove, odnosno koristi i unovčava ih, te da dobivene iznose polaže u sud radi namirenja iz toga pologa. O ovršnoj sekvestraciji više kod Mihelčić, Gabrijela, *Ovlaštenje hipotekarnih vjerovnika na namirenje hipotekarne tražbine sekvestracijom nekretnine de lege lata i de lege ferenda*, *Liber Amicorum in honorem dr. sc. Jadranko Crnić (1928.-2008.)*, Novi informator, 2009., str. 417. et seq.

založni ugovor koji su kao tabularne isprave podobni za upis u zemljišne knjige, ali nisu ovršne isprave i ne udovoljavaju pretpostavkama za ovrhu. Stoga ovlaštenik ovih podvrsta založnog prava, odnosno vjerovnik (potrošačkog) kredita osiguranog ovim osiguranjima ne može ovrhu tražiti neposredno, već mora prethodno u parničnom postupku pribaviti ovršnu ispravu. S druge strane, sporazumi o naprijed navedenim osiguranjima su ovršne isprave (čl. 23. OZ) i predlagatelji osiguranja koji njima raspoložu mogu neposredno pristupiti ovrši.

Bez ambicije da se detaljnije promatraju pravila koja uređuju navedene načine i sredstva osiguranja, s obzirom na rješenja iz čl. 28. Direktive 2014/17/EU, izdvojene su tri ključne točke u ovim pravilima o prisilnom namirenju. Riječ je: a) o predviđanju disponzibilnih instrumenata u cilju čekanja s prisilnim namirenjem, b) o redefiniranju uređenja o ništetnosti uglavaka o komisornom namirenju i inačica marcijanskih klauzula te c) o osiguravanju mehanizama ostvarenja odgovarajuće (najviše moguće) prodajne cijene nekretnine. Pravila o prisilnom namirenju iz čl. 28. Direktive 2014/17/EU tiču se samo nekih pitanja u vezi s prisilnim namirenjem i to osiguranih tražbina iz potrošačkih kredita na stambenim nekretninama, pa će izvan njegova doseg ostati slučajevi kada se prisilnim putem namiruju: a) osigurane tražbine iz (običnih) ugovora o kreditu neovisno je li predmet osiguranja stambena nekretnina, odnosno b) osigurane tražbine iz potrošačkih ugovora o kreditu kada su osigurane osiguranjem na nekretninama koje nisu stambene (koja nemaju za cilj stjecanje ili zadržavanje prava vlasništva nad nekretninama). S druge strane, pravila čl. 28. Direktive 2014/17/EU tiču se (vrijedit će) za prisilno namirenje tražbina osiguranih bilo kojom vrstom stvarnopravnog osiguranja kada je predmet osiguranja stambena nekretnina, a tražbina potječe iz potrošačkog kredita, odnosno tiču se svih puteva (sudskog i izvansudskog) prisilnog namirenja.¹⁶⁴

Pravilo iz čl. 28. st. 1. Direktive 2014/17/EU predviđa dužnost država članica da donesu mjere u cilju poticanja vjerovnika da prije negoli pokrene ovršni postupak (zapravo, bilo koji postupak prisilnog namirenja) pokaže razuman stupanj strpljenja.¹⁶⁵ U biti, očekuje se da država članica predvidi instrumente kojima bi zahtijevala od vjerovnika da prisilno namirenje odgodi za određeno vremensko razdoblje (uvjetno slično naknadnom primjerenom roku). Naša pravila o prisilnom namirenju osiguranih tražbina, za sada, takvu opciju ne predviđaju. Postoji pravilo iz čl. 305. st. 3. ZKI kojim se uređena dužnost kreditne institucije da, nastupi li zakašnjenje dužnika (dospije li tražbina), s dužnikom u vremenskom periodu od dva mjeseca dogovori način daljnje otplate dugovane tražbine. Međutim, to ne ograničava pravo vjerovnika da zatraži i prisilno namirenje tražbine odmah po

¹⁶⁴ U službenoj engleskoj jezičnoj verziji članka 28. Direktive 2014/17/EU se koristi pojam „foreclosure proceedings“ koji je u hrvatskoj jezičnoj verziji objavljenoj u SL EU preveden kao „ovrha“. Budući da su ovršni postupci sudski postupci, potrebno je naglasiti da se spomenuta pravila tiču i izvansudskih postupaka, odnosno u našem slučaju, izvansudskog postupka prisilnog namirenja fiducijarne tražbine putem javnog bilježnika.

¹⁶⁵ Više kod Mihelčić, Gabrijela, *Prisilno...*, op. cit., dio II.2. Tzv. reasonable forbearance, str. 17.-18.

dospijeću. U biti, iniciranje prisilnog namirenja vezano je uz tri ključna pitanja koja, u načelu, uređuju kogentna pravila. Radi se o pitanjima: 1) dospelosti i ovršivosti osigurane tražbine iz (potrošačkog) ugovora o kreditu, 2) ovršnosti ovršne isprave kao ovršnog naslova te 3) (mogućem) nastupu zastare osigurane tražbine.

Zahtjev je našeg zakonodavca i pretpostavka prisilnog namirenja da je dugovana tražbina dospjela. Pitanje dospjeća točnije odgovor na pitanje je li tražbina dospjela nije u sferi stranačke dispozicije i treba biti objektivno provjerljivo. No, postoji mogućnost da se ugovori koji će se od (objektivnih) kriterija koristiti, tj. na koji će se način urediti pitanje dospelosti tražbine. Najčešće se koriste već spomenute akceleracijske klauzule i ugovara da tražbina iz (potrošačkog) kredita dospijeva u cijelosti ne podmiri li dužnik više uzastopnih dospjelih anuiteta. Moguće je, npr. da se ugovori poseban broj tih anuiteta, hoće li njihovo dospjeće odmah uvjetovati i dospjeće cijele tražbine ili se dodatno traži da vjerovnik pozove dužnika na plaćanje ili mu dade kakav primjereni rok, da se ugovori posebna forma u kojoj to treba učiniti i sl.¹⁶⁶ U ovom dijelu moguće je i ispitivanje poštenja (legitimiteta) akceleracijskih klauzula. Postoji varijanta da se u posebnoj parnici pobija javnobilježnički sporazum o založnopravnom osiguranju¹⁶⁷. Nije nezamislivo niti da dužnik u parnici dovede u pitanje valjanost koje od ugovornih odredaba ugovora o potrošačkom kreditu pozivajući se na opće institute obveznog prava npr. institut izmjena ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti iz čl. 369. et seq. ZOO. Za njegovu primjenu trebaju se ostvariti dvije pretpostavke: da su promijenjene okolnosti nastale nakon sklapanja ugovora i da se nisu mogle predvidjeti u vrijeme njegova sklapanja te da nije istekao rok određen za ispunjenje obveze.¹⁶⁸ Istekne li rok, tj. dospije li osigurana tražbina i stekne li svojstvo ovršivosti protekom paricijskog roka (uz pretpostavku da potječe iz ovršnog naslova) ovlasti dužnika značajno se reduciraju. Posebno, kada se radi o mogućim prigovorima koji se tiču sadržaja ovršnog naslova kakav bi, npr. bio onaj da ugovorna odredba nije poštena (narušava zahtijevanu ravnotežu pravnog položaja stranaka). Kada nastupi ovršivost tražbine iz ovršnog naslova i ovršnost ovršne isprave, dužnik se može usprotiviti zahtjevu vjerovnika za prisilno namirenje. To jednako vrijedi za prisilno namirenje tražbine javnobilježničkog založnog prava, odnosno takvog fiducijarnog osiguranja, budući da nastaju na pravnom temelju koji je ovršna isprava i utvrđenje je li ta isprava stekla svojstvo ovršnosti (a jest pod pretpostavkom da je njome utvrđena tražbina dospjela i ovršiva) vjerovnika kao predlagatelja osiguranja dijeli od prisilnog namirenja.¹⁶⁹ Dužnik kao protivnik osiguranja može žalbom protiv rješenja

166 Za izdavanje opomene radi naplate neplaćenih dospjelih novčanih potraživanja u svjetlu ZZZP-a vidi čl. 15. ZZZP.

167 Čl. 308. st. 2. OZ.

168 Više kod Bukovac Puvača, Maja, Mihelčić, Gabrijela, Tuhtan Grgić, Iva, Can Financial Crisis Lead to the Application of the Institute of Changed Circumstances Under Croatian Law?: The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision (ur.) Bašoglu, Bašak, Springer International Publishing, 2016., str. 89. et seq.

169 Za ovršnost javnobilježničke isprave više kod Mihelčić, Gabrijela, Komentar..., op. cit., str. 150. et seq.

o ovrši problematizirati, npr. nastup ovršivosti, odnosno ovršnosti (usp. zahtjev za ukidanje potvrde o ovršnosti),¹⁷⁰ ili podobnost ovršne isprave za ovrhu, ali postoji li neki od taksativno navedenih žalbenih razloga.¹⁷¹ Bit prigovora točnije žalbenih razloga usmjerena je na ispitivanje postojanja pretpostavki za određivanje ovrhe (prisilno namirenje) i njezinu provedbu. Primjerice je li ovršna isprava stekla svojstvo ovršnosti; je li poništena, preinačena ili na drugi način stavljena izvan snage; odnosno je li na drugi način izgubila svoju djelotvornost ili je utvrđeno da je bez učinka; i sl.¹⁷² Utoliko bi se radilo o drukčijem fokusu od onog koji je upravljen na pitanje poštenja ugovornih odredbi (pa i akceleracijskih) kao u slučaju Mohamed Aziz.¹⁷³ S obzirom na instrumente koji su dužniku stavljeni na raspolaganju, razlika postoji u vezi s tim je li dužnik ovlašten u ovršnom postupku (dakle, u samom postupku prisilnog namirenja) ili izvan njega (u parnici) problematizirati određena pitanja. Neovisno, međutim, osim kada postoje razlozi za nišetnost pojedinog uglavka ili ugovora o (potrošačkom) kreditu u cjelini (npr. zelenaški ugovor), poštenje ugovornih odredbi nije izrijeком naveden žalbeni razlog. S druge strane sukladno ustaljenoj praksi Suda EU-a, dužnost je sudova i drugih tijela da ex officio paze na nepoštenost uglavaka koje čine sadržaj ovršne isprave i mora biti obuhvaćena već i samom provjerom postojanja pretpostavki posebice onom koja se odnosi na pitanje je li ovršna isprava poništena ili je bez učinka. S obzirom na zahtjev iz čl. 28. st. 1. Direktive 2014/17/EU upravljen na počec sa započinjanjem prisilnog namirenja treba kazati nešto i o nastupu zastare. Posebno u kontekstu višestruke regulative zastare tražbine iz osiguranog (potrošačkog) ugovora o kreditu. Zastara (nastup zastare ili protek zastarnog roka) uređuje se, najprije, s obzirom na pojedini anuitet (tzv. povremena davanja) i iznosi tri godine (čl. 226. ZOO), zatim s obzirom na samo pravo iz ugovora o (potrošačkom) kreditu i iznosi pet godina (čl. 227. ZOO). Postoji posebno uređenje zastarnog roka, odnosno nastupa zastare koje vrijedi za tražbinu osiguranu hipotekom kada zastara glavnice uopće ne nastupa (čl. 222. ZOO) i, konačno, kao korektiv potonje odredbe – pravilo o nastupu zastare iz čl. 233. ZOO prema kojem, tražbine utvrđene javnobilježničkim aktom zastarijevaju u roku od deset godina (s tim da povremene tražbine zastarijevaju u jednakom roku kao i prema čl. 226. ZOO – zastarni rok iznosi tri godine). Pravila koja uređuju zastaru, načelno, su kogentne naravi i njima nije dopušteno disponirati. Takvo je pravilo, npr. ono o zabrani promjene roka zastare iz čl. 218. ZOO koje zabranjuje strankama da interveniraju u rokove zastare bilo tako da ugovore

170 Vidi čl. 36. OZ.

171 Čl. 50. OZ.

172 Čl. 50. st. 1. OZ.

173 C-415/11 od 14. ožujka 2013., Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), ECLI:EU:C:2013:164, para. 46. Sud EU-a je ocijenio kako su odredbe Direktive 93/13/EEZ suprotstavljene španjolskim pravilima o prisilnom namirenju, budući da ista nisu predviđala mogućnost da ovršenik odgovarajućim putem od suda zatraži preispitivanje legitimiteta određene ugovorne odredbe iz javnobilježničke ovršne isprave, a zatim, ako nađe da je ugovorna ravnoteža narušena, da na raspolaganju ima učinkovita sredstva kojim može utjecati na provedbu ovrhe.

dulje ili kraće vrijeme zastare (zastarnog roka) od onoga određenog zakonom. Istim pravilom zabranjeno je ugovoriti i da zastara neće teći kroz neko vrijeme (u smislu kakvog grace perioda kao npr. onog sa započinjanjem prisilnog namirenja). U čl. 219. ZOO predviđeno je i da se dužnik ne može odreći zastare prije nego što protekne vrijeme određeno za zastaru. Imajući u vidu da zastarom prestaje pravo prisilnim putem zahtijevati ispunjenje obveze (čl. 214. st. 1. ZOO), teško je očekivati da vjerovnik samoinicijativno odloži poduzimanje prisilnog namirenja jer se time izlaže opasnosti isteka zastarnih rokova, odnosno nastupa zastare. Naš bi zakonodavac, u svrhu realizacije zahtjeva iz čl. 28. st. 1. Direktive 2014/17/EU, mogao razmisliti i o drukčijem uređenju zastare. Uređenja prema kojima stranke uz određena ograničenja mogu samostalno uređivati zastarne rokove nisu nepoznata u poredbenim i (projiciranim) supranacionalnim uređenjima. Primjerice postoje takva uređenja prema kojima je unutar maksimalnog i minimalnog roka zastare dopušteno ugovoriti poseban zastarni rok¹⁷⁴ ili zastarni rok urediti tako da traje kraće od predviđenog,¹⁷⁵ i sl. S druge strane ne treba izgubiti iz vida da je jedan od razloga zabrane promjene režima zastare upravo zaštita dužnika i očuvanje načela ekvivalencije u obveznom odnosu, pa u tom smislu uvođenje drukčijeg uređenja (mogućnosti da stranke raspolažu rokom zastare) ne mora nužno biti povoljnije za dužnika. Ako se ne želi mijenjati nacionalno uređenje zastare, moguća je varijanta da se kao jedan od razloga za zastoje ili prekid zastare za određeno vrijeme predvidi to što je ugovoreno kako zastara neće teći kroz određeno vrijeme nakon nastupa ovršivosti tražbine (ovršnosti ovršne isprave).

Sljedeći zahtjev koji proizlazi iz čl. 28. st. 4. Direktive 2014/17/EU je onaj za potencijalnim redefiniranjem pravila o ništetnosti uglavaka o komisornom namirenju iz nekretnina i uglavaka koji predstavljaju zabranjenu inačicu marcijanskih klauzula.¹⁷⁶ Tradicionalno, ovi uglavci ulaze u krug onih kojima se postiže osnaženje pravnog položaja dužnika. Danas su, međutim, često upravo dužnici nezadovoljni takvim uređenjem i nerijetko se čuje da su spremni vjerovniku prepustiti predmet osiguranja kako bi se oslobodili duga. Među pravilima našeg stvarnog prava ovdje su referentna dva opća pravila.¹⁷⁷ Prvo, ono iz čl. 307. st. 4. ZV, prema kojem je ništetna odredba založnog ugovora da će zalog prijeći u

174 Vidi npr. § 7:601. Draft Common Frame of Reference for a European Private Law, u: Bar, Christian et al., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009. Vidi i § 14:601 Principles of European Contract Law (III) u: Lando, Ole et al., Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International, 2003., str. 208.

175 §1502 austrijskoga Općeg građanskog zakonika, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811, posljednji puta izmijenjen i dopunjen s BGBl. I Nr. 87/2015. Vidi kod Mihelčić, Gabrijela, Tuhtan Grgić, Iva, Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine, Zbornik PFR, vol 33., br. 1., 2012., str. 197. et seq.

176 Više kod Mihelčić, Gabrijela, Hipoteka..., op. cit., dio 5. Komisorna klauzula kao relikv prijašnjih uređenja, str. 88. et seq., Mihelčić, Gabrijela, Prisilno..., op. cit., dio II.4. Novo ruho komisorne klauzule, str. 19. -20.

177 Detaljnije se govorilo o nedopuštenim uglavcima u založnom ugovoru u dijelu rada pod 5.2. Sadržaj sporazuma o stvarnopravnom osiguranju tražbine.

vjerovnikovo vlasništvo ne bude li dug plaćen u određeno vrijeme, a drugo iz čl. 336. st. 5. ZV koje određuje da dužnik ostaje dužan razliku do potpunog namirenja ne namiri li se vjerovnik prodajom zalogu u cijelosti. Iako zabrana komisornog namirenja nije apsolutna, može se reći da kod nekretnina i namirenja tražbina osiguranih založnima pravom iz njih nema iznimaka. Nešto je drukčije kod uređenja fiducijarnog osiguranja i prisilnog namirenja fiducijarne tražbine prema pravilima osiguranja. Moguće je, naime, da fiducijar, pod određenim pretpostavkama postane tzv. punopravni vlasnik nekretnine koja je bila predmet osiguranja, ali prethodno mora provesti poseban postupak (nije dopušteno da ga ne provede).¹⁷⁸ Dođe li u toj varijanti do punopravnog stjecanja prava vlasništva primjenom čl. 322. st. 7. i 9. OZ tražbina se „smatra izmirenom za cijenu koja odgovara iznosu osigurane tražbine s kamatama i troškovima i pripadajućim porezima“. Pravilo iz čl. 28. st. 4. Direktive 2014/17/EU predviđa da države članice „neće sprječavati strane ugovora o kreditu da se izričito dogovore da je povrat ili prijenos sredstva osiguranja ili prihoda od prodaje sredstva osiguranja dovoljan za otplatu kredita“. Dio ovog zahtjeva tražit će ispitivanje zabrane komisornog namirenja što je već učinjeno u nekim poredbenopravnim sustavima.¹⁷⁹ Drugi trak mogao bi, pak, ići prema u našem pravu načelno zabranjenim, a iznimno dopuštenim marcijanskim uglavcima. Prema čl. 307. st. 5. ZV, ništetne su, naime, ugovorne odredbe da vjerovnik može po svojoj volji ili po unaprijed određenoj cijeni otuđiti zalog ili ga zadržati za sebe što, iznimno, može kada zalog ima propisanu cijenu.

Uz ova uređenja treba promatrati zahtjev iz čl. 28. st. 5. al. 1. Direktive 2014/17/EU o dužnosti država članica da „u slučaju kada cijena postignuta za nekretninu utječe na dugovanje potrošača osiguraju postupke ili mjere koji će omogućiti postizanje najbolje cijene“.¹⁸⁰ U kontekstu našeg uređenja prisilnog namirenja iz nekretnine referentne bi bile dvije vrijednosti, tj. cijene: a) tzv. utvrđena vrijednost nekretnine (čiji se način utvrđivanja više puta mijenjao) i b) kupovna ostvarena prodajom nekretnine. Prema posljednjem uređenju iz čl. 102. st. 2. OZ, u postupku ovrhe na nekretnini, nekretnina se ne može prodati ispod tri petine utvrđene vrijednosti, a vrijednost utvrđuje sud „po slobodnoj ocjeni na temelju obrazloženog nalaza i mišljenja vještaka koje je izrađeno primjenom posebnog propisa iz područja prostornog uređenja o načinu procjene vrijednosti nekretnina, načinu prikupljanja podataka i njihovoj evaluaciji te o metodama procjene nekretnina“ (čl. 92. st. 1. OZ). Postoji i mogućnost da se, pod određenim pretpostavkama, mjerodavnom vrijednošću nekretnine smatra ona koju su utvrdile stranke „u sudskom ili izvansudskom sporazumu na temelju kojega je stečeno založno ili koje drugo odgovarajuće pravo na nekretnini radi osiguranja tražbine čije se namirenje traži“

¹⁷⁸ Čl. 322. OZ.

¹⁷⁹ Detaljnije kod Ernst, Hano, Mihelčić, Gabrijela, Redefiniranje zabrane legis commissoriae, Zbornik radova XI. Međunarodnog savjetovanja PFM: „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” 2013., Neum, osobito dio: 2.4. Dopuštenje ugovaranja legis commissoriae.

¹⁸⁰ Više kod Mihelčić, Gabrijela, Prisilno..., op. cit., dio II.3. Tzv. best efforts price, str. 18.-19.

(čl. 92. st. 3. OZ). Namjera (ideja) zakonodavca da uspostavi relevantne kriterije oko ovog važnog pitanja¹⁸¹ vidi se iz pravila Zakona o procjeni vrijednosti nekretnina¹⁸² i uređenja: a) tzv. osnovice za vrednovanje nekretnina (čl. 21. st. 1. ZPVN) koja predstavlja tržišnu vrijednost nekretnine utvrđenu „prema propisanim metodama za procjenu vrijednosti nekretnina“ i b) tzv. osnove za procjenu vrijednosti nekretnine (čl. 22. st. 1. ZPVN) koji određuje da „procjena vrijednosti nekretnine treba biti izrađena pažnjom dobrog stručnjaka, uzimajući u obzir sve raspoložive dokaze kako bi rezultat bio održiv nakon provjere“. Značaj dijela čl. 28. st. 5. al. 1. Direktive 2014/17/EU kojim se naglašava da „cijena postignuta za nekretninu treba utjecati na dugovanje potrošača“ kao svojevrsna pretpostavku u pravcu primjene parametra za pravilno utvrđenje cijene (vrijednosti) nekretnine osobito je vidljiv pogleda li se ovlast vjerovnika na namirenje iz tzv. preostale imovine dužnika kada se ne uspije namiriti iz kupovnine ostvarene prodajom zaloga (čl. 336. st. 5. ZV), a koje namirenje može tražiti i istodobno s namirenjem iz zaloga (čl. 336. st. 4. ZV). Na tragu dužnosti država članica da „osiguraju postupke ili mjere koji će omogućiti postizanje najbolje cijene“ moguće je promatrati i izmjene pravila o ovrsi na nekretnini iz Novele OZ-a iz 2014. i podzakonskih akata koji je prate (u prvom redu, Pravilnika o načinu i postupku provedbe prodaje nekretnina i pokretnina u ovršnom postupku¹⁸³). Njima su predviđena dva mehanizma koja bi trebala rezultirati višim iznosima ostvarenih kupovina: a) elektronička javna dražba (čl. 97. st. 1. et seq. i čl. 316. st. 3. OZ i dr.) i s obzirom na nju b) očekivano povećanje kruga potencijalnih kupaca (objava zaključka o prodaji na mrežnim stranicama Financijske agencije (čl. 95.a st. 2. OZ i dr., čl. 7. st. 1. PNPPPPOP i dr.).¹⁸⁴ Hoće li oni, uz nova pravila o utvrđenju vrijednosti nekretnine, biti dovoljni za ostvarenje cilja iz čl. 28. st. 5. al. 1. Direktive 2014/17/EU ostaje za vidjeti u praksi. Pravilima o prisilnom namirenju iz čl. 28. Direktive 2014/17/EU predviđa se još jedan instrument. Prema čl. 28. st. 4. Direktive 2014/17/EU, postoji dužnost država članica da „ne sprečavaju stranke

181 Direktiva 2014/17/EU uvodi posebno pravilo o procjeni vrijednosti stambenih nekretnina u čl. 19., u kojem zahtijeva od država članica EU-a razvijanje pouzdanih standarda vrednovanja stambenih nekretnina te njihovo poštovanje i primjenu od strane vjerovnika ili treće strane koja vrši procjenu. U recitalu 26. preambule upućuje na međunarodno priznate standarde vrednovanja Odbora za međunarodnu normizaciju vrednovanja (International Valuation Standards Committee), Europske organizacije procjeniteljskih udruga (European Group of Valuers' Associations), Kraljevske organizacije geodeta (Royal Institution of Chartered Surveyors) i na načela Odbora za financijsku stabilnost za dobru praksu za kredite osigurane hipotekom na stambene nekretnine (Financial Stability Board's Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices), te na standarde za vrednovanje imovine iz Direktive 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupu i obavljanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru kreditnih institucija i investicijskih društava, SL L 176, 27.6.2013., str. 338.

182 NN br. 78/15., dalje u tekstu: ZPVN. U čl. 2. ZPVN izrijekom se navodi da „Ovaj Zakon sadržava odredbe koje su u skladu s Direktivom 2014/17/EU.“

183 NN br. 156/14., dalje u tekstu: PNPPPPOP.

184 Detaljnije o elektroničkoj javnoj dražbi fiducijarne nekretnine kod Mihelčić, Gabrijela, Fiducijarno osiguranje na nekretninama i pokretninama nakon reforme s posebnim osvrtom na prodaju elektroničkom javnom dražbom, Javni bilježnik, br. 41., 2015., str. 47. et seq.

ugovora o kreditu da se izričito dogovore da je povrat (...) prihoda od prodaje sredstva osiguranja dovoljan za otplatu kredita“. Ovaj zahtjev nije ništa drugo negoli ovlast strankama da pri zaključenju ugovora o (potrošačkom) kreditu i osnivanju stvarnopravnog osiguranja ugovore i to da će se vjerovnik, dođe li do prisilnog namirenja, smatrati namirenim u cijelosti iz iznosa kupovnine ostvarene prodajom (neovisno koliko će ona iznositi). Posljednji dio mozaika prisilnih pravila iz čl. 28. Direktive 2014/17/EU predstavlja zahtjev prema kojem su u slučaju da je „nakon ovršnog postupka dug i dalje nepodmiren, države članice dužne osigurati mjere s ciljem olakšavanja otplate u svrhu zaštite potrošača“ (čl. 28. st. 5. al. 2. Direktive 2014/17/EU). De lege lata, naša pravila ne predviđaju mogućnost da dužnik spriječi založnog vjerovnika da nakon ovršne prodaje predmeta osiguranja (nekretnine) traži namirenje iz njegove preostale imovine (npr. iz druge nekretnine), ali tada, ipak u svojstvu hirografirnog vjerovnika.

7. ZAKLJUČAK

Hrvatski pozitivnopravni sustav sadrži više različitih pravila kojima je uređen ugovor o kreditu. Temeljna su: obvezna pravila iz ZOO-a koja uređuju obični ugovor o kreditu i pravila kojima je uređen potrošački ugovor o kreditu iz ZPK-a. Odnos među njima poseban je iz više razloga. Najprije zbog interpolacije supranacionalnih pravila iz europskog prava, a zatim jer je supsidijarna primjena pravila ZOO-a na ugovor o potrošačkom kreditu uvjetovana drukčijim zahtjevima negoli je uobičajeno u vertikali općeg i posebnog (posebnijeg, specijalnijeg) propisa. Uz to, primjena pravila ZOO-a u tolikoj je mjeri reducirana da je u nekim slučajevima gotovo moguće postaviti pitanje njihove primjenjivosti uopće. Pravila europskog prava, zapravo, su iznad i samog seta pravila o zaštiti potrošača, budući da temeljni propis iz ovog područja – ZZP (a koji predviđa supsidijarnu primjenu ZOO-a), sukladno načelu supremacije prava EU-a,¹⁸⁵ primjenu svojih pravila isključuje u slučaju inkopatibilnosti onima iz europskih izvora. No, unatoč paralelizmu sustava (u prvom redu za ugovor o kreditu onih iz ZOO-a i ZPK-a) postoji i nije isključena interakcija općeg i posebnog (posebnijeg) režima. Pitanje je, međutim, je li zadržana nužna mjera koherentnosti i je li fragmentacijom uređenja ugrožen sustav u cijelosti, pa posljedično i svrha radi koje je ustanovljen posebni režim – zaštita potrošača. Naime, osim moguće konjunktive općeg i posebnog (posebnijeg) sustava, i sam posebniji sustav (pravila o potrošačkom kreditiranju) predviđa niz još posebnijih (subspecijalnijih) uređenja i tako vodi daljnjoj partikularizaciji. To je u određenoj mjeri rezultat harmonizacije s pravilima relevantnih EU direktiva i s njima u vezi kreirane prakse Suda EU-a, a drugim dijelom posljedica intervencija hrvatskoga zakonodavca kakva je bila, npr. ona iz posljednje Novele ZPK-a.

¹⁸⁵ Više kod Josipović, Tatjana, Načela europskog prava u presudama Suda Europske zajednice, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 62.

Analiza provedena u radu pokazala je, naime, da unutar sustava potrošačkih kredita, i kada se ostave sa strane oni ugovori o kreditu koji to nisu (tzv. obični ugovori o kreditu), postoji više vrsta potrošačkih kredita na koje se ne primjenjuju ista pravila, a neki ugovori o kreditu i kada su zaključeni od strane potrošača ne ulaze u doseg pravila iz seta pravila o zaštiti potrošača. Tako su, uz već (od ranije) postojeće kategorije ugovora o (potrošačkom) kreditu: a) čije su tražbine više od 1.000.000,00 kuna, a nisu denominirane u CHF odnosno u kunama s valutnom klauzulom u CHF (pa se za njih ne primjenjuje ZPK-a), kao i za b) one koji su isključeni od primjene ZPK-a temeljem čl. 3. st. 1. ZPK, odnosno c) one za koje se primjenjuju samo neka pravila ZPK-a, budući da su prema čl. 3. st. 2. do 4. ZPK djelomično isključeni od njegove primjene, spomenutom Novelom ZPK-a predviđeni i još neki. Uveden je, naime, specijalniji režim za (još) dvije kategorije ugovora o potrošačkom kreditu: a) one čije su tražbine denominirane u CHF odnosno u kunama s valutnom klauzulom u CHF i b) one koje su s potrošačima zaključili vjerovnici, odnosno kreditni posrednici koji za zaključenje takvih ugovora nisu imali potrebno ovlaštenje. Za potonje je uveden i poseban režim ništetnosti ugovora o kreditu. Taj je režim drukčiji od općeg iz ZOO (neovisno radi li se o općim obveznim pravilima ili onim posebnim koji uređuju ugovor o kreditu). Posebna ništetnost iz ZPK-a jedinstvena je po tome što njezini pravni učinci djeluju retroaktivno, a na strani potrošača obveza vraćanja danog u dijelu koji se tiče kamata postoji od pravomoćnosti odluke kojom je ugovor o potrošačkom kreditu utvrđen ništetnim.

Kada se još u strukturu uvedu obični ugovori o kreditu koje uređuju čl. 1021. et seq. ZOO i koji ne ulaze u sustav potrošačkih kredita jasno je da u praksi može biti problema. Jedno je od prvih pitanja koje praksa treba riješiti, pitanje određenja kategorije ugovora o kreditu kako bi se vidjelo koja se pravila primjenjuju na konkretan slučaj. Daljnji je korak, radi li se o potrošačkom ugovoru o kreditu, odrediti o kojoj se od vrsta (podvrsta) tog ugovora o kreditu radi, kako bi se za taj posebni ugovor o potrošačkom kreditu primijenila još specijalnija pravila. Postoji i posebna veza između kategorije ugovora o kreditu i definicije pojma potrošača kada se radi o tzv. ugovorima o kreditu s dvojnou svrhom – kod kojih je svrha trgovačke djelatnosti ograničena i nije prevladavajuća u cjelokupnom kontekstu ugovora, pa se dužnik iz tog ugovora može smatrati potrošačem, a sam ugovor o kreditu – potrošačkim kreditom. Potrebno je, dakle, osim svih naprijed naznačenih razloga, pri određenju ugovora o kreditu (odnosno je li u pitanju ugovor o potrošačkom ili običnom ugovoru o kreditu) voditi računa i o definiciji pojma potrošača, jer je u tom kontekstu moguć adhezijski učinak na obični ugovor o kreditu, pa čak i kada je tražbina iz kredita stvarnopravno osigurana. Treba voditi računa i o određenju pojma druge ugovorne strane – vjerovnika, posebno imajući u vidu posljednje izmjene i dopune ZPK-a, koje su i ovdje predvidjele posebna rješenja (postojanje ovlaštenja za kreditne poslove na strani vjerovnika podignuto je na razinu valjanosti ugovora o potrošačkom kreditu, pa nema li vjerovnik takvo ovlaštenje ugovor je ništetan). O ništetnosti se vodi računa *ex offio*, pa bi prva radnja bila provjeravanje

ima li vjerovnik, odnosno kreditni posrednik odobrenje za pružanje usluga potrošačkog kreditiranja, odnosno za posredovanje pri potrošačkom kreditiranju. Posebnu dimenziju otvaraju pravila koja uređuju osiguranja na nekretninama, jer je njima dopušteno osiguranje osnovati na nekretnini osobe koja nije osobni dužnik i subjekt ugovora o (potrošačkom) kreditu. Takvu osobu (stvarnopravnog dužnika) ne štiti sustav pravila o zaštiti potrošača, pa kada će se raditi o stambenoj nekretnini potrošača koji jest stvarnopravni dužnik, a nije i osobni dužnik – dužnik iz potrošačkog ugovora o kreditu, takav dužnik, izgleda, ne uživa zaštitu namijenjenu potrošačima.

Oblik (formu) ugovora o (potrošačkom) kreditu kvalificirat će namjera stranačka da tražbinu iz kredita osiguraju nekim od instrumenata stvarnopravnog osiguranja tražbine. U tom će se slučaju, inače dostatna, pisana forma pokazati nedovoljnom, jer se za većinu sporazuma o stvarnopravnom osiguranju traže posebne forme – sudskog zapisnika ili javnobilježničke isprave, a za koje, opet, vrijede neka posebna pravila. Kao problematično u vezi s formom, mogu se pojaviti pitanja slična onima s kojima se suočio španjolski zakonodavac i koja su, u konačnici, rezultirala višestrukim izmjenama španjolskog zakonodavstva. Mislimo na javnobilježničke isprave u kojima su sadržani ugovori o (potrošačkom) kreditu i sporazumi o stvarnopravnom osiguranju njihovih tražbina i koje kao takve, dospije li osigurana tražbina i ne bude namirena, predstavljaju ovršne naslove nakon što ih se opskrbi ovršnom klauzulom. Pitanje svih pitanja u tim je slučajevima, je li potrošač kao dužnik mogao inicijalno zahtijevati, a sud doći u priliku da ex officio ispita poštenost ugovornih klauzula sadržanih u takvim ispravama i je li njima narušena željena ugovorna ravnoteža. Sud EU-a od slučaja Aziz, a sada i u brojnim drugima smatra da, povrh svega, sud mora moći zaustaviti ovršni postupak dok se ne odluči o tom pitanju (poštenosti ugovornih klauzula) – raspolagati djelotvornim instrumentima kako bi interveniralo u ovrhu.

Određenje ugovora o (potrošačkom) kreditu itekako ovisi o tome je li riječ o običnom ugovoru o kreditu ili ugovoru o potrošačkom kreditu. U potonjem se slučaju predviđa niz bitnih sastojaka ugovora o potrošačkom kreditu koji su na razini, tzv. objektivno bitnih sastojaka, ali ne određuje što kada izostanu iz sadržaja ugovora (predviđena je samo prekršajna odgovornost za vjerovnika). Rezultat je to intencije zakonodavca (i europskog i hrvatskoga) da taksativno obuhvati sve što potrošač treba znati u vezi s ugovorom o potrošačkom kreditu koja je, sad je to već neprijeporno, prouzročila, tzv. information overload – najčešće potrošaču nerazumljivih informacija, odnosno ugovornih stipulacija. Pored toga multiplicirani su objektivno bitni sastojci ugovora o potrošačkom kreditu, pa usprkos činjenici da pojmovno određenje potrošačkog kredita uključuje i niz ugovora koji to obveznopravnom nomenklaturom nisu (npr. ugovor o zajmu, i sl.), nije nerealna opasnost da cijeli ugovor bude ništetan ili, hipotetski, neimenovan. Uravnoteženosti sadržaja ugovora o potrošačkom kreditu doprinosi zahtjev usmjeren na dopuštenost i djelotvornost ispitivanja legitimiteta njegovih odredbi i na zabranu narušavanja pravnog položaja i ugovorne ravnoteže strana tog ugovora, na kojoj Sud EU-a decidirano stoji u svojoj praksi.

Posebna kategorija pitanja veže se uz prava stranaka iz ugovora o (potrošačkom) kreditu, a posebno se pitanje njihovih ovlasti i željene ravnoteže pravnih položaja komplicira u slučajevima kada su tražbine iz tih kredita stvarnopravno osigurane. Polazeći od toga da se pravila o zaštiti potrošača primjenjuju i na takve kredite – potrošačke ugovore o kreditu čije su tražbine stvarnopravno osigurane (iz razloga koji su detaljno obrazloženi u radu) primijećeno je, kako će na položaj potrošača, odnosno dužnika uopće neizbježno utjecati uređenja iz ovršnih pravila i pravila osiguranja, odnosno pravila stvarnoga prava koja određuju i predviđaju primjenu tih pravila, a kao ključna opća pravila kada je riječ o režimu stvarnopravnog osiguranja založnim pravom na nekretninama. U tom svjetlu će nastupajuće posebno uređenje potrošačkih kredita na stambenim kreditima biti nova razdjelnica i donijeti još neka posebnija uređenja kada će biti riječ o nekretninama koja se smatraju stambenim nekretninama. Ne želeći ponavljati sve što je detaljno analizirano u dijelovima rada u kojima je bilo riječi o pravima i obvezama stranaka iz ugovora o (potrošačkom) kreditu kada se radi o kreditu čiju su tražbinu stranke osigurale stvarnopravnim osiguranjem na nekretnini, posebno stambenoj nekretnini, generalno se može primijetiti da pravila europskog prava predviđaju rješenja u pravcu osnaženja pravnog položaja potrošača kao dužnika. Ostaje vidjeti kakva će rješenja naš zakonodavac ponuditi u tom pravcu novim propisom kojim namjerava implementirati europska rješenja.

Summary

CREDERE AND CREDIT: TWO COMPLEMENTARY OR CONTRADICTORY NOTIONS?

By studying credit contracts secured by real securities, which are, in practice, usually concluded as consumer, i.e. B2C contracts, the authors have become aware of numerous issues in the Croatian judicial practice and legislation. These are primarily a consequence of the complex process of approximation of original national provisions to the European *acquis* in this area that apart from requiring correct transposition of EU legal acts into the national legislation, also demand the correct application and uniform interpretation of harmonized national law. In that sense, issues arise already when determining the contracting parties, i.e. regarding the questions: who is the consumer and who the trader, i.e. creditor, in B2C credit contracts? There is also the topic of the determination of the object of the contract, i.e. with regard to answering the questions of what is a consumer credit and the crediting of what exactly it relates to. Ambiguities exist also relating to the determination of essential elements of consumer credit contracts, with regard to which there are no clear answers coming either from the practice of the CJEU, or from the domestic court practice. Problems exist regarding the understanding of the duty of courts and other applicants of law about the interpretation and application of positive national law consistently to the *acquis*, i.e. regarding the manner of pursuing this duty in practice. All the above-mentioned questions become even more complicated, when it comes to credits, whose main claims are secured by a real security. Therefore, bearing in mind the particular difficulties in the interpretation and practical application of harmonized national provisions on consumer crediting and consumer law in general, in this paper the authors try to offer clear and concise answers to numerous key questions upon which the correct application of the previously mentioned legislation depends.

Key words: *credit contract, consumer credit contract, lien, fiduciary security, residential immovable.*

Zusammenfassung

CREDERE UND KREDIT: VERWANDTE ODER DOCH ENTGEGENGESETZTE BEGRIFFE?

In Bezug auf Kreditverträge mit dinglichen Sicherheiten, welche in der Praxis am meisten in Verbraucher, bzw. B2C-Verhältnissen abgeschlossen werden, nehmen die Autorinnen zahlreiche Probleme in kroatischer Rechtsprechung und Gesetzgebung wahr. Diese ergeben sich vor allem aus dem Prozess der Harmonisierung von einerseits nationalen Bestimmungen mit dem europäischen Acquis andererseits. Letzteres benötigt dabei nicht nur dass EU-Regeln ins nationale Recht korrekt umgesetzt werden, sondern dass das harmonisierte nationale Recht in Einklang mit den EU Regeln angewendet und ausgelegt wird. In diesem Sinne sind Schwierigkeiten schon bei der Festlegung von Vertragsparteien bemerkbar: wer ist Verbraucher und wer Händler, bzw. Gläubiger in B2C-Kreditverträgen? Ebenso herrscht Unklarheit in Bezug auf Vertragsgegenstand und was genau ein Verbraucherkredit sei und zu welchem Kreditierungszweck er abgeschlossen wird. Weitere Schwierigkeiten betreffen wesentliche Bestandteile eines Verbrauchervertrags, denn bisher hat weder die Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU, noch die nationale Rechtsprechung die nötige Klarheit diesbezüglich geboten. Anschließend daran wird beobachtet, dass auch Gerichte und andere mit der Rechtsanwendung vertraute Behörden mit ihren Pflichten nicht wirklich einvertraut sind und mir der Auslegung und Anwendung positiven nationalen Rechts in Einklang mit dem Acquis in der Praxis kämpfen. Alle der genannten Fragen werden noch schwieriger im Fall von dinglichen Sicherungen von Forderungen solcher Kredite. In diesem Sinne bieten die Autorinnen klare und konzise Antworten auf die gestellten Grundfragen, deren Beantwortung für eine korrekte Anwendung von nationalen Bestimmungen für Verbraucherkreditierung und Verbraucherrechte unumgänglich sei.

Schlüsselwörter: *Kreditvertrag, Verbraucherkreditvertrag, Pfandrecht, fiduziarische Sicherheit, Wohnimmobilien.*

Riassunto

CREDERE E MUTUO: NOZIONI CONCORDANTI O ANTITETICHE?

Analizzando i contratti di mutuo tutelati da garanzie reali, i quali nella prassi vengono per la maggiore parte conclusi nei rapporti di consumo (B2C), le autrici nel contributo si rendono conto dell'esistenza di numerosi problemi presenti tanto nella giurisprudenza, quanto nella legislazione croata. Tali questioni risultano essere principalmente la conseguenza del complesso processo di armonizzazione delle disposizioni nazionali con l'acquis europeo in tale ambito, dal momento che oltre ad una corretta attuazione delle norme europee nella legislazione nazionale, tale processo richiede anche una corretta applicazione delle medesime, come pure una interpretazione uniforme del diritto domestico armonizzato. In tale senso, difficoltà sorgono già in merito alla definizione delle parti contrattuali, ovvero con riferimento alla questione chi s'intenda essere consumatore e chi invece il professionista, e cioè il creditore nei contratti di credito al consumo B2C. Ancora, difficoltà spuntano con riguardo alla determinazione dell'oggetto del contratto, ovvero all'individuazione della risposta all'interrogativo che cosa sia il credito al consumo e a che cosa esso concretamente si riferisca. Dubbi esistono anche con riguardo alla questione della determinazione degli elementi essenziali del contratto di credito al consumo, riguardo ai quali chiare risposte non vengono offerte né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, né dalla giurisprudenza nazionale. Problemi esistono anche con riguardo alla comprensione degli obblighi in capo alle corti ed agli altri soggetti tenuti all'applicazione delle norme circa l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale vigente conformemente all'acquis ovvero con riguardo alle modalità di espletamento di tale obbligo nella prassi. Siffatte questioni si complicano ulteriormente quando i credito vantati in base a tali contratti di mutuo trovano copertura nelle garanzie reali. Proprio avendo presente le specifiche difficoltà nell'interpretazione e nell'applicazione pratica delle disposizione nazionali armonizzate, che si riferiscono al credito al consumo ed diritto dei consumatori in generale, le autrici nel lavoro cercano di dare delle risposte chiare e concise alle numerose questioni sollevate, posto che dalla corretta risoluzione di queste dipende la corretta applicazione della menzionata legislazione.

Parole chiave: *contratto di mutuo, contratto di credito al consumo, diritto di garanzia, garanzia fiduciaria, immobili ad uso abitativo.*

RASPOLAGANJE VODNIM DOBROM

Dr. sc. Jadranko Jug, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 351.79
Ur.: 22. veljače 2016.
Pr.: 25. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuju mogućnosti raspolaganja vodnim dobrom kao dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku s aspekta raspolaganja pravom vlasništva kao stvarnim pravom i raspolaganja predmetom samog stvarnog prava. Ujedno se dijeli prikaz raspolaganja vodnim dobrom od raspolaganja javnim vodnim dobrom kao javnim dobrom u općoj uporabi. Uvodno se navodi pojam, određenje i pravni status vodnog dobra kao temelj analize mogućnosti raspolaganja ili ograničenja u raspolaganju vodnim dobrom, kao i osnovna obilježja raspolaganja stvarnim pravima općenito te raspolaganja dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku i javnim dobrima u općoj uporabi.

Ključne riječi: *vodno dobro, javno vodno dobro, dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, javna dobra u općoj uporabi.*

1. UVOD

Vodno dobro su nekretnine koje su posebnim zakonom proglašene kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku (dalje RH) i imaju njezinu posebnu zaštitu.¹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima² određuje da su stvari za koje je na temelju Ustava RH³ posebnim zakonom određeno da su dobra od interesa za nju, pa imaju njezinu osobitu zaštitu, a nisu opća dobra, sposobne biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava.⁴ Jedina razlika između dobara od interesa za

- 1 V. čl. 8. st. 5. Zakona o vodama (Narodne novine, broj 153/09, 63/11, 130/11, 56/13 i 14/14 – dalje ZV).
- 2 Narodne novine, broj 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 i 152/14 – dalje ZVDSP.
- 3 Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98, 113/08, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 5/14.
- 4 V. čl. 4. st. 1. ZVDSP. Ustav RH u čl. 52. st. 1. određuje da su od interesa za RH i imaju njezinu osobitu zaštitu: more, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitoga kulturnoga, povijesnoga, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za RH.

RH i ostalih stvari u općem stvarnopravnom režimu odnosi se na posebnu pravnu regulativu glede uporabe, korištenja, raspologanja i prava na njima.⁵ Stoga su dobra od interesa za RH sve one stvari koje su na temelju Ustava RH i posebnih zakona proglašene i stavljene u taj pravni status zbog svoje osobite kulturne, povijesne, gospodarske, ekološke važnosti, i zbog čega su podvrgnuti posebnom pravnom uređenju koje je različito u cijelosti ili u određenom dijelu od pravila općeg stvarnopravnog uređenja. Stvari koje su dobra od interesa za RH mogu biti u pravnom statusu općeg dobra i izvan vlasničkog režima, mogu biti u vlasništvu osoba javnog prava i u pravnom statusu javnog dobra ili u vlasništvu pravnih i fizičkih osoba. Kod općih dobara i javnih dobara u općoj uporabi ograničenja u odnosu na opće stvarnopravno uređenje proizlaze prije svega iz toga njihovog statusa, a ne iz činjenice da su ujedno proglašeni dobrima od interesa za RH, dok kod svih ostalih stvari, koje su proglašene dobrima od interesa za RH ograničenja u odnosu na opće stvarnopravno uređenje proizlaze iz te činjenice.⁶

Vodno dobro su nekretnine i zemljišne čestice u vlasničkopravnom režimu koje mogu biti vlasništvo bilo koje pravne ili fizičke osobe. Međutim, ako na njima pravo vlasništva ima RH, nekretnine vodnog dobra su tada u pravnom statusu javnog dobra u općoj uporabi⁷ i podvrgnute su znatno većim ograničenjima u odnosu na mogućnost uporabe, korištenja i raspologanja. Raspologanje stvarnim pravom općenito znači da ovlaštenik tog prava može to pravo prenijeti na drugoga u cijelosti ili djelomično, da ga može opteretiti nekim ograničenim stvarnim pravom, da ga može ograničiti na neki drugi način i da se očitovanjem svoje volje može tog prava odreći ili učiniti da to pravo prestane.⁸ Raspologanje predmetom stvarnog prava

5 U čl. 52. st. 2. Ustava RH određeno je da se zakonom određuje na koji način dobra od interesa za RH mogu upotrebljavati i koristiti njihovi vlasnici ili ovlaštenici prava na njima, a isto tako i naknadu za ograničenja kojima su podvrgnuti. Isto propisuje čl. 4. st. 2. ZVDSP-a.

6 U svezi s ograničenjem kojima su izloženi vlasnici dobara od interesa za RH Josipović, T. navodi: „*Njihovim* (vlasnicima dobara od interesa za RH, *op. a.*) *vlasnicima nametnute su i određene obveze glede njihova održavanja ili im je zabranjeno neko ponašanje kako se ne bi narušila određena svojstva stvari radi kojih su i proglašene dobrima od interesa za RH.* V. Josipović, T., *Posebni pravni režimi na nekretninama, Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro, Zagreb, 2003.*, str. 4.

7 V. čl. 11. ZV. Kao i kod općeg dobra, javna dobra u općoj uporabi namijenjena su za opću uporabu, a opća uporaba se određuje posebnim zakonima koji reguliraju pravni status i upravljanje određenim javnim dobrom u općoj uporabi, te u okviru ovlasti na upravljanje tijela pravnih osoba kojima je određena vrsta javnog dobra u općoj uporabi dana na upravljanje. ZVDSP u odnosu na javna dobra u općoj uporabi načelno određuje primjenu jednakih pravila kao za opća dobra, ako nije što drugo propisano zakonom. Međutim, ta načelna odredba ZVDSP-a nije značajna u odnosu na javna dobra u općoj uporabi u pravnom sustavu RH, jer je njihov pravni status, opća i posebna uporaba, gospodarsko korištenje, raspologanje te upravljanje regulirano posebnim zakonima. Osnovna razlika između općih dobara i javnih dobara u općoj uporabi je da kod posebne uporabe ili gospodarskoga korištenja javnog dobra u općoj uporabi u odnosu na opća dobra, u tu svrhu nema mogućnosti stjecanja stvarnih prava, dok kod nekih javnih dobara takva mogućnost postoji.

8 V. Gavella, N. *et al.*; *Stvarno pravo, Svezak 1., II. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.*, str. 130.

razlikuje se od samog raspologanja stvarnim pravom, te je zapravo poseban način izvršavanja sadržaja stvarnog prava i temelji se na ovlasti sadržanoj u konkretnom stvarnom pravu.⁹ Svaki pravni subjekt ovlašten je raspologati svojim subjektivnim pravom koje je u prometu i za to mu nije potrebno nikakvo posebno ovlaštenje. Međutim, ako se stvar nalazi u posebnom pravnom režimu kao dobro od interesa za RH, odnosno kao javno dobro u općoj uporabi, pravo i sloboda raspologanja stvarnim pravom kao i predmetom stvarnog prava ograničena je temeljem odredaba posebnog zakona.

Predmet ovoga rada je prikaz mogućnosti raspologanja vodnim dobrom, odnosno javnim vodnim dobrom, i to u smislu raspologanja subjektivnim pravom nositelja stvarnog prava te samim predmetom stvarnog prava, na toj posebnoj vrsti nekretnina od posebnog interesa za RH, ali i za sve njene građane. Uvodno će se navesti pojam, određenje i pravni status vodnog dobra kao temelj mogućnosti raspologanja (neraspologanja) vodnim dobrom.

2. POJAM I ODREĐENJE VODNOG DOBRA

ZV određuje da vodno dobro čine zemljišne čestice koje obuhvaćaju vodonosna i napuštena korita površinskih voda, uređeno inundacijsko područje¹⁰, neuređeno inundacijsko područje¹¹, prostor na kojem je izvorište voda potreban za njegovu fizičku zaštitu¹² te otoci koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu.¹³ Nadalje, ZV popisuje najmanju i najveću površinu nekretnina vodnog dobra koje nije u vlasništvu RH, odnosno najmanju površinu nekretnina vodnog dobra koje je u vlasništvu RH, u slučaju vodnog dobra koje čini prostor potreban za fizičku zaštitu izvorišta voda.¹⁴ ZV također propisuje da zemljišne čestice vodnog dobra

9 *Ibid.*

10 Uređeno inundacijsko područje čini zemljište između korita voda i vanjskog ruba pripadajućih mu regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, uključujući i pojas zemljišta potreban za njihovo redovito održavanje (v. čl. 109. st. 1. ZV).

11 Neuređeno inundacijsko područje čine zemljišta uz vodotoke, koje je planom upravljanja vodnim područjima ili dokumentom o uređenju prostora rezervirano za građenje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, te prirodne i umjetne akumulacije i retencije u granicama utvrđenim planom upravljanja vodnim područjima ili prostornim planom (v. čl. 109. st. 2. ZV).

12 Pod izvorištem voda u smislu čl. 8. st. 1. toč. 4. ZV-a smatraju se sve vode namijenjene ljudskoj potrošnji koje osiguravaju u prosjeku više od 10 m³ vode na dan ili opskrbljuju više od 50 ljudi kao i sva vodna tijela rezervirana za te namjene u budućnosti (čl. 88. st. 1. ZV), a također izvorišta izdašnosti najmanje 10 m³ dnevno prirodne mineralne, termalne i prirodne izvorske vode.

13 V. čl. 8. st. 1. ZV.

14 V. čl. 8. st. 2. i 3. ZV. Prostor koji nije u vlasništvu RH ne može biti manji od 400 niti veći od 450 čhv oko izvorišta, tako da je izvorište u pravilu u središtu toga prostora. Prostor koji je u vlasništvu RH jedan je hektar oko izvorišta, tako da je izvorište u pravilu u središtu toga prostora ili iznimno manje površine ako je zemljište u vlasništvu RH na kojem je izvorište manje površine od jednog hektara.

koje čine prostor na kojem je izvorište voda, moraju biti zasebne katastarske i zemljišnoknjižne čestice, te da se prije parcelacije osniva pravo služnosti prolaza i provoza do javne prometnice na teret svih nekretnina.¹⁵

Namjena vodnog dobra je da služi održavanju i poboljšanju vodnog režima, i to osobito za građenje i održavanje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, održavanje korita i obala vodotoka, održavanje i uređenje inundacijskog područja, građenje i održavanje unutarnjih vodnih putova, provedbu obrane od poplava te korištenje i zaštitu izvorišta voda.¹⁶ Ministarstvo nadležno za vodno gospodarstvo u upravnom postupku utvrđuje pripadnost neke nekretnine vodnom dobru, uz prethodno pribavljeno mišljenje Hrvatskih voda,¹⁷ a rješenje koje donosi ministarstvo je konačno i ovršno i protiv njega nije dopuštena žalba već se može pokrenuti upravni spor.¹⁸ Rješenje ministarstva mora sadržavati oznaku nekretnine u skladu s podacima iz zemljišne knjige i nalog nadležnom zemljišnoknjižnom sudu za njegovu provedbu, a dostavlja se i nadležnom državnom odvjetništvu.¹⁹ Vodno dobro može biti u vlasništvu fizičke ili pravne osobe, ali ako je u vlasništvu RH kao pravne osobe, tada se nalazi u pravnom statusu javnog vodnog dobra koje je javno dobro u općoj uporabi. Određenje javnog vodnog dobra znatno je složenije zbog odredbi ZV-a kojima određene nekretnine vodnog dobra *ex lege* postaju nekretnine javnog vodnog dobra.

2.1. Pojam i određenje javnog vodnog dobra

Javno vodno dobro čine nekretnine koje su vodno dobro²⁰, ali su u vlasništvu RH. Dakle, javno vodno dobro razlikuje se od vodnog dobra jedino po tome što su takve nekretnine u vlasništvu države, dok vodno dobro može biti u vlasništvu bilo koje pravne ili fizičke osobe. Javno vodno dobro je primarno javno dobro u općoj uporabi i u vlasništvu RH, ali može biti i u pravnom statusu javnog dobra u javnoj uporabi u vlasništvu RH, kada se radi o vodnim građevinama izgrađenim na javnom vodnom dobru i ako je tako određeno aktom vlasnika.²¹ Ukoliko je na zemljišnoj čestici koja je u pravnom statusu javnoga vodnog dobra izgrađena vodna građevina,²² tada se sukladno načelu jedinstva nekretnine radi o jedinstvenoj

15 V. čl. 8. st. 4. ZV. Takvo zakonsko rješenje potpuno je logično jer do te vrste vodnog dobra mora biti omogućen prilaz vozilima i na drugi način u svrhu korištenja i zaštite izvorišta voda što je jedna od namjena vodnog dobra.

16 V. čl. 9. ZV.

17 V. čl. 10. st. 1. ZV.

18 V. čl. 10. st. 4. i 6. ZV.

19 V. čl. 10. st. 4. i 6. ZV. Rješenje se dostavlja nadležnom državnom odvjetništvu radi stavljanja prijedloga za uknjižbu prava prvokupa u korist RH (v. čl. 18. st. 3. i čl. 19. ZV).

20 V. *supra* bilj. 12

21 V. čl. 11. st. 4. i čl. 14. st. 2. ZV.

22 Namjena, vrste, pravni status i ostala obilježja vodnih građevina određeni su u čl. 21. – 30. ZV-a.

nekretnini u pravnom statusu javnoga vodnog dobra i u vlasništvu RH.²³ Iznimka od tog pravila odnosi se na vodne građevine koje su izgrađene na temelju prava građenja ili prava služnosti, u kojem slučaju izgrađene vodne građevine na temelju tih prava, i dok ona traju, nisu dio javnog vodnog dobra.²⁴ Kada je na javnome vodnom dobru izgrađena vodna građevina kao pripadnost javnome vodnom dobru, RH kao vlasnik određenoga javnoga vodnog dobra može odrediti da je takvo javno vodno dobro u javnoj, a ne u općoj uporabi. ZV sadrži i jednu odredbu koja je u koliziji s odredbama Zakona o cestama²⁵, a odnosi se na preklapanje javne ceste i javnoga vodnog dobra. Tako ZV određuje da se građenjem cestovnih i željezničkih prometnica na javnom vodnom dobru ne mijenja pravni status javnoga vodnog dobra,²⁶ dok ZC²⁷ u tom slučaju predviđa mogućnost ukidanja statusa javnoga vodnog dobra. Mišljenja sam da u takvoj situaciji treba tumačiti te odredbe na način da sukladno ZC-u uvijek postoji mogućnost ukidanja statusa javnog vodnog dobra kada je to potrebno u svrhu građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste, odnosno da se ne mijenja izgradnjom javne ceste na javnom vodnom dobru taj pravni status nekretnine, osim ako se ne odluči primijeniti odredba ZC.²⁸

ZV kao prvi kriterij za utvrđenje nekretnina u pravnom statusu javnoga vodnog dobra navodi da se mora raditi o nekretninama ili zemljišnim česticama koje su vodno dobro. Takva odredba ZV-a nije sporna jer je potpuno logično da pravni status javnoga vodnog dobra primarno proizlazi iz vrste i namjene nekretnina koje taksativno navodi ZV.²⁹ Slijedom toga, sve nekretnine koje se stječu temeljem izvlaštenja ili pravnog posla u korist RH, a u naravi se radi o vodnom dobru, nalaze se u pravnom statusu javnoga vodnog dobra.³⁰ Problem se javlja kod odredbe ZV-a kojom se *ex lege* određuje da su određene nekretnine, koje su u naravi vodno dobro, postale na dan stupanja na snagu Zakona o vodama iz 1995.³¹ godine javno vodno dobro.³² Mjerilo za utvrđenje javnoga vodnog dobra po toj je osnovi određeni pravni status nekretnine na dan stupanja na snagu ZV/95, a koji se može procjenjivati u materijalnopravnom i u formalnopravnom smislu.

23 V. čl. 14. st. 1. ZV.

24 *Ibid.*

25 Narodne novine, broj 84/11, 22/13, 54/13, 148/13 i 92/14 – dalje ZC.

26 V. čl. 14. st. 3. ZV.

27 V. čl. 44. ZC.

28 *Ibid.*

29 V. čl. 8. st. 1. ZV.

30 V. čl. 11. st. 3. ZV.

31 Narodne novine, broj 107/95 i 150/05 – dalje ZV/95.

32 U čl. 11. st. 1. ZV-a određeno je da javno vodno dobro čine zemljišne čestice iz članka 8. ZV-a koje su do dana stupanja na snagu ZV/95 bile temeljem zakona ili temeljem bilo koje druge pravne osnove: opće dobro, javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, javno dobro – vode, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo bez obzira tko je bio nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, odnosno koje su u zemljišnoj knjizi bile upisane kao: javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, državno vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo s naznakom ili bez naznake nositelja prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja, općenarodna imovina, opće dobro i sl.

Može se prihvatiti da su nekretnine vodnog dobra, koje su temeljem zakona ili neke druge pravne osnove bile na navedeni datum opće dobro ili javno dobro, društveno vlasništvo te vlasništvo RH, postale temeljem zakona javno vodno dobro u vlasništvu RH i u pravnom statusu javnog dobra u općoj uporabi. Međutim, smatramo neprihvatljivim da su nekretnine vodnog dobra u vlasništvu JLS-a također postale javno vodno dobro u vlasništvu RH, jer bi se u tom slučaju radilo o oduzimanju prava vlasništva nekretnine određenoj pravnoj osobi javnog prava bez naknade i provođenja postupka izvlaštenja.³³ Također je neprihvatljivo da se prelazak određenih zemljišnih čestica vodnog dobra u pravni status javnoga vodnog dobra veže uz formalni upis u zemljišnim knjigama na dan stupanja na snagu ZV/95, a to posebno iz razloga nesređenosti faktičnoga i zemljišnoknjižnog stanja.³⁴ Nije poznato da bi netko pokrenuo postupak ocjene ustavnosti odredbe čl. 11. st. 1. ZV-a, slijedom čega je upitno bi li stvarni vlasnici vodnog dobra, koje je temeljem takve odredbe ZV-a postalo javno vodno dobro, mogli ostvariti zaštitu svojeg prava vlasništva u parnici ili u zemljišnoknjižnom postupku povodom uknjižbe javnoga vodnog dobra. ZV predviđa i predmnjevu da su sve nekretnine vodnog dobra, a koje na dan stupanja na snagu ZV-a nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, ili su bile upisane bez naznake njihova vlasnika, smatraju do dokaza suprotnog javnim vodnim dobrom.³⁵ Ta odredba ZV-a također je upitna s ustavnopravnog motrišta jer prebacuje teret dokaza da je određena nekretnina javno vodno dobro s RH na one koji tvrde da se radi o vodnom dobru u vlasništvu određene fizičke ili pravne osobe.

ZV predviđa da nadležno ministarstvo za vodno gospodarstvo ima ovlast u slučaju dvojbe ili spora utvrđivati je li neka zemljišna čestica vodnog dobra po sili zakona postala javno vodno dobro temeljem čl. 11. st. 1. i 2. ZV-a.³⁶ Zakonodavac je predvidio upravni postupak za utvrđenje pripadnosti nekretnine vodnom dobru, a također za utvrđenje *ex lege* stečenog statusa javnog vodnog dobra na nekretninama vodnog dobra. Sudska zaštita predviđena je pokretanjem upravnog spora protiv rješenja ministarstva, a koji se pokreće direktno protiv rješenja ministarstva jer žalba nije dopuštena.

Zakonom o izmjenama i dopunama ZV/95³⁷ u prijelaznim odredbama bila je predviđena mogućnost uknjižbe RH na svim nekretninama koje su u statusu javnoga vodnog dobra, a koje su bile u posjedu Hrvatskih voda najmanje deset godina do dana stupanja na snagu ZID ZV/95.³⁸ Ova odredba odnosila se i na uknjižbu vodnih

33 Ustav RH u čl. 50. st. 1. određuje da je zakonom moguće u interesu RH ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.

34 Tako je moguće da je određena zemljišna čestica vodnog dobra temeljem pretvorbe određenoga društvenog poduzeća prešla u imovinu i vlasništvo novoosnovanoga trgovačkog društva, ali je u zemljišnoj knjizi ostala upisana kao društveno vlasništvo s pravom korištenja prednika društvenog poduzeća, a prema odredbi čl. 11. st. 1. ZV-a postala bi *ex lege* javno vodno dobro i vlasništvo RH.

35 V. čl. 11. st. 2. ZV.

36 V. čl. 10. st. 2. ZV.

37 Narodne novine, broj 150/05 – dalje ZID ZV/95.

38 V. čl. 123. st. 1. ZID ZV/95.

građevina, s tim što se vodne građevine za melioracijsku odvodnju uknjižuju kao vlasništvo županije.³⁹ Temelj za uknjižbu bio je katastarski posjedovni list i potvrda Hrvatskih voda da se radi o nekretninama u pravnom režimu javnoga vodnog dobra i/ili vodnim građevinama. Kod toga smatramo da je jedino povijesni posjedovni list mogao biti dokaz o posjedovanju nekretnine tijekom razdoblja od 10 godina, a isto tako smatramo da je ispravno trebalo biti navedeno kako se radi o nekretnini u pravnom režimu vodnog dobra, a ne javnoga vodnog dobra. Naime, status vodnog dobra odnosi se prije svega na određene vrste nekretnine u naravi, dok je status javnoga vodnog dobra u biti pravni status nekretnina koje su u naravi vodno dobro.

Osoba koja je do tada bila uknjižena kao vlasnik, ovlaštena je bila podnijeti brisovnu tužbu prema pravilima zemljišnoknjižnog prava⁴⁰ u prekluzivnom roku od 6 mjeseci od dana dostave rješenja suda o uknjižbi prava vlasništva RH, odnosno prava vlasništva županije na vodnoj građevini. Vidljivo je da je ZID ZV/95, kao *lex specialis*, na posve drugačiji način regulirao predmnjevu o nositelju prava vlasništva na određenoj nekretnini, za razliku od ZZK-a, gdje je opća pretpostavka da je vlasnik nekretnine osoba koja je kao takva upisana u zemljišnoj knjizi, a tko tvrdi suprotno to treba i dokazati.⁴¹ Odredba ZID ZV/95 o svojevrsnom stjecanju pravnog statusa javnoga vodnog dobra temeljem dosjelogosti i temeljem dokaza da se radi o vodnom dobru i posjedu Hrvatskih voda, a sve to u zemljišnoknjižnom postupku, također je u suprotnosti s odredbom čl. 50. st. 1. Ustava RH. Osim toga, u zemljišnoknjižnom postupku ne mogu se utvrđivati sporne činjenice,⁴² a koje se odnose na pretpostavku desetogodišnjeg posjeda, slijedom čega je i ta odredba ZID ZV/95 u svezi s utvrđenjem javnoga vodnog dobra bila dvojben.

ZV sadrži sličnu odredbu kao i ZV/95 o svojevrsnom stjecanju pravnog statusa javnog vodnog dobra i uknjižbi temeljem dosjelogosti na nekretninama vodnog dobra, ali s nekim bitnim razlikama, posebno u svezi s mogućnosti pravne zaštite upisanih vlasnika takvih nekretnina vodnog dobra.⁴³ Tako je i dalje predviđeno da će sudovi provesti uknjižbu javnog vodnog dobra u vlasništvu RH na svim nekretninama koje su vodno dobro,⁴⁴ a koje su u posjedu Hrvatskih voda najmanje 10 godina do dana stupanja na snagu ZV-a, te da prijedlog za uknjižbu podnosi nadležno državno odvjetništvo, a dokaz posjeda od 10 godina se dokazuje potvrdom tijela nadležnog za katastar te pripadnost zemljišne čestice vodnom dobru potvrdom Hrvatskih voda. Međutim, u ZV-u su izostale odredbe ZV/95 o tome da se takvo stjecanje pravnog statusa javnog vodnog dobra odnosi na vodne građevine, kao i odredbe o pravu bivših vlasnika na brisovnu tužbu u roku 6 mjeseci od zaprimanja rješenja kojim se odobrava uknjižba. Dakle, prema ZV-a se takva uknjižba može provesti bez obzira

39 V. čl. 123. st. 3. ZID ZV/95.

40 V. čl. 123. st. 2. ZID ZV/95 i čl. 129. Zakona o zemljišnim knjigama (Narodne novine, broj 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04107/07, 152/08126/10, 55/13 i 60/13 – dalje ZZK).

41 V. čl. 8. st. 2. ZZK.

42 V. čl. 92. i 108. ZZK.

43 V. čl. 254. st. 1. i 2. ZV.

44 Sada je zakonodavac pravilno razlučio pojam vodnog dobra u naravi od pravnog statusa javnog vodnog dobra koji se steže upisom te vrste nekretnina u vlasništvo RH.

na upisano pravo vlasništva druge osobe i bez mogućnosti podnošenja brisovne tužbe. Smatram da takve odredbe ZV-a ne sprječavaju osobu protiv koje je izvršena uknjižba javnog vodnog dobra u vlasništvu RH temeljem svojevrstne dosjelnosti Hrvatskih voda, da pokrene parnicu u kojoj će pobijati pretpostavke za stjecanje pravnog statusa javnog vodnog dobra ili tvrditi da se uopće ne radi o nekretnini vodnog dobra.

Ukupno je utvrđenje nekretnina u pravnom statusu javnoga vodnog dobra s obzirom na odredbe ZV-a i ZID ZV/95 znatno otežano, a vrlo često nije provedivo u zemljišnoknjižnom postupku kako je to zakonodavac predvidio.

3. OPĆENITO O RASPOLAGANJU STVARNIM PRAVIMA I PREDMETOM STVARNIH PRAVA

Raspolaganje stvarnim pravom može se odnositi na raspolaganje stvarnim pravom kao subjektivnim pravom, a može se odnositi i na raspolaganje predmetom stvarnog prava. Raspolaganje stvarnim pravom kao subjektivnim pravom podrazumijeva prijenos tog prava na drugu osobu u cijelosti ili djelomično⁴⁵, opterećenje tog prava nekim ograničenim stvarnim pravom⁴⁶, ograničenje stvarnog prava u nekom drugom pogledu⁴⁷ te mogućnost odricanja od nekog stvarnog prava⁴⁸. Za valjanost raspolaganja trebaju biti ispunjene opće i posebne pretpostavke. Opće pretpostavke su sposobnost predmeta biti predmetom raspolaganja, sposobnost stjecatelja da stekne određeno stvarno pravo te valjana pravna osnova stjecanja. Posebne pretpostavke ovise o vrsti pravne osnove raspolaganja.

Kod raspolaganja predmetom stvarnog prava radi se zapravo o izvršavanju sadržaja određenog stvarnog prava, a ne o raspolaganju subjektivnim pravom. Raspolaganje predmetom stvarnog prava moguće je u okviru ovlasti koje proizlaze iz stvarnog prava. Jedino pravo vlasništva u pravilu ovlašćuje nositelja tog prava na bilo kakvo raspolaganje sa stvari,⁴⁹ dok ograničena stvarna prava sadrže ujedno i ograničenu ovlast raspolaganja sa samom stvari koja je predmet ograničenog stvarnog prava⁵⁰. Raspolaganje predmetom stvarnog prava također možemo podijeliti na faktično raspolaganje⁵¹ i pravno raspolaganje⁵². Može se zaključiti da je koji puta vrlo teško razlikovati raspolaganje stvarnim pravom od raspolaganja

45 Prijenos stvarnog prava podrazumijeva prestanak tog prava jedne osobe i stjecanje istog prava druge osobe. Prijenos stvarnog prava može biti u cijelosti ili djelomično (npr. prijenos prava vlasništva u cijelosti ili samo određenog suvlasničkog dijela).

46 Npr. opterećenje prava vlasništva nekretnine osnivanjem prava služnosti ili prava građenja na toj nekretnini ili opterećenje založnog prava osnivanjem podzaložnog prava.

47 Npr. ograničenje raspolaganja pravom vlasništva pravom prvokupa neke osobe.

48 Npr. očitovanjem volje izazvati prestanak stvarnog prava.

49 Upravo u slučaju javnog vodnog dobra u vlasništvu RH dolazi do znatne nemogućnosti raspolaganja stvarnim pravom i samim predmetom stvarnog prava (čl. 11. st. 5. i čl. 16. ZV).

50 Npr. nositelj prava plodouživanja može stvar dati u zakup, ali je ne može otuđiti.

51 Faktično raspolaganje odnosi se na promjenu oblika, sadržaja, mjesta gdje se stvar nalazi itd.

52 Pravno raspolaganje je, primjerice, davanje stvari u posjed.

predmetom stvarnog prava, jer vrlo često raspologanje subjektivnim pravom znači ujedno i raspologanje samim predmetom tog subjektivnog prava.⁵³

3.1. Općenito o raspologanju dobrima od interesa za RH

Dobra od interesa za RH su dobra koja na temelju Ustava RH i zakona uživaju osobitu zaštitu RH, a iz odredbe Ustava RH⁵⁴ nedvojbeno proizlazi da su dobra od interesa za RH more, vode, zračni prostor, morska obala, otoci i rudno blago, dok u odnosu na ostale nekretnine i stvari samo ako je zakonom određeno da su od interesa za RH. Vidljivo je da su u samom Ustavu RH kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku proglašena upravo opća dobra kao što su zrak, voda u rijekama, jezerima i moru i morska obala, te otoci⁵⁵ i rudno blago⁵⁶ koji su u režimu vlasništva. Sve ostale nekretnine i pokretnine mogu postati dobra od interesa za RH, ako su kao takvi proglašeni posebnim zakonom. Pojam dobro od interesa za RH znatno je širi od pojma općeg dobra ili javnog dobra te u statusu dobara od interesa za RH mogu biti opća dobra, javna dobra u općoj uporabi, javna dobra u javnoj uporabi, kao i ostale stvari u općem stvarnopravnom režimu.

ZVDSP određuje da su stvari za koje je na temelju Ustava RH posebnim zakonom određeno da su dobra od interesa za nju pa imaju njezinu osobitu zaštitu, a nisu opća dobra, sposobne biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava.⁵⁷ Jedina razlika između dobara od interesa za RH i ostalih stvari u općem stvarnopravnom režimu odnosi se na posebnu pravnu regulativu glede uporabe, korištenja i prava na njima.⁵⁸ Ograničenja i obveze koje mogu biti nametnute vlasnicima dobara od interesa za RH mogu se primjerice odnositi na obvezu određenog održavanja stvari, ograničenja u svezi s raspologanjem stvarju,⁵⁹ dužnost dopustiti uporabu stvari za određene namjene i sl. Ograničenja u raspologanju i obveze vlasnika dobra od interesa za RH ovise o vrsti i namjeni dobra od interesa za RH kao i cilju koji se želi postići stavljanjem neke stvari u taj poseban pravni status. Odredbe ZVDSP-a, kao glavni pravni izvor općega stvarnopravnog uređenja, u tim se slučajevima primjenjuju samo supsidijarno, ako i ukoliko posebnim zakonom za pojedine stvari nije drukčije određeno.⁶⁰

53 Tako se kod prodaje neke stvari radi o prijenosu prava vlasništva određene stvari na drugu osobu, ali se istovremeno raspolaže i samom stvarju kao predmetom prava vlasništva.

54 V. *supra* bilj. 5

55 V. čl. 1. st. 1. Zakona o otocima (Narodne novine, broj 34/99, 149/99, 32/02 i 33/06 – dalje ZO).

56 V. čl. 3. Zakona o rudarstvu (Narodne novine, broj 75/09 i 49/11 – dalje ZR).

57 V. čl. 4. st. 1. ZVDSP.

58 U čl. 52. st. 2. Ustava RH određeno je da se zakonom određuje na koji način se dobra od interesa za RH mogu upotrebljavati i koristiti od strane njihovih vlasnika ili ovlaštenika prava na njima, a isto tako i naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti. Isto propisuje čl. 4. st. 2. ZVDSP.

59 Najčešće se radi o pravu prvokupa RH i jedinica područne (regionalne) i lokalne samouprave.

60 Josipović, T., Posebni pravni režimi na nekretninama, *op. cit.*, str. 4.

3.2. *Općenito o raspodaganju javnim dobrima u općoj uporabi*

Prema ZVDSP-a javna dobra u općoj uporabi bile bi stvari koje su u vlasništvu RH i drugih osoba javnog prava koje su namijenjene za opću uporabu (uporabu svih).⁶¹ Stoga je opća uporaba obilježje koje određeno javno dobro prema kriteriju namjene ili uporabe svrstava u javna dobra u općoj uporabi. Namjenu javnog dobra u općoj uporabi u pravnom sustavu RH određuje zakon,⁶² iako opća odredba ZVDSP-a predviđa mogućnost da to učini i državno tijelo koje je na to ovlašteno zakonom.⁶³ U pravnom sustavu RH samo nekretnine su u pravnom statusu javnog dobra u općoj uporabi,⁶⁴ što je inače i pravilo, s obzirom na to da opća uporaba neke pokretne stvari u vlasništvu osoba javnog prava nije uobičajena.⁶⁵

Kod javnih dobara u općoj uporabi način ostvarenja opće uporabe određuje tijelo ili ustanova kojoj su javna dobra u općoj uporabi dana na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene koje njima neposredno upravlja. Tako način ostvarenja opće uporabe javnih cesta određuju pravne osobe koje su osnovane za upravljanje javnim cestama,⁶⁶ način ostvarenja opće uporabe javnoga vodnog dobra pravna osoba osnovana za upravljanje vodama i javnim vodnim dobrom,⁶⁷ a način ostvarenja opće uporabe željezničke infrastrukture određuje pravna osoba koja upravlja tom vrstom javnog dobra u općoj uporabi.⁶⁸ Dakle, opća uporaba javnih dobara ne može se ostvarivati prema nahodanju i potrebama svakog pojedinca, već se određuje posebnim zakonima koji reguliraju pravni status i upravljanje određenim javnim dobrom u općoj uporabi, te u okviru ovlasti na upravljanje tijela pravnih osoba kojima je određena vrsta javnog dobra u općoj uporabi dana na upravljanje.

61 V. čl. 35. st. 4. ZVDSP. O javnim dobrima u općoj uporabi v. više: Jug, J.; *Opća dobra i javna dobra u općoj uporabi – dvojbe i prijedlozi*, *Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.

62 Tako je u ZV-u određeno da je javno vodno dobro u vlasništvu RH i ujedno javno dobro u općoj uporabi (čl. 11. st. 4. ZV), u ZC-u da su javne ceste i nerazvrstane ceste javno dobro u općoj uporabi i u vlasništvu RH, odnosno JLS (čl. 3. st. 1. i čl. 101. st. 1. ZC), u Zakonu o željeznici (Narodne novine, broj 94/13 i 148/13 – dalje ŽŽ) da je željeznička infrastruktura javno dobro u općoj uporabi i u vlasništvu RH (čl. 11. st. 1. ŽŽ).

63 V. čl. 35. st. 3. ZVDSP.

64 V. *supra* bilj. 62.

65 To međutim nije isključeno, jer ima primjera u nekim europskim gradovima (Nizozemska) da se i pokretne stvari u vlasništvu gradova određuju za uporabu svih u skladu s načinom koji određuje tijelo kojemu su takve stvari dane na upravljanje (uporaba bicikla koji se nalaze na javnim površinama i dostupni su svim građanima radi prijevoza).

66 To su Hrvatske autoceste d.o.o. za autoceste, Hrvatske ceste d.o.o. za državne ceste, Županijske uprave za ceste za županijske i lokalne ceste (V. čl. 81. – 83. ZC).

67 Javnim vodnim dobrom upravljaju Hrvatske vode, osim ako u ZV-u nije drugačije određeno (čl. 15. ZV). Korištenje javnoga vodnog dobra za odmor i rekreaciju, u koju svrhu svatko pod jednakim uvjetima može koristiti javno vodno dobro, određuje jedinica lokalne samouprave uz prethodnu suglasnost Hrvatskih voda (čl. 17. ZV).

68 Željezničkom infrastrukturom upravlja upravitelj željezničke infrastrukture kojeg odredi vlasnik željezničke infrastrukture ili kojoj vlasnik željezničke infrastrukture dodijeli koncesiju (V. čl. 15. ŽŽ).

Sve nekretnine koje su u pravnom sustavu RH u pravnom statusu javnog dobra u općoj uporabi mogu se osim opće uporabe dati na posebnu uporabu ili gospodarsko korištenje. U pravilu je to putem koncesija, ali isto tako i temeljem nekih drugih pravnih poslova. Tako se dio javnoga vodnog dobra može dati u zakup, najam, ili se može osnovati pravo služnosti ili pravo građenja radi ostvarenja osobnih ili gospodarskih potreba, pod uvjetom da to ne utječe na održavanje vodnog režima.⁶⁹ Cestovno zemljište, kao dio javne ceste, može se dati na korištenje radi gradnje pratećih uslužnih objekata i obavljanja uslužnih djelatnosti, a može se dati i koncesija u svrhu građenja, upravljanja i gospodarskoga korištenja javne ceste.⁷⁰ Koncesija se također može dati za izgradnju nove i upravljanje postojećom željezničkom infrastrukturom.⁷¹ Sve navedeno u biti predstavlja raspolaganje određenom vrstom javnog dobra u općoj uporabi, bilo kao raspolaganje stvarnim pravom ili predmetom stvarnog prava.

Javna dobra u općoj uporabi u pravnom sustavu RH, kao i sve stvari u vlasništvu RH, podvrgnuta su načelno djelovanju općih normi stvarnog prava iz ZVDSP-a. Međutim, posebnim zakonima koji pravno reguliraju određeno javno dobro u općoj uporabi propisana su izuzeća i ograničenja od djelovanja općih odredbi ZVDSP-a. Javno vodno dobro, javne i nerazvrstane ceste te željeznička infrastruktura su neotuđivi iz vlasništva RH, odnosno JLS-a, i na njima se ne mogu u pravilu stjecati druga stvarna prava⁷², odnosno nekretnine koje čine navedena javna dobra u općoj uporabi mogu biti u pravnom prometu tek nakon ukidanja tog statusa prema izričito propisanom postupku.⁷³ ZVDSP u odnosu na javna dobra u općoj uporabi načelno određuje primjenu jednakih pravila kao za opća dobra, ako nije što drugo propisano zakonom.⁷⁴ Međutim, ta načelna odredba ZVDSP-a nije značajna u odnosu na javna dobra u općoj uporabi u pravnom sustavu RH, jer je njihov pravni status, opća i posebna uporaba, gospodarsko korištenje, upravljanje i regulirano posebnim zakonima.

69 V. čl. 16. ZV.

70 V. čl. 73. i 75. ZC.

71 V. čl. 59. ZŽ-a.

72 U čl. 11. st. 5. ZV-a određeno je da je javno vodno dobro neotuđivo, dok je u čl. 11. st. 6. ZV-a određeno da neka druga osoba ne može dosjelošću ili na drugi način steći pravo vlasništva ili neko drugo stvarno pravo, osim prava služnosti i prava građenja u smislu čl. 16. ZV-a. U čl. 3. st. 2. ZC-a određeno je da se javne ceste ne mogu otuđiti iz vlasništva RH, niti se na njima mogu stjecati stvarna prava, osim prava služnosti i prava građenja u smislu čl. 3. st. 3. ZC. U ZŽ-a nema izričite odredbe o tome da bi ta vrsta javnog dobra u općoj uporabi bila neotuđiva iz vlasništva RH, ali se to može zaključiti iz odredbe čl. 13. ZŽ-a koji propisuje pretpostavke za oduzimanje statusa javnog dobra u općoj uporabi željezničkoj infrastrukturi, nakon čega se nekretninom koja više nije dio željezničke infrastrukture i javnog dobra u općoj uporabi može slobodno raspolagati.

73 V. čl. 12. ZV, čl. 5. i 103. ZC i čl. 13. ZŽ.

74 V. čl. 35. st. 4. ZVDSP. To bi značilo da se na javna dobra u općoj uporabi, u slučaju izostanka pravila u posebnim zakonima, primjenjuju odredbe ZVDSP-a koja reguliraju upravljanje općim dobrima (čl. 3. st. 3.), iznimku od načela jedinstvenosti nekretnine u slučaju izgradnje zgrade ili građevine na općem dobru temeljem koncesije (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4.).

4. RASPOLAGANJE VODNIM DOBROM I JAVNIM VODNIM DOBROM

Mogućnosti, načini i ograničenja raspolaganja vodnim dobrom ovise o tome da li je vodno dobro u vlasništvu RH ili drugih pravnih i fizičkih osoba. U prvom slučaju radi se o daleko većim ograničenjima u mogućnosti raspolaganja samim pravom vlasništva, ali isto tako i raspolaganjem vodnim dobrom kao predmetom prava vlasništva. Činjenica da je određena nekretnina vodnog dobra u vlasništvu RH, bez obzira na način stjecanja prava vlasništva RH⁷⁵, zemljišnu česticu tog vodnog dobra ZV stavlja u pravni status javnog vodnog dobra kao dobra u općoj uporabi, a time je mogućnost raspolaganja pravom vlasništva kao subjektivnim pravom i raspolaganje predmetom tog stvarnog prava bitna drugačija nego kod nekretnina vodnog dobra koje nisu u vlasništvu RH.

4.1. Raspologanje vodnim dobrom

Vlasnici zemljišnih čestica vodnog dobra koje su izvan sustava javnog vodnog dobra, mogu raspolagati svojim stvarnim pravom gotovo isto kao i vlasnici bilo koje druge nekretnine koja je u općem stvarnopravnom režimu. Jedina i osnovna razlika odnosi se na otuđenje ili prijenos nekretnine vodnog dobra, odnosno prava vlasništva, u kojem slučaju RH ima pravo prvokupa.⁷⁶ Pravo prvokupa RH ostvaruje se na način da je vlasnik nekretnine vodnog dobra koju namjerava prodati, dužan prvotno podnijeti ponudu Hrvatskim vodama i to po tržišnim cijenama u mjestu prodaje.⁷⁷ Nakon zaprimanja ponude, Hrvatske vode dužne su u daljnjem roku od 30 dana ponudu sa svojim mišljenjem dostaviti nadležnom ministarstvu za vodno gospodarstvo i tijelu RH nadležnom za upravljanje imovinom RH⁷⁸, a koji su u daljnjem roku od 60 dana dužni obavijestiti Hrvatske vode i podnositelja ponude o prihvaćanju i uvjetima prihvaćanja ili odbijanja ponude.⁷⁹ Ako se prihvati ponuda, ugovor u ime i za račun RH sklapaju Hrvatske vode, uz prethodno mišljenje nadležnog županijskog državnog odvjetništva.⁸⁰ Ako RH ne iskoristi pravo prvokupa, vlasnik je slobodan prodati nekretninu vodnog dobra po svom nahođenju.⁸¹ U svrhu publiciteta ZV određuje da se nekretnine vodnog dobra u

75 Nije bitno je li konkretna zemljišna čestica stečena kupnjom, izvlaštenjem ili je *ex lege* postala vlasništvo RH (čl. 11.).

76 V. čl. 19. st. 1. ZV.

77 Nije jasno što je zakonodavac podrazumijevao pod time da je vlasnik dužan podnijeti ponudu po „tržišnim cijenama u mjestu prodaje“. Proizlazilo bi da vlasnik ne može navesti niti višu, ali niti nižu cijenu od tržišne. Posebno smatramo da je neprihvatljivo da vlasnik ne može navesti nižu cijenu od tržišne, jer bi RH imala jedino interes da netko ne traži nerealno visoku cijenu iznad tržišne cijene.

78 V. čl. 19. st. 3. ZV.

79 V. čl. 19. st. 4. ZV.

80 V. čl. 19. st. 5. ZV.

81 V. čl. 19. st. 6. ZV.

zemljišnoj knjizi uknjižuju na način da se u posjedovnici (list A) navede da se radi o vodnom dobru, a u tererovnici (list C) uknjižit će se pravo prvokupa u korist RH.⁸²

U odnosu na opterećenje prava vlasništva vodnog dobra nekim ograničenim stvarnim pravom ili u nekom drugom pogledu, nema razlike u raspologanju vodnim dobrom u odnosu na bilo koju drugu nekretninu. Kod raspologanja vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava, ZV propisuje da su vlasnici dužni dopustiti njihovo privremeno korištenje u svrhu održavanja i poboljšanja vodnog režima.⁸³ ZV propisuje i niz drugih ograničenja prava vlasnika i posjednika nekretnina vodnog dobra, koja u svojoj biti predstavljaju ograničenje ovlasti raspologanja predmetom prava vlasništva.⁸⁴ Odstupanja od zabrana i ograničenja raspologanja vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava moguća su samo uz suglasnost Hrvatskih voda pod uvjetom da ne dolazi do ugrožavanja stabilnosti i sigurnosti vodnih građevina, da ne dolazi do pogoršanja postojećeg vodnog režima, i ako to nije protivno uvjetima korištenja vodnog dobra utvrđenim u ZV.⁸⁵ Može se zaključiti da je kod raspologanja pravom vlasništva vodnog dobra kao stvarnim pravom jedino ograničenje u pravu prvokupa RH, dok kod raspologanja vodnim dobrom kao

82 V. čl. 18. st. 3. ZV.

83 To osobito za građenje i održavanje regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, održavanje korita i obala vodotoka, održavanje i uređenje inundacijskog područja, građenje i održavanje unutarnjih vodnih putova, provedbu obrane od poplava te korištenje i zaštitu izvorišta voda (v. čl. 9. ZV).

84 Zabranjeno je na nasipima i drugim regulacijskim i zaštitnim vodnim građevinama: kopati i odlagati zemlju, pijesak, šljunak, jalovinu i drugi materijal, prelaziti i voziti motornim vozilima izuzev na mjestima na kojima je to izričito dopušteno, podizati nasade, obavljati druge radnje kojima se može ugroziti sigurnost ili stabilnost tih građevina; saditi drveće na udaljenosti manjoj od 10 m od ruba korita vodotoka ili kanala; podizati zgrade i druge objekte na udaljenosti manjoj od 10 m od ruba vodotoka ili kanala; u uređenom inundacijskom području orati zemlju, saditi i sjeći drveće i grmlje; u uređenom inundacijskom području: podizati zgrade, ograde i druge građevine, osim regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina do 6 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno od vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip (obala i obaloutvrda), vaditi pijesak, šljunak, kamen, glinu i ostale tvari do 20 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno od vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip (obala i obaloutvrda), kopati i bušiti zdence do 20 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip (obala i obaloutvrda), bušiti tlo do 20 metara od vanjske nožice nasipa, odnosno od vanjskog ruba regulacijsko-zaštitne vodne građevine koja nije nasip (obala i obaloutvrda); u neuređenom inundacijskom području, protivno vodopravnim uvjetima: podizati zgrade, ograde i druge građevine, osim regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, vaditi pijesak, šljunak, kamen, glinu i ostale tvari, kopati i bušiti zdence, bušiti tlo; na građevinama za osnovnu i detaljnu melioracijsku odvodnju, do udaljenosti od 3 m od ruba tih građevina orati i kopati zemlju te obavljati druge radnje kojima se mogu oštetiti melioracijske vodne građevine ili poremetiti njihovo namjensko funkcioniranje; u vodotoke i druge vode, akumulacije, retencije, melioracijske i druge kanale i u inundacijskom području odlagati zemlju, kamen, otpadne i druge tvari te obavljati druge radnje kojima se može utjecati na promjenu toka, vodostaja, količine ili kakvoće vode ili otežati održavanje vodnog sustava; graditi i/ili dopuštati gradnju na zemljištu iznad natkrivenih vodotoka, osim gradnje javnih površina (prometnice, parkovi, trgovi). V. čl. 126. st. 1. ZV.

85 V. čl. 126. st. 2. ZV.

predmetom prava vlasništva postoji niz ograničenja u radi osnovne namjene vodnog dobra da služi održavanju i poboljšanju vodnog režima.

4.2. Raspolaganje javnim vodnim dobrom

Mogućnosti raspolaganja javnim vodnim dobrom uređene su isključivo u ZV-u, i javno vodno dobro u cijelosti je podvrgnuto posebnom stvarnopravnom režimu. Taj poseban stvarnopravni režim dobrim dijelom je sličan kao kod općih dobara, ali su nekretnine javnog vodnog dobra ipak u vlasničkopravnom statusu i s mogućnošću zasnivanja ograničenih stvarnih prava. Raspolaganje javnim vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava također je ograničeno i moguće je jedino u skladu s odredbama ZV-a.

4.2.1. Raspolaganje pravom vlasništva na javnom vodnom dobru

Osnovno raspolaganje stvarnim pravom podrazumijeva mogućnost prijenosa ili otuđenja tog prava na drugu osobu. ZV izrijekom propisuje da je javno vodno dobro neotuđivo,⁸⁶ slijedom čega kod javnog vodnog dobra nema osnovne mogućnosti raspolaganja subjektivnim stvarnim pravom, odnosno pravo vlasništva na javnom vodnom dobru nije u prometu. ZV također propisuje da na javnom vodnom dobru ne može neka druga osoba dosjelošću niti na drugi način steći pravo vlasništva niti drugo stvarno pravo, osim prava služnosti i prava građenja na način uređen u ZV-u, te da su pravni poslovi sklopljeni suprotno tome ništetni.⁸⁷ Dakle, iako je javno vodno dobro u vlasničkopravnom režimu nema mogućnosti prijenosa ili otuđenja prava vlasništva na drugu osobu, slijedom čega je u tom dijelu javno vodno dobro kao javno dobro u općoj uporabi zapravo izjednačeno s općim dobrom koje je u nevlasničkom režimu.

U odnosu na mogućnost raspolaganja vlasnika (RH) da očitovanjem svoje volje se odrekne subjektivnog prava na javnom vodnom dobru, ZV predviđa samo mogućnost prestanka statusa javnog vodnog dobra u slučaju kad zemljišna čestica javnog vodnog dobra postane trajno nepotrebna za održavanje i poboljšanje vodnog režima.⁸⁸ Odluku o tome donosi nadležno ministarstvo, uz prethodno mišljenje Hrvatskih voda.⁸⁹ ZV predviđa mogućnost da nositelj stvarnog prava na javnom

86 V. čl. 11. st. 5. ZV.

87 V. čl. 11. st. 6. i 7. ZV. Na javnom vodnom dobru ne može se ostvariti niti posjedovna zaštita (čl. 11 st. 8. ZV).

88 V. čl. 12. st. 1. ZV.

89 Rješenje ministarstva sadrži oznaku nekretnine koja je izgubila status javnog vodnog dobra i nalog sudu za otpis ove zemljišne čestice i pripis u novi zemljišnoknjižni uložak, s upisom prava vlasništva RH uz istodobno brisanje tereta zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine založnim pravom i posljedice ništetnosti pravnih poslova. Rješenje Ministarstva je konačno i ovršno. Rješenje se dostavlja nadležnom državnom odvjetništvu, protiv njega se može pokrenuti upravni spor, a na konačno rješenje ministarstvo stavlja potvrdu ovršnosti i dostavlja ga nadležnom zemljišnoknjižnom sudu, koji će ga provesti po službenoj

vodnom dobru (RH) to svoje pravo optereti pravom služnosti i pravom građenja kao ograničenim stvarnim pravima.⁹⁰ Pretpostavke zasnivanja prava služnosti i prava građenja u korist pravnih i fizičkih osoba su da je to radi ostvarenja gospodarskih ili osobnih potreba, da se radi o dijelu javnog vodnog dobra i da zasnivanje navedenih ograničenih stvarnih prava ne utječe na ostvarivanje namjena iz čl. 9. ZV-a, o čemu mišljenje daju Hrvatske vode.⁹¹ O davanju prava služnosti i prava građenja odlučuje Vlada RH, ili od nje ovlašteno tijelo, a ugovore kojim se zasniva pravo služnosti ili pravo građenja također u ime RH sklapa Vlada RH ili od nje ovlašteno tijelo.⁹²

4.2.3. *Raspologanje javnim vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava*

ZV propisuje i moguće načina raspolaganja javnim vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava (prava vlasništva). Sadržaj izvršavanja ove vlasnikove ovlasti također je ograničen kod javnog vodnog dobra na mogućnost davanja dijela javnog dobra u najam ili zakup te iznimno na gradnju građevina na javnom vodnom dobru koje su u vlasništvu RH ili u statusu općeg dobra.⁹³ Pretpostavke davanja dijela javnog vodnog dobra u najam ili zakup su iste kao kod zasnivanja prava služnosti i prava građenja, a o davanju dijela javnog vodnog dobra u najam i zakup kao i o visini naknade za ta prava odlučuje također Vlada RH.⁹⁴ Razlika je u ovlašteniku za sklapanje ugovora u ime RH, jer ugovore o najmu i zakupu javnog vodnog dobra sklapaju Hrvatske vode u ime RH, a prihod od naknade po toj osnovi je prihod Hrvatskih voda.⁹⁵ Poseban način raspolaganja javnim vodnim dobrom dopuštenje je izgradnje građevine u vlasništvu RH ili koja je u statusu općeg dobra, a čiji je investitor ili RH ili pravne osobe u kojima je RH većinski udjeličar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja, o čemu odluku donosi Vlada RH.⁹⁶

dužnosti. Upis javnog vodnog dobra u zemljišnu knjigu propisan je odredbama ZV-a, te se u posjedovnicu (list A), uz podatke koji se inače upisuju u posjedovnicu, upisuje i oznaka vrste javnog vodnog dobra iz čl. 8. ZV-a, u vlastovnicu (list B) upisuje se naznaka „javno vodno dobro u općoj uporabi u vlasništvu RH“ i naznaka pravne osobe koja upravlja tim dobrom, a u teretovnicu (list C) upisuje se zabrana otuđenja i zabrana opterećenja nekretnine založnim pravom, uz naznaku posljedice ništetnosti pravnih poslova.

90 V. čl. 16. st. 1. ZV.

91 *Ibid.*

92 V. čl. 16. st. 3. i 6. ZV. Visinu naknade za pravo služnosti i pravo građenja propisuje Vlada RH, a prihod po toj osnovi je prihod državnoga proračuna.

93 V. čl. 16. st. 1. i 3. ZV. Tu se ne radi o zasnivanju prava građenja u korist drugih pravnih i fizičkih osoba, već o gradnji građevina same RH kao vlasnika ili građevina u pravnom statusu općeg dobra. Potpuno je nejasno što je zakonodavac podrazumijevao pod gradnjom građevina u pravnom statusu općeg dobra, odnosno nemoguće je na zemljištu koje je u vlasničkopravnom statusu imati građevinu u pravnom statusu općeg dobra. U pravnom sustavu RH samo nekretnine pomorskog dobra su u pravnom statusu općeg dobra (v. čl. 3. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, Narodne novine, broj 158/03, 100/04, 141/06, 38/09 i 123/11 – dalje u tekstu ZPDML).

94 V. *supra* bilj. 90., 91. i 92.

95 V. čl. 16. st. 3. i 8. ZV.

96 V. čl. 16. st. 4. ZV.

5. ZAKLJUČAK

Mogućnosti raspolaganja vodnim dobrom ovise o tome tko je vlasnik zemljišnih čestica koje čine vodno dobro. Ako je RH vlasnik te posebne vrste nekretnina koje služe održavanju i poboljšanju vodnog režima, tada je mogućnost raspolaganja vodnim dobrom znatno ograničena, i to posebno u odnosu na raspolaganje pravom vlasništva kao subjektivnim pravom. Samom činjenicom da je vlasnik vodnog dobra RH, takve nekretnine prelaze u pravni status javnog dobra u općoj uporabi i podvrgnute su ograničenjima koja za tu vrstu javnog dobra u općoj uporabi propisuje ZV.

Vodno dobro je dobro od interesa za RH, te je osnovno ograničenje u raspolaganju pravom vlasništva fizičkih i pravnih osoba u pravu prvokupa RH u slučaju namjere prijenosa ili otuđenja prava vlasništva prodajom nekretnine vodnog dobra. Kod drugih raspolaganja pravom vlasništva na vodnom dobru nema razlike u raspolaganju u odnosu na bilo koju drugu nekretninu u običnom stvarnopravnom režimu. Kod raspolaganja vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava, ZV je propisao niz ograničenja koja se svode na to da su vlasnici vodnog dobra ograničeni u vršenje sadržaja svog subjektivnog prava u svrhu održavanja i poboljšanja vodnog režima.

Otuđenje ili prijenos prava vlasništva kod javnog vodnog dobra nije moguće, te je javno vodno dobro zapravo izvan prometa. Izrijeком je isključena mogućnost stjecanja prava vlasništva dosjelošću ili na bilo koji drugi način te nema mogućnosti stjecanja posjeda drugih osoba. Moguće je jedino zasnivanje prava služnosti i prava građenja kao ograničenih stvarnih prava, ali samo uz uvjete i u postupku propisanom u ZV-a. Nije moguće niti očitovanje volje vlasnika javnog vodnog dobra u smislu odreknuća subjektivnog prava na javnom vodnom dobru, već ZV propisuje mogućnost prestanka pravnog statusa javnog vodnog dobra u slučaju kad zemljišne čestice javnog vodnog dobra postanu trajno nepotrebne za održavanje i poboljšanje vodnog režima. Raspolaganje javnim vodnim dobrom kao predmetom stvarnog prava moguće je davanjem dijela javnog vodnog dobra u najam ili zakup, odnosno iznimno u svrhu gradnje građevina koje su u vlasništvu RH ili su u pravnom statusu općeg dobra, a čiji je investitor RH ili pravne osobe u kojima je RH većinski udjeličar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja.

Summary

DISPOSING OF WATER RESOURCES

This paper discusses the possibilities of disposing of water resources as a resource that is of interest to the Republic of Croatia from the aspect of disposing of the right of ownership as a property right and of disposing of the subject matter of property law. It also makes a distinction between disposing of water resources on the one hand and disposing of public water resources as public property for common usage on the other hand. The concept, definition and legal status of water resources are presented in the introduction, as the basis for an analysis of the possibility of disposing of, or limiting the disposal of, water resources. Further, an analysis is made of the basic characteristics of disposing of property rights in general, and of disposing of resources that are of interest to the Republic of Croatia and public property for common usage.

Keywords: *water resources, public water resources, resources of interest to the Republic of Croatia, public property for common usage.*

Zusammenfassung

DIE VERFÜGUNG ÜBER WASSERGUT

Diese Arbeit berücksichtigt die Möglichkeiten einer Verfügung über Wassergüter als Güter vom Interesse für die Republik Kroatien aus der Sicht der Verfügung über Eigentumsrecht als Sachenrecht und gleichzeitig als Gegenstand des Sachenrechts. Dabei wird die Verfügung über Wassergüter als öffentliche Güter in allgemeinem Gebrauch dargestellt. Nach einer näheren Bestimmung des Begriffs und Rechtsstatus des Wassergutes werden die Verfügungsmöglichkeiten und Begrenzungen, wie auch Grundmerkmale der Verwaltung von Sachenrechten; von Gütern im Interesse der Republik Kroatien und öffentlichen Gütern im allgemeinen Gebrauch unter die Lupe genommen.

Schlüsselwörter: *Wassergut, öffentliches Wassergut, Güter vom Interesse für die Republik Kroatien, öffentliche Güter im allgemeinen Gebrauch.*

Riassunto

DISPONIBILITÀ DEL DEMANIO IDRICO

Nel lavoro si vagliano le possibilità di disporre del demanio idrico, quale bene d'interesse per la Repubblica di Croazia sotto il profilo della disponibilità del diritto di proprietà come diritto reale e della disponibilità del contenuto della titolarità del diritto reale medesimo. Al contempo si distingue l'analisi della disponibilità del demanio idrico dalla disponibilità del demanio idrico pubblico, quale demanio pubblico di utilizzo comune. Inizialmente si indica la nozione, la definizione e lo status giuridico del demanio idrico quale fondamento dell'analisi circa la possibilità di disporre o di porre limitazioni alla disponibilità del demanio idrico; come pure s'individuano le caratteristiche di base della disponibilità dei diritti reali in generale e della disponibilità dei beni di interesse per la Repubblica di Croazia, come anche dei beni pubblici di utilizzo comune.

***Parole chiave:** demanio idrico, demanio idrico pubblico, beni di interesse per la Repubblica di Croazia, beni pubblici di utilizzo comune.*

PRAVO NA PRISTUP SUDU KAO ASPEKT PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE

Dragan Elijaš, viši ustavnosudski savjetnik – mentor
Dr. sc. Sandra Marković, odvjetnica iz Zagreba
Sanja Trgovac, viši ustavnosudski savjetnik – mentor

UDK: 342.722
Ur.: 23. veljače 2016.
Pr.: 10. ožujka 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Tema rada je pravo na pristup sudu, kao aspekt prava na pravično suđenje, kojem Ustavni sud pruža zaštitu u ustavnosudskim postupcima pokrenutim ustavnim tužbama, kojima se osporavaju odluke sudova donesene u raznovrsnim sudskim postupcima. U radu se naglašava temeljni značaj konvencijske zaštite, a to je stvaranje i primjenjivanje standarda zaštite ljudskih prava u okviru pravnog prostora Europe te se, kroz stajališta Europskog suda za ljudska prava, koja je Ustavni sud Republike Hrvatske prihvatio i razradio kroz konkretne predmete. Ističe se značaj ustavnosudskog aktivizma za zaštitu ljudskih prava. te se nalažava stajalište da je svrha članka 29. Ustava odnosno članka 6. Konvencije u osiguranju poštenog postupanja, a ne u provjeri ispravnosti ishoda postupka. Tu tezu autori dokazuju kroz ovaj rad. Temeljni interes ovog rada, pravo na pristup sudu, autori prepoznaju kao izuzetno važan aspekt ustavnog prava na pravično suđenje. U prvom dijelu rada pristupa se općenito pravu na pravično suđenje i njegovim aspektima, daje se pogled prakse Europskog suda za ljudska prava i njezin utjecaj na praksu Ustavnog suda u konkretnom aspektu te se navode stajališta drugih država. U nastavku rada detaljno se analiziraju stajališta Ustavnog suda Republike Hrvatske vezana uz pravo na pristup sudu i, posebno, tijekom promjena stajališta u ovom području zaštite. Stajališta Ustavnog suda i traženje sadržaja prava na pristup sudu autori prikazuju i kroz apstraktnu i konkretnu nadležnost Ustavnog suda. Tumačenje sadržaja ustavnih prava, koje Ustavni sud daje kroz svoje odluke i rješenja, autori smatraju najznačajnijim doprinosom razvoju ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: *Ustavni sud, pravično suđenje, pristup sudu, Europski sud za ljudska prava, Konvencija, Ustav.*

1. UVOD

Ustavni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) u svojim odlukama izrazitu pozornost poklanja zaštiti prava na pravično suđenje u ustavnosudskim postupcima pokrenutim ustavnim tužbama, kojima se osporavaju odluke sudova donesene u raznovrsnim sudskim postupcima (građanski, kazneni, upravni...). Kada se promatraju odluke Ustavnog suda donesene u povodu ustavnih tužbi u posljednjih nekoliko godina, zaključak bi mogao biti da se Ustavni sud gotovo isključivo bavi zaštitom prava na pravično suđenje, u svim njegovim aspektima. Rezultati takvog intenzivnog razmatranja eventualnih povreda ustavnog prava na pravično suđenje vidljivi su u novijoj praksi Ustavnog suda, u kojoj su standardi zaštite tog ustavnog prava¹ podignuti na visoku razinu.

Pravo na pravično suđenje, zajamčeno člankom 29. Ustava Republike Hrvatske,² u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija) jamči se člankom 6.³ Naglašavamo temeljni značaj konvencijske zaštite, a to je stvaranje i primjenjivanje standarda zaštite ljudskih prava u okviru pravnog prostora Europe.⁴ Obveza je nacionalnih sudova da prihvate, provode i djelotvorno štite dostignute europske pravne standarde, koji predstavljaju temelje zajedničke pravne kulture. Naime, nacionalni sudovi, uključujući i Ustavni sud, sporove moraju rješavati u skladu s pravnim europskim standardima, a u okviru nacionalnih pravnih propisa.⁵ Ustavni sud je u odluci U-III-5807/2010⁶ podsjetio na tu obvezu: "I 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.). Budući da je Republika Hrvatska kao suverena država prenijela dio svoje sudbene jurisdikcije na Europski sud, da se u postupcima

1 U praksi Ustavnog suda koristi se i pojam "ustavno jamstvo". Pojmovi "ustavno jamstvo" i "ustavno pravo" u teoriji i u praksi koriste se vrlo često kao sinonimi. Niti iz ustavnosudske prakse, niti iz odredaba Ustava nije moguće razgraničiti sadržaj ovih pojmova, što bi bilo značajno u ustavnom sudovanju. Novija tendencija Ustavnog suda je razgraničiti i definirati sadržaj ovih pojmova, u čemu će veliki doprinos imati rad na stvaranju kataloga ustavnih prava i sloboda. Povremeno se kao sinonimi koriste i pojmovi "ustavno jamstvo" i "ustavno načelo". O navedenim pojmovima i u Duško Vrban, *Država i pravo*, Zagreb, 2003., str. 181.

2 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98 - pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 - pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 - pročišćeni tekst, 55/01 - ispr., 76/10, 85/10 - pročišćeni tekst i 5/14

3 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99 - ispr., 14/02 i 1/06.

4 Više u Jasna Omejec, *Vijeće Europe i Europska unija, Institucionalni i pravni okvir*, Novi informator, Zagreb 2008.

5 Polazeći od te temeljne postavke, Europski sud je već 1978. godine u presudi *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, izrazio stajalište da "presude Suda zapravo služe ne samo da se riješe oni slučajevi koji su podneseni pred Sud, već, puno šire, da razlože, očuvaju i razviju pravila koja je ustanovila Konvencija."

6 Odluka broj: U-III-5807/2010 od 30. travnja 2013., Narodne novine, br. 57/13 i internetska stranica Ustavnog suda (u daljnjem tekstu: www.usud.hr).

pokrenutim ustavnim tužbama pred Ustavnim sudom primjenjuju pravni standardi koje je u svojoj praksi izgradio Europski sud i da je odluka Ustavnog suda posljednja nacionalna odluka u tim postupcima protiv koje podnositelji imaju pravo podnošenja pojedinačnog zahtjeva Europskom sudu, Ustavni sud u provedbi svoga nadzora mora slijediti navedena pravila o ocjeni dokaza u postupku pred Europskim sudom. Slijedom toga, i tijela kaznenog progona te kazneni sudovi trebaju uzimati u obzir tu obvezu Ustavnog suda da slijedi pravila Europskog suda o ocjeni dokaza i u ustavnosudskim postupcima zaštite ustavnih prava.⁷ Samo se na taj način osigurava izvršavanje međunarodnih obveza koje je Republika Hrvatska prihvatila ratifikacijom Konvencije. Time se, naime, omogućuje da se sporovi riješe na nacionalnoj razini izravnom primjenom Konvencije i prakse Europskog suda u skladu s načelom supsidijarnosti konvencijskog nadzornog sustava.”

U ustavnom sudovanju Republike Hrvatske aktivizam u tumačenju sadržaja ustavnih prava i odredbi Ustava naročito je izražen u recentnoj praksi Ustavnog suda. O potrebi tumačenja propisa, a posebno Ustava, prof. Smerdel piše: “Tumačenje propisa racionalna je djelatnost kojom se utvrđuje značenje pravnih propisa. Tumačenje propisa nužno je za njihovu primjenu. “Samo savršene zakone ne treba tumačiti!”, konstatirali su antički rimski pravници. Međutim, savršeni zakoni ne postoje. Europski sud to je u odluci iz 1995. godine kazao sljedeće: Koliko god da je precizno formulirana zakonska odredba, u bilo kojem pravnom sustavu, uključujući i kazneno pravo, postoji neizbježan element sudskog tumačenja. Uvijek će postojati potreba za preciziranjem (elucidation) spornih točaka i za prilagođavanjem izmijenjenim okolnostima.” Svaki zakon treba znati protumačiti kako bi ga se ispravno primijenilo.// Za ustavne odredbe, uslijed njihova načelnog značaja, to vrijedi bez iznimke. Bez stručnog tumačenja ustavi ostaju skupinama općenitih stipulacija. Kao takvi, ne mogu se izravno primjenjivati na konkretne situacije, pa čak ni na temeljna pitanja funkcioniranja sustava ustrojstva vlasti. Ustavna je interpretacija upravo zbog tog razloga u nas dugo vremena bila zanemarivana. (...)”^{8/9}

I kada analiziramo praksu njemačkog Saveznog ustavnog suda, koja je imala, i ima, značajan utjecaj na praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske, naglašavamo riječi prof. Omejec, koja navodi: “Pristup ustavnom tekstu kao jedinstvenoj

7 // - oznaka za razdvajanje stavaka u citatima

8 Branko Smerdel, Ustavno uređenje europske Hrvatske, Narodne novine, Zagreb, lipanj 2013., str. 85. i 86.

9 Prof. Smerdel navodi: “Credo sudačkog aktivizma glasi: “Ako u zakonu postoji pravna praznina, ustavni sucu su je dužni popuniti pravnim shvaćanjem utemeljenim na njihovom razumijevanju ustavnih odredbi i načela”. Teleološka metoda, kao najvažnija metoda interpretacije (J.Barbić), omogućava svakom službeniku koji primjenjuje zakon, pa i svakom onom na koga se zakon odnosi, da objektivno i u cijelosti procijeni usklađenost i unutarnju koherentnost zakonskih tekstova i očekivane socijalne učinke. Polazeći od cjeline ustavnog teksta i važećih izvora međunarodnog prava, kombinacijom s ostalim metodama interpretacije, moguće je u većini slučajeva izvesti tumačenje kojim će se nejasne ili nepotpune odredbe zakona prilagoditi ustavom utvrđenim ciljevima.//Prije svega, zakonodavci se moraju vratiti ustavnim načelima.(...)”, op. cit., str. 90. i 91.

smislenoj logičko-teleološkoj cjelini (“die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes”(BVerfGE 19, 206 (220); BVerfGE 30,1(19); BVerfGE 33,23 (29))”, kao i stajalište Saveznog ustavnog suda da se odredbe Ustava uvijek moraju interpretirati tako da rezultat bude suglasan s osnovnim načelima Ustava, to jest s njegovim objektivnim poretkom vrijednosti utemeljenim na individualnim ustavnim pravima (BVerfGE 1, 14 (32); BVerfGE 7, 198 (205), danas ima čvrsto mjesto i u hrvatskoj ustavnosudskoj jurisprudenciji (...))”¹⁰

2. PRAVIČNO SUĐENJE

2.1. Uvodno

Pravo na pravično suđenje od 2000. godine jamči se u svim sudskim postupcima. Ustavni sud je ovo ustavno pravo u počecima razvoja određivanja sadržaja ustavnih prava štitio u skladu s tadašnjom odredbom članka 29. Ustava, dakle, kroz ustavnosudsku ocjenu o povredi prava na suđenje o kaznenoj odgovornosti. Promjenom članka 29. Ustava te približavanjem ustavnosudske prakse stajalištima Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) i ovo se ustavno pravo, s ustavnosudskog aspekta, jamčilo i u drugim sudskim postupcima, pogotovo u ocjeni eventualne povrede prava na suđenje o pravima građanske naravi.¹¹ Pravo na pravično suđenje, zajamčeno člankom 29. Ustava, u Konvenciji jamči se člankom 6. („pošteno suđenje”).^{12/13} Sadržaj ustavnog prava na pravično suđenje ograničen je na jamstva pravičnog suđenja pa Ustavni sud, ocjenjujući navode ustavne tužbe sa stajališta tog ustavnog prava, ispituje eventualno postojanje povreda u postupcima pred sudovima te na temelju toga, sagledavajući postupak kao jedinstvenu cjelinu, ocjenjuje je li postupak bio vođen na način koji je podnositelju osiguravao pravično suđenje. Ustavni sud u konkretnim postupcima ocjenjuje je li dokazni postupak proveden sukladno mjerodavnim postupovnim odredbama, je li podnositelju bilo omogućeno pratiti postupak, sudjelovati u njemu uz stručnu pomoć, je li bio u mogućnosti poduzimati sve zakonom dopuštene postupovne radnje i ulagati pravne lijekove, jesu li osporene presude valjano obrazložene

10 Jasna Omejec, Predgovor, Jurisprudencija njemačkog Saveznog ustavnog suda i hrvatsko ustavno sudstvo, u: Izbor odluka Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, ur.: Tobias Zern i Martin Bauch, Konrad Sdenauer Stiftung, Zagreb, 2015., str. 19

11 Više u: Sandra Marković, Povreda ustavnog prava na pravično suđenje, Informator, br. 6115 od 13. listopada 2012. na str. 1., kao i u: Sandra Marković, Zaštita od arbitrarnosti u postupanju sudova i drugih državnih tijela kao aspekt prava na pravično suđenje, Godišnjak 22, Organizator, Zagreb, 2015., str. 1.

12 O značaju i dosegu članka 6. Konvencije i njegovoj primjeni u hrvatskoj praksi više u: Alan Uzelac, Hrvatsko procesno pravo i jamstvo pravičnog postupka iz Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement: Spomenica prof. dr. Đuri Vukoviću, 1998., str. 1005-1030.

13 Engleski “fair trial”, u Ustavu je: “pravično suđenje”, a u službenom prijevodu Konvencije: “pošteno suđenje”. U ovom radu koristimo termin “pravično suđenje”

i donesene sukladno mjerodavnim odredbama postupovnog prava i dr.¹⁴ Prof. Uzelac u razmatranju opsega primjene članka 6. Konvencije navodi da je ESLJP još od slučajeva Ringeisen i König zauzeo stajalište da je bitan sadržaj o kojem se odlučuje, a ne vrsta postupka u kojem se o njima odlučuje, tako da se načelno može preispitivati suđenje u svim vrstama postupaka, od kaznenog i stegovnog, preko parničnog i upravnog postupka, pa i postupaka pred drugim tijelima s javnim ovlastima. Bitno je, kako ističe Uzelac, da se u tim postupcima odlučuje o pravima i obvezama privatnog prava, što obuhvaća kako imovinska pitanja, tako i statusne, radne ili trgovačke stvari. Postupno, i razlikovanje između prava privatnopravne i javnopravne naravi prestalo je biti odlučujuće, jer je u svojoj jurisprudenciji ESLJP sve više potonjih predmeta podvodio pod jamstva iz članka 6.¹⁵ Smatramo bitnim za ovaj rad istaknuti riječi prof. Uzelca koji navodi: “Svrha zaštite koju pruža čl. 6. st. 1. Konvencije jest u osiguranju poštenog postupanja, a ne u provjeri ispravnosti ishoda postupka - odluke u konkretnom slučaju.”¹⁶

2.2. Aspekti poštenog/pravičnog suđenja

I u razmatranju aspekata članka 6. Konvencije izdvajamo riječi prof. Uzelca koji navodi: “Pravo na pošteno suđenje u praksi Europskog suda za ljudska prava razvijalo se i širilo postupno. Prema današnjem stanju prakse Suda u Strasbourgu, a uzimajući u obzir sistematiku iz suvremenih komentara i doktrinarnih tumačenja Konvencije (...), mogu se navesti sljedeći elementi ili aspekti prava na pošteno (pravično, fair) suđenje: - pravo na pristup sudu (access to court), - pravo na pravnu pomoć (legal aid and advice), - pravo na procesnu ravnopravnost (equality of arms, “jednakost oružja”); - pravo na javno i kontradiktorno suđenje (public hearing); - pravo na saslušanje (fair hearing); - pravo na dokaz (rights to proof); - pravo na javnu objavu presuda (public pronouncement of judgments); - pravo na sud ustanovljen zakonom (tribunal established by law); - pravo na neovisnost i nepristranost u suđenju (impartiality and independence); - pravo na suđenje u razumnom roku (reasonable time); - pravo na učinkovitu ovrhu presuda (effective enforcement); - zabrana arbitrarnog postupanja (arbitrariness) i pravo na pravnu sigurnost (legal certainty).”¹⁷ Sva navedena prava, kako to navodi Omejec, dijele se na “ona izrijeком navedena u članku 6. Konvencije i ona koja u njemu nisu izrijeком spomenuta, ali su implicitno sadržana ili su im inherentna, pa ih Europski sud izvodi iz članka 6. Konvencije u svojoj praksi (tzv. implicirana prava).(...)

14 Usp. odluke Ustavnog suda broj: U-III-1563/2002, U-III-1635/2003, U-III-2963/2004, U-III-1350/2005, U-III-1978/2006, U-III-4396/2007, U-III-3857/2008 i dr. (Izvor: odluka Ustavnog suda, broj U-III-459/2012 od 3. srpnja 2014., www.usud.hr).

15 Usp. Alan Uzelac, Pravo na pošteno suđenje: opći i građanski aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u: Uskladenost zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, ur. Ivana Radačić, str. 91.

16 Alan Uzelac, Pravo na pošteno suđenje:..., op. cit., str. 90.

17 Alan Uzelac, Pravo na pošteno suđenje:..., ibid

Tipična implicirana prava koja su izvedena iz članka 6. Konvencije u Uzelčevu su popisu navedena pod točkama a., c., k., l. (pravo na pristup sudu, pravo na procesnu ravnopravnost, pravo na učinkovitu ovrhu presude, zabrana arbitrarnog postupanja i pravo na pravnu sigurnost) i dijelu točke d. o kontradiktornom suđenju. Vitkauskas i Dikov u implicirana prava koja su primjenjiva i na građansku i na kaznenu glavu članka 6. Konvencije ubrajaju još i: - pravo na obrazloženu odluku.¹⁸

Iz teorije, samog sadržaja članka 29. Ustava, kao i iz prakse Ustavnog suda, proizlaze aspekti članka 29. stavka 1. Ustava. To su: pravo na jednakost oružja, pravo na sud/pravo na pristup sudu, pravo na kontradiktornost, pravo na javnu objavu presude, zabrana arbitrarnog postupanja, pravo na obrazloženu odluku, nepristranost suda, razumni rok, načelo vladavine prava te načelo pravne sigurnosti.¹⁹

2.3. Komparativni prikaz

Arsen Bačić navodi: "Američki koncept due process of law kompleksni je postupak obrane ljudskih prava koji u svome sadržaju krije svekoliki arsenal pravnih sredstava, (...)./ Upravo je američko iskustvo pokazalo da klauzula služi kao ograničenje koliko legislature toliko i egzekutive i sudbene vlasti. Klauzula o zakonitom postupanju u sudbenim postupcima, prema stajalištu Vrhovnog suda SAD iz slučaja *Pennoyer v. Neff* (1877), prije svega je insistirala na tome da sudionici spora imaju pravo koristiti se svim beneficijama poštenog suđenja te da se njihova prava ne mjere zakonskim propisima koji bi se na njih odnosili individualno, već se moraju procjenjivati temeljem općih odredaba koje se na njih primjenjuju u svim okolnostima. Sudske procedure doduše mogu varirati s obzirom na okolnosti, no sve će biti zasnovane na zakonu (due process) tek onda budu li slijedile uspostavljene norme prava, ili budu li - adaptirajući stare forme na nove probleme - čuvale načela slobode i pravde."²⁰

Pretražujući praksu vezanu uz pravo na pravično suđenje navodimo i razmatranja vezana uz stajališta Ustavnog suda Republike Slovenije. Dajući primjere za predmete koji su u praksi Ustavnog suda Republike Slovenije, u okviru apstraktne kontrole, povezani s pravom na pošteno suđenje, zajamčeno člankom 6. Konvencije, Arne Marjan Mavčič izdvaja odluke br. U-I-27/95 od 24. listopada

18 Vidi: Jasna Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*, 2. dopunjeno izd., Novi informator, Zagreb, 2014., str. 1125.

19 Više u: Sandra Marković, Marijana Radin, Sanja Otočan i Sanja Trgovac, Katalog osobnih i političkih sloboda i prava, radni materijal u okviru projekta 60. godišnjica zaštite ljudskih prava u Europi, voditeljica projekta prof. dr.sc. Jasna Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zagreb, 20. svibnja 2010.// Izvor: Arhiv USRH (neobjavljeno).

20 Arsen Bačić, Pravično suđenje i razumni rok kao garancije ustavnih prava i sloboda, u: Pravo na pošteno suđenje i razuman rok, pravo azila, ur. Jadranko Crnić i Nikola Filipović, Organizator, Zagreb, 2003., str. 10. i 11.

1996., U-I-289/95 od 4. prosinca 1997. itd.^{21/22} Zanimljivo je navesti i riječi mr. sc. Boštjana Tratar, koji piše o praksi i stajalištima Ustavnog suda Republike Slovenije: “Ustavna prava, kod kojih već iz teksta ustavnih odredbi proizlazi, da ne mogu imati učinak protiv pojedinaca, su one koje pojedincima osiguravaju prava u kaznenim i drugim postupcima (npr. jamstava kod određivanja pritvora - članak 20., jednaka sigurnost prava u postupcima pred sudom i drugim državnim organima - članak 22., pravo na sudsku sigurnost - članak 23., javna suđenja - članak 24., pravo na pravno sredstvo - članak 25., načelo zakonitosti u kaznenom pravu - članak 28., pravna jamstva u kaznenom postupku - članak 29., zabrana ponovnog suđenja za istu stvar - članak 31., pravo na korištenje svog jezika i pisma u postupcima pred državnim i drugim organima - članak 62., itd.). Kod ove skupine ustavnih prava je adresat više ili manje izričito određen - za njega su neposredno vezani državni i drugi organi te nosioci javnih ovlaštenja. Ta ustavna prava zbog toga očito ne uspostavljaju nikakve neposredne dužnosti do privatnih osoba. Za takve slučajeve Nerad navodi, da ima pojedinac i ovdje najmanje dužnost opustiti sva djela s kojima bi mogao posezati u takva prava (npr. nitko ne smije drugom spriječiti, da koristi svoje pravo na pravno sredstvo).”²³

Ustav Bosne i Hercegovine u članku II/3e propisuje “pravo na pravično suđenje, odnosno pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava vezana za krivični postupak”.²⁴ Pregledom prakse Ustavnog suda

21 Vidi: Doc. dr. sc. Arne Marjan Mavčič, *The Influence of the European Court on Human Rights Case-Law on Slovenian Constitutional Case-Law (The Right to Fair trial)* (“Utjecaj pravorijeka Europskog suda za ljudska prava na pravorijek ustavnog suda Republike Slovenije (pravo na pravični postupak)”, u *Pravo na pošteno suđenje i razuman rok, pravo azila*, op.cit., str. 144. i dr.

22 Navodeći i odluke koje se odnose na pojedinačnu kontrolu, Mavčič također naglašava značaj interpretacije te navodi: “The new Constitutional of the Republic of Slovenia of 1991., along with the catalogue of classic fundamental rights in combination with the newly defined powers of the Constitutional Court, established the foundation for the intensification of its role in this domain. It is considered that the Constitutional Court now has sufficient scope for such activity. The Slovenian Constitution contains adequate definitions of rights which allow for reasonably clear understanding. Almost all fundamental rights have the nature of legal principles and as such are still open to such an extent that they require significant further concretisation and expert interpretation (cit. from Pavčnik, Marijan,(...), also with the help of the provisions of the Convention and/or the practice of the European Court of Human Rights.”, op. cit., str. 159.

23 Mr. sc. Boštjan Tratar (samostalni savjetnik Ustavnog suda Republike Slovenije): *Pojedinci kao novi adresati ustavnih prava*, u *Zborniku radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 44, 3-4/2007., str. 543.-556, na str. 549.

24 U “*Ljudskim pravima u Bosni i Hercegovini 2008*”, pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava sa ispitivanjem javnog mnijenja, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, 2009., str. 164. navodi se: “Što se tiče same pravičnosti sudskog postupka, ona uključuje više procesnih garancija od kojih se mogu istaći pravo na pristup sudu, usmenost i kontradiktornost rasprave i donošenja odluke u razumnom roku. Pravo na pristup sudu nije izričito predviđeno Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ali je ono ugrađeno u odredbe koje garantuju pravo na pravično suđenje. (...). Međutim, nije dovoljno da se pravo na pristup sudu samo proklamuje. Tako, ako je pomoć advokata

Bosne i Hercegovine,²⁵ u okviru članka 6. Konvencije, pod aspektom pristupa sudu izdvajamo odluku (koja se odnosila na upravni postupak), broj: U 7/00 od 18. i 19. kolovoza 2000 godine²⁶, u kojoj se navodi: “Odbijajući nadležnost da preispita činjenično stanje, Vrhovni sud Republike Srpske povrijedio je apelantico pravo na pristup sudu pune jurisdikcije zajamčeno Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Ustavom BiH.” Također navodimo stajalište istog Suda: “U situaciji kada Vrhovni sud tri puta vraća predmet upravnim organima na ponovno rješavanje, zbog čega apelant nije bio u prilici da dođe do odluke suda o meritumu njegovih građanskih prava, apelantu nije pružen efektivan pristup sudu zajamčen članom 6. stavkom 1. Evropske konvencije.”²⁷ Nadalje, Ustavni sud Bosne i Hercegovine u odluci broj U 24/00 od 31. kolovoza 2001.²⁸ navodi: “Član 6. stav 1. Evropske konvencije osigurava pravo na pristup sudu pune nadležnosti, kao i pravo da sud donese odluku u meritumu radi odlučanja o zahtjevu za povrat nezakonito oduzetog stana, čak i u slučaju kada je odgovarajući upravni postupak u toku.” U odluci Ustavnog suda BiH iz 2003. godine navodi se: “Ustavni sud zapaža da je, time što nije riješeno o meritumu apelantičine tužbe, Općinski sud uskratio apelantici pravo na pristup sudu i time povrijedio član II/3.e Ustava Bosne i Hercegovine i član 6. stav 1. Evropske konvencije. Dalje, ova povreda nije ispravljena ni nakon podnošenja žalbe Kantonalnom sudu i izjavljene revizije Vrhovnom sudu.”²⁹ Zanimljiv je i primjer iz odluke broj AP 219/03 od 23. srpnja 2004. godine: “S obzirom na restriktivno tumačenje člana 187. Zakona o parničnom postupku, kojim je regulirano pravo na podnošenje tužbe za utvrđenje, došlo je do povrede apelantovog prava na pristup sudu iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stava 1. Evropske konvencije.”³⁰ Izdvajamo i stajalište: “Ne postoji povreda prava na pristup sudu u slučaju kada apelant tužbom u upravnom sporu nije zahtijevao od suda da se održi usmena rasprava, a sud osporenu odluku donese u sjednici vijeća.”³¹

neophodna kako bi se pristup sudu zaista i omogućio, država je dužna da je obezbijedi. (...) Još jedan problem predstavlja imunitet pojedinih lica koji ponekad može dovesti do kršenja prava na pristup sudu.(...)”.

- 25 Vidi: Pregled prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2009., str. 48. i dr. / Pregled prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Pravosuđe.ba, Centar za sudsku dokumentaciju, pregledano 17. prosinca 2015.
- 26 Odluka je objavljena u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine br. 6/01
- 27 Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj U 15/00 od 15. i 16. prosinca 2000., objavljena je u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine, broj 6/01.
- 28 Odluka je objavljena u Službenom glasniku Bosne i Hercegovine, br. 1/02.
- 29 Odluka Ustavnog suda BiH broj U 28/00 od 28. studenog 2003., objavljena je u Službenom glasniku BiH, br. 8/04
- 30 Odluka je objavljena u Službenom glasniku BiH br. 48/04.
- 31 Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 85/06 od 15. veljače 2006., objavljena je u Službenom glasniku BiH, br. 38/07.

3. STAJALIŠTA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

3.1. Povreda prava na pristup sudu uzrokovana intervencijom zakonodavca u postupak u tijeku

Već je navedeno da stajališta ESLJP-a općenito, pa tako i o pravu na pristup sudu, bitno utječu na praksu Ustavnog suda. Pravo na pristup sudu u svjetlu stajališta ESLJP-a Ustavni sud počeo je sagledavati najprije u predmetima vezanim uz razumni rok u kojima su parnični postupci radi naknade štete protiv države prekinuti na temelju Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima³² ili Zakona o dopunama Zakona o obveznim odnosima.³³ Bila je riječ o parnicama pokrenutim zbog štete uzrokovane terorističkim aktom odnosno koju su uzrokovali pripadnici oružanih i redarstvenih snaga. U tim zakonima bilo je navedeno da se započeti postupci prekidaju, a nastaviti će se nakon što se donese poseban propis kojim će se urediti odgovornost države za štetu nastalu uslijed terorističkih akata odnosno uzrokovanu od strane pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga. Naime, ESLJP je u presudi *Kutić protiv Hrvatske*, od 1. ožujka 2002.³⁴ utvrdio da “dugo razdoblje tijekom kojega je podnositeljima zahtjeva slijedom zakonodavnih mjera onemogućeno rješavanje njihovih građanskih tužbi u postupku pred domaćim sudovima” predstavlja povredu prava na pristup sudu. ESLJP je u toj presudi naveo: “Sud ponavlja da postupovna jamstva predviđena člankom 6. svakome daju pravo da sudu ili sudištu podnese bilo kakvu tužbu vezanu uz njegova građanska prava i obveze. Shodno tome, ovaj članak sadrži “pravo na sud”, pri čemu pravo na pristup, to jest, pravo na pokretanje sudskih postupaka u građanskim predmetima, predstavlja jedan od vidova istog (vidi presudu u predmetu *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 21. veljače 1975., Serija A, br. 18, str. 13.-18., st. 28.-36.)// Nadalje, Sud smatra da pravo na pristup sudu također štiti provedbu konačnih, obvezujućih sudskih odluka, koje – u državama koji prihvaćaju vladavinu prava – ne mogu ostati nedjelotvorne na štetu jedne od stranaka (vidi presudu u predmetu *Hornsby protiv Grčke* od 19. ožujka 1997., Reports of Judgements and Decisions 1997- II. str. 510, st. 40.)// Sud primjećuje da su podnositelji zahtjeva u ovom predmetu imali mogućnost pokretanja pravnog postupka te da su je iskoristili kada su Općinskom sudu u Zagrebu podnijeli tužbu protiv države za naknadu štete u vezi s njihovom uništenom imovinom.// Time samim po sebi nisu ispunjeni svi zahtjevi postavljeni člankom 6. stavak 1. Konvencije. Valja također utvrditi je li stupanj pristupa predviđen odredbama domaćih zakona dovoljan da bi se osiguralo pojedinačno “pravo na sud”, a s obzirom na načelo vladavine prava u demokratskom društvu (vidi presudu u predmetu *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 28. svibnja 1985., Serija A, br. 93, str. 24-25, st. 57). // Sud podsjeća da svrha Konvencije nije zajamčiti prava koja su teoretska ili prividna, već prava koja su praktična i

32 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 7/96.

33 Zakon o dopunama Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 112/99.

34 Zahtjev broj 48778/99.

djelotvorna (vidi, *mutatis mutandis*, presudu u predmetu *Airey protiv Irske* od 9. listopada 1979., Serija A, br. 32, str. 12-14, st. 24 i predmetu *Garcia Manibardo protiv Španjolske*, br. 38695/97 od 15. veljače 2000., st. 43., neobjavljena.)// U vezi s time, Sud ponavlja da se člankom 6. stavak 1. Konvencije jamči pravo pristupa sudu radi rješavanja građanskih sporova. Sud smatra da ovo pravo pristupa sudu ne obuhvaća samo pravo pokretanja postupka, već i pravo na “rješavanje” spora od strane suda. Bilo bi iluzorno kada bi pravni sustav države ugovornice pojedincu omogućavao podnošenje građanske tužbe sudu, a da mu pritom ne jamči rješavanje predmeta donošenjem konačne odluke u sudskom postupku. Isto tako, bilo bi nezamislivo da članak 6. stavak 1. sadrži podroban opis postupovnih jamstava koja se pružaju strankama u parnici – tj. jamstva pravičnog, javnog i brzog postupka – bez da ime jamči konačno rješavanje njihovih građanskih sporova (vidi, *mutatis mutandis*, gore navedenu presudu u predmetu *Hornsby v. Greece*, str. 510, st. 40.)” ESLJP je u predmetu *Kutić* zaključno ocijenio: “Međutim, u predmetnom slučaju, prekid postupaka traje već više od šest godina, od čega je više od četiri godine proteklo otkako je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Hrvatsku, pri čemu u međuvremenu nije donesen nikakav novi propis kojim bi se podnositeljima zahtjeva omogućilo rješavanje njihovih građanskih tužbi.”// U tim okolnostima, Sud ne može prihvatiti da je stupanj pristupa predviđen odredbama domaćih zakona dovoljan da bi se podnositeljima zahtjeva osiguralo “pravo na sud”(“...”).”

U presudi *Multiplex protiv Hrvatske* od 10. srpnja 2003.³⁵ ESLJP je, ponovivši stajalište zauzeto u predmetu *Kutić*, ocijenio: “Sud uviđa kako situacija u kojoj je podnesen značajan broj pravnih tužbi protiv države u kojima se traže veliki iznosi novca može tražiti neko dodatno uređenje od strane države i da u tom smislu države uživaju određenu slobodu procjene. No, poduzete mjere ipak moraju biti u skladu s člankom 6. stavkom 1. Konvencije.”// U ovom je predmetu postupak do sada prekinut više od tri godine i sedam mjeseci i u međuvremenu nije donesen nikakav novi zakon koji bi omogućio tvrtki podnositelju zahtjeva da se odluči o njenom zahtjevu građanske naravi.”//U takvim okolnostima Sud ne može prihvatiti da je stupanj pristupa koji je osiguran prema nacionalnom zakonodavstvu bio dovoljan da se osigura pravo tvrtke- podnositelja zahtjeva na “prvo na sud”.”//Sud stoga utvrđuje da dugo razdoblje tijekom kojeg je tvrtki podnositelju zahtjeva bilo onemogućeno da se o njenom zahtjevu građanske naravi odluče domaći sudovi kao posljedica zakonodavne mjere predstavlja povredu članka 6. stavka 1. Konvencije.”

35 Zahtjev broj 58112/00.

3.1.1. Promjena prakse Ustavnog suda

Nakon navedene dvije presude ESLJP-a,³⁶ Ustavni sud je također počeo ocjenjivati, u predmetima vezanim uz razumni rok, je li uz povredu prava na suđenje u razumnom roku, i zakonom određen prekid postupka utjecao na povredu prava na pristup sudu. U tom smislu je i promijenio svoju praksu, izrijekom utvrdivši (i) povredu prava na pristup sudu. U odluci broj U-III A-829/2002 od 24. travnja 2004.³⁷ Ustavni sud je naveo: “Vodeći računa o svim ovim okolnostima te o činjenici da je zakonom određen prekid sudskog postupka radi naknade štete prouzročenih terorističkim aktima i javnim demonstracijama trajao sedam (7) godina, pet (5) mjeseci i dvadeset pet (25) dana te da je prekid obuhvatio cjelokupno pravno relevantno razdoblje od stupanja na snagu Europske konvencije do podnošenja ustavne tužbe u trajanju od četiri (4) godine, pet (5) mjeseci i dvanaest (12) dana, Ustavni sud utvrđuje da je takvim zakonom određenim prekidom postupka povrijeđeno člankom 29. stavkom. 1. Ustava zajamčeno pravo podnositelja da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama. Takvim zakonom određenim prekidom postupka u ovom je slučaju podnositelju povrijeđeno i pravo na pristup sudu, koji je dio prava na sud, također zajamčenog odredbom članka 29. stavka 1. Ustava o temeljnom ljudskom pravu na pravično suđenje.”

3.1.2. Utvrđenje povrede prava na pristup sudu od strane ESLJP-a (i nakon promjene prakse Ustavnog suda)

Navedena odluka Ustavnog suda, međutim, nije prošla test u ESLJP-u. U presudi *Novaković protiv Hrvatske* od 12. travnja 2007.³⁸ ESLJP je ocijenio da se podnositelj, unatoč usvajajućoj odluci Ustavnog suda, u kojoj je utvrđena povreda i prava na suđenje u razumnom roku i prava na pristup sudu, i dalje može smatrati žrtvom povrede prava na pristup sudu i to zbog preniskog iznosa pravične naknade. Ustavni sud je, naime, tek početkom 2005. godine znatno povišio iznos naknade koju dodjeljuje u slučaju utvrđenja, uz povredu na suđenje u razumnom roku, i povrede prava na pristup sudu. ESLJP je naveo: “Sud podsjeća da je u predmetu *Tomašić* (vidi predmet *Tomašić protiv Hrvatske*, br. 21753/02, stavci 26.-36., 19. listopada 2006.) utvrdio da je iznos naknade, koji je bio 15% od onoga što Sud općenito dosuđuje u sličnim hrvatskim predmetima, bio očigledno nerazuman.

36 Vidi i druge presude koje se odnose na povredu prava na pristup sudu u istoj stvari, primjerice *Pikić protiv Hrvatske* od 18. siječnja 2005. (zahtjev br. 16552/02), *Urukalo i Nemet protiv Hrvatske* od 28. travnja 2005. (zahtjev br. 26886/02), *Subašić protiv Hrvatske* od 1. prosinca 2005. (zahtjev br. 18322/03), *Krivokuća protiv Hrvatske* od 23. ožujka 2006. (zahtjev br. 38770/02), *Hajduković protiv Hrvatske* od 12. travnja 2007. (zahtjev br. 38303/02), *Milašinić protiv Hrvatske* od 24. svibnja 2007. (zahtjev br. 41751/02) i dr.

37 Odluka je objavljena u Narodnim novinama, br. 44/04 i na www.usud.hr. Dvoje sudaca protivilo se izreci i obrazloženju te su izradili zasebna izdvojena mišljenja.

38 Zahtjev br. 43446/02

Budući da je podnositelj zahtjeva u ovome predmetu primio isti iznos, Sud primjećuje da se njegova situacija ni na koji način ne razlikuje od predmeta *Tomašić* i ne nalazi razloga odstupiti od svojega zaključka do kojega je došao u tom predmetu. Stoga podnositelj zahtjeva još uvijek može tvrditi da je „žrtva“ povrede svoga prava na pristup sudu, te Vladin prigovor treba dakle odbiti.(...) // Sud je često utvrđivao povrede prava podnositelja zahtjeva na pristup sudu na temelju članka 6. stavka 1. Konvencije u predmetima u kojima su se postavljala pitanja slična pitanju iz ovoga predmeta (vidi, na primjer, naprijed citirani predmet *Kutić protiv Hrvatske*, i predmet *Multiplex protiv Hrvatske*, br. 58112/00, 10. srpanj 2003.) // Nakon što je ispitao sve podnesene mu materijale, Sud smatra da Vlada nije iznijela niti jednu činjenicu ili argument koji bi ga mogli navesti na donošenje drukčijeg zaključka u ovome predmetu. // Stoga je došlo do povrede članka 6. stavka 1.”

Postoji međutim i odluka o dopuštenosti, u predmetu *Majdandžić protiv Hrvatske* od 1. veljače 2007., u kojoj je ESLJP utvrdio da podnositeljima nije povrijeđeno ni pravo na pristup sudu ni pravo na suđenje u razumnom roku, jer je odluka Ustavnog suda protiv koje je zahtjev bio podnesen donesena u skladu s praksom ESLJP-a.³⁹ Podnositeljima je Ustavni sud, prema ocjeni ESLJP-a, dosudio i primjerenu naknadu (po mjerilima iz 2005.) te oni više nisu imali status žrtve povrede navedenih prava.⁴⁰

3.2. Još o pristupu sudu kroz presude ESLJP-a

S obzirom na bogatu praksu i u odnosu na Republiku Hrvatsku⁴¹ ovdje ćemo spomenuti samo jednu noviju presudu ESLJP-a, u kojoj je ponovio svoja stajališta o pristupu sudu u kontekstu pitanja dovodi li odbačaj građanske tužbe koji je posljedica neispunjenja zakonske pretpostavke da se prije podnošenja tužbe protiv

39 Vidi Željko Potočnjak, *Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 25, 2004, br. 2., str. 823.-853.

40 Usp. Željko Potočnjak i Mirjana Stresec, *Europski sud za ljudska prava i Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti ljudskih prava u: Hrvatsko ustavno sudovanje de lege lata i de lege ferenda*, Okrugli stol održan 2. travnja 2009. u palači HAZU u Zagrebu, str. 226. i 227.

41 Vidi i presude (sve protiv Hrvatske): *Banović* od 11.6.2015. (zahtjev br. 44284/10, nije povrijeđen čl. 6. st. 1.); *Čikanović* od 5.2.2015. (zahtjev br. 27630/07 povreda čl. 6. st. 1.); *Šimecki* od 30.4.2014. (zahtjev br. 15253/10, povreda čl. 6. st. 1.); *Klauz* od 18.7.2013. (zahtjev br. 28963/10, povreda i čl. 6. st. 1.); *Peruško* od 15. siječnja 2013. (zahtjev br. 36998/09, *Omerović* (2) 5.12.2013., (zahtjev br. 22980/09, utvrđena i povreda čl. 6. st. 1.), utvrđena povreda članka 6. stavka 1.,); *Čamovski*, od 23.10.2012. (zahtjev br. 38280/10, povreda čl. 6. st. 1., ESLJP zaključuje da je Ustavni sud u konkretnom predmetu očigledno pogriješio odnosno pogrešno računao rok u kojem je podnositelj dostavio ustavnu tužbu prije nego je odbacio ustavnu tužbu kao nepravovremenu. Stoga je podnositelju povrijeđeno pravo na pristup sudu.); *Majski* (2) od 19.7.2011. (zahtjev br. 16924/08, utvrđena povreda članka 6. stavka 1.), *Vrbica* od 1.4.2010. (zahtjev br. 32540/05, povreda i čl. 6. st. 1.); *Biondić* od 8.11.2007. (zahtjev br. 38355/05, povreda čl. 6. st. 1.), *Lesjak* od 18.2.2010. (zahtjev br. 25904/06, povreda čl. 6. st. 1.); *Truhli* od 28.6.2001. (zahtjev br. 45424/99, nije povrijeđen čl. 6. st. 1.).

države podnese zahtjev za mirno rješavanje spora do povrede prava na pristup sudu. U presudi *Momčilović protiv Hrvatske* od 26. ožujka 2015.⁴² ESLJP je naveo da je više puta u presudama isticao da je u članak 6. stavak 1. Konvencije ugrađeno “pravo na sud” (*right to court*), u kojemu pravo pristupa (*right of access*), to jest pravo na pokretanje postupka pred sudom, predstavlja samo jedan od aspekta. Međutim, to je onaj aspekt koji omogućuje pojedincu korist od daljnjih jamstava navedenih u stavku 1. članka 6. Konvencije. Pošten (pravičan; *the fair*), javan (*public*) i brz (*expeditious*) postupak karakteristike su sudskih postupaka koji doista nemaju vrijednost ako se takav postupak prvo ne pokrene. U građanskim stvarima teško da se može i zamisliti vladavina prava bez mogućnosti pristupa sudovima. Pravo na pristup sudu nije, međutim, apsolutno i može biti predmet legitimnih ograničenja. Kad je pristup sudu nekog pojedinca ograničen, ili silom zakona ili u stvari (u praksi; *in fact*), ESLJP će ispitati je li nametnuto ograničenje ugrozilo (umanjilo; *impaired*) bit (suštinu; *essence of the right*) prava te, osobito, je li težilo ostvarenju legitimnog cilja, kao i je li postojao razuman odnos razmjernosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želio ostvariti.⁴³ Neće doći do povrede članka 6. Konvencije ako je ograničenje u skladu s tim načelima (vidi *Z. i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, citirano, §§ 92-93).

U konkretnom slučaju podnositelji su tražili naknadu štete od države zbog ubojstva njihove kćeri, odnosno sestre. U siječnju 1998. godine podnijeli su zahtjev za mirno rješenje spora nadležnom državnom odvjetništvu, koje je odbilo taj zahtjev. Podnositelji su potom podnijeli tužbu za naknadu štete nadležnom sudu, koja je kasnije povučena. U svibnju 2005. godine podnositelji su pokrenuli novi parnični postupak za naknadu štete. Međutim, domaći sudovi su odbacili tužbu za naknadu štete jer podnositelji prethodno nisu podnijeli zahtjev za mirno rješenje spora nadležnom državnom odvjetništvu, sukladno Zakonu o parničnom postupku. ESLJP je utvrdio da je ograničenje prava na pristup sudu, kao obveza da se podnese zahtjev za mirno rješenje spora nadležnom državnom odvjetništvu prije podnošenja tužbe za naknadu štete sudu, bilo propisano zakonom. Ono je imalo legitiman cilj – smanjenje broja sudskih postupaka za naknadu štete protiv države i omogućavanje izvansudskog rješavanja sporova. ESLJP je ocijenio da zakonski uvjet prethodnog podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora nije stvorio nikakvu štetu podnositeljima. Čak i nakon što je njihova tužba odbačena zbog neispunjavanja tog uvjeta, podnositelji su još uvijek mogli podnijeti zahtjev za mirno rješenje spora nadležnom državnom odvjetništvu, te u slučaju odbijanja tog zahtjeva, podnijeti novu tužbu za naknadu štete nadležnom sudu u zakonskim rokovima. Štoviše, podnositelji nisu precizirali na koji je način obveza podnošenja zahtjeva za mirno rješenje spora negativno utjecala na njihova prava, osim što bi eventualno morali poduzeti dodatnu procesnu radnju. ESLJP je utvrdio da su sami podnositelji, time

42 Zahtjev br. 11239/11

43 Vidi *Ashingdane protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. svibnja 1985., § 57., Serija A br 93, *Związek Nauczycielstwa Polskiego protiv Poljske*, zahtjev br. 42049/98, § 29., ECHR 2004-IX i *Szwagrun-Baurycza protiv Poljske*, presuda, 24. listopada 2006., zahtjev br. 41187/02, § 49.

što su propustili ispuniti ovaj procesni uvjet, onemogućili domaćim sudovima da meritorno odlučuju u njihovom predmetu te da stoga nije došlo do povrede članka 6. Konvencije. U ovoj je presudi ESLJP podržao stajališta Vijeća Europe, koja su izražena u dokumentima koji su citirani u samoj presudi, o poticanju alternativnih oblika rješavanja sporova kako bi se smanjila preopterećenost sudova.⁴⁴

4. STAJALIŠTA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Pretražujući praksu Ustavnog suda pod pojmom “pristup sudu”, u ustavno-sudskoj bazi podataka otvara se preko 1000 dokumenata. Zbog toga su u ovom radu analizirane uglavnom one odluke koje se odnose na građanski aspekt članka 29. Ustava (koji uključuje i upravni aspekt) i koje su objavljene na internetskim stranicama Ustavnog suda i/ili u Narodnim novinama. Razvoj prava na pristup sudu odnosno tumačenje sadržaja ovog prava, kao jednog od aspekata pravičnog suđenja, kroz praksu i stajališta Ustavnog suda prikazat ćemo kronološki.

4.1. Početna obrazlaganja povrede prava na pristup sudu

Najstarija odluka koju smo pronašli, u kojoj je Ustavni sud u svojoj ocjeni spomenuo pristup sudu, jest odluka donesena za vrijeme prvog sastava Ustavnog suda Republike Hrvatske.⁴⁵ Riječ je o odluci broj: U-III-336/1993 od 1. lipnja 1994.⁴⁶ Komisija za dodjelu stanova dodijelila je 1990. godine stan podnositelju ustavne tužbe, no dvije godine kasnije isti stan dodijelila je drugoj osobi. Podnositelj je podnio tužbu Upravnom sudu, koji je njegovu tužbu odbacio, ocijenivši da osporena odluka ne predstavlja upravni akt u smislu članka 6. Zakona o upravnim sporovima (u daljnjem tekstu: ZUS/91).⁴⁷ Prema ocjeni Ustavnog suda osporena odluka donesena je na temelju općeg akta te ima karakter upravnog akta iz članka 6. ZUS-a/91, protiv kojeg je dopušten upravni spor. Ustavni sud je stoga usvojio ustavnu tužbu, ukinuo osporeno rješenje Upravnog suda i predmet vratio tom sudu na ponovni postupak. U obrazloženju je Ustavni sud naveo: “Kako je Upravni sud

44 Znan je broj odluka ESLJP-a u kojima je prigovor o povredi prava na pristup sudu odbačen kao neosnovan. Dajemo primjere odluka: *Damjanović, Đuro*, 25.8.2015., zahtjev br. 5306/13; *Kovačević, ALEN*, 30.6.2015., zahtjev br. 61763/13; *Sekul, Zorislav*, 30.6.2015., zahtjev br. 43569/13, ovršni postupak; *Grubić protiv Hrvatske* od 9.6.2015., zahtjev br. 56094/12; *Žarković, Sava i dr.*, 9.6.2015., zahtjev br. 75187/12; *Vuković, Slavko*, 25.11.2014., zahtjev br. 23662/12; *Kovačević, Jelena i dr.*, 8.7.2014., zahtjev br. 45903/08; *Bogdanović, Savo i dr.*, 18.3.2014., zahtjev br. 72254/11, parnični postupak radi naknade štete; *Smiljan Pervan, Larisa*, 4.3.2014., zahtjev br. 31383/13.; *Baničević, Ante i Marija*, 2.10.2012., zahtjev br. 44252/10; *Kontić-Draščić, Marina i Brankica*, 25.9.2012., zahtjev br. 20428/09.

45 Sastav Ustavnog suda s prvim predsjednikom Ustavnog suda, dr. sc. Jadrankom Crnićem.

46 Odluka je objavljena u Narodnim novinama, br. 50/94.

47 Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 53/91, 9/92 i 77/92 U ovom članku ZUS iz 1991. označavat će se kao ZUS/91, a ZUS iz 2010. (Narodne novine, broj 20/10, 143/12 i 152/14) kao ZUS/10.

Republike Hrvatske odbacio tužbu kao nedopuštenu, uskratio je tužitelju pravo na pristup sudu i time povrijedio ustavno pravo tužitelja na pravnu zaštitu protiv pojedinačnog akta, zajamčeno mu člankom 18. Ustava Republike Hrvatske". Za razliku od navedene odluke, u odluci U-III-504/1996 od 8. srpnja 1999.⁴⁸ pravo na pristup sudu Ustavni sud je "povezao" s pravom na pravično suđenje. Riječ je bila o podnositelju koji je 1973. godine, za vrijeme odsluženja vojnog roka u bivšoj JNA, zadobio teške tjelesne ozljede. Pravomoćnom presudom iz 1978. godine podnositelju su djelomično dosuđeni određeni iznosi na ime naknade štete. Prvostupanjska presuda djelomično je ukinuta i predmet je bio vraćen prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. Prvostupanjski sud postupak je prekinuo jer je tuženik (SFRJ - SSNO) prestao postojati. Podnositelj je 1992. godine, podneskom, predložio nadležnom sudu nastavak postupka te označio kao tuženicu Republiku Hrvatsku. Republika Hrvatska se protivila preinaci tužbe i nije preuzela parnicu, jer nije pravni sljednik SFRJ. Rješenjem koje je osporeno ustavnom tužbom, prvostupanjski sud je ocijenio da je riječ o preinaci tužbe, a ne o nastavljanju prekinutog postupka te je odlučio da preinaku tužbe ne dopusti. Žalba podnositelja je odbijena, a revizija odbačena "jer da se revizijom pobija rješenje kojim se postupak pravomoćno ne okončava". U ovom predmetu pred Ustavnim sudom pojavilo se pitanje, zbog čega je održan i konzultativni sastanak: "Da li je Republika Hrvatska pravni sljednik bivše SFRJ u nedovršenim (prekinutim) parničnim postupcima koje su radi naknade osobnih šteta pokrenuli i vodili građani Republike Hrvatske (državljeni i oni s priznatim trajnim nastanjenjem na dan 8. listopada 1991.) protiv bivše SFRJ?" Konzultativni sastanak potvrdno je odgovorio na to pitanje, a Ustavni sud izrazio je stajalište: "Postojanje odgovornosti za obveze bivše države, dakle, neupitno je i ne može biti predmetom sukcesije u predmetima kakav je konkretni. Predmetom sukcesije, prema tome, teorijski može biti samo opseg i visina te odgovornosti, a praktično - pitanje visine odgovornosti može i treba biti predmetom naknadnih kompenzacija. U tom svjetlu ukazuje se neprihvatljivom apriorna uskrata prava na pristup sudu, prava na pravično suđenje i mogućnosti ostvarenja stečenih prava građaninu - vlastitom državljaninu pred sudom vlastite države, koja mu prema kriteriju prebivališta odnosno prema teritorijalnom principu, a i drugim kriterijima, pripadaju."

Odlukom broj: U-III-1469/2002 od 28. listopada 2002. Ustavni sud usvojio je ustavnu tužbu i ukinuo rješenje Vrhovnog suda kojim je zbog pogrešno utvrđene činjenice dostave drugostupanjske presude podnositeljici, odbačen, kao nepravodoban, njezin zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude. Ustavni sud utvrdio je da je podnositeljici "povrijeđeno pravo na pravično suđenje u dijelu koji se odnosi na pristup sudu iz odredbe članka 29. stavka 1. Ustava."

Kao što je već navedeno, pod utjecajem presuda *Kutić i Multiplex* Ustavni sud je u predmetima vezanim uz razumni rok u kojima su parnični postupci radi naknade štete protiv države prekinuti po sili zakona, osim povrede prava na suđenje

48 Odluka je objavljena u Narodnim novinama, br. 80/99.

u razumnom roku, razmatrao i povredu prava na pristup sudu. Na presudu Kutić protiv Hrvatske pozivalo se i dvadesetak podnositelja kojima je po sili Zakona o davanju u najam stanova na oslobođenom teritoriju⁴⁹ prestalo stanarsko pravo. Tim Zakonom naime, bio je propisano, kao uvjet za zadržavanje stanarskog prava, povratak nositelja tih prava u stanove do 26. prosinca 1995. Podnositelji su podnijeli prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom tog zakona, kao i Zakona o prestanku važenja Zakona o davanju u najam stanova na oslobođenom teritoriju,⁵⁰ ali i ustavne tužbe kojima su u biti osporavali navedene zakone, a ne pojedinačne akte. Sve te ustavne tužbe su odbačene,⁵¹ a u odnosu na prigovor podnositelja, temeljen na presudi *Kutić protiv Hrvatske* da su bili faktički onemogućeni vratiti se u Republiku Hrvatsku odnosno da nisu uopće imali “mogućnost za vođenje postupka za zaštitu svog povrijeđenog prava”, Ustavni sud podsjetio je na konačnu odluku o dopuštenosti zahtjeva u predmetu *Ostojić protiv Hrvatske*,⁵² kojom je ESLJP odbacio zahtjev podnositelja kao očito neosnovan, utvrdivši, uz činjenicu da nije pokrenuo nikakav parnični postupak radi naknade štete protiv države, i naveo sljedeće: “Glede podnositeljeve tvrdnje da nije mogao podnijeti građansku tužbu u Hrvatskoj zato što nije bio u mogućnosti ući u Hrvatsku, Sud bilježi da je, čak i pod pretpostavkom da je podnositelj osobno bio spriječen da uđe u Hrvatsku, on mogao koristiti usluge druge osobe koje ga je mogla zastupati pred hrvatskim vlastima ili je mogao komunicirati sa hrvatskim vlastima putem pošte.”

4.2. Definicija prava na pristup sudu u praksi Ustavnog suda

Prvu definiciju prava na pristup sudu, kojom se, uz neke dopune i korekcije, i danas služi, Ustavni sud je naveo u predmetu apstraktne kontrole, u rješenju broj: U-I-949/1995 i dr. od 23. studenoga 2005.,⁵³ ocjenjujući suglasnost s Ustavom Zakona o sudskim pristojbama. Predlagatelji su osporavali visinu iznosa navedenih u Tarifi sudskih pristojbi smatrajući ih previsoko određenima, odnosno nepravičnima te protivnima “duhu” Ustava. Pošavši od članaka 16. i 29. stavka 1. Ustava, Ustavni sud izrazio je sljedeće stajalište: “Pravo pravičnog suđenja, zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava, obuhvaća više aspekata koji čitav proces suđenja čine pravičnim. U svojoj biti to je postupovno jamstvo koje zahtijeva da postupak od strane državnih tijela bude proveden prema načelima koja će strankama u postupku osigurati pravično suđenje.// Pravo svakoga na pristup sudu dio je temeljnog ljudskog prava na pravično suđenje, a podrazumijeva pristupačnost postupku sa

49 Zakon o davanju u najam stanova na oslobođenom teritoriju, Narodne novine, broj 73/95.

50 Zakon o prestanku važenja Zakona o davanju u najam stanova na oslobođenom teritoriju, Narodne novine, broj 101/98.

51 Npr. rješenje br. U-III-2962/2002 od 14. svibnja 2004., Narodne novine, broj 77/04 i www.usud.hr i druga rješenja

52 Odluka ESLJP-a od 26. rujna 2002., zahtjev br. 16837/02.

53 Rješenje je objavljeno na www.usud.hr.

svim obilježjima sudskog oblika ispitivanja. I samo pravo na pristup sudu ima nekoliko aspekata. Mogućnost iniciranja sudskog postupka radi donošenja odluke o pravima i obvezama stranaka, iako sama po sebi nije dovoljna da bi se osiguralo pravo pristupa sudu, onaj je aspekt prava na pristup sudu bez kojega ostala jamstva, sadržana u pravu pravičnog suđenja, ne bi mogla imala pravno značenje.// Pravo na pristup sudu, međutim, nije apsolutno; ono može biti zakonom ograničeno (članak 16. Ustava); primjerice zakonom određenim pretpostavkama koje moraju biti ispunjene za podnošenje tužbe ili rokovima za ulaganje pravnih lijekova. Različita ograničenja mogu svesti pravo na pristup sudu na razinu koja bi dovela do toga da je sama bit ostvarenja tog prava ugrožena. Svako ograničenje, stoga, mora biti ustanovljeno zakonom, mora imati legitimni cilj te mora postojati razumna razmjernost između ograničenja i cilja koji se tim ograničenjem želi postići.”

Imajući u vidu, između ostalog, da Zakon propisuje i mogućnost oslobađanja od plaćanja sudskih pristojbi, Ustavni sud je ocijenio da Zakonom propisani sustav plaćanja sudskih pristojbi, kao ni Tarifa sudskih pristojbi, sami po sebi ne predstavljaju ograničenje prava na pristup sudu. S druge strane, primjena Zakona i Tarife na konkretan slučaj može dovesti do ograničenja prava na pristup sudu. Iznos pristojbe koji je sud naložio platiti ili pak propust suda da stranku oslobodi od plaćanja pristojbe, procijenjen u svjetlu okolnosti konkretnog slučaja, uključujući sposobnost stranke da je plati, vrijednost predmeta spora, kao i faze postupka u kojoj je nametnuta obveza plaćanja pristojbe, elementi su koji određuju je li u konkretnom pojedinačnom slučaju stranci onemogućen pristup sudu ili nije. No, primjena propisa na konkretan slučaj može biti predmet ispitivanja samo u postupku konkretne kontrole koji se pred Ustavnim sudom pokreće ustavnom tužbom, a ne i u postupku apstraktne kontrole.

4.3. Suglasnost zakona s Ustavom s aspekta prava na pristup sudu

Osim Zakona o sudskim pristojbama, Ustavni sud ocjenjivao je, s aspekta prava na pristup sudu, suglasnost s Ustavom više zakona, npr.: Zakon o radu (rješenje broj: U-I-490/2000 od 22. prosinca 2004.),⁵⁴ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći (odluka i rješenje broj: U-I-722/2009 od 6. travnja 2011.),⁵⁵ Ovršni zakon (odluka broj: U-I-1988/2011 i dr. od 19. lipnja 2012.),⁵⁶ kao i Zakon o parničnom postupku (rješenje broj: U-I-4365/2008 i dr. od 26. ožujka 2013.)⁵⁷ U nastavku dajemo kratki prikaz tih odluka.

54 Objavljeno u Narodnim novinama, br. 5/05.

55 Objavljeno u Narodnim novinama br. 44/11.

56 Objavljeno u Narodnim novinama, br. 80/12.

57 Objavljeno u Narodnim novinama, br. 43/13.

4.3.1. *Zakon o radu*⁵⁸

U konkretnom ustavnosudskom predmetu bila je osporena odredba članka 184. stavka 2. Zakona o radu, koja je propisivala da se postupak za zabranu djelovanja udruge pokreće na zahtjev tijela ovlaštenog za registraciju ili ovlaštenog državnog odvjetnika. Predlagatelj je smatrao da je tim ograničenjem “građanima koji bi bili ‘grubo oštećeni od sindikata/povjerenika’ onemogućen pristup sudu”. Ustavni sud je ocijenio da predlagatelj polazi od pogrešne pretpostavke da je u slučaju povrede određenih prava pojedinca od strane sindikata ili povjerenika jedini pravni put postupak za zabranu djelovanja udruge. Naime, prema stavku 1. članka 184. županijski sud zabranit će djelovanje udruge ako utvrdi da je njezina djelatnost protivna Ustavu i zakonu, a ne i ako je svojim (ne)postupanjem sindikat ili povjerenik povrijedio određena prava pojedinca. U ovom posljednjem slučaju pojedinac može radi zaštite svojih prava i obveza protiv sindikata pokrenuti druge postupke unutar pozitivnog zakonodavstva Republike Hrvatske. Sindikat je pravna osoba, ima pravnu i stranačku sposobnost, što znači da može biti stranka u postupku. Ustavni sud je podsjetio i na odredbe Zakona o državnom odvjetništvu,⁵⁹ prema kojima je državno odvjetništvo (koje je jedan od ovlaštenika na podnošenje zahtjeva za zabranu rada udruge) dužno od građana, državnih tijela i pravnih osoba primati prijave, podneske i izjave u stvarima iz svoga djelokruga radi poduzimanja radnji sukladno svojim ovlastima. Ustavni sud je ocijenio da je zakonodavac postupio u granicama ovlasti propisane Ustavom.

4.3.2. *Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći*⁶⁰

Ustavni sud je ukinuo više odredbi tog zakona, “kojim se razrađuje temeljno ustavno pravo na pristup sudu”. Ističemo samo ocjenu onih odredbi Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (u daljnjem tekstu ZBPP) koja se odnosi na pristup sudu. Zakonodavac je u članku 5. stavku 1. ZBPP-a propisao pravnu obvezu nadležnih tijela državne uprave da odobre ostvarivanje pravne pomoći u svim postupcima pred sudovima, upravnim tijelima i drugim pravnim osobama s javnim ovlastima, ako se njima rješava o egzistencijalnim pitanjima korisnika. Ustavni sud je primijetio da neodređeni pravni pojam “egzistencijalnog pitanja” ozbiljno narušava tu pravnu obvezu nadležnih tijela državne uprave. Unatoč pokušaju zakonodavca da neodređeni pravni pojam “egzistencijalnog pitanja” bliže odredi navođenjem primjera koji bi trebali poslužiti nadležnim tijelima državne uprave kao smjernice za postupanje u praksi, Ustavni sud je ocijenio da sadržaj i struktura članka 5. stavka 2. ZBPP-a ne daje osnovu za zaključak da će svrha članka 5. stavka 1. ZBPP-a u praktičnom pravnom životu biti ostvarena te da stoga članak 5. stavak 2. ZBPP-a ne udovoljava zahtjevima pravne sigurnosti objektivnog pravnog poretka i da je

58 Zakon o radu, Narodne novine, br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03 i 30/04.

59 Zakon o državnom odvjetništvu, Narodne novine, br. 51/01.

60 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, Narodne novine, br. 62/08.

protivan postupovnim pravilima koja proizlaze iz prava na pristup sudu odnosno prava na pravično suđenje u vezi sa zahtjevima koji proizlaze iz vladavine prava kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava). Tim zahtjevima, prema ocjeni Ustavnog suda ne udovoljava ni članak 10. stavak 2. ZBPP-a, kojim je bilo propisano da odvjetnik ne smije odbiti pružiti pravnu pomoć u skladu s odredbama ovoga Zakona, osim u slučajevima predviđenima Zakonom o odvjetništvu za uskratu pravne pomoći. Zakon o odvjetništvu, u članku 9., navodi razloge zbog kojih je odvjetnik dužan uskratiti pružanje pravne pomoći, no u istom članku upućuje i na druge razloge sadržane u Kodeksu odvjetničke etike. Prema stajalištu Ustavnog suda, dvostruko upućivanje na mjerodavnu normu o dopuštenoj uskrati pravne pomoći potencijalnom korisniku pravne pomoći zapravo onemogućuje ostvarenje njegova prava na pristup sudu. Što se tiče razloga uskrate pravne pomoći, neki razlozi iz Zakona o odvjetništvu primjenjivi su i na besplatnu pravnu pomoć, no njihov dio, sadržan u Kodeksu, prema ocjeni Ustavnog suda, široko je i neodređeno postavljen, a za pogođenog korisnika nije predvidljiv niti mu omogućava bilo kakvo sredstvo kontrole tih razloga. Kod korisnika besplatne pravne pomoći ti razlozi moraju biti uži i precizniji od onih koje propisuje Zakon o odvjetništvu za opći režim pružanja pravne pomoći od odvjetnika, jer se ta norma ne smije pretvoriti u mogućnost da većina odvjetnika uopće ne pruža besplatnu pravnu pomoć, pozivajući se na razloge svrsishodnosti, preopterećenosti i sl. Takva bi mogućnost potpuno poništila temeljnu svrhu ZBPP-a. Članak 37. ZBPP-a koji govori o obvezi korisnika da u slučaju uspjeha u postupku, ako mu “sud dosudi imovinu ili primitak”, vrati primljeni iznos po “uputnici” u državni proračun, prema ocjeni Ustavnog suda, toliko je manjkav da onemogućuje u velikoj mjeri predvidljiv i funkcionalan sustav zaštite prava na pristup sudu i tako krši pravo na pravično suđenje, u vezi sa zahtjevima koji proizlaze iz vladavine prava kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava).

4.3.3. *Ovršni zakon*⁶¹

Člankom 338. stavkom 1. Ovršnog zakona (u daljnjem tekstu: Ovršni zakon/10) bilo je propisano da će se postupci koji su u tijeku, a pokrenuti su prije stupanja na snagu Ovršnog zakona,⁶² obustaviti u roku od tri mjeseca od dana stupanja na snagu Ovršnog zakona/10, ako ovrhovoditelj ne podnese osnovani prijedlog na temelju kojeg se postupak može nastaviti. Ustavni sud je pošao od stajališta o pravu na pristup sudu izraženog u rješenju U-I-949/2005 i o zahtjevu za određenošću i preciznošću pravne norme izraženom u odluci U-I-722/2009. Osim što osporena norma ne zadovoljava zahtjeve načela vladavine prava, tj. neodređena je i neprecizna, Ustavni sud je ocijenio i da takvo normativno rješenje ujedno dovodi i do uskrate prava na pristup sudu, “jer se postupci započeti po Zakonu o izvršnom

61 Ovršni zakon, Narodne novine, br. 139/10, 125/11, 150/11, 154/11 i 12/12.

62 Ovršni zakon, Narodne novine, br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08.

postupku obustavljaju, a da za takvo postupanje nisu navedeni razlozi koji bi bili usklađeni sa zahtjevima pravne sigurnosti iz članka 3. Ustava”. Pored toga, Ustavni sud je utvrdio da obustavom postupka zbog nedostavljanja “osnovanog prijedloga” za nastavak ovršnih postupaka i postupaka izvršenja, građani odnosno vjerovnici ostaju bez mogućnosti naplate svojih tražbina, jer obustavom postupka prestaje postupak ovrhe, kojemu je glavni cilj naplata tražbina između građana i pravnih osoba, odnosno subjekata građanskopravnih odnosa. Uskratim odgovarajućeg pravnog puta kojima mogu ostvariti svoje tražbine, odnosno svoja prava, građani gube i pravo pristupa sudu. Ovo iz razloga što većina postupaka koji se vode po Zakonu o izvršnom postupku traju najmanje 15 godina, te propisivanjem da se u roku od tri mjeseca mora podnijeti “osnovani prijedlog” a da se ne odredi oblik i sadržaj tog prijedloga, prema ocjeni Ustavnog suda dovodi do uskraćivanja prava na pristup sudu te do nesuglasnosti članka 338. stavka 1. Ovršnog zakona s člankom 29. stavkom 1. Ustava. Ustavni sud je ukinuo članak 338. stavak 1. Ovršnog zakona.⁶³

4.3.4. *Zakon o parničnom postupku*⁶⁴

U ustavnosudskom postupku osporen je članak 91.a Zakona o parničnom postupku (u daljnjem tekstu: ZPP), koji propisuje da stranka može podnijeti reviziju samo putem opunomoćenika koji je odvjetnik, odnosno osobe koja ima položen pravosudni ispit. Prijedloge je podnijelo 26 predlagatelja; svi su smatrali da se osporenim člankom 91.a ZPP-a ograničava pristup sudu i time mogućnost da svi građani dobiju jednaku sudsku zaštitu pred Vrhovnim sudom. Primjenjujući načelna stajališta o pristupu sudu na osporeni članak ZPP-a, Ustavni sud je u ustavnosudskom postupku postavio pitanje: Je li zakonsko ograničenje propisano člankom 91.a ZPP-a dovelo u pitanje samu bit prava na pristup sudu?

Imajući u vidu strukturu i funkcioniranje parničnog postupka (do pravomoćnosti smatra se redovnim postupkom, a nakon pravomoćnosti iznimkom za posebne slučajeve), Ustavni sud je utvrdio da su “razlozi racionalne organizacije sustava pravnih lijekova, pravne sigurnosti i ekonomičnosti nametnuli potrebu višestrukog ograničenja mogućnosti njihova podnošenja (vrsta pravnih lijekova, osoba koje su ih ovlaštene podnositi, rokova u kojima se mogu podnijeti i dr.). Opće je obilježje tih ograničenja da se ona pojačavaju što je viši stupanj suda koji treba

63 Zakonodavac je donio novi Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12, koji je sadržavao gotovo istu odredbu u članku 369. stavku 2. Troje predlagatelja osporilo je tu odredbu ističući da je zakonodavac svjesno išao “za eskiviranjem odluke Ustavnog suda”. Rješenjem broj: U-I-5345/2012 i dr. od 23. prosinca 2014. Ustavni sud nije prihvatio prijedloge. Iako je utvrdio da zakonodavac nije postupio u cijelosti u skladu s pravnim stajalištima Ustavnog suda (izostavio je jedino riječ “osnovani” koji je bio i najozbiljniji prigovor Ustavnog suda u prvoj odluci), ocijenio je da priroda i značaj ovog predmeta nisu takvi da je nužno ponovo ukidati, u biti istu, odredbu.

64 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, broj 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 123/08 i 57/11.

odlučiti o pravnom lijeku. Naime, nakon pravomoćnosti sudske odluke procesna prava stranaka ne prestaju nego se ‘sužavaju’, a radi postizanja cilja dopuštenog izvanrednog pravnog lijeka.” Revizija je izvanredni pravni lijek, koja se podnosi protiv drugostupanjske sudske odluke kojom se postupak pravomoćno završava i o kojoj odlučuje Vrhovni sud ispitujući zakonitost odluka nižestupanjskih sudova. Ona je, prema stajalištu Ustavnog suda, nužno po prirodi parničnog postupka složeniji pravni lijek (u odnosu na žalbu kao redovni lijek), za čije su podnošenje utvrđene strože pretpostavke, a razlozi zbog kojih se može podnijeti su ograničeni. Polazeći od toga da se u revizijskom postupku preispituje materijalna i postupovna zakonitost pobijane presude (rješenja), a ne i pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja, Ustavni sud je utvrdio da je zakonodavac propisujući krug kvalificiranih osoba koje mogu podnijeti reviziju naglasio potrebu da se u revizijskom postupku, u kojem se odlučuje isključivo o pravnim pitanjima, osigura viša razina stručnih znanja i kvalitete u zastupanju stranaka a time veća kvaliteta odlučivanja u pojedinom slučaju, a što doprinosi većoj pravnoj sigurnosti stranaka. Prema ocjeni Ustavnog suda “propisani zahtjev vezan za odvjetnika odnosno za osobu koja ima položen pravosudni ispit nije strukturno ograničenje koje onemogućuje pristup sudu”.⁶⁵

4.4. POJEDINAČNI SLUČAJEVI

U nastavku ćemo prikazati predmete koje smo izdvojili iz bogate ustavnosudske prakse u ovom području, kao primjere tumačenja sadržaja prava na pristup sudu u individualnoj ustavnosudskoj kontroli.

4.4.1. Pogrešna uputa o pravnom lijeku

Pogrešna uputa o pravnom lijeku, ako se stranka na nju osloni, u pravilu će dovesti do povrede prava na pristup sudu, posebice ako se odnosi na pogrešan rok za podnošenje pravnog lijeka. Stajalište je Ustavnog suda da pogrešna uputa o pravnom lijeku ne smije ići na štetu stranke, pa ni onda kada stranku zastupa odvjetnik, koji je kao stručna osoba upoznat sa zakonskim rokovima za podnošenje pravnog lijeka. Zauzimajući to stajalište Ustavni sud je pošao od temeljne pretpostavke “da sudovi

⁶⁵ Prema praksi Ustavnog suda rješenje Vrhovnog suda kojim odbacuje reviziju primjenom članka 91.a ZPP nije pojedinačni akt iz članka 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 99/99, 29/02 i 49/02, u daljnjem tekstu: Ustavni zakon) u povodu kojega bi Ustavni sud bio nadležan pružiti ustavnosudsku zaštitu (primjerice rješenja: U-III-53/2014 od 20. veljače 2014., U-III-7251/2014 od 8. prosinca 2014., U-III-177/2015 od 19. veljače 2015., sva rješenja na www.usud.hr). Tu svoju praksu Ustavni sud djelomice je promijenio nakon presude ESLJP Omerović (br. 2) protiv Hrvatske od 5. prosinca 2013. (zahtjev br. 22980/09), pa u slučaju kad su u ustavnoj tužbi podnesenoj u povodu takve odluke Vrhovnog suda prigovori o povredi prava na pristup sudu ozbiljni i dostatno obrazloženi, o takvoj ustavnoj tužbi Ustavni sud će meritorno odlučiti. To je razvidno iz odluka Ustavnog suda: U-III-62/2014 od 20. veljače 2014. i U-III-1793/2014 od 23. svibnja 2014. (obje na www.usud.hr).

poznaju propise i da daju pravilnu i zakonitu uputu o pravnom lijeku. Stoga stranke postupanjem po pogrešnoj uputi o pravnom lijeku danoj od strane nadležnog suda, ne smiju trpjeti štetne posljedice.” Ovo stajalište Ustavni sud izrazio je u odluci broj U-III-1733/2000 od 24. studenoga 2004.,⁶⁶ koja se odnosila na kazneni postupak no, primjenjivo je u svim postupcima. Primjerice, odlukom U-III-1917/2003⁶⁷ Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu podnositeljice koja je žalbu protiv prvostupanjskog rješenja o dosudi i predaji nekretnine ovrhovoditelju podnijela u roku od osam dana, sukladno uputi o pravnom lijeku. Drugostupanjski sud je odbacio žalbu utvrdivši da je rok za žalbu bio tri dana od dana isticanja rješenja na oglasnoj ploči suda. I odlukom broj U-III-2808/2007⁶⁸ Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu podnositeljice, čija je žalba protiv prvostupanjskog zemljišnoknjižnog rješenja bila odbačena kao nepravodobna. Žalbu je podnijela u roku od 30 dana (ispravno bi bilo petnaest dana), kako je bila poučena uputom o pravnom lijeku. Nadalje, u predmetu U-III-3071/2006⁶⁹ riječ je bila o sporu male vrijednosti i žalbi podnesenoj u roku 15 dana, sukladno uputi o pravnom lijeku (ispravno bi bilo osam dana). Ustavni sud je ukinuo drugostupanjsko rješenje, kojim je žalba bila odbačena kao nepravodobna.

Međutim, neće svaki pogrešno naznačeni rok za podnošenje pravnog lijeka u uputi o pravnom lijeku dovesti do povrede prava na pristup sudu. U predmetu U-III-4056/2011⁷⁰ također je bila riječ o sporu male vrijednosti. U uputi o pravnom lijeku bio je naznačen rok od 15 dana (ispravno osam dana), iz čega je podnositeljica zaključila da žalbu može podnijeti bez ograničenja u žalbenim razlozima. Da joj je bila dana pravilna uputa, tvrdila je u ustavnoj tužbi, tada bi njezina žalba “bila potpuno drugačije napisana, sa potpuno drugačijim razlozima.” Drugostupanjski sud meritorno je odlučio o žalbi podnositeljice uzevši u razmatranje samo one prigovore koji se, u skladu sa ZPP-om, žalbom u takvoj vrsti spora mogu isticati. Polazeći od činjenice da je drugostupanjski sud žalbu podnositeljice meritorno razmotrio, Ustavni sud je ocijenio da podnositeljici nije onemogućeno pravo na pristup žalbenom sudu, pa joj stoga nije povrijeđena ni sama bit prava na pristup žalbenom sudu. Pritom je ocijenio da “pogrešna pouka o pravnom lijeku u presudi suda prvog stupnja nije bila od utjecaja na iznošenje žalbenih razloga podnositeljice protiv prvostupanjske presude donesene u postupku u sporovima male vrijednosti kao i na konačni ishod postupka”. U predmetu U-III-1959/2005⁷¹ podnositeljica je postupila po pogrešnoj uputi svog poslodavca te je protiv odluke o prestanku radnog odnosa podnijela tužbu općinskom sudu, umjesto da je u skladu s tada važećim Zakonom o osnovnim pravima iz radnog odnosa (u daljnjem tekstu: ZOPRO),⁷² podnijela zahtjev za zaštitu prava nadležnom tijelu svog poslodavca. Ustavni sud

66 Odluka broj U-III-1733/2000 od 24. studenoga 2004., Narodne novine, br. 179/04 i www.usud.hr.

67 Odluka broj U-III-1917/2003, U-III-1918/2003 od 21. lipnja 2006., www.usud.hr.

68 Odluka broj U-III-2808/2007 od 13. veljače 2008., Narodne novine, br. 26/08 i www.usud.hr.

69 Odluka broj U-III-3071/2006 od 18. ožujka 2009., Narodne novine, br. 42/09 i www.usud.hr.

70 Odluka broj U-III-4056/2011 od 3. prosinca 2014., www.usud.hr.

71 Odluka broj U-III-1959/2005 od 30. travnja 2008., Narodne novine, br. 59/09 i www.usud.hr.

72 Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa, Narodne novine, br. 34/91.

je usvojio ustavnu tužbu, no imao je u vidu “razloge koji govore protiv, ali i one koji govore u prilog usvajanju ustavne tužbe”. “Protiv ustavne tužbe” Ustavni sud je našao sljedeće razloge: građani (njihovi zastupnici) moraju poznavati pravo (*ignorantio iuris nocet*); uputa (pouka) o pravnom lijeku nije esencijalni dio čak niti sudske parnične odluke, “pa onda pogotovo ne može biti kod odluke poslodavca koji nije državni organ i od kojeg se ne može tražiti veća postupovna jamstva nego što ih daje sud”; nisu sudovi bili ti koji su podnositeljicu spriječili u pravu na pristup sudu, a “relevantna povreda konvencijskog i ustavnog prava na pristup sudu može predstavljati samo odluka nekog od sudova”. Ipak, Ustavni sud je ocijenio da pretežu razlozi u prilog usvajanju ustavne tužbe: zabluda o pravu (*error iuris*) u suvremenom pravu postaje moguća relevantna zabluda kao i zabluda o činjenicama (nema dvojbe da bi podnositeljica predmetne ustavne tužbe bila podnijela prigovor drugostupanjskom tijelu poslodavca da spornom (pogrešnom) pravnom uputom nije usmjerena izravno na sud); uputa o pravnom sredstvu jest esencijalni dio odluke poslodavca kada on odlučuje o pravu svog radnika - to proizlazi iz ZOPRO-a koji je svojom formulacijom uputu o pravnom sredstvu učinio bitnim dijelom odnosne odluke “pa je izostanak pravilne upute u predmetnom slučaju toliko veliki nedostatak da dovodi u pitanje i samu pravnu egzistentnost takve odluke”; hrvatski sudovi imaju pravo i obvezu međusobne suradnje, pa tako npr. ako zaprime stvar za koju nisu nadležni trebaju je ustupiti sudu koji je nadležan - u konkretnom slučaju trebali su zaprimljenu tužbu shvatiti kao prigovor u smislu ZOPRO-a i dostaviti ju drugostupanjskom tijelu poslodavca (“poslodavac, istina, nije ‘drugi sud’ pa niti ‘drugi državni organ’, ali su ustavne obveze pravičnog sudske postupanja iz članka 29. stavka 1. Ustava i načelo privatnog prava o savjesnosti i poštenju /članka 4. ZOO/ svakako nalagali takvo postupanje koje je izostalo”).

Drugačija je situacija kada je uputom o pravnom lijeku stranci “dano” pravo na pravni lijek na kojeg ona nema pravo. Primjerice, Ustavni sud je, odlukom broj: U-III-748/1999⁷³, odbio ustavnu tužbu podnositelja koji je na obrascu liječničke komisije Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje o njegovoj radnoj sposobnosti bio poučen da protiv tog “rješenja” može pokrenuti upravni spor. Upravni sud je tužbu podnositelja odbacio. Ustavni sud je ocijenio da osporeno rješenje liječničke komisije nije upravni akt kojim se odlučuje o pravima i obvezama stranke, bez obzira što nosi naslov “rješenje” i što sadrži pogrešnu uputu o pravnom lijeku. Prema stajalištu Ustavnog suda “takva pogrešna pouka nema nikakvih pravnih posljedica jer se poukom ne može stranci dati pravni lijek na kojeg ona po zakonu nema pravo”. Iako je ovu ustavnu tužbu Ustavni sud sagledavao s aspekta prava na žalbu (jer je na povredu tog prava ukazivao podnositelj), čini se da bi do istog zaključka došao i da ju je razmatrao s aspekta prava na pristup sudu. U sličnom slučaju (stranka pogrešno upućena da može pokrenuti upravni spor) Ustavni sud je tužbu podnositeljice odbacio (tzv. meritorni odbačaj) ocijenivši da ne postoje pretpostavke za odlučivanje o biti stvari. U postupku javnog natječaja radi davanja

73 Odluka broj: U-III-748/1999 od 26. siječnja 2001., Narodne novine, br. 13/01 i www.usud.hr

u zakup poslovnog prostora općina je kao najpovoljniju prihvatila ponudu druge poljoprivredne zadruge. Žalba podnositeljice odbijena je. Iako je upućena da može pokrenuti upravni spor, Upravni sud je tužbu odbacio jer se u konkretnom slučaju radi o aktu raspolaganja vlasnika poslovnim prostorom a ne od rješavanju o nekom pravu ili obvezi stranke u upravnoj stvari, pa se u tom slučaju ne može voditi upravni spor. Ustavni sud je napomenuo "da pogrešna uputa o pravnom lijeku, navedena u aktu koji nema svojstvo upravnog akta, ne uzrokuje pravne posljedice jer se takvom poukom ne može sudioniku u javnom natječaju, raspisanom radi davanja u zakup poslovnog prostora, dati pravni lijek na koji on, na temelju Zakonu o zakupu i prodaji poslovnog prostora ("Narodne novine" broj 91/96., 124/97., 174/04. i 38/09.), nema pravo."⁷⁴ Slično i u slučaju kada stranka ima pravo podnijeti žalbu u upravnoj stvari, a pogrešno je upućena da može pokrenuti upravni spor, stranka neće snositi štetne posljedice takve upute o pravnom lijeku. Naime, prema članku 210. stavku 6. Zakona o općem upravnom postupku iz 1991.⁷⁵, u takvoj situaciji rok za žalbu teče od dana dostave rješenja suda kojim je tužba odbačena kao nedopuštena. U predmetu U-III-2248/2003⁷⁶ Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu jer je ocijenio da je podnositelj, i pored pogrešno dane upute o pravnom lijeku, na temelju članka 210. točke 6. ZUP-a/91 mogao podnijeti žalbu nadležnom tijelu.

O ozbiljnosti kojom Ustavni sud pristupa pogrešnoj uputi o pravnom lijeku i njezinim posljedicama na prava stranaka svjedoči i odluka Ustavnog suda broj U-IX-2253/2012 i dr.,⁷⁷ donesena u postupku u povodu žalbe suca na odluku predsjednice suda i odluke Državnog sudbenog vijeća (u daljnjem tekstu: DSV), kojima je žalitelj, nakon odluke DSV-a o razrješenju od sudačke dužnosti, privremeno udaljen od obavljanja dužnosti suca na rok od tri (3) mjeseca, s pravom na jednu polovinu plaće, odnosno kojima je žalitelju svaka tri mjeseca produljeno privremeno udaljenje od obavljanja dužnosti suca (odluka broj: U-IX-2253/2012 i dr., nije na www.usud.hr). U tim odlukama žalitelj je pogrešno upućen da ima pravo podnijeti žalbu Ustavnom sudu. Naime, Ustavni sud je na vlastitu inicijativu⁷⁸ pokrenuo postupak i ukinuo članke 71. stavak 2. i 74. stavak 2. Zakona o Državnom sudbenom vijeću,⁷⁹ kojima je bila propisana nadležnost Ustavnog suda za odlučivanje o žalbi stegovnog progonitelja protiv odluke o stegovnoj odgovornosti suca i žalbi suca protiv odluke o privremenom udaljenju od obavljanja dužnosti⁸⁰. Tim se odredbama proširila nadležnost Ustavnog suda izvan djelokruga njegovih poslova utvrđenih Ustavom,

74 Rješenje broj: U-III-1749/2007 od 25. studenoga 2010., www.usud.hr

75 Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 53/91 i 103/96, u daljnjem tekstu: ZUP/91.

76 Odluka broj U-III-2248/2003 od 16. veljače 2006., www.usud.hr

77 Odluka broj U-IX-2253/2012 i dr. od 18. prosinca 2013. (Arhiv USRH-a)

78 Na temelju članka 38. stavka 2. Ustavnog zakona Ustavni sud može i sam pokrenuti postupak za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom.

79 Zakon o Državnom sudbenom vijeću, Narodne novine, br. 116/10., 57/11. i 130/11.

80 Odluka broj: U-I-5991/2012 od 23. siječnja 2013., Narodne novine, br. 13 od 30. siječnja 2013.

a razrađenih Ustavnim zakonom. U konkretnom slučaju osporene odluke bile su donesene nakon ove odluke Ustavnog suda te su, dakle, sadržavale pogrešnu uputu o pravnom lijeku. Unatoč nenadležnosti Ustavnog suda da odlučuje o odlukama o privremenom udaljenju od obavljanja dužnosti, Ustavni sud je iznimno, zbog pogrešne upute o pravnom lijeku, žalbe žalitelja meritorno razmotrio.

4.4.2. Odbačaj revizije⁸¹

“Pogrešna” odluka Vrhovnog suda da reviziju odbaci zbog primjerice preniske vrijednosti predmeta spora ili “dijeljenja” vrijednosti predmeta spora na više postavljenih tužbenih zahtjeva može dovesti do povrede prava na pristup sudu, odnosno tom pravnom sredstvu. Nekoliko je odluka u kojima je Ustavni sud utvrdio takvu povredu. Primjerice odluke broj: U-III-58/2005, U-III-5027/2005, U-III-1421/2006, U-III-1921/2006, U-III-2646/2007, U-III-633/2010.⁸² Isto tako, “pogrešna” odluka Vrhovnog suda da odbaci izvanrednu reviziju⁸³ može dovesti do povrede prava na pristup sudu. U dva slučaja u kojima je sukladno tadašnjim odredbama ZPP-a drugostupanjski (žalbeni) sud u izreci presude dopustio izjavljivanje izvanredne revizije, a Vrhovni sud ih odbacio, ocijenivši da “drugostupanjski sud ne samo da nije naveo razloge zbog kojih smatra da je neko pravno pitanje u ovom sporu važno za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnost građana, već takvo pitanje nije niti naznačio” odnosno “nije jasno zbog kojeg je to važnog pravnog pitanja drugostupanjski sud dopustio reviziju”, Ustavni sud je usvojio ustavne tužbe⁸⁴. Stav Vrhovnog suda ocijenio je neutemeljenim na “ustavnopravno prihvatljivom tumačenju mjerodavnog postupovnog prava”, “formalističkim”, protivnim “legitimnim očekivanjima stranaka”, te stavom kojim se vrijeđaju ustavna načela i prava, među ostalima,

81 Više o postupanju Ustavnog suda u predmetima u kojima su osporena rješenja Vrhovnog suda o odbačaju revizije vidi u: Sandra Marković i Sanja Trgovac, Postupanje Ustavnog suda vezano uz reviziju i revizijske odluke, Hrvatska pravna revija, br. 11, studeni 2015. str. 71.-84.

82 Odluke broj: U-III-58/2005 od 16. ožujka 2006., Narodne novine, br. 43/06 i www.usud.hr; U-III-5027/2005 od 22. ožujka 2006., Narodne novine, br. 58/06 i www.usud.hr; U-III-1421/2006 od 19. listopada 2006., www.usud.hr; U-III-1921/2006 od 28. siječnja 2009., Narodne novine, br. 18/09 i www.usud.hr; U-III-2646/2007 od 18. lipnja 2008., Narodne novine, br. 104/08 i www.usud.hr; U-III-633/2010 od 22. travnja 2010., Narodne novine, br. 60/10 i www.usud.hr.

83 U odluci broj: U-I-885/2013 od 11. srpnja 2014., Narodne novine, br. 89/14 Ustavni sud je napomenuo da termini redovna i izvanredna revizija nisu zakonski termini, već se koriste da bi se njima označile dvije pravne situacije u kojima se revizija može podnijeti, a koje se po pretpostavkama za njihovu dopuštenost (razlozima zbog kojih se mogu podnijeti) i po postupku koji se povodom njih provodi značajno razlikuju. U odlukama broj: U-III-1122/2013 od 4. studenoga 2014., Narodne novine, br. 149/14. i broj: U-III-3859/2012 od 4. studenoga 2014., Narodne novine, br. 146/14., naznačio je da je riječ o kolokvijalnom pravnom izrazu “izvanredna revizija”; njime se u svojoj praksi Ustavni sud služi.

84 Odluke broj: U-III-2838/2006 od 5. lipnja 2007., Narodne novine, br. 72/07. i www.usud.hr te U-III-1052/2007 od 4. svibnja 2011., Narodne novine, br. 55/11 i www.usud.hr

pravo na pristup sudu (pravnom lijeku). Ustavni sud usvojio je i nekoliko ustavnih tužbi u slučajevima u kojima su izvanredne revizije, kako su sada regulirana ZPP-om, odbačene, iako ih nije sve sagledavao s aspekta prava na pristup sudu već i s aspekta (ne)obrazloženosti odluke, odnosno sumnje na arbitrarnost (primjerice U-III-7992/2014, U-III-5792/2011, U-III-1122/2013)⁸⁵.

Kao što je već navedeno, članak 91a. ZPP-a Ustavni sud, na apstraktnoj razini, nije ocijenio neustavnim. Međutim, pogrešna primjena te odredbe na jedan konkretan slučaj dovela je do povrede prava na pristup sudu koju je utvrdio ESLJP.⁸⁶ Presuda ESLJP-a *Omerović (br. 2) protiv Hrvatske* dovela je i do djelomične promjene prakse Ustavnog suda. Naime, prema stajalištu Ustavnog suda, rješenje Vrhovnog suda kojim se odbacuje kao nedopuštena revizija jer ju je podnijela stranka osobno, a uz reviziju nije priložila izvornik ili presliku potvrde o položenom pravosudnom ispitu, niti se takva potvrda u izvorniku ili preslici nalazi u spisu predmeta, nije pojedinačni akt u smislu članka 62. stavka 1. Ustavnog zakona protiv kojeg bi Ustavni sud bio nadležan pružiti ustavnosudsku zaštitu.⁸⁷ Ustavni sud je, u skladu s tim svojim stajalištem, odbacio i ustavnu tužbu podnositelja *Omerovića*. Promjena prakse Ustavnog suda sastoji se u tome da ako podnositelj u ustavnoj tužbi navede dovoljno elementa iz kojih se može posumnjati u pravilnost utvrđenja Vrhovnog suda da nije ispunjena pretpostavka iz članka 91.a ZPP-a za podnošenje revizije, tada takvu ustavnu tužbu neće odbaciti zbog svoje nenadležnosti.⁸⁸ U predmetu U-III-1793/2014⁸⁹ Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu i ukinuo rješenje Vrhovnog suda o odbačaju revizije podnositeljice. Nije naime bilo sporno da je podnositeljica diplomirana pravница bez položenog pravosudnog ispita, te da je osobno potpisala reviziju, no u samoj je reviziji navedeno da ju podnosi podnositeljica zastupana po punomoćnici M. V., odvjetnici u Splitu, koja je potpisala reviziju i na nju otisnula svoj štambilj. Iz obrazloženja osporenog rješenja Vrhovnog suda nije bilo razvidno na temelju kojih činjenica je u konkretnom slučaju Vrhovni sud utvrdio da reviziju nije podnijela odvjetnica, već isključivo podnositeljica osobno. Ustavni sud je zaključio “da načinom na koji je Vrhovni sud primijenio zakon u konkretnom slučaju nije postignuta svrha članka 91a. ZPP-a, pri čemu je povrijeđena sama bit prava podnositeljice na pristup revizijskom sudu”.

85 Odluke broj: U-III-7992/2014 od 5. ožujka 2015., www.usud.hr, U-III-5792/2011 od 6. lipnja 2014., www.usud.hr, U-III-1122/2013 od 4. studenoga 2014., Narodne novine, br. 149/14 i www.usud.hr

86 V. presudu ESLJP-a *Omerović (br. 2) protiv Hrvatske*, op.cit.

87 Primjerice rješenje broj: U-III-177/2015 od 19. veljače 2015., www.usud.hr

88 V. odluke broj: U-III-62/2014 od 20. veljače 2014. i U-III-1793/2014 od 23. svibnja 2014., obje objavljene na www.usud.hr

89 Odluka broj: U-III-1793/2014 od 23. svibnja 2014., www.usud.hr

4.4.3. Odbačaj tužbe u upravnom sporu (ne radi se o “upravnom aktu” ili “upravnoj stvari”)

Osim u navedenim slučajevima, povredu prava na pristup sudu Ustavni sud često će utvrditi i u slučajevima kada Visoki upravni sud Republike Hrvatske, odnosno upravni sudovi, odbace tužbe pogrešno ocijenivši da osporeni akt nije upravni akt, odnosno da nije riječ o upravnoj stvari.⁹⁰ Detaljnije navodimo samo dva slučaja. U predmetima U-III-617/2006 i U-III-4374/2005⁹¹ riječ je bila o istovrsnim slučajevima, u kojima je Povjerenstvo za utvrđivanje statusa hrvatskih branitelja djelatnicima Ministarstva pravosuđa iz sustava izvršenja sankcija odbilo zahtjev (“zamolbu”) podnositelja za utvrđivanje sudjelovanja u Domovinskom ratu, koju su tražili radi stjecanja statusa hrvatskog branitelja. Odlukom Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave odbijeni su podnositeljevi prigovori protiv tih odluka. Upravni sud Republike Hrvatske odbacio je tužbe podnositelja zauzevši stajalište da osporene odluke nisu upravni akti, odnosno da “Povjerenstvo nije državno tijelo koje u obavljanju javnih ovlasti rješava u upravnim stvarima, nego bi njegove odluke imale karakter dokaznih isprava koje bi se mogle upotrijebiti u postupku pred upravnim tijelom koja su zakonom ovlaštena izdavati potvrde o statusu hrvatskog branitelja, a to je temeljem odredbe stavka 3. članka 2. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji ... Ministarstvo obrane, odnosno Ministarstvo unutarnjih poslova.” Ustavni sud je to stajalište Upravnog suda ocijenio neprihvatljivim. Pošao je od činjenice da su Povjerenstvo zajednički osnovali ministar obrane i ministar pravosuđa, na temelju prijedloga ministra pravosuđa “za rješavanje statusa hrvatskih branitelja djelatnicima Ministarstva pravosuđa iz sustava izvršenja sankcija koji su od 30. svibnja 1990. do 30. lipnja 1996. godine sudjelovali u Domovinskom ratu”; ono je djelovalo u okviru Ministarstva pravosuđa; pravna sredstva protiv prvostupajskih odluka Povjerenstva imala su sva obilježja žalbe u smislu mjerodavnih odredbi ZUP-a/91 o kojima je odlučivalo u drugom stupnju Ministarstvo pravosuđa, uprave i lokalne samouprave (danas Ministarstvo pravosuđa); Povjerenstvo je provodilo postupke u kojima je utvrđivalo pravno relevantne činjenice te je izdavalo “potvrdu radi ostvarivanja statusa hrvatskog branitelja i prava u svezi s tim statusom”. Drugim riječima, Ustavni sud je utvrdio da je riječ o odlučivanju o pravima stranaka. Citirano stajalište Upravnog suda, prema ocjeni Ustavnog suda, implicira pravnu situaciju u kojoj bi se o pravima stranaka (u konkretnom slučaju, o pravu na ostvarivanje statusa hrvatskog branitelja iz Domovinskog rata određene skupine djelatnika Ministarstva pravosuđa) odlučivalo u postupcima u kojima nijedno nadležno tijelo ne bi donosilo upravni akt pa bi ti postupci načelno bili izuzeti iz kontrole zakonitosti u upravnom

90 Odluke Ustavnog suda u kojima je utvrdio povredu nekih drugih ustavnih prava, primjerice prava na sudsku kontrolu zakonitosti zajamčenu člankom 19. stavkom 2. Ustava ili jednakosti pred zakonom zajamčenu člankom 14. stavkom 2. Ustava, ne navodimo u ovom radu.

91 Odluka broj: U-III-617/2006 od 25. siječnja 2011., Narodne novine, br. 20/11 i www.usud.hr i odluka broj: U-III-4374/2005 od 25. siječnja 2011., Narodne novine, br. 18/11 i www.usud.hr

sporu. Za Ustavni sud je takvo tumačenje neprihvatljivo jer bi time i sve stranke u navedenim postupcima ostale bez ikakve sudske zaštite, što je protivno temeljnim načelima na kojima je ustrojen ustavni poredak Republike Hrvatske.

U predmetu U-III-5471/2011⁹² prvostupanjskim upravnim rješenjem bio je odbijen zahtjev podnositelja za stambeno zbrinjavanje njega i članova njegove obitelji izvan područja posebne državne skrbi uz obrazloženje da isti ne ispunjava propisane uvjete. Drugostupanjsko tijelo odbilo je žalbu podnositelja, a Upravni sud je tužbu podnositelja usvojio, poništio drugostupanjsko rješenje te odbacio žalbu podnositelja kao nedopuštenu, s obrazloženjem da je riječ o pitanju koje prema svojoj prirodi nema karakter upravne stvari. Analizirajući cilj i svrhu donošenja i provedbe akata Vlade vezanih uz osiguranje stambenog zbrinjavanja osoba koje nisu vlasnici stana ili kuće, a koje su živjele u stanovima u društvenom vlasništvu na područjima koja su izvan područja posebne državne skrbi, te sam postupak u vezi sa zahtjevom osoba koje su smatrale da im pripada pravo na stambeno zbrinjavanje izvan područja posebne državne skrbi, Ustavni sud je ocijenio da prvostupanjsko rješenje “predstavlja akt koji u materijalnom (supstancijalnom), sadržajnom smislu ima karakter pojedinačnog upravnog akta, budući da se njime rješava o određenom pravu podnositelja te se neposredno odražava na ostvarivanje tog prava”. Stajalište je Ustavnog suda da bi protiv takvog akta morala biti osigurana sudska zaštita (“sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti”) zajamčena Ustavom. Pristup Upravnog suda, koji je uskratilo podnositelju sudsku zaštitu protiv prvostupanjskog rješenja, ne ulazeći u sadržaj istog i ne ispitujući utječe li njegov sadržaj odnosno njegova provedba na nečija prava i obveze, odnosno zadržavajući se samo na formalističkom utvrđenju da u konkretnom slučaju, polazeći od donositelja i formalnog naziva akta, nije riječ o upravnom aktu iz članka 6. stavka 2. ZUS-a/91, Ustavni sud je ocijenio “isuviše formalističkim, koji nema svoje racionalno opravdanje, a takav pristup izravno utječe na pravo podnositelja da neovisni i nepristrani sud odluči o njegovom pravu u “meritumu”.”⁹³ Osim ove, Ustavni sud usvojio je još 10-tak identičnih ustavnih tužbi.

92 Odluka broj: U-III-5471/2011 od 16. travnja 2015., Narodne novine, br. 59/15 i www.usud.hr

93 Osim toga, Ustavni sud utvrdio je da je podnositelj postupio sukladno uputi o pravnom lijeku navedenoj u prvostupanjskom rješenju. Zaključak Upravnog suda, kojim je odlučeno da se o zahtjevu za stambeno zbrinjavanje u provedbi Zaključka Vlade ne odlučuje u upravnom postupku, donesen je na sjednici Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda broj: 6-Su-122/2011-2 8. veljače 2011., nakon podnošenja tužbe podnositelja Upravnom sudu. U tom smislu Ustavni sud podsjetio je na stajalište ESLJP-a izraženo u presudi *Majski (br. 2) protiv Hrvatske* (presuda, 19. srpnja 2011., zahtjev br. 16924/08): “70. ... Iako je istina da je navedena odluka Upravnog suda donesena oko dva mjeseca prije nego što je podnositelj zahtjeva podnio svoju tužbu istom sudu, Sud ne smatra da je podnositelj zahtjeva trebao biti svjestan te odluke i zanemariti izričitu uputu o pravnim sredstvima sadržanu u odluci Državnoodvjetničkog vijeća koju je pobijao. To zato što je u predmetima kao što je ovaj, u kojemu je pravno sredstvo o kojemu je riječ rezultat sudske tumačenja, u pravilu potrebno šest mjeseci da takav razvoj sudske prakse dosegne dovoljni stupanj pravne sigurnosti prije nego što se može smatrati da je javnost djelotvorno svjesna domaće odluke koja je uspostavila pravno sredstvo i da su osobe kojih se to tiče sposobne i obvezne koristiti ga (...)”

Ustavni sud usvojio je ustavne tužbe zbog povrede prava na pristup sudu i u sljedećim predmetima: a) U-III-6526/2012⁹⁴: Upravni sud u Rijeci odbacio je tužbu podnositeljice podnesenu protiv odluke Višeg disciplinskog suda Hrvatske odvjetničke komore kojom je potvrđena prvostupanjska presuda kojom je podnositeljica proglašena krivom zbog počinjenja teže povrede dužnosti i ugleda odvjetništva te joj je izrečena disciplinska mjera ukora. Ustavni sud je utvrdio da odluke disciplinskih tijela Hrvatske odvjetničke komore imaju karakter pojedinačnih odluka javnopravnih tijela u smislu članka 12. ZUS-a/10, a samim time i upravnog akta.; b) U-III-3937/2011⁹⁵: Upravni sud Republike Hrvatske odbacio je tužbu podnositelja podnesenu protiv odluke Ministarstva mora, prometa i infrastrukture Republike Hrvatske o raspodjeli CEMT godišnjih dozvola za 2011. (za međunarodni prijevoz tereta). Podnositelj je bio nezadovoljan time što nije dobio tu dozvolu. Prema ocjeni Ustavnog suda Upravni sud nije svoje stajalište obrazložio “nijednom riječju”. Propustivši utvrditi povlači li stjecanje CEMT dozvole za sobom određena prava podnositelja (primarno ekonomska, dakle i imovinsku korist, kao i pravo na osobni razvitak u području djelatnosti kojom se podnositelj bavi), a uzimajući u obzir i ostale čimbenike poput donositelja akta, javnopravni režim stjecanja i raspodjele dozvola itd., Ustavni sud morao je utvrditi da nije jasno po kojim je osnovama Upravni sud ocijenio da u konkretnom slučaju nije riječ o upravnim aktima. Prema ocjeni Ustavnog suda riječ je o propustu koji izravno utječe na pravo podnositelja da neovisni i nepristran sud odluči o njegovom pravu “u meritumu”.; c) U-III-1621/2002⁹⁶: U upravnom sporu bio je osporen zaključak Općine V., kojim se prihvaća izvješće Komisije za izbor najpovoljnije ponude za izvođenje radova na održavanju objekata i uređaja javne rasvjete na području Općine V. u 2002. godini, te se u tu svrhu prihvaća ponuda tvrtke “M.” iz O. Ustavni sud je utvrdio da Zakon o komunalnom gospodarstvu⁹⁷ predviđa sudsku kontrolu odluka o izboru najpovoljnije ponude za obavljanje komunalne djelatnosti, pa je ocijenio da nisu mjerodavne odredbe ZUS-a/91 već odredbe Zakona o komunalnom gospodarstvu.

Izdvajamo i predmete u kojima Ustavni sud nije našao povrede prava na pristup sudu, odnosno potvrdio je stajalište Visokog upravnog (Upravnog) suda da osporeni akti nisu upravni akti: a) U-III-2368/2012⁹⁸: Upravni spor bio je pokrenut protiv Odluke Državnog sudbenog vijeća o imenovanju predsjednika suda broj: UPI-IPS-58/11 od 24. studenoga 2011.; b) U-III-1802/2015⁹⁹: Upravni spor bio je pokrenut protiv rješenja Hrvatskog fonda za privatizaciju donesenog na temelju članka 42. Zakona o privatizaciji (Narodne novine, broj 21/96., 71/97. i 73/00.) i članka 171. ZUP-a/91, u kojem rješenju se navode nekretnine koje su procijenjene

94 Odluka broj: U-III-6526/2012 od 6. lipnja 2013., Narodne novine, br. 75/13 i www.usud.hr

95 Odluka broj: U-III-3937/2011 od 14. prosinca 2011., Narodne novine, br. 1/12 i www.usud.hr

96 Odluka broj: U-III-1621/2002 od 3. studenoga 2005., Narodne novine, br. 137/05 i www.usud.hr

97 Zakon o komunalnom gospodarstvu, Narodne novine, broj 36/95, 70/97 i 128/99

98 Odluka broj: U-III-2368/2012 od 6. veljače 2014., Narodne novine, br. 25/14 i www.usud.hr

99 Odluka broj: U-III-1802/2015 od 27. svibnja 2015., www.usud.hr

u vrijednost društvenog kapitala (točka I. izreke), dok je točkom II. izreke određeno da se to rješenje izdaje na zahtjev stranke, a za potrebe upisa nekretnina u zemljišne knjige, odnosno polaganja u knjigu isprava; c) U-III-3359/2012¹⁰⁰: U upravnom sporu osporavala se Odluka Fakultetskog vijeća S. f. u S. B., kojom je odbijen kao neosnovan zahtjev za zaštitu prava podnositeljice na Odluku Fakultetskog vijeća S. f. u S. B. kojom je na radno mjesto docenta za znanstveno područje Tehničkih znanosti, znanstveno polje strojarstvo, znanstvena grana proizvodno strojarstvo, na Zavodu za industrijsko inženjerstvo S. f. u S. B., u sastavu Sveučilišta Josipa Juraja Strossmayera u Osijeku, izabran dr. sc. T. G., docent u naslovom zvanju.; d) U-III-41742/2009¹⁰¹: U upravnom sporu osporavale su se Izmjene i dopune Odluke o izboru najpovoljnije ponude za prodaju poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske na području Općine V. L. koju je donijelo Općinsko vijeće Općine V. L.

4.4.4. Nepravodobnost tužbe ili pravnog lijeka

Odbačaj tužbe ili pravnog lijeka zbog pogrešno utvrđene nepravodobnosti još je jedan od propusta suda koji može za posljedicu imati utvrđenje povrede prava na pristup sudu. Ustavni sud će se u ovakvom slučaju upustiti u utvrđivanje činjenice, primjerice dana primitka akta u povodu kojeg se koristi pravno sredstvo, dana i načina predaje pismena pošti ili datuma u koji pada zadnji dan roka¹⁰².

Ocjena je Ustavnog suda, u predmetu broj U-III-1373/2002,¹⁰³ da iz obrazloženja osporenog rješenja Upravnog suda nije bilo razvidno na temelju kojih dokaza je taj sud utvrdio da je dostava rješenja o prestanku službe izvršena određenog datuma. Naime, izvršivši uvid u presliku dostavnice koja prileži spisu, Ustavni sud nije mogao sa sigurnošću utvrditi radi li se o datumu primitka rješenja 8. (osmog) prosinca 1999. godine, ili 28. (dvadesetosmog) prosinca 1999. godine. To iz razloga što je datum primitka ispisan samo brojčano, ali ne i slovima. Osim toga, iz jednog dopisa MUP-a bilo je razvidno da je podnositelj, uz ostale djelatnike, primio "rješenje o umirovljenju (...) tek 28. prosinca 1999. godine, te su shodno navedenom radili u periodu od 6.12. - 31.12.1999. godine". Slično i u predmetu U-III-5134/2005¹⁰⁴, u kojem je Ustavni sud čak zatražio i dodatno očitovanje Ministarstva financija kako bi mogao na nesumnjiv način utvrditi točan dan kada je podnositelj primio drugostupanjsko rješenje, što je, prema ocjeni Ustavnog suda, bio dužan učiniti Upravni sud.

100 Odluka broj: U-III-3359/2012 od 8. travnja 2014., www.usud.hr

101 Odluka broj: U-III-41742/2009 od 18. prosinca 2014., www.usud.hr

102 O dvojabama u računanju rokova za pokretanje postupka vidi: Marko Babić i Eduard Kunštek, "Rok za pokretanje postupka - prijepor o njegovu računanju", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci v. 36, br. 1., Rijeka, 2015.

103 Odluka broj: U-III-1373/2002 od 24. svibnja 2006., www.usud.hr

104 Odluka broj: U-III-5134/2005 od 20. svibnja 2008., www.usud.hr

U predmetu U-III-799/2005¹⁰⁵ Ustavni sud je utvrdio kada je podnositelj zaprimio prvostupanjsko rješenje Trgovačkog suda, kada je predao žalbu i način na koji je poslao žalbu (preporučenom pošiljkom) te zaključio, s obzirom na zakonsko pravilo da se dan predaje podneska preporučenom pošiljkom smatra danom predaje sudu kojem se podnosi, da je žalba Visokom trgovačkom sudu pravodobna. Nadalje, odlukom U-III-2342/2006¹⁰⁶ Ustavni sud je ukinuo rješenje Vrhovnog suda kojim je prihvaćena revizija tuženika, ukinute nižestupanjske presude i odbaćena, kao nepravodobna, tužba podnositelja radi utvrđenja da ovrha nije dopuštena. Vrhovni sud je zauzeo stajalište da je sudski rok u kojem je podnositelj (u ovršnom postupku) upućen u parnicu prekluzivan, a podnositelj je nesporno tužbu podnio dva dana nakon proteka tog roka, ali prije okončanja ovršnog postupka. Ustavni sud detaljno je analizirao odredbe Ovršnog zakona, sudsku praksu i stručnu literaturu, koje se odnose na institut “pokretanja parnice ili drugog postupka radi proglašenja ovrhe nedopuštenom nakon proteka roka koji je sud odredio, sve do dovršetka postupka”, budući da je bio predmet brojnih izmjena i dopuna u razdoblju od stupanja na snagu Ovršnog zakona 1996. do dana odlučivanja Ustavnog suda. Ustavni sud nije mogao s izvjesnošću ustvrditi je li u vrijeme kada je podnositelj upućen na parnicu, tada važeći Ovršni zakon¹⁰⁷ dopuštao pokretanje parnice radi proglašenja ovrhe nedopuštenom nakon proteka roka koji je sud odredio, sve do dovršetka postupka. S obzirom na navedeno, a imajući u vidu težinu posljedica (tužba podnositelja radi proglašenja ovrhe nedopuštenom uopće nije ispitana pred sudom), kao i činjenicu da Ustavnom sudu nije poznata nijedna druga odluka Vrhovnog suda u kojoj bi izrazio stajalište da je raj rok prekluzivan, Ustavni sud je ocijenio da je Vrhovni sud bio dužan uvažiti sve nejasnoće i proturječnosti teksta Ovršnog zakona koji je primijenjen na konkretan slučaj. Ustavni sud je ocijenio da je osporeno rješenje Vrhovnog suda, “dovelo do prekomjernog ograničavanja ustavnog prava podnositelja na sud u smislu članka 29. stavka 1. Ustava i članka 6. stavka 1. Konvencije”.

Ustavni sud je u predmetu U-III-675/2009¹⁰⁸ utvrdio da je na pitanje računanja roka za podnošenje tužbe za smetanje posjeda trebalo primijeniti pravilo određeno u ZPP-u, kad posljednji dan roka pada na državni praznik ili u nedjelju ili u neki drugi dan kada sud ne radi, rok istječe prvog narednog radnog dana. U konkretnom slučaju zadnji dan roka za podnošenje tužbe isticao je u nedjelju.

U predmetu U-III-745/2009¹⁰⁹ Ustavni sud utvrdio je povrede prava na pravično suđenje u nekoliko aspekata (pristup sudu, jednakost oružja), formalistički pristup, te “opću” nepravilnost postupka za podnositelja, koje su uzrokovane, većim dijelom, rješenjem Vrhovnog suda koji je odbacio kao nepravodobnu reviziju podnositelja. Pravomoćnom presudom utvrđeno je da su bez pravnog učinka prema

105 Odluka broj: U-III-799/2005 od 21. lipnja 2005., Narodne novine, br. 82/05 i www.usud.hr

106 Odluka broj: U-III-2342/2006 od 11. srpnja 2007., Narodne novine, br. 86/07 i www.usud.hr

107 Ovršni zakon, Narodne novine, broj 57/96, 29/99 i 42/00.

108 Odluka broj: U-III-675/2009 od 8. veljače 2012., www.usud.hr

109 Odluka broj: U-III-745/2009 od 1. travnja 2010., Narodne novine, br. 50/10 i www.usud.hr

stečajnoj masi određeni kupoprodajni ugovori, a podnositelju (tuženiku) naloženo je vratiti u stečajnu masu imovinske koristi stečene temeljem tih ugovora. Podnositelj je izjavio reviziju, a Vrhovni sud je remisorno vratio predmet prvostupanjskom sudu jer nije bila utvrđena vrijednost predmeta spora. Prvostupanjski sud pozvao je tužitelja da naznači vrijednost predmeta spora, što je ovaj i učinio podneskom naznačivši vrijednost predmeta spora iznosom koji ne dopušta reviziju. Vrhovni sud je reviziju podnositelja odbacio zbog preniske vrijednosti predmeta spora. Nakon toga prvostupanjski sud dopustio je povrat u prijašnje stanje koje je tražio podnositelj zbog propusta suda da mu dostavi podnesak tužitelja i da mogućnost da se očituje o po tužitelju određenoj vrijednosti predmeta spora, ukinuo je ranije rješenje o vrijednosti predmeta spora te novim rješenjem utvrdio vrijednost predmeta spora iznosom koji izjavljenu reviziju podnositelja čini dopuštenom. Prvostupanjski sud dostavio je cjelokupni spis Vrhovnom sudu radi odlučivanja o reviziji, no Vrhovni sud je dopisom izvijestio prvostupanjski sud da je o reviziji podnositelja već odlučeno (ranijim rješenjem o odbačaju revizije) i da ne postoje uvjeti za ponovno odlučivanje po toj reviziji. Prvostupanjski sud ponovo je dostavio reviziju Vrhovnom sudu, koji ju je sad odbacio zbog nepravodobnosti. Ustavni sud je ocijenio “očitim previdom” Vrhovnog suda koji je podnesak podnositelja kojim je “podsjetio” na već ranije izjavljenu reviziju ocijenio “novom” nepravodobnom revizijom. Uz utvrđene navedene povrede članka 29. Ustava, Ustavni sud je zaključio i da formalistički pristup Vrhovnog suda, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, “nije dopustiv”.

Odlukom U-III-54060/2009¹¹⁰ Ustavni sud je ukinuo rješenje Upravnog suda Republike Hrvatske o odbačaju tužbe podnositelja koji je omaškom “(očito) kao (pravno) neuka osoba” tužbu predao nenadležnom općinskom sudu. Ustavni sud “zamjerio” je i službeniku općinskog suda koji je zaprimio njegovu tužbu što ga nije “upozorio na učinjeni propust i uputio ga što treba (u)raditi”. Nadalje, u predmetu U-III-2956/2012¹¹¹ Visoki upravni sud je računao rok za podnošenje tužbe “isključivo od dana dostave rješenja samoj stranci u upravnom postupku, iako je ona u njemu imala punomoćnika”. Prema ocjeni Ustavnog suda, Visoki upravni sud je “propustio utvrditi je li izvršena dostava drugostupanjskog rješenja podnositeljevom punomoćniku te, ako je, kada se to desilo”. Slično je i u predmetu U-III-7011/2014¹¹² Upravni sud u Zagrebu odbacio tužbu na temelju pogrešno

110 Odluka broj: U-III-54060/2009 od 5. prosinca 2012. (Arhiv USRH)

111 Odluka broj: U-III-2956/2012 od 31. ožujka 2015., www.usud.hr

112 Odluka broj: U-III-7011/2014 17. srpnja 2015., www.usud.hr. Ovaj je predmet zanimljiv i zbog toga što je Ustavni sud meritorno ispitivao ustavnu tužbu samo s aspekta istaknute povrede prava na pristup sudu počinjene rješenjem Upravnog suda. Podnositelj, službenik Zagrebačke županije, u upravnom sporu osporavao je rješenje kojim je ocijenjen za 2013. ocjenom “ne zadovoljava”. Prema praksi Ustavnog suda meritorne odluke o ocjenjivanju službenika nisu pojedinačni akti u povodu kojih bi Ustavni sud bio nadležan pružiti ustavnosudsku zaštitu. U rješenju broj: U-III-4139/2014 od 25. studenoga 2014., Narodne novine, br. 13/15, Ustavni sud je naveo: “Eventualne pogreške u postupku ocjenjivanja državnog službenika mogu se osporavati samo u ustavnoj tužbi podnesenoj u povodu rješenja

utvrđenog datuma kada je podnositelj zaprimio rješenje koje osporava u upravnom sporu. Taj “propust Upravnog suda u Zagrebu kod računanja pravovremenosti tužbe u upravnom sporu takve naravi da je doveo do povrede same biti prava na sud”.

Odlukom U-III-600/2008¹¹³ Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu podnesenu u povodu rješenja Upravnog suda Republike Hrvatske, koji je odbacio tužbu kao nepravodobnu zbog 15-godišnjeg “kašnjenja”. Podnositelj je naime bio razriješen dužnosti zamjenika okružnog javnog tužioca u Okružnom javnom tužilaštvu Zadar odlukom koju je zaprimio 26. listopada 1992., a tužbu Upravnom sudu podnio je 7. veljače 2007. Što se tiče podnositeljevog navoda da mu sporna odluka nikad nije dostavljena, već samo obavijest o njezinom donošenju, Ustavni sud je ukazao na to da je “člankom 46. Zakona o javnom tužilaštvu (‘Narodne novine’ broj 17/77., 17/86., 27/89., 34/89. - pročišćeni tekst, 16/90. i 41/90.) propisano da se razriješeni javni tužitelji i zamjenici istih obavještavaju o razrješenju te da je ta obavijest u konkretnom slučaju po svom sadržaju ista samoj odluci koja je objavljena u ‘Narodnim novinama’ broj 69/92. od 22. listopada 1992. godine. To je podnositelju, s obzirom na struku te dužnost koju je obnašao, bilo ili je moralo biti poznato, a o tome ga je, uostalom, Sabor i obavijestio dopisom od 1. travnja 2003. godine, kojeg je podnositelj priložio uz ustavnu tužbu”.

5. ZAKLJUČNO

U većini slučajeva opisanih u ovom radu Ustavni sud je ispitivao je li došlo do povrede prava na pristup sudu, no u nekim predmetima koji bi činjenično potpadali pod te podnaslove zadržao se na općoj pravičnosti postupka i/ili je ocjenjivao ustavnu tužbu kroz neke druge aspekte članka 29. odnosno kroz neka druga ustavna prava. Iz navedenih primjera vidljivo je “traženje” definicija sadržaja ovog aspekta prava na pravično suđenje. Zaključno izdvajamo stajalište Ustavnog suda da oblike zajamčenog “prava na sud” čini i pravo na pokretanje postupka pred sudom, i pravo na rješavanje spora od strane suda, kao i pravo na pristup sudu u ovršnim postupcima to jest pravo na provedbu sudskih odluka (odnosno drugih akata koji se prema unutarnjem pravu države provode sudskom ovrhom), a moguće je u oblike “prava na sud” uvrstiti i pravo na djelotvoran pravni lijek (članak 13. Konvencije), shvaćen također kao zahtjev koji se odnosi na prava i obveze građanske prirode.¹¹⁴ Izdvajamo i stajalište da način na koji se primjenjuje

o prestanku državne službe, ako bi rješenje o ocjenjivanju državnog službenika bila osnova tog prestanka. U takvoj bi se situaciji, naime, mogla otvoriti sumnja u mogući nezakoniti prestanak državne službe (radnopravnog odnosa), koji je odnos nesporno predmet zaštite pred Ustavnim sudom. U tim okvirima bi Ustavni sud ispitao i samo rješenje o ocjenjivanju državnog službenika jer bi o njegovoj valjanosti ovisila i ocjena Ustavnog suda o glavnoj stvari koju razmatra u takvom ustavnom sporu.”

113 Odluka broj: U-III-600/2008 od 9. travnja 2010., Narodne novine, br. 60/10 i www.usud.hr

114 Vidi odluku br. U-III-539/2008 (Narodne novine broj 75/12 i www.usud.hr), u kojoj je Ustavni sud naveo: “Stoga, sama činjenica da je podnositeljica imala pravnu mogućnost

članak 29. stavak 1. Ustava ovisi i o posebnim obilježjima sudskog postupka o kojemu je riječ. Naime, osim što se cjelokupni postupak u kojem se odlučuje o nečijem pravu ili obvezi mora sagledavati kao jedinstvena cjelina, važno mjesto u ispitivanju prihvatljivosti nametnutih ograničenja ustavnom pravu na pristup sudu zauzima i uloga pojedinog suda u domaćem pravnom poretku (presuda Sotiris, § 18.), odnosno posebna obilježja postupka o kojemu je riječ, zbog čega je potrebno uvijek uzimati u obzir i ulogu koju viši sudovi imaju u tom postupku (presuda Běleš, § 62.).¹¹⁵ Ustavni sud pažljivo pristupa u svakom pojedinačnom predmetu i uzima u obzir konkretne okolnosti, te je npr. u predmetu U-III-3816/2013 odbio ustavnu tužbu.¹¹⁶ Razmatrajući sadržaj ustavne tužbe, Ustavni sud je utvrdio da u njoj nisu navedeni ozbiljni, relevantni i dostatni razlozi zbog kojih bi bio dužan utvrditi povredu prava na pristup sudu u konkretnom slučaju, a na to nije, prema zaključku Ustavnog suda, upućivao ni sam predmet spora o kojemu su nadležni sudovi odlučivali u dva stupnja sudske jurisdikcije. Također je jedno od utvrđenja u praksi Ustavnog suda da načelo prema kojemu mora postojati mogućnost obraćanja sudu pripada u općepriznata temeljna načela prava. Bilo bi nezamislivo da se u pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava strankama priznaju mnogobrojna procesna jamstva u postupku koji je u tijeku, a da se pritom ne štiti ono što zapravo omogućuje korištenje tim jamstvima. To je pristup sudu. Prema stajalištu Ustavnog suda obilježja pravičnosti, javnosti i brzine sudskog postupka nemaju nikakvu vrijednost ako sudskog postupka uopće nema.¹¹⁷

Tumačenje sadržaja ustavnih prava, koje Ustavni sud čini kroz svoje odluke i rješenja, smatramo najznačajnijim doprinosom razvoju ustavnog sudovanja, što je kroz prikazane primjere jasno vidljivo i svakako će i u daljnjoj praksi Ustavnog suda biti značajno analizirati i pratiti stajališta Ustavnog suda. To se odnosi i na pravo na pravično suđenje u svim njegovim aspektima, kao i na druga ustavna prava i slobode koje jamči Ustav Republike Hrvatske.

podnošenja žalbe sudu ne dovodi nužno, sama po sebi, do ispunjenja pretpostavki koje proizlaze iz članka 29. stavka 1. Ustava i članka 6. Konvencije. I dalje ostaje da se utvrdi je li stupanj tog pristupa dostatan da stranci osigura "pravo na sud" sa stajališta načela vladavine prava u demokratskom društvu".

115 Vidi, op. cit., predmet br. U-III-4374/2005.

116 Odluka Ustavnog suda donesena je 29. travnja 2015. i objavljena na www.usud.hr. Ustavni sud je uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja primijetio da je presuda Općinskog suda u Vinkovcima, broj: P-1134/12-135 donesena 8. studenoga 2012., dakle nakon stupanja na snagu i primjene ZID-a ZPP/11. Slijedom toga je i članak 53. stavci 1. i 6. ZID-a ZPP/11 primjenjiv u konkretnom slučaju. Sudska praksa Vrhovnog suda u pitanju o kojemu je riječ, prema utvrđenju Ustavnog suda, čvrsta je, ustaljena i dosljedna. Ustavni sud je istaknuo da bi u okolnostima konkretnog slučaja došao do zaključka kako ona, kao takva, dovodi do povrede ustavnog prava podnositeljica potrebni su ozbiljni, relevantni i dostatni razlozi koji bi bili sadržani u ustavnoj tužbi i koji bi mogli uvjeriti Ustavni sud da su jači od "prava" koje se dosljedno primjenjuje na sve ostale istovrsne ili slične slučajeve.

117 Odluka i rješenje br. U-III-5765/2012, U-III-5797/2012, U-III-5804/2012 od 11. ožujka 2014., objavljeni su u Narodnim novinama, br. 41/14 i na www.usud.hr

Summary

THE RIGHT OF ACCESS TO A COURT AS AN ASPECT OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

The topic of this paper is the right of access to a court, as an aspect of the right to a fair trial guaranteed by Article 29 of the Constitution and Article 6 of the Convention. The paper highlights the fundamental significance of the protection offered by the Convention, which concerns the drawing up and implementation of standards for the protection of human rights within the territory of Europe, and, through the positions of the European Court of Human Rights, which the Constitutional Court of the Republic of Croatia has accepted and elaborated in its adjudication. The paper also emphasises the importance of the Constitutional Court's activism concerning the protection of human rights. It stresses the view that the purpose of Article 29 of the Constitution and of Article 6 of the Convention is to secure fair proceedings, and not to examine the correct outcome of proceedings. The authors prove this thesis in this paper. The basic theme of the paper, the right of access to a court, is recognised by the authors as the key aspect of the constitutional right to a fair trial. The first part of the paper deals in general with the right to a fair trial and its various aspects, it provides an overview of the case law of the European Court of Human Rights and of its effect on the case law of the Constitutional Court in its specific aspects, and provides the standpoints of other States. This is followed by a detailed analysis of the positions of the Constitutional Court with regard to the right of access to a court and, in particular, the evolution of these positions over time in this area of protection. The positions of the Constitutional Court are presented both through an abstract and an individual review of constitutionality. The interpretation of constitutional rights, which the Constitutional Court provides through its decisions and rulings, is considered by the authors to be the most significant contribution to the development of constitutional adjudication in the Republic of Croatia.

Keywords: *Constitutional Court, fair trial, access to a court, European Court of Human Rights, the Convention, the Constitution.*

Zusammenfassung

DAS RECHT AUF GERICHTSZUGANG ALS ASPEKT DES RECHTS AUF FAIRES VERFAHREN

Ausgehend vom Gerichtszugang als Aspekt des Rechts auf ein im Artikel 29 der Verfassung und Artikel 6 der EMRK gewährleitetes faires Verfahren, behandelt die vorliegende Arbeit die Hauptbedeutung des Konventionsschutzes, nämlich Schaffung und Anwendung des Schutzstandards für Menschenrechte innerhalb Europa, sowie durch die Stellungnahmen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die genannten Stellungnahmen hat das Verfassungsgericht der Republik Kroatien angenommen und anhand konkreter Rechtsfälle weiter ausgearbeitet, was sein verfassungsgerichtlichen Aktivismus im Bereich der Menschenrechte ausprägt. Dabei wird betont, der Zweck von Artikel 29 der Verfassung und Artikel 6 der EMRK sei die Gewährleistung eines fairen Verfahrens und nicht Überprüfung der Richtigkeit von Verfahrensergebnissen. Die Autoren betrachten das Recht auf Gerichtszugang durch die Lupe des Verfassungsrechts auf faires Verfahren. Erstens wird in generellen Zügen das Recht auf faires Verfahren dargestellt; danach wird ein Blick in die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte geworfen, und anschließend daran ihr Einfluss auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts erläutert. Stellungnahmen von anderen Staaten in dieser Hinsicht werden auch analysiert. Zugleich werden die Stellungnahmen des Verfassungsgerichts in Bezug auf die abstrakte und individuelle Aufsicht der Verfassungsmäßigkeit veranschaulicht. Auflegung des Verfassungsrechtsinhalts, welcher sich aus der Stellungnahmen und Lösungen des Verfassungsgerichts ergibt wird von den Autoren als der wichtigste Beitrag zur Entwicklung der kroatischen Verfassungsjudikatur herausgehoben.

Schlüsselwörter: *Verfassungsgericht, faires Verfahren, Gerichtszugang, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, EMRK, Verfassung.*

Riassunto

IL DIRITTO ALL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA QUALE ASPETTO DEL DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO

Il tema del contributo è l'accesso alla giustizia, quale aspetto del diritto ad un giusto processo garantito dall'articolo 29 della Costituzione e dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali. Nel contributo si sottolinea il significato di fondo della protezione dettata dalla Convenzione, la quale consiste nella creazione e nell'utilizzo di standard di protezione dei diritti umani nella cornice dello spazio giuridico dell'Europa. Ancora, attraverso gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, accolti e approfonditi dalla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, si segnala il significato dell'attivismo costituzionalistico nella tutela dei diritti dell'uomo. Si pone in rilievo l'orientamento secondo il quale lo scopo dell'art. 29 della Costituzione, come anche dell'art. 6 della Convenzione vada ricercato nella garanzia del giusto processo, anziché nella verifica della validità dell'esiti della procedura. Gli autori dimostrano tale tesi mediante il presente lavoro. L'interesse di base di questo contributo, il diritto all'accesso alla giustizia, viene riconosciuto dagli autori alla stregua di un aspetto fondamentale del diritto costituzionale al giusto processo. Nella prima parte del lavoro s'accede all'indagine del diritto al giusto processo in generale ed ai suoi aspetti; ancora, si passa in rassegna la prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo, come pure la sua influenza sulla giurisprudenza della Corte costituzionale nell'aspetto concreto, menzionando gli orientamenti stranieri. Nel prosieguo del lavoro si analizzano nel dettaglio gli orientamenti della Corte costituzionale collegata al diritto di accesso alla giustizia ed in particolare l'evoluzione degli orientamenti in tale ambito. Gli orientamenti della Corte costituzionale vengono illustrati dagli autori in maniera astratta e mediante un controllo individuale di legittimità costituzionale. L'interpretazione del contenuto dei diritto costituzionali, offerta dalla Corte costituzionale attraverso le sue sentenze ed i provvedimenti, è considerato dagli autori come il contributo più significativo nell'intero processo di sviluppo della giustizia costituzionale nella Repubblica di Croazia.

Parole chiave: *Corte costituzionale, giusto processo, accesso alla giustizia, Corte europea per i diritti dell'uomo, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, Costituzione.*

UPRAVNOSUDSKA I USTAVNOSUDSKA KONTROLA ZAKONITOSTI AKATA JEDINICA LOKALNE I PODRUČNE (REGIONALNE) SAMOUPRAVE

Dr. sc. Marko Šikić, izvanredni profesor
Dr. sc. Mateja Crnković, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 352.071
Ur.: 1. veljače 2016.
Pr.: 14. ožujka 2016.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Reforma upravnog sudovanja je kroz novu regulaciju upravnog sudovanja i ustrojstva upravnih sudova izazvala promjene i u posebnom zakonodavstvu. Tako su nastupile izmjene Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, a za ovaj je rad važna promjena u pogledu sudske kontrole nad aktima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave koju su prije reforme obavljali Upravni sud Republike Hrvatske te Ustavni sud. Ustavni sud je prema trenutnom uređenju nadležnost za kontrolu ustavnosti i zakonitosti zadržao samo nad statutima lokalnih jedinica. Za kontrolu općih akata koje donose lokalne jedinice nadležan je Visoki upravni sud Republike Hrvatske. U radu su analizirana i poredbena rješenja vezana uz problematiku sudske kontrole općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, i to francusko, njemačko i slovensko uređenje.

Ključne riječi: *sudska kontrola, opći akti jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, upravna reforma.*

1. UVOD

U posljednjih je nekoliko godina sudska kontrola nad aktima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave prošla obuhvatne izmjene. Glavnina izmjena usko je vezana uz reformu upravnog sudovanja koja je rezultirala donošenjem i stupanjem na snagu Zakona o upravnim sporovima (dalje: ZUS)¹. Jedna od važnijih posljedica recentnih promjena u upravnosudskoj strukturi jest i izmjena Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (dalje: ZLRS)² u dijelu koji se odnosi na nadzor nad aktima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Unatoč

1 *Zakon o upravnim sporovima*, NN 20/10, 143/12, 152/14.

2 *Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, NN 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13.

vidljivim promjenama koje su uglavnom pozitivno ocijenjene, ipak se u navedenim zakonskim rješenjima našlo i nedoumica koje opterećuju prvenstveno sudove pri odlučivanju o zakonitosti i ustavnosti navedenih akata, ali imaju i dalekosežne posljedice na ostvarivanje zaštite subjektivnih prava građana te objektivnog pravnog poretka.

2. SUDSKA KONTROLA AKATA JEDINICA LOKALNE I PODRUČNE (REGIONALNE) SAMOUPRAVE

Nakon reforme upravnog sudovanja i u okviru CARDS-a, odnosno *twinnig* projekta „*Podrška razvoju učinkovitijeg i modernijeg funkcioniranja Upravnog suda Republike Hrvatske*”, donesen je ZUS. Njime je propisano da u prvom stupnju odlučuju upravni sudovi, a u drugom Visoki upravni sud Republike Hrvatske (dalje: VUS). Upravni sudovi nadležni su za odlučivanje o tužbama protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela, o tužbama protiv postupanja javnopravnih tijela, o tužbama zbog propuštanja donošenja pojedinačne odluke ili postupanja javnopravnog tijela u zakonom propisanom roku, o tužbama protiv upravnih ugovora i izvršavanja upravnih ugovora te u drugim zakonom propisanim slučajevima.^{4,5}

Upravni sudovi smješteni su u četiri najveća grada Republike Hrvatske, pa tako postoje Upravni sud u Zagrebu, Upravni sud u Rijeci, Upravni sud u Osijeku i Upravni sud u Splitu. Područja koja pokrivaju određena su Zakonom o područjima i sjedištima sudova.⁶

VUS je smješten u Zagrebu, a njemu je u nadležnost sukladno članku 3. stavku 2. ZUS-a stavljena ocjena zakonitosti općih akata tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu. Osim ove nadležnosti, VUS odlučuje o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja upravnih sudova protiv kojih je dopuštena žalba, o sukobu nadležnosti između upravnih sudova te u drugim zakonom propisanim slučajevima (čl. 12. st. 3. ZUS-a).⁷

3 O CARDS programu v.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:18002&from=EN>

4 Čl. 12. st. 2. ZUS-a i čl. 22. *Zakona o sudovima*, NN 28/13, 33/15, 82/15.

5 Šire o predmetu, nadležnosti i ostalim institutima novog upravnog spora v. u: Đerđa, Dario, Šikić, Marko, *Komentar Zakona o upravnim sporovima uz uvodni članak Dragana Medvedovića Novi sustav upravnog sudovanja*, Novi informator, Zagreb, 2012.

6 *Zakon o područjima i sjedištima sudova*, NN 128/14. Tako je za područja Koprivničko-križevačke, Krapinsko-zagorske, Međimurske, Varaždinske, Sisačko-moslavačke, Bjelovarsko-bilogorske, Zagrebačke županije i Grada Zagreba nadležan Upravni sud u Zagrebu. Za područja Dubrovačko-neretvanske, Šibensko-kninske, Splitsko-dalmatinske i Zadarske županije nadležan je Upravni sud u Splitu. Upravni sud u Rijeci nadležan je za područja Istarske, Primorsko-goranske, Ličko-senjske i Karlovačke županije, a u Upravni sud u Osijeku za područja Brodsko-posavske, Osječko-baranjske, Požeško-slavonske, Virovitičko-podravske i Vukovarsko-srijemske županije (čl. 9. *Zakona o područjima i sjedištima sudova*).

7 V. i čl. 25. *Zakona o sudovima*.

Budući da se reforma upravnog sudovanja odnosila i na kontrolu općih i pojedinačnih akata reguliranih u ZLRS-u, krajem 2012. izmijenjen je i dopunjen ZLRS.⁸ U članku 133. Ustava Republike Hrvatske⁹ (dalje: Ustav) građanima je zajamčeno pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu. Lokalna samouprava podrazumijeva pravo i mogućnost građana da uređuju i upravljaju bitnim dijelom javnih poslova u okvirima koji su im određeni zakonom, uz vlastitu odgovornost i u interesu lokalnog pučanstva.¹⁰ Prema ZLRS-u, akti koje donose jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave dijele se na opće i pojedinačne. Iako je ZLRS-om jasno propisano koji su to opći, a koji pojedinačni akti, regulacija kontrole nad njima nije potpuno precizna i nedvosmislena, a uz to je potrebno imati na umu da se razlikovanje općih¹¹ i pojedinačnih akata provodi s obzirom na materiju, odnosno sadržaj što nužno vodi različitim tijelima koja kontroliraju njihovu zakonitost. Opći akt je generalno i apstraktno pravno pravilo koje vrijedi za neodređen broj slučajeva.¹² Upravni akt se, s druge strane, odnosi na konkretan¹³ slučaj.¹⁴ Njime se zasniva pravni, tj. upravnopravni odnos.¹⁵ To pojmovno razlikovanje isključuje mogućnost općeg akta za pojedini slučaj.¹⁶ Upravnom i općem aktu zajednička je upravna vlast koja je donositelj obaju akata. Opći akt se podudara sa zakonom u svojoj apstraktnosti, a s upravnim aktom u tome što je donositelj beziznimno upravna vlast koja je općim aktom i sama vezana. Iako opći akt i upravni akt donosi upravna vlast, unutar nje u pravilu ih donose hijerarhijski različita upravna tijela. Daljnja razlika je u propisima koji predviđaju njihovo donošenje, a sve to utječe na način provedbe kontrole zakonitosti upravnog i općeg akta.¹⁷

8 Više o izmjenama ZLRS-a u dijelu koji se odnosi na odnose centralne države i lokalne samouprave v. u Crnković, Mateja, *Novine u odnosu centralne države i lokalne samouprave – koliko i kakvog nadzora, Dvadeset godina lokalne samouprave u Hrvatskoj*, u: Koprić, Ivan, Đulabić, Vedran (ur.), Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013., str. 223-253.

9 Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14.

10 Konceptija lokalne samouprave prema čl. 3. st. 1. Europske povelje o lokalnoj samoupravi, NN-MU 14/97, 4/08.

11 Krbek u svom djelu *Sudska kontrola naredbe iz 1939. analizira naredbu (uredbu)*. Ovdje je uzeta za primjer, jer, iako ju je donijela upravna vlast na državnoj razini, karakteristike su joj jednake kao i kod ostalih općenormativnih akata koji su doneseni na lokalnoj razini.

12 „*Generalnost nekog propisa znači samo da on može, danas – sutra, obuhvatiti svaki pojedini slučaj, pri kome će nastupiti od njega predviđena pravna situacija. Apstraktnost znači da se ona ne odnosi na neke konkretne, ma i neodređene slučajeve, već zamišlja posve apstraktno*“ (Krbek, Ivo, *Sudska kontrola naredbe*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Tisak zaklade tiskare Narodnih novina, 1939., str. 12.).

13 Upravni akt može biti i generalan, ali nikada apstraktan (Krbek, Ivo, *Diskreciona ocjena*, Tisak nadbiskupske tiskare, Zagreb, 1937., str. 195.).

14 Krbek, *Sudska kontrola naredbe*, 1939., str. 11. – 12.

15 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, VII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 63.

16 Krbek, Ivo, *Upravno pravo*, I. knjiga, Uvodna i osnovna pitanja, Tisak i naklada jugoslavenske štampe, Zagreb 1929., str. 106.

17 Krbek, *Sudska kontrola naredbe*, 1939., str. 12. – 15.

2.1. Sudska kontrola općenormativnih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave

Odredbе o općim aktima JLRS-a smještene su u prvi dio glave IX. ZLRS-a koji nosi naziv *Akti jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave*, u člancima 73. – 75. Nadzor nad njima normiran je u glavi X. *Državni nadzor i zaštita lokalne i područne (regionalne) samouprave*.¹⁸ U okviru samoupravnog djelokruga lokalne jedinice, odnosno njihova predstavnička tijela, donose opće akte. ZLRS izrijeком spominje statut, poslovnik, proračun i druge opće akte.

18 Odredbе o općim aktima i nadzoru nad njima bile su uređene prvim *Zakonom o lokalnoj samoupravi i upravi*, NN 90/92, (dalje: ZLSU). Opći akti su bili normirani u glavi VII. podijeljenoj u dva dijela. Uz čl. 74., 75. i 76. koji su se odnosili na opće akte, u čl. 77. su bili regulirani pojedinačni akti.

Nadzor nad zakonitošću rada i općih akata predstavničkih tijela lokalne samouprave u njihovom samoupravnom djelokrugu obavljali su organi središnje državne uprave svako u svom djelokrugu na način i u postupku utvrđenima zakonom kojim se uređuje državna uprava. Ako bi nadležni organi središnje državne uprave ocijenili da je opći akt u suprotnosti s Ustavom ili zakonom, obustavili bi od izvršenja opći akt i predložili Vladi Republike Hrvatske da pokrene postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (dalje: USUD) za ocjenu ustavnosti spornog akta (čl. 80. st. 1. ZLSU). Ako Vlada ne bi pokrenula postupak pred USUD-om u roku od 30 dana od dana obustave izvršenja općeg akta, prestala bi obustava izvršenja općeg akta (čl. 80. st. 2. ZLSU).

ZLSU je bio mijenjan tri puta, od čega su za ovaj rad važne izmjene iz 1999. (ZLSU '99.). U potpunosti su izmijenjeni čl. 80., 81. i 82. Nakon te izmjene, čl. 80. normira postupanje župana u pogledu ocjene zakonitosti općeg akta. Župan dobiva novu dužnost, i to obustaviti opći akt od primjene. On ocjenjuje zakonitost općeg akta, te kada ustanovi da je suprotan ustavu i zakonu, dužan je u roku od osam dana od dana dostave donijeti odluku o obustavi općeg akta. Odluka o obustavi općeg akta morala je biti obrazložena. Odluku o obustavi općeg akta moglo je neposredno donijeti i središnje tijelo državne uprave (dalje: STDU). Dostavljala se bez odlaganja općinskom načelniku, gradonačelniku, županijskom načelniku, predsjedniku predstavničkog tijela koje je donijelo akt (čl. 80. ZLSU '99). Članak 81. nalagao je županu da opći akt i odluku o obustavi bez odlaganja proslijedi središnjem tijelu državne uprave u čijem je djelokrugu pitanje koje se općim aktom uređuje, odnosno središnjem tijelu državne uprave za lokalnu samoupravu. STDU je trebalo ocijeniti opravdanost obustave općeg akta u roku od osam dana, a onu koju je smatralo opravdanom trebalo je proslijediti Vladi Republike Hrvatske. Ako je odluku o obustavi ocijenilo neopravdanom, ukinulo je odluku župana, te je svoju odluku dostavilo županu, općinskom načelniku, gradonačelniku, odnosno županijskom načelniku. Čl. 82. bilo je propisano postupanje STDU-a kada ono obustavi opći akt, odnosno odluku o obustavi ocijenilo opravdanom. Tada je trebalo predložiti Vladi Republike Hrvatske pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti, o čemu su se trebali obavijestiti župan i jedinica lokalne samouprave. Ako Vlada taj postupak ne bi pokrenula u roku od 30 dana od dana primitka prijedloga za pokretanje postupka ocjene ustavnosti i zakonitosti, prestala bi obustava općeg akta (čl. 82. ZLSU '99).

Ako se usporede ZLSU i ZLSU '99, primjećuje se da je ZLSU-om bilo propisano tijelo koje je moglo u konačnici odlučiti o ustavnosti općih akata, ali ne i o njihovoj zakonitosti. To je bio USUD čiji je rad bio normiran Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu iz 1991. Ovo je bila pogreška koja nije imala utjecaja na praksu jer je Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu jasno bilo naznačeno da on kontrolira i zakonitost, doduše, drugih propisa s Ustavom i zakonom. ZLSU '99 uopće ne navodi koje je to tijelo zaduženo za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Naime, USUD se u tom zakonu uopće ne spominje u kontekstu nadzora nad općim aktima, a ne spominje se ni jedno drugo tijelo, tako da je nadležnost i dalje ostala u rukama USUD-a.

Poslovníkom se uređuju prava i dužnosti članova,¹⁹ predsjednika i pot-predsjednika predstavničkog tijela²⁰ i način rada predstavničkog tijela. Donosi se većinom glasova svih članova predstavničkog tijela.²¹ Proračun je temeljni financijski akt JLRS. Donosi ga predstavničko tijelo JLRS u skladu s posebnim zakonom. Općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan kao jedini ovlašteni predlagatelj predlaže predstavničkom tijelu donošenje proračuna, a podneseni prijedlog proračuna općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan može povući i nakon glasovanja o amandmanima, a prije glasovanja o proračunu u cjelini. Proračun jedinice lokalne samouprave i jedinice područne (regionalne) samouprave dostavlja se Ministarstvu financija u skladu s posebnim zakonom (čl. 69. ZLRS-a). Također se, kao i statut, poslovnik i godišnji obračun, donosi većinom glasova svih članova predstavničkog tijela (čl. 36. st. 2. ZLRS-a).

Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu u članku 37. uređen je institut ekscpepcije ilegalnosti. Propisano je postupanje suda ako u svom radu primijeniti nezakonitost drugog propisa ili njegove pojedine odredbe koji mora primijeniti u konkretnom slučaju. Na konkretni slučaj sud će neposredno primijeniti zakon, a Ustavnom sudu uputit će zahtjev za ocjenu spornog propisa, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom i zakonom. Međutim, navedeno uređenje ne bi trebalo promatrati na način da obuhvaća sve podzakonske općenormativne akte. USUD od stupanja na snagu ZUS-a jasno razlikuje pojmove „drugi propis“ od pojma „opći akt“ o čemu je dao svoje precizno stajalište u rješenju U-II-5157/2005 od 5. ožujka 2012. Prema tome, navedena odredba bi se trebala odnositi samo na podzakonske općenormativne akte koje donose tijela državne uprave, odnosno „druge propise“, a ne i tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. U slučaju ako bi sud primijetio nezakonitost općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te ga uputio na ocjenu USUD-u, on bi se proglasio nenadležnim te bi podnositelja uputio da podnese zahtjev VUS-u koji je nadležan za ocjenu zakonitosti općih akata jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave od stupanja na snagu ZUS-a 2012. Sukladno tome, svaki sud koji primijeti da se pred njim nalazi nezakoniti opći akt jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, takav bi akt trebao uputiti VUS-u sukladno člancima 83. – 88. ZUS-a.

2.1.1. Ustavnosudska kontrola statuta lokalnih i područnih jedinica

Statut je najviši opći akt²² koji donosi predstavničko tijelo JLRS.²³ Svi ostali akti JLRS moraju biti u skladu sa statutom, zakonom i Ustavom. Dakle, ako se

19 Čl. 31. st. 4. ZLRS-a.

20 Čl. 34. st. 5. ZLRS-a.

21 Čl. 33. ZLRS-a.

22 Donosi se u okviru samoupravnog djelokruga, a mora se kretati u okviru zakona (Banić, Slavica, *Režim općih akata nakon donošenja Zakona o upravnim sporovima (2010.)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50 (2013) 3; str. 577.).

23 Čl. 35. st.1. t. 1. *Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, NN 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13.

pažljivo pročita odredba članka 5. stavka 1. Ustava ne bi se smjelo protumačiti da je dovoljno da opći akti nisu suprotni zakonima nego se nailazi upravo na „*suglasnost²⁴ zakona s Ustavom, a ostalih propisa s Ustavom i sa zakonom*“.²⁵ Ovdje je izvjesno da Ustav pod „ostalim propisima“ podrazumijeva i opće akte JLRS, a tim više i statut koji je u njihovoj hijerarhiji najviši.²⁶ Iako u članku 136. Ustava nailazimo na to da JLRS „*imaju pravo u okviru zakona, svojim statutima samostalno urediti unutarnje ustrojstvo i djelokrug svojih tijela*“, to ne znači da akti ne bi trebali biti suglasni s Ustavom i zakonom.²⁷

ZLRS-om je u članku 8. propisano da se statutom²⁸ podrobnije uređuje samoupravni djelokrug općine, grada, odnosno županije, njena obilježja, javna priznanja, ustrojstvo, ovlasti i način rada tijela, način obavljanja poslova, oblici konzultiranja građana, provođenje referendumu u pitanjima iz djelokruga, mjesna samouprava, ustrojstvo i rad javnih službi, oblici suradnje jedinica lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave te druga pitanja važna za ostvarivanje prava i obveza.

Postupak redovitog²⁹ nadzora nad statutom³⁰ propisan je ZLRS-om u članku

24 Istaknuli autori.

25 Tako i Medvedović govori o principu stroge ustavnosti i zakonitosti propisa i o obvezi svih donositelja normativnih akata da im akti budu u skladu s Ustavom i zakonom (Medvedović, Dragan, *Nadzor izvršne vlasti nad aktima predstavničkih tijela jedinica lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj*, Javna uprava, 38 (2002) 2; str. 237. -238., Medvedović, Dragan, *Kontrola ustavnosti i zakonitosti općih akata općina i gradova*, Hrvatska javna uprava, 3 (2001) 3-4; str. 512. i Medvedović, Dragan, *Nadzor izvršne vlasti nad općim aktima jedinica lokalne samouprave – de lege lata i de lege ferenda*, Hrvatska javna uprava, 5 (2005) 1; str. 86.).

Slično o sukladnosti statuta s Ustavom i zakonom v. u: Tropina Godec, Željka, *Još o nadzoru općih akata predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave*, Informator, br. 5439. od 22. travnja 2006., str. 16.

26 Arlović smatra da statuti ne moraju biti suglasni sa zakonom nego je dovoljno da statuti nisu protivni zakonu. Više u: Arlović, Mato, *Ocjena zakonitosti općih akata u novom Zakonu o upravnim sporovima: o nekim otvorenim pitanjima*, Pravni vjesnik, 27 (2011) 3-4; str. 134.

27 O suglasnosti općih akata s Ustavom i zakonom v. i: Sarvan, Desanka, *Kontrola akata lokalnih i regionalnih vlasti*, Riznica, (2010) 4; str. 48.

28 U podjeli na interne i eksterne opće akte, statut je kao temeljni opći akt javnopravnih tijela uvijek eksterni opći akt (Banić, *Režim općih akata nakon donošenja Zakona o upravnim sporovima (2010)*, 2013., str. 580.).

29 Opći akti koji se donose i dostavljaju radi provedbe redovitog nadzora su statut, poslovnik, proračun ili drugi opći akt (Kasabašić, Štefanija, *Državni nadzor i zaštita lokalne i područne (regionalne) samouprave, Nadzor općih akata predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave*, Informator, br. 5435 od 8. travnja 2006., str. 7.).

30 Statut ima posebnu važnost u hijerarhiji izvora upravnog prava jer je najviši opći akt JLRS s kojim moraju biti u skladu svi ostali opći akti (Staničić, Frane, Đanić, Ana, *Ocjena ustavnosti i zakonitosti općih akata u hrvatskom pravu i praksa Visokog upravnog suda Republike Hrvatske*, Hrvatska komparativna i javna uprava, 14 (2014) 4; str. 963.).

Rajko ovdje govori o ocjeni statutarnosti općih akata. V. u: Rajko, Alen, *Ocjena zakonitosti i statutarnosti općih akata – bitna novina u okviru reformiranja upravnog spora*, Hrvatska pravna revija, Upravno pravo, 11 (2011) 5; str. 38.

82.a.³¹ Prema stavku 3. istoga članka, tijelo pred kojim se pokreće postupak ocjene suglasnosti statuta s Ustavom i zakonom je USUD³². O važnosti statuta govori i odredba članka 84. stavka 1. točke 2. ZLRS-a kojom je predviđeno da će doći do raspuštanja predstavničkog tijela ako ono u roku od 60 dana od konstituiranja ne donese statut.³³

U rješenju U-II-5157/2005 od 5. ožujka 2012. USUD je potvrdio važnost statuta navodeći:

„Iznimka od pravila da se ‘drugim propisima’ u smislu članka 125. alineje 2. Ustava ne smatraju eksterni i interni opći akti koje donose tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave jesu statuti jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Zbog njihove važnosti za ostvarenje Ustavom zajamčenog prava građana na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu (članak 4. stavak 1. i glava VI. Ustava), kontrola zakonitosti statuta jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave mora biti izuzeta iz nadležnosti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u smislu članka 3. stavka 2. ZUS-a i neposredno provedena u okviru kontrole ustavnosti i zakonitosti iz članka 125. alineje 2. Ustava.“

USUD je, i prije donošenja citiranog rješenja, između ostalih općih akata, odlučivao i o statutima lokalnih jedinica podvodeći ih pod druge propise. Od 1999. do siječnja 2016. USUD je ocjenjivao ustavnost i zakonitost statuta lokalnih jedinica u osam slučajeva.³⁴

31 Na nadzor zakonitosti statuta jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave odgovarajuće se primjenjuju odredbe članaka 80., 80.a, 80.b i 81. ZLRS-a.

Kad središnje tijelo državne uprave nadležno za lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu neposredno obustavi od primjene statut jedinice, odnosno kad odluku predstojnika o obustavi, odnosno potvrdi odluke općinskog načelnika, gradonačelnika, odnosno župana o obustavi od primjene statuta ocijeni osnovanom, predložiti će bez odgode Vladi Republike Hrvatske da pokrene postupak za ocjenu suglasnosti statuta jedinice s Ustavom i zakonom pred USUD-om.

Vlada Republike Hrvatske pokrenut će postupak za ocjenu suglasnosti statuta s Ustavom i zakonom pred USUD-om u roku od 30 dana od dana primitka prijedloga za pokretanjem postupka.

Ako Vlada Republike Hrvatske ne pokrene postupak za ocjenu suglasnosti statuta s Ustavom i zakonom pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske u roku od 30 dana od dana primitka prijedloga za pokretanje postupka, prestaje obustava od primjene općeg akta.

32 Statuti JLRS-a su ustavna kategorija pa su morali biti pridržani kontroli USUD-a (Omejec, Banić, *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, 49 (2012) 2; str. 319.)

33 Više o razlozima i posljedicama raspuštanja lokalnih predstavničkih tijela v. u: Crnković, Mateja, *Raspuštanje lokalnih predstavničkih tijela*, Hrvatska i komparativna javna uprava, 12 (2012) 3; str. 803. – 835. i Crnković, *Novine u odnosu centralne države i lokalne samouprave - koliko i kakvog nadzora*, 2013., str. 223. – 253.

34 V. U-II-81/1999 od 13. rujna 2000., U-II-2456/2001 od 18. rujna 2002., U-II-496/2003 od 5. lipnja 2007., U-II-425/2002 od 16. siječnja 2008., U-II-38101/2009 od 17. ožujka 2010., U-II-6110/2013 od 12. kolovoza 2014., U-II-1984/2010 od 4. studenoga 2014. i U-II-4022/2010 od 2. lipnja 2015.

2.1.2. Sudska kontrola ostalih općenormativnih akata lokalnih i regionalnih jedinica

Prije ulaska u materiju same kontrole akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, potrebno je razmotriti postupak njihova donošenja budući da u njegovom tijeku mogu nastati pogreške koje će imati utjecaja na valjanost općih akata, primjerice manjak kvoruma predstavničkog tijela, slučaj u kojem akt donosi nenadležno tijelo, itd., što za posljedicu ima nezakonitost općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

2.1.2.1. Donositelj općih akata JLRS-a i postupak njihova donošenja

U članku 133. stavku 2. Ustava propisuje se da se pravo na samoupravu ostvaruje preko lokalnih, odnosno područnih (regionalnih) predstavničkih tijela koja su sastavljena od članova izabranih na slobodnim i tajnim izborima na temelju neposrednog, jednakog i općega biračkog prava. Pri postavljanju koncepcije o lokalnoj samoupravi, Europska povelja o lokalnoj samoupravi u članku 3. stavku 2. navodi da će se pravo na lokalnu samoupravu provoditi preko vijeća ili skupština sastavljenih od članova izabranih na slobodnim i neposrednim izborima, tajnim glasovanjem na temelju općeg i jednakog biračkog prava. Nadalje, ta tijela mogu imati izvršna tijela koja su im odgovorna. Ova se odredba ne može nikako smatrati ograničavajućom u odnosu na primjenu zborova građana, referendumu ili drugog oblika neposrednog sudjelovanja građana tamo gdje je to dopušteno zakonom.

Jedinice lokalne samouprave prema članku 3. ZLRS-a su općine i gradovi, a jedinice područne (regionalne) samouprave su županije. Opće akte tih jedinica donose njihova predstavnička tijela. U općini je to općinsko vijeće, u gradu gradsko vijeće, a u županiji županijska skupština.³⁵

Predstavničko tijelo se smatra konstituiranim izborom predsjednika na prvoj sjednici na kojoj je nazočna većina članova predstavničkog tijela (čl. 32.). Ono, uz članove,³⁶ ima predsjednika i potpredsjednika (čl. 34. st. 1.).³⁷

2.1.2.2. Sazivanje sjednica predstavničkog tijela

Predsjednik predstavničkog tijela saziva sjednice predstavničkog tijela po potrebi, a najmanje jednom u tri mjeseca. Predsjednik ima mogućnost sjednicu sazvati i elektroničkim putem (čl. 37. st. 4. ZLRS-a). Redovito sazivanje sjednica koje je u rukama predsjednika predstavničkog tijela iznimno je važno

³⁵ Čl. 27. u vezi s čl. 73. ZLRS-a.

³⁶ Broj članova predstavničkog tijela JLRS-a je neparan, određuje se prema broju stanovnika pojedine jedinice sukladno čl. 28. ZLRS-a. Oni nemaju obvezujući mandat i nisu opozivi. Gradska skupština Grada Zagreba ima 51 člana (čl. 5. st. 2. Zakona o Gradu Zagrebu, NN 62/01, 125/08, 36/09).

³⁷ Ako predstavničko tijelo ima dva potpredsjednika, u pravilu se biraju tako da se jedan potpredsjednik bira iz reda predstavničke većine, a drugi iz reda predstavničke manjine, na njihov prijedlog (čl. 34. st. 2.).

za pravovremeno donošenje općih akata.³⁸ Predsjednik je dužan sazvati sjednicu predstavničkog tijela na obrazloženi zahtjev najmanje jedne trećine članova predstavničkog tijela u roku od 15 dana od primitka zahtjeva. Ako je u tom roku ne sazove, sjednicu će na obrazloženi zahtjev najmanje trećine članova predstavničkog tijela sazvati općinski načelnik, gradonačelnik ili župan u roku od osam dana.³⁹ Po proteku toga roka, sjednicu može sazvati na obrazloženi zahtjev najmanje jedne trećine članova predstavničkog tijela, čelnik središnjeg tijela državne uprave nadležnog za lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu. Sjednica predstavničkog tijela mora se održati u roku od 15 dana od dana sazivanja. Ako je sjednica sazvana protivno ovim odredbama, smatra se nezakonitom, a doneseni akti ništavima (čl. 34. ZLRS).

Sjednice predstavničkih tijela su javne, ali postoji mogućnost isključenja javnosti u iznimnim slučajevima koji su predviđeni posebnim zakonima i općim aktom jedinice. Na sjednicama predstavničkog tijela glasuje se javno, ako predstavničko tijelo ne odluči da se, u skladu s poslovníkom ili drugim općim aktom, o nekom pitanju glasuje tajno. Poslovníkom o radu predstavničkog tijela uredit će se osiguranje praćenja rasprave i sudjelovanje u radu i odlučivanju (čl. 37. ZLRS).

2.1.2.3. Djelokrug predstavničkog tijela

Predstavničko tijelo u svom djelokrugu donosi statut JLRS-a i donosi odluke i druge opće akte kojima uređuje pitanja iz samoupravnog djelokruga JLRS. Ono osniva radna tijela, bira i razrješuje članove tih tijela te bira, imenuje i razrješuje i druge osobe određene zakonom, drugim propisom ili statutom, uređuje ustrojstvo i djelokrug upravnih tijela JLRS, osniva javne ustanove i druge pravne osobe za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave te obavlja i druge poslove koji su zakonom ili drugim propisom stavljeni u djelokrug predstavničkog tijela (čl. 35. ZLRS).

2.1.2.4. Odlučivanje predstavničkog tijela

Način odlučivanja predstavničkog tijela uređen je člankom 36. ZLRS-a. Predstavničko tijelo donosi odluke većinom glasova ako je na sjednici nazočna većina članova predstavničkog tijela. Statut jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, proračun i godišnji obračun donose se većinom glasova svih članova

38 Jedan od razloga za raspuštanje predstavničkog tijela nemogućnost je donošenja odluka dulje od tri mjeseca. Prvenstveno se tu uzima u obzir nemogućnost donošenja proračuna i godišnjeg obračuna. Razlog za nedonošenje je u tome što se predstavničko tijelo ne sastaje. Predstavnička tijela su zbog tog razloga bila raspuštena 12 puta u razdoblju od 1993. do 2010. Više u: Crnković, *Raspuštanje lokalnih predstavničkih tijela*, 2012., str. 803. – 836.

39 Prema čl. 37. st. 2. ZLRS-a sjednicama prisustvuje općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan.

predstavničkog tijela. Poslovníkom predstavničkog tijela mogu se odrediti druga pitanja o kojima se odlučuje većinom glasova svih članova predstavničkog tijela.

Ovaj kratki prikaz donošenja općih akata u JLRS-u napravljen je zbog toga što VUS ocjenjuje opće akte koje donosi JLRS, u skladu sa svojim kriterijima, poštujući odredbe ZUS-a i ZLRS-a.

Za kontrolu ostalih općih akata nadležan je VUS od stupanja na snagu ZUS-a 2012. ZUS-om je propisano u članku 3. stavku 2. da u nadležnost VUS-a ulazi ocjena zakonitosti općih akata tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Ovakva regulacija koja je na prvi pogled sasvim jasna, u praksi je izazvala probleme. Budući da nije precizno regulirano o kojim je točno tijelima u lokalnoj samoupravi riječ, moguće je bilo zauzeti dva različita stajališta. Prema prvom, opći akti su oni koje donose isključivo predstavnička tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave prema točno određenoj proceduri, oni se objavljuju i stupaju na snagu, sukladno ZLRS-u. Međutim, prema drugom, širem gledištu, opći akti su akti i drugih lokalnih tijela ako se odnose na širi krug adresata te ako su apstraktni. Problem nastaje ako akt koji je trebalo donijeti predstavničko tijelo donese neko drugo, nenadležno tijelo. U ovakvim je slučajevima došlo do odbacivanja zahtjeva za ispitivanje zakonitosti općih akata od strane VUS-a. Primjerice, problem nastaje kada se u ulozi donositelja akta koji odgovara svim karakteristikama općeg akta, pojavi neko drugo tijelo, primjerice gradonačelnik. Mogu se razlikovati dva slučaja. Prvi, u kojem gradonačelnik manipulira svojom ovlasti jer njegove akte ne kontrolira VUS pa donosi opće akte iako je to u nadležnosti predstavničkog tijela. Predstavničko tijelo je kolegij s najmanje sedam članova⁴⁰ koji donosi opće akte u ime građana. Stoga je nezakoniti onaj akt koji donosi gradonačelnik kao izvršno tijelo jer je njegova uloga izvršavati ili osigurati izvršavanje odluka predstavničkog tijela.⁴¹ Ako se ove dvije uloge pomiješaju, ide se suprotno volji građana, time se mogu narušiti njihova prava, a VUS bi to mogao izbjeći i nešto širim tumačenjem odredbe članka 3. stavka 2. ZUS-a. Primjerice, u francuskom pravu ovaj oblik nezakonitosti ulazi u nenadležnost *ratione materiae* te je kao takav jedan od temelja za podnošenje tužbe zbog prekoračenja ovlasti.⁴² Općenito, kontrola zakonitosti općih akata u Francuskoj temelji se na tri načela. Prvo, provodi se nad aktima koji su već na snazi, drugo, odnosi se samo na zakonitost, ne i na pravovremenost akta, i treće, ako se prefekt⁴³ pozove na nezakonitost, jedino tijelo koje može poništiti akt je sud.⁴⁴ Donošenje pravnog akta u ovlasti je lokalnih predstavnika. Međutim, taj akt ostaje podređen kontroli predstavnika države koji ocjenjuje njegovu suglasnost

40 Čl. 28. st. 1. alineja 1. ZLRS-a.

41 Čl. 48. st. 1. t. 2. ZLRS-a.

42 Rouault, Marie - Christine, *Contentieux administratif*, Gualino éditeur, Paris, 2006., str. 171.

43 U Francuskoj upravnu kontrolu akata lokalnih jedinica provodi prefekt koji predstavlja cijelu vladu unutar svakog departmana (Allemand, Roselyne, *Les modalités du contrôle administratif des actes locaux dans six Etats de l'Union Européenne*, Revue française de droit administratif, 24 (2008) 2; str. 289.

44 Gjidara, Marc, *Le contrôle des actes des autorités locales par les tribunaux administratifs en France*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 47 (2010) 3; str. 552.

sa zakonom i može izazvati njegovo poništenje od strane suca. Kontrola zakonitosti provodi se nad svim lokalnim tijelima, lokalnim javnim ustanovama, i nad aktima koje ta tijela donose.⁴⁵ Kod akata koje donose lokalna tijela razlikuju se oni koji se obvezatno podnose na potvrdu prefektu od onih kod kojih takva potvrda nije obavezna (*la distinction entre les actes soumis à transmission obligatoire et les actes non soumis à cette obligation*), a sukladno toj podjeli, prefekt ima različite ovlasti u provođenju upravne kontrole.

Drugi problematični slučaj u hrvatskom sustavu postoji kada je gradonačelnik ustinu ovlašten donijeti akt, koji je po svojim karakteristikama općenormativni akt.⁴⁶ Međutim, takav akt neće biti podvrgnut nikakvoj kontroli jer nju ne provodi VUS, a ni neko drugo sudsko tijelo. Ovdje bi VUS svoju nadležnost mogao temeljiti na rješenju U-II-5157/2005 od 5. ožujka 2012. prema točki 3. gdje USUD navodi da u doseg kontrole VUS-a ulaze čak i interni opći akti koje donose tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, druge pravne osobe s javnim ovlastima i pravne osobe koje obavljaju javnu službu u smislu članka 3. stavka 2. ZUS-a.

Istraživanjem se dolazi do zaključka da čelnici JLRS-a donose nemali broj takvih akata. Riječ je, primjerice, o različitim pravilnicima,⁴⁷ zaključcima,⁴⁸ odlukama,⁴⁹ itd. Za navedene akte nije predviđena kontrola zakonitosti, što stvara širok spektar akata kojima se mogu povrijediti subjektivna prava građana, a ne postoje zakonski mehanizmi da se njihove donositelje u tome spriječi. Unutar pravnih osoba koje obavljaju javnu službu i pravnih osoba s javnim ovlastima donositelji općih akata najčešće su ravnatelji i upravna vijeća⁵⁰, a problemi izazvani nepreciznom regulacijom dolaze i tu do izražaja.⁵¹

2.1.3. *Specifičnosti sudske kontrole prostornih planova*

Iako se u ZLRS-u izrijekom ne navode kao opći akti, posebnu pažnju valja posvetiti prostornim planovima koji svojom dvojbenom pravnom prirodom izazivaju znatan interes stručnjaka i javnosti. Neki stručnjaci smatraju da nije riječ

45 Ibid., str. 553.

46 V. primjerice Pravilnik o unutarnjem redu prema čl. 4. *Zakona o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, NN 86/08, 61/11.

47 V. primjerice *Pravilnik o davanju poticaja za razvoj poljoprivrede, ruralni razvoj i unapređenje lovstva na području Grada Samobora*, Službene vijesti Grada Samobora, br. 1 od 16. siječnja 2015., *Pravilnik o uvjetima i postupku za dodjelu financijskih potpora za programe i projekte organizacijama civilnog društva iz Proračuna Grada Ludbrega*, Službeni vjesnik Varaždinske županije, br. 2/2015.

48 V. primjerice *Zaključak o ostvarivanju prava na sufinanciranje prijevoza umirovljenika koji imaju prebivalište na području Grada Samobora*, Službene vijesti Grada Samobora, br. 1 od 16. siječnja 2015.

49 V. primjerice *Odluku o zabrani spaljivanja smeća, korova, suhe trave i drugih poljoprivrednih i šumskih otpadaka i ostataka biljaka nakon žetve i berbe, te loženje vatre u šumama i blizini šume*, Službeni glasnik Međimurske županije, br. 3/2015.

50 V. primjerice čl. 53. i 54. *Zakona o ustanovama*, Narodne novine, br. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08.

51 V. primjerice Rješenje VUS-a Usoz-5/2012-7 od 12. lipnja 2013.

o općim aktima, dok drugi zagovaraju njihovu pravnu prirodu općeg akta. Zakon o prostornom uređenju (dalje: ZPU)⁵² u članku 58. stavku 1. navodi da prostorni planovi imaju snagu i prirodu podzakonskog propisa. Tu se ne bi smjelo automatski složiti sa zakonodavčevom regulacijom o drugom propisu, nego pri razmatranju pravne prirode prostornog plana, treba uzeti u obzir ustavna i zakonska rješenja o djelokrugu JLRS-a.

U dodjeljivanju poslova iz samoupravnog djelokruga prihvaćeno je načelo supsidijarnosti i metoda opće klauzule (čl. 135. st. 3. Ustava i čl. 19. ZLRS-a).⁵³ Riječ je o poslovima koji su u samoupravnom djelokrugu JLRS-a pa tako ZLRS u članku 19. navodi da „*općine i gradovi*⁵⁴ u svom samoupravnom djelokrugu obavljaju poslove lokalnog značaja kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, a koji nisu Ustavom ili zakonom dodijeljeni državnim tijelima i to osobito poslove koji se odnose na uređenje naselja i stanovanje, prostorno i urbanističko planiranje...“ U samoupravnom djelokrugu županija su poslovi od područnog značaja, a između ostalih, tu je i prostorno i urbanističko planiranje (čl. 20. ZLRS-a). Radman kritizira takvo uređenje jer se u slučaju urbanističkog planiranja kod županija ne može smatrati da je riječ o poslovima od područnog ili regionalnog značenja, zbog samog karaktera i značenja urbanističkog planiranja i urbanističkog plana, što za posljedice ima preklapanje nadležnosti, prevelike ovlasti županija, te ostale posljedice koje štete autonomiji⁵⁵ lokalne samouprave.⁵⁶

Prostorni plan je opći akt predstavničkog tijela⁵⁷ i kao takav ima određene posebnosti.⁵⁸ On spada u najsloženije opće pravne akte koje donose jedinice lokalne samouprave, a pravo i dužnost njihova donošenja jedan su od najvažnijih instrumenata iz djelokruga jedinica lokalne samouprave.⁵⁹

USUD je odlučivao o zakonitosti i ustavnosti prostornih planova u svojim brojnim odlukama i rješenjima.⁶⁰

52 *Zakon o prostornom uređenju*, NN 153/13.

53 Radman, Zoran, *Ostvarivanje prava na lokalnu samoupravu u prostornom uređenju*, Hrvatska javna i komparativna uprava, 14 (2014) 1; str. 106.

54 Prema čl. 19.a st. 2. ZLRS-a u odnosu na ovu materiju, isti djelokrug imaju i veliki gradovi.

55 O zatiranju autonomije lokalne samouprave v.: Medvedović, *Nadzor izvršne vlasti nad općim aktima jedinica lokalne samouprave - de lege lata i de lege ferenda*, 2005., str. 102., Koprić, Ivan, *Proširenje djelokruga i sužavanje nadzora središnjih državnih organa*, Hrvatska javna uprava, 2 (2000) 3; str. 391. – 436.

56 Više o toj nepreciznosti i preklapanju nadležnosti lokalnih i regionalnih tijela v. u: Radman, *Ostvarivanje prava na lokalnu samoupravu u prostornom uređenju*, 2014., str. 107. – 110. i 115. – 120.

57 O kontroli nad prostornim planovima od strane državnih tijela v. Radman, *Ostvarivanje prava na lokalnu samoupravu u prostornom uređenju*, 2014., str. 110. – 114. i Bienenfeld, Josip, *Izrada i donošenje prostornih planova u jedinicama lokalne i područne samouprave*, HGK – Sektor za trgovinu, Jedanaesti forum poslovanja nekretninama, 2006., str. 33. – 35.

58 Radman, *Ostvarivanje prava na lokalnu samoupravu u prostornom uređenju*, 2014., str. 110.

59 Bienenfeld, *Izrada i donošenje prostornih planova u jedinicama lokalne i područne samouprave*, 2006., str. 18.

60 V. primjerice: U-II-921/1994 od 4. srpnja 2001., U-II-1075/2000 od 18. travnja 2007., U-II-2970/2004 od 11. srpnja 2007., U-II-2559/2006 od 27. veljače 2008., U-II-3454/2005 od 16.

U Odluci U-II-1892/2000 od 12. travnja 2001. USUD je ukinuo sedam akata. Utvrdio je da pri donošenju osporenih općih akata, odnosno izmjena predmetnih prostornih planova, nadležna tijela nisu poštovala zakonom propisani postupak. Navedeni osporeni akti bili su prostorni planovi u smislu odredbe članka 57. stavka 1. Zakona o prostornom uređenju.⁶¹ Nad njima je bio proveden nadzor sukladno ZLRS-u te je Ministarstvo zaštite okoliša i prostornog uređenja rješenjem⁶² obustavilo od izvršenja osporene prostorne planove. Bio je proveden redoviti nadzor, kojim je potvrđena odluka Ministarstva. Donoseći osporene propise na način u kojem se nije poštovao zakonom propisani postupak, nadležna tijela postupila su protivno odredbi članka 135. stavka 3. Ustava i time povrijedila odredbe članka 3. i 5. Ustava (t. 7. Odluke U-II-1892/2000).

USUD je Odlukom U-II-1610/2003 od 28. rujna 2004. ukinuo Odluku o donošenju Detaljnog plana uređenja prostora Trumbićeva obala - Dražanac u Splitu⁶³ koju je donijelo Gradsko vijeće Grada Splita, a bila je podvrgnuta postupku redovitog nadzora te ju je obustavio Ured državne uprave u Splitsko - dalmatinskoj županiji. Tu je obustavu potvrdilo Ministarstvo pravosuđa, uprave i lokalne samouprave Republike Hrvatske. Za ovaj je rad važna točka 7.3. u kojoj USUD navodi da on može ocjenjivati samo zakonitost podnesene mu Odluke budući da ona jest propis podložan ustavnosudskoj ocjeni,⁶⁴ pa se u tom smislu, a u svezi s Programom mjera, može ocjenjivati jedino s gledišta jesu li njezinom donošenju prethodili dokumenti koji prema zakonu moraju biti prethodno doneseni, jer ti dokumenti, prema odredbama Zakona o prostornom uređenju,⁶⁵ imaju značaj postupovne pretpostavke, bez čijeg ispunjenja nije mogla biti donesena niti osporena Odluka. Iako USUD ovdje o prostornom planu kaže da je on „*propis podložan ustavnosudskoj ocjeni*“, upravo suprotno navodi u spomenutoj Odluci U-II-1892/2000 od 12. travnja 2001. gdje je izrijeком rekao da je prostorni plan opći akt.

U Odluci U-II-4833/2005 od 21. veljače 2007. kojom je USUD odbio podnositelja, o Generalnom urbanističkom planu rekao je sljedeće:

„Generalni urbanistički plan (u daljnjem tekstu: GUP) dokument je prostornog uređenja (prostorni plan) koji ima snagu i pravnu narav podzakonskog propisa. Njime se utvrđuje temeljna organizacija prostora, zaštita prirodnih, kulturnih i povijesnih vrijednosti, korištenje i namjena površina s prijedlogom prvenstva njihovog uređenja; sadrži način i oblike zaštite i korištenja, uvjete

travnja 2008., U-II-3648/2007 od 30. travnja 2008., U-II-3441/2005 od 22. prosinca 2009., U-II-3656/2006 od 29. lipnja 2010., U-II-57/2006 od 25. siječnja 2011., U-II-2574/2005 od 15. veljače 2011. - u t. 6. Obrazloženja ove odluke USUD je istaknuo da donositelji podzakonskih propisa nisu ovlašteni donositi vjerodostojna tumačenja propisa).

61 Ocjenjivala se suglasnost sa *Zakonom o prostornom uređenju*, NN 30/94, 68/98 i 61/00.

62 Klasa: 362-01/00-02/0028, ur. broj: 531-01-00-4 od 20. studenoga 2000.

63 *Odluka o donošenju Detaljnog plana uređenja prostora Trumbićeva obala - Dražanac u Splitu*, Službeni glasnik Grada Splita, broj 12/01.

64 Istaknuli autori.

65 *Zakon o prostornom uređenju*, NN 30/94, 68/98, 61/00, 32/02.

i smjernice za uređenje i zaštitu prostora, mjere za unapređenje i zaštitu okoliša, područja s posebnim prostornim i drugim obilježjima te druge elemente od važnosti za područje za koje se donosi (članak 25. ZPU-a).⁶⁶ Člankom 26. ZPU-a propisano je da Generalni urbanistički plan Grada Zagreba donosi Gradsko skupština Grada Zagreba prema postupku propisanom člankom 24. tog Zakona.“

I Rješenjem U-II-3655/2006 od 29. lipnja 2010.⁶⁷ Ustavni je sud naveo da dokumenti prostornog uređenja imaju snagu i pravnu prirodu podzakonskog propisa (t. 5.).⁶⁸ Osim toga, USUD je rekao da nije nadležan za ocjenu suglasnosti s Ustavom zakona, odnosno suglasnosti s Ustavom i zakonom drugog propisa sa stajališta da je njegov donositelj u samome propisu nešto propustio urediti (propisati) (t. 11.). Napomenuo je i da međusobna usklađenost odredaba nekog propisa ne može biti predmet ustavnosudske kontrole u smislu članka 128. Ustava (t. 12.).

Rješenjem U-II-1586/2014 od 9. travnja 2014. USUD se u točki 1. proglasio nenadležnim za odlučivanje o suglasnosti sa zakonom Odluke o donošenju urbanističkog plana uređenja neizgrađenog dijela naselja Podgora - Veliko Brdo⁶⁹ te Odluke o donošenju ciljanih izmjena Urbanističkog plana uređenja neizgrađenog dijela naselja Podgora - Veliko Brdo.⁷⁰ U t. 2. navodi da je i dalje nadležan za odlučivanje o suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom, a da je stupanjem na snagu Zakona o upravnim sporovima 1. siječnja 2012. ocjena zakonitosti općih akata⁷¹ jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u nadležnosti VUS-a.

Iz ove odluke jasno proizlazi da USUD prostorne planove smatra općim aktima.⁷² Međutim, cjelokupna nesređenost oko pravne prirode je nastala, osim zbog zakonskog uređenja u kojem se prostorni planovi izriječkom nazivaju podzakonskim propisima, i zbog prakse USUD-a koji je neodlučan u tom pogledu. USUD prostorne planove često naziva podzakonskim aktima. Oni jesu podzakonski akti, ali ne oni koje donose tijela državne vlasti, nego podzakonski akti – opći akti koje donose JLRS. Dakle, situacija bi trebala biti jasna. Ako se kao kriterij razlikovanja drugog propisa i općeg akta uzme norma o nadležnosti, tj. donositelj akta, prostorni planovi su sasvim sigurno opći akti jer su njihovi donositelji predstavnička tijela JLRS-a.

66 *Zakon o prostornom uređenju*, NN 30/94, 68/98, 61/00, 32/01, 100/04.

67 USUD je ispitivao ustavnost i zakonitost *Usklađenja Prostornog plana Primorsko-goranske županije*, (Službene novine Primorsko-goranske županije, broj 12/05.) te je utvrdio da je suglasano s Ustavom i zakonom.

68 Isto je stajalište USUD zauzeo u Rješenju U-II-3462/2007 od 25. listopada 2010.

69 *Odluka o donošenju urbanističkog plana uređenja neizgrađenog dijela naselja Podgora - Veliko Brdo*, Glasnik - službeno glasilo Općine Podgora, broj 7/13.

70 *Odluke o donošenju ciljanih izmjena Urbanističkog plana uređenja neizgrađenog dijela naselja Podgora - Veliko Brdo*, Glasnik - službeno glasilo Općine Podgora, broj 20/13.

71 Istaknuli autori.

72 Djelomično suprotno smatra Medvedović zbog ustavnosudske prakse do 2005. u pogledu akata prostornog uređenja (Medvedović, *Nadzor izvršne vlasti nad općim aktima jedinica lokalne samouprave – de lege lata i de lege ferenda*, 2005., str. 89.).

Po stupanju na snagu ZUS-a ocjenu zakonitosti prostornih planova preuzeo je VUS.⁷³ Tako je primjerice rješenjem Usoz-47/2012-6⁷⁴ obustavio postupak jer predmetni opći akt više nije bio na snazi.⁷⁵ Ovdje se može istaknuti Rješenje Usoz-5/2012-7 od 12. lipnja 2013., gdje se radilo o Usklađenju Prostornog plana Splitsko-dalmatinske županije s Uredbom o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora⁷⁶ i Ispravka usklađenja Prostornog plana Splitsko-dalmatinske županije s Uredbom o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora.⁷⁷ VUS je odbacio zahtjev jer je akte donio ravnatelj Županijskog zavoda za prostorno uređenje pa predmetni akti nisu opći akti.⁷⁸ Iz ove odluke proizlazi strogo poštovanje norme o nadležnosti kao kriterija za odlučivanje o prirodi podzakonskog akta.

U Rješenju Usoz-147/2012-6 od 21. veljače 2014. pogrešno je naznačeno da je do obustave došlo prema članku 88. stavku 1. ZUS-a jer je akt prestao važiti.⁷⁹ Naime, ispada da je podnositelj povukao zahtjev što ovdje nije bio slučaj. VUS bi trebao biti oprezniji u navođenju članaka temeljem kojih je odlučivao.^{80,81}

73 VUS je *usvojio* zahtjeve u presudama koje su se odnosile na prostorne planove, primjerice Usoz-75/2012-7 od 25. listopada 2013. (zahtjev je djelomično usvojen), Usoz-13/2012-12 od 28. siječnja 2014., Usoz-203/2012-5 od 28. ožujka 2014., Usoz-43/2012-21 od 30. svibnja 2014., Usoz-140/2012-10 od 30. svibnja 2014., Usoz-141/2012-8 od 30. svibnja 2014.

Odbio je zahtjeve u sljedećim presudama, Usoz-110/2012-10 od 25. listopada 2013., Usoz-57/2012-9 od 26. studenoga 2013., Usoz-146/2012 od 21. veljače 2014., Usoz-76/2012-10 od 28. ožujka 2014., Usoz-98/2012-10 od 28. ožujka 2014., Usoz-116/2012-6 od 28. ožujka 2014., Usoz-107/2012-7 od 30. svibnja 2014.

Vus je *odbacio* zahtjeve u rješenjima Usoz-192/2012-6 od 28. ožujka 2014., Usoz-193/2012-6 od 28. ožujka 2014., Usoz-194/2012-6 od 28. ožujka 2014., Usoz-197/2012-8 od 28. ožujka 2014., Usoz-326/2013-9 od 28. ožujka 2014.

74 Četvrta sjednica Vijeća od 24. travnja 2013. Vijeće je odlučivalo o zakonitosti *Odluke o donošenju prostornog plana Istarske županije*, objavljenoj u Službenim novinama Istarske županije br. 10/02.

75 Do obustave vezano uz materiju prostornih planova došlo je i kod sljedećih odluka VUS-a: Usoz-109/2012-9 od 25. listopada 2013., Usoz-111/2012-7 od 26. studenoga 2013., Usoz-33/2012-11 od 28. siječnja 2014., Usoz-147/2012-6 od 21. veljače 2014., Usoz-71/2012-7 od 29. travnja 2014., Usoz-93/2012-14 od 29. travnja 2014.

76 *Uredba o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora*, Službeni glasnik Splitsko-dalmatinske županije broj 5/05.

77 *Uredba o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora*, Službeni glasnik Splitsko-dalmatinske županije, broj 5/06.

78 Predmetni podzakonski akt nije opći ni u odluci Usoz-4/2012-6 od 18. lipnja 2013. jer je donositelj također ravnatelj Županijskog zavoda za prostorno uređenje, dakle, osoba koja nema zakonskog ovlaštenja za donošenje općeg akta kakav je dokument prostornog uređenja.

79 Marković upozorava kako prestankom važenja jednog propisa ne prestaju istodobno i pravni odnosi koji su nastali na temelju tog propisa (Marković, Sandra, *Pravni režim prijelaznih (i završnih) odredaba pravnih propisa u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske*, List Infomator, br. 5821 od 19. 12. 2009., str. 19.).

Iako se rad odnosio na režim prijelaznih i završnih odredaba propisa u praksi USUD-a, dobro je i ovdje to imati na umu.

80 Slična situacija i u odlukama Usoz-105/2012-7 od 21. veljače 2014., Usoz-111/2012-7 od 26. studenoga 2013.

81 Ostala rješenja VUS-a u kojima je došlo do obustave su: Usoz-29/2013-3, Usoz-30/2013-3, Usoz-31/2013-3, Usoz-48/2013-3, Usoz-49/2013-3, Usoz-50/2013-3, Usoz-51/2013-3 od 26.

Nakon ove analize, može se zaključiti da bi zakonodavac paralelno trebao intervenirati u dva smjera. Prvo, odredba članka 58. ZPU-a koja glasi:

„Prostorni planovi imaju snagu i pravnu prirodu podzakonskog propisa.“

trebala bi biti izmijenjena i propisivati sljedeće:

„Prostorni planovi su po snazi ispod zakona i imaju pravnu prirodu općeg akta.“

Drugo, odredba članka 83. stavka 1. ZUS-a koja glasi:

„Postupak ocjene zakonitosti općeg akta Visoki upravni sud 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. Zahtjev se podnosi u roku od 30 dana od dostave odluke.“

trebala bi biti izmijenjena i propisivati sljedeće:

„Postupak ocjene zakonitosti općeg akta Visoki upravni sud pokreće na zahtjev fizičke ili pravne osobe ili skupine osoba povezanih zajedničkim interesom ako smatraju da bi opći akt neposredno ili da bi na općem aktu temeljene pojedinačne odluke javnopravnih tijela mogle dovesti do povrede njihova prava ili pravnog interesa.“

Dotadni argument koji podupire izmjenu članka 83. stavka 1. ZUS-a je činjenica da je tijelo koje ima najslbličiju zadaću Vijećima za zakonitosti općih akata USUD, koji u ocjeni zakonitosti i ustavnosti drugih propisa ne traži dostavu pojedinačnih odluka javnopravnih tijela kojima bi podnositelji, odnosno predlagatelji učinili vjerojatnim povredu prava odnosno pravnog interesa.

Primjerice, u Njemačkoj je situacija jasnija. U Njemačkoj opće akte⁸² donose autonomne pravne osobe kao što su lokalne jedinice ili profesionalne organizacije koje su uređene kao pravne osobe javnoga prava s ciljem organiziranja vlastitog djelokruga.⁸³ Općine su ovlaštene, a u nekim slučajevima obvezane, donositi pravne norme u obliku općih akata, primjerice statute, proračune, planove građenja, prihode u obliku općih akata koji su doneseni temeljem određenih dohodovnih propisa na državnoj razini, ili uvjeta za korištenje javnih službi. Komunalnim propisima

rujna 2014., Usoz-133/2013-3, Usoz-134/2013-3, Usoz-135/2013-3, Usoz-136/2013-3, Usoz-138/2013-3, Usoz-139/2013-3, Usoz-140/2013-3 od 3. listopada 2014., Usoz-80/2013-4, Usoz-81/2013-4, Usoz-84/2013-3, Usoz-85/2012-7 od 28. studenoga 2014., Usoz-54/2012-6, Usoz-213/2013-3, Usoz-330/2013-5 od 22. prosinca 2014.

82 Detaljan pregled općih akata koji ulaze u doseg kontrole prema čl. 47. st. 1. br. 2. v. u Quaas, Michael, Zuck, Rüdiger, *Prozesse in Verwaltungssachen*, 2. izdanje, Nomos, Baden-Baden, 2011., str. 692. – 696.

83 Reimann, Mathias, Zekoll, Joachim, *Introduction to German Law*, 2. izdanje, Kluwer Law International, Haag 2005., str. 92.

postavljeno je niz uvjeta s kojima opći akti moraju biti sukladni. Opći akti moraju biti doneseni u obliku odluka općinskog vijeća koje treba objaviti u službenom glasniku ili službenim novinama, a neki važniji opći akti trebaju potvrdu nadzornog tijela. Ispravci takvih akata mogući su prema posebnoj proceduri. U opće akte u Njemačkoj ulaze i urbanistički plan i plan građenja.

Urbanistički plan (*Flächennutzungsplan*) predviđa osnovne smjernice za uporabu zemljišta unutar pojedine lokalne jedinice. Određuje područja koja će biti iskorištena kao zemljišta za ustanove kojima je cilj zaštita javnog interesa, primjerice bolnice, škole, itd., zatim područja koja su predodređena u prometne svrhe te zelene površine i prirodne rezervate.⁸⁴ Urbanistički plan donosi se prije plana o građenju i obvezuje tijela koja su ga donijela. Ovdje se u prvom redu to odnosi na lokalne vlasti, na susjedne lokalne jedinice koje su sudjelovale u njegovoj izradi i nisu opovrgle taj plan. Građani ne moraju izravno biti zahvaćeni tim planom.⁸⁵

Najvažnija vrsta općih akata koji prema BauGB-u ulaze u doseg kontrole prema članku 47. stavku 1. br. 1. su planovi o građenju (*Bebaungspläne*) koji su uređeni člankom 10. stavkom 1. BauGB.⁸⁶ Urbanistički plan je temelj za plan o građenju (*Bebaungsplan*). Planovi građenja se izdaju u obliku općih akata prema članku 10. BauGB-a. Oni detaljno određuju iskorištavanje zemljišta općine (čl. 8. - 13. BauGB) te vrstu (npr. stambeni ili poslovni prostor) i dimenziju zgrada (veličinu i visinu). Određuju i koji će prostor imati posebnu namjenu (čl. 9. BauGB) zbog zaštite od narušavanja plana izgradnjom novih zgrada za vrijeme procesa planiranja, lokalne vlasti mogu odgoditi rješavanje o zahtjevima za građevinske dozvole, zabraniti bilo kakvu gradnju na tom području, mogu zabraniti parcelaciju zemljišta i mogu iskoristiti pravo prvokupa sukladno zakonu (čl. 24. – 28. BauGB).

Planom građenja je predviđena zakonska dopustivost građenja. Svatko tko namjerava izgraditi zgradu mora postupati sukladno planu o građenju. Primjerice, ne može se izgraditi poslovna zgrada na zemljištu koje je namijenjeno za stanovanje. Ako plan o građenju nije još donesen, projekt gradnje je dopustiv ako je sukladan karakteru područja u cjelini, primjerice, ako je u skladu s već postojećim zgradama (čl. 34. BauGB). Građenje izvan područja postojećih građevina, osim tzv. privilegiranih projekata za poljoprivredu ili za javne svrhe, dopušteno je samo ako ne šteti javnom interesu, a pogotovo ne smije biti štetno za krajolik i okoliš (čl. 35. BauGB). Detalji o toj tematici određeni su sudskom praksom.

Građevinska dozvola (*Baugenehmigung*) je pretpostavka da bi se moglo pristupiti građenju nove ili izmjeni postojeće građevine. Ona osigurava da su ispunjeni zahtjevi za planiranje i građenje postavljeni u zakonu. Pri ocjeni zahtjeva osobe koja namjerava graditi (*Bauherr*) nadležno tijelo će ispitati je li projekt u

84 Ibid., str. 111. Za detaljniji opis v. čl. 5. Zakona o građenju (*Baugesetzbuch* - BauGB, zakon od 1960., u verziji objavljenoj 2004. (BGBl. I S. 2414), zadnja izmjena od 2014. (BGBl. I S. 1748).

85 Reimann, Zekoll, *Introduction to German Law*, 2005., str. 111.

86 Schenke, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsprozessrecht*, 14. Auflage, C. F. Müller, 2014., str. 306.

skladu s propisima i uredbama te planom o građenju (čl. 30. BauGB). Ako projekt udovoljava svim postavljenim zahtjevima, graditelju će biti izdana građevinska dozvola, odnosno on tada ima utuživo pravo prema članku 14. GG-a, tj. pravo na građenje postaje sastavni element njegova stvarnog, odnosno vlasničkog prava.

Ako je građevinska dozvola izdana nezakonito, odnosno ako projekt ne odgovara propisima, susjedi na koje takva dozvola ima učinke mogu tužiti graditelja. Oni u tom slučaju moraju dokazati ne samo da je došlo do povrede prava općenito, nego, u najmanju ruku, da je dozvola povrijedila odredbu koja štiti njihove interese (*Schutznormtheorie*).⁸⁷

2.1.4. Ocjena ustavnosti lokalnih općenormativnih akata

Do 2010. ocjenu ustavnosti drugih propisa pod koje su u većini slučajeva bili podvedeni opći akti, provodio je USUD. Dakle, postojalo je tijelo koje je nadziralo njihovu ustavnost sukladno Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu. Uređenjem instituta objektivnog upravnog spora po kriteriju vrste akta, ojačalo je upravno sudstvo. Njemu je kroz VUS, povjerena važna zadaća očuvanja objektivne zakonitosti. Međutim, pri tom uređenju, došlo je do više pogrešaka pa je moguće zaključiti da svrha objektivnog upravnog spora koja se sastoji u očuvanju objektivne zakonitosti, a podredno i subjektivnih prava građana, nije ispunjena.

Nepostojanje zakonskih odredbi o ocjeni ustavnosti općih akata,⁸⁸ stavlja na suce VUS-a koji sjede u Vijeću za ocjenu zakonitosti odgovornost koja se sastoji u tome da primjećuju neustavnost općih akata, a ne smiju to istaknuti jer se norma koja određuje njihovo postupanje u ocjeni zakonitosti općih akata ne odnosi na ocjenu njihove ustavnosti. Budući da je takvo stanje neodrživo za moderni pravni poredak, autori pronalaze uglavnom dva rješenja.⁸⁹ Prvo, u kojem bi se ocjena ustavnosti, uz ocjenu zakonitosti, povjerila VUS-u. Koliko je to izgledno s obzirom na to da USUD to nije izrijeком dosad rekao, niti je predviđeno nekom pravnom normom, može nam odgovoriti jedino USUD ili zakonodavac. Prednosti takvog rješenja su da je cjelokupna kontrola, dakle i ustavnosti i zakonitosti u rukama jednog tijela.⁹⁰ Tako bi građani sa sigurnošću mogli znati kojem tijelu mogu podnijeti zahtjev za ocjenu zakonitosti i ustavnosti općeg akta. Međutim, nedostatak je taj da VUS, postupajući sukladno ZUS-u, mora zatražiti od pojedinca pojedinačnu odluku. Ako

87 Reimann, Zekoll, *Introduction to German Law*, 2005., str. 111. – 112.

88 O kontroli ustavnosti općih akata govori Ljubić, međutim, ne pravi razliku između pojmova opći akt i drugi propis, tako da se njegov rad zapravo odnosi na kontrolu propisa pred USUD-om. V. u: Ljubić, Dubravko, *Ustavnosudska kontrola propisa – rješenje broj: U-I-4175/2013-PP*, Hrvatska pravna revija, 14 (2014) 1; str. 8. – 9.

89 O dva moguća rješenja v. i: Antić, Teodor, *Razgraničenje nadležnosti za ocjenu ustavnosti i zakonitosti općih akata lokalne samouprave*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, 50 (2013) 3; str. 566.

90 Takvo je i Krbekovo stajalište jer je „najdosljednije i najpraktičnije da direktnu sudsku kontrolu, ..., vrši ono isto ustavno sudište koje vrši i tu kontrolu u pogledu ustavnosti zakona“ (Krbek, *Sudska kontrola naredbe*, 1939., str. 191.).

pojedinačne odluke nema, bilo iz razloga jer ju stranka odbije podnijeti ili jer se ona uopće ne donosi u konkretnoj stvari, VUS će odbaciti potencijalno neustavan akt. Svrha objektivne zakonitosti ostaje neispunjena.

Drugo je moguće rješenje da USUD prihvati ocjenjivati ustavnost općih akata. Međutim, time bi došlo do disperzije nadležnosti za kontrolu općih akata. Koliko god je rješenje da USUD rješava o ustavnosti općih akata teoretski gledano dobro iz više razloga, primjerice zbog širine znanja ustavnih sudaca i dugotrajnog iskustva u odlučivanju u toj materiji, toliko je i loše jer stvara pravnu nesigurnost. Osim toga, da je USUD namjeravao biti nadležan za ocjenjivanje ustavnosti općih akata, to bi u dvije godine rada VUS-a sasvim sigurno istaknuo. To se nije dogodilo, ali USUD je barem djelomično pokušao riješiti problem u Rješenju U-II-5157/2005 od 5. ožujka 2012. Može se uočiti da su podnositelji zahtjeva za ocjenu zakonitosti općih akata, već sad zbunjeni jer regulacija koja postoji danas nije doručena. Ako bi se na to dodao sustav u kojem bi podnositelj koji je laik morao znati koje je tijelo nadležno za apstraktnu kontrolu zakonitosti, a koje za apstraktnu kontrolu ustavnosti, a da se pritom osporava isti akt, uvelo bi se još nepotrebnih komplikacija u već zamršeni postojeći sustav.

Unatoč nepostojanju posebnog tijela koje bi kontroliralo zakonitost općenormativnih akata lokalnih jedinica, Slovenija je zadržala sustav sličan onome kakav je Hrvatska imala do stupanja na snagu ZUS-a te time izbjegla pravnu prazninu vezano uz kontrolu ustavnosti akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Akti lokalnih jedinica uređeni su u osmom dijelu Zakona o lokalni samoupravi, a dijele se na opće i pojedinačne.⁹¹ Općina (*občina*) odlučuje o upravnim stvarima iz vlastite nadležnosti, kao i u upravnim stvarima iz prenesenoga državnog djelokruga. Opći akti koje donosi lokalno predstavničko tijelo (*občinski svet*) regulirani su Zakonom o lokalnoj samoupravi u VIII. glavi.⁹² Izrijeckom je kao opći akt naveden statut lokalne jedinice (*občina*). Ostali akti se ne navode, međutim, zanimljivo je vidjeti da slovenski zakonodavac ne čini razliku između propisa i općih akata, barem ne u materijalnom smislu. Tako je u članku 66. stavku 1. Zakona o lokalni samoupravi propisano:

„Statut in drugi predpisi občine morajo biti objavljeni, veljati pa začnejo petnajsti dan po objavi, če ni v njih drugače določeno.“

U prijevodu, riječ je o reguliranju objave statuta i drugih propisa lokalne jedinice.⁹³ Ovo nerazlikovanje propisa i općih akata razumljivo je zbog tijela koje provodi kontrolu nad njima. U X. poglavlju koje nosi naziv „*Nadzor državnih*

91 *Zakon o lokalni samoupravi*, Uradni list Republike Slovenije br. 94/2007 - službeni pročišćeni tekst.

92 *Zakon o lokalni samoupravi*, UL 94/2007 – pročišćeni tekst, 76/2008, 79/2009, 51/2010.

93 Haček i Grabner navode da je teško raspravljati o određenom sadržaju nekog općeg akata jer svaka općina ima mogućnost autonomno urediti određena pitanja (Haček, Miro, Grabner, Anja, *Local Sub-Decentralisation and Sub-Municipal Division in Slovenia*, Hrvatska komparativna i javna uprava 13 (2013) 1; 2013., str. 220.).

organov“ u članku 88.a propisano je da kontrolu zakonitosti pojedinačnih i općih akata općina koji su doneseni u njihovom djelokrugu provode ministarstva, svako iz svoje nadležnosti. Osim ministarstava, za kontrolu su zaduženi župan i Vlada.⁹⁴ Riječ je o kontroli koja prethodi kontroli sudova, u konkretnom slučaju, sudskoj kontroli upravnog i ustavnog suda.

U pogledu općih akata, kontrolno tijelo koje provjerava i ustavnost i zakonitost općih akata nije, kao što je slučaj u Hrvatskoj i Njemačkoj, upravni sud, nego je to isključivo USUD. Odredbom iz članka 88.a stavka 4. propisano je:

„Če organ obćine ne uskladi svojega splošnega akta z ustavo ali zakonom, mora ministarstvo predlagati vladi, da zahteva začetek postopka pred ustavnim sodišćem za oceno skladnosti splošnega akta obćine z ustavo in zakonom.“⁹⁵

Upravni sud nadležan je samo za ocjenu zakonitosti pojedinačnih akata koji su doneseni u upravnom postupku (čl. 69. Zakona o lokalnoj samoupravi).⁹⁶

2.1.5. Izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude VUS-a o ocjeni zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave

Prema trenutnom uređenju objektivnog upravnog spora VUS je zadnja instanca u provođenju redovite kontrole nad općim aktima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Podnositelj zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta često je onemogućen da ishodi odluku VUS-a o nezakonitosti zbog niza postupovnih prepreka. Do izmjena ZUS-a 2014. ocjena zakonitosti općih akata bila je moguća samo ako je zahtjev podnijela stranka kojoj je bila dostavljena pojedinačna odluka javnopravnog tijela kojom je bilo povrijeđeno neko njeno pravo ili pravni interes. Takvo je uređenje dosta strogo samo po sebi, a dodatno ga je postrožio VUS svojom praksom prema kojoj VUS nije prihvaćao one zahtjeve koji su mu pristigli s prekoračenjem roka od 30 dana iako su uredno i u roku bili predani nekom drugom tijelu sa svrhom ocjene zakonitosti općeg akta. Nadalje, VUS nije uzimao u razmatranje one akte koje bi donijelo nenadležno tijelo te su na snazi ostajali akti koji su očito nezakoniti, ali zbog nedostatka formalnih pretpostavki nisu se u praksi VUS-a smatrali općim aktima te zahtjevi za ocjenu njihove zakonitosti bili odbačeni. U navedenim situacijama, podnositeljima se zatvara put pravne zaštite. O navedenim rješenjima već je bilo riječi, a na ovom ćemo se mjestu zadržati samo na

94 Dubajić, Daria, *Lokalna samouprava u Sloveniji*, Hrvatska javna uprava, 10 (2010) 2; str. 480.

95 U prijevodu: „Ako tijelo općine ne uskladi svoj opći akt s ustavom ili zakonom, ministarstvo mora predložiti vladi, da zahtijeva početak postupka za ocjenu suglasnosti općeg akta općine s ustavom i zakonom pred ustavnim sudom.“

96 Kontrola akta koje provodi ministarstvo te postupak upućivanja ustavnom sudu za ocjenu ustavnosti i zakonitosti regulirani su i odredbama u čl. 64., 65. i 66., *Zakona o državnoj upravi*, UL 113/2005, 48/2009, 21/2012, 47/2013, 12/2014, 90/2014. Isti zakon regulira provođenje kontrole nad aktima osoba s javnim ovlastima.

izvanrednom pravnom sredstvu – zahtjevu za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude VUS-a o ocjeni zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.

Odredbama članka 78. ZUS-a uređen je institut izvanrednog preispitivanja zakonitosti pravomoćne presude. Stranke mogu predložiti Državnom odvjetništvu Republike Hrvatske da podnese zahtjev za preispitivanje pravomoćne presude ili rješenja upravnog ili VUS-a. Zahtjev može podnijeti Državno odvjetništvo po službenoj dužnosti ili u roku od šest mjeseci od dana dostave pravomoćne sudske presude strankama. O zahtjevu odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske u sastavu od pet sudaca. Ako zahtjev usvoji, može ukinuti presudu i vratiti predmet na ponovo rješavanje ili može preinačiti presudu. Sve navedeno vrijedi kada je riječ o presudama upravnih, odnosno Visokih upravnih sudova kod ispitivanja zakonitosti pojedinačnih akata. Međutim, pred Vrhovnim se sudom pojavilo i pitanje odlučivanja o zakonitosti općeg akta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te je Vrhovni sud donio rješenje o odbacivanju zahtjeva kao nedopuštenog. U rješenju U-zpz 10/14-4 od 4. veljače 2015. navedeno je sljedeće: „*Prema shvaćanju ovoga suda zahtjev za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude nije dopušten u postupku radi ocjene zakonitosti općeg akta*“.

Navedeno je obrazloženo trima argumentima. Prema prvom, ovaj se izvanredni pravni lijek ne može primijeniti jer je propisan u glavi trećoj, a ocjena zakonitosti u glavi šestoj, te zbog toga jer bi se taj pravni lijek trebao primjenjivati samo u postupku u kojem se radi o nekom pojedinačnom pravu stranke o kojem se odlučuje o upravnom postupku. Ni u jednom zakonu ono što je napisano prije ne isključuje ono što je napisano poslije, a ni obrnuto. Navedeno bi tumačenje predstavljalo suprotnost cjelovitom ili holističkom i teleološkom tumačenju nekog zakona. Ovakvo gramatičko tumačenje važnog izvanrednog pravnog lijeka u kojem je čak izrijekom propisano da se može podnijeti protiv pravomoćne presude upravnih i VUS-a, pokušava isključiti primjenjivost izvanrednog pravnog lijeka izričito propisanog ZUS-om sa svrhom osiguranja zakonitosti u pogledu ocjene zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.⁹⁷ Nadalje, pojedinačni se akti donose na temelju općenormativnih. Dakle, pojedinačni akti moraju biti utemeljeni u nekoj višoj pravnoj normi. Riječ je o pravnoj vezanosti kao jednoj od bitnih karakteristika upravnog akta,⁹⁸ ukratko, riječ je o poštivanju načela zakonitosti. Neki pojedinačni akt ne može biti zakonit ako je donesen temeljem nezakonitog općeg akta te je potrebno ispitati i zakonitost temelja za pojedinačni akt koji se nalazi u općenormativnom aktu.⁹⁹

97 Staničić navodi da iako ZUS izrijekom ne propisuje da se to izvanredno pravno sredstvo može koristiti protiv tih rješenja i/ili presuda, ta je mogućnost otvorena Zakonom o sudovima u čl. 20. st. 3. (Staničić, Frane, *Mogućnost primjene izvanrednog preispitivanja zakonitosti pravomoćne presude protiv odluka Visokog upravnog suda*, Informativnik, br. 6399 od 4. siječnja 2016., str. 15.)

98 V. Borković, *Upravno pravo*, 2002., str. 362.

99 Za dodatne argumente koji govore o prilog primjeni izvanrednog pravnog lijeka za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude VUS-a u slučaju ocjene zakonitosti općih

Drugi argument Vrhovnog suda je u tome da se stranka može zaštititi na način da podnese zahtjev nadležnom javnopravnom tijelu za izmjenu pojedinačne odluke javnopravnog tijela kojom je povrijeđeno neko pravo ili pravni interes odgovarajućom primjenom odredaba o obnovi upravnog postupka u roku od tri mjeseca od dana objave presude u narodnim novinama. S ovim se argumentom ne bismo mogli složiti. Javnopravnom tijelu za izmjenu pojedinačne odluke javiti će se one stranke koje su uspjele u postupku pred VUS-om, odnosno ako je nezakoniti akt ukinut pa imaju temelj za traženje izmjene odluke koja je donesena temeljem nezakonitog. Vrhovnom sudu će se javiti pretežno stranke koje žele ostvariti svoja prava koja im vrijeda nezakoniti akt, dakle one koje nisu uspjele u postupku pred VUS-om te je njihov zahtjev odbačen ili odbijen. Nadalje, Vrhovni sud nije uzeo u obzir situaciju u kojoj je VUS nezakonito postupio i ukinuo zakoniti opći akt. Stoga obraćanje javnopravnom tijelu ne predstavlja alternativu za preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude VUS-a, a Vrhovni sud bi trebao predstavljati kontrolni mehanizam nad pravomoćnim presudama VUS-a te postupiti po zahtjevu Državnog odvjetništva ako ono podnese zahtjev smatrajući da je VUS postupio nezakonito.

Treći argument kojim Vrhovni sud pokušava otkloniti svoju nadležnost je u tome što u dijelu u kojem je regulirana ocjena zakonitosti općih akata nije spomenuto to da se stranka može obratiti Vrhovnom sudu, te se ponovo govori o postavljanju zahtjeva javnopravnom tijelu prema odredbama o ponavljanju postupku. Odnosno, ovaj treći argument spaja prva dva u argumente koji ne stoje zasebno, a ni zajedno.

Za istaknuti je da argumenti i navedno tumačenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske nisu prihvatljivi iz više razloga. Kao prvo, tumačenju ZUS-a nije pristupljeno sistematično i na holistički ili sveobuhvatni način. Nedopustivo je cjepkanje jednog cjelovitog zakona na sastavne dijelove. Logikom Vrhovnog suda Republike Hrvatske, VUS uopće ne bi trebao primjenjivati ZUS jer u prvom članku ZUS-a nije propisano da je predmet ovog zakona postupanje VUS-a nego se spominju samo upravni sudovi.¹⁰⁰ To što je kasnije izrijekom propisano da je predmet upravnog spora i ocjena zakonitosti općih akata, bilo bi manje važno jer se ne nalazi u istom članku gdje je propisan predmet zakona.

Drugo, valja uzeti u obzir da je VUS prva i zadnja instanca u redovnom postupku ocjene zakonitosti općih akata što znači da je riječ o jednostupanjskom postupku. Ustavna tužba se za sad ne može podnijeti, a izvanrednog pravnog lijeka, ako se isključi zahtjev Vrhovnom sudu Republike Hrvatske, nema.

akata v. u: Staničić, *Mogućnost primjene izvanrednog preispitivanja zakonitosti pravomoćne presude protiv odluka Visokog upravnog suda*, Informator, br. 6399 od 4. siječnja 2016., str. 13. – 15.

100 Članak 1. ZUS-a glasi: „Ovim se Zakonom uređuju nadležnost, sastav suda i pravila postupka na temelju kojih upravni sudovi odlučuju o zakonitosti odluka javnopravnih tijela o pravima, obvezama i pravnim interesima fizičkih i pravnih osoba i drugih stranaka te o zakonitosti postupanja javnopravnih tijela iz područja upravnog prava (u daljnjem tekstu: upravni spor).“

Treće, nikako se zahtjev javnopravnom tijelu ne može poistovjetiti s nekim sudskim sredstvom. Dojam je da Vrhovni sud prilikom donošenja citiranog rješenja ni u jednom trenu nije uzeo u obzir da je svrha objektivnog upravnog spora reguliranog u člancima 83. - 88. ZUS-a u ostvarenju objektivne zakonitosti. Dakle, ta važna svrha objektivnog upravnog spora koja se sastoji u očuvanju objektivne zakonitosti, odnosno u sprečavanju toga da temeljem jednog nezakonitog općenormativnog akta bude donesen neodređen broj nezakonitih pojedinačnih akata uopće nije bila uzimana u obzir, što je pogrešno i kosi se sa svrhom ZUS-a, ali i s ustavnom vrednotom vladavine prava.

3. ZAKLJUČAK

Akte jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u Republici Hrvatskoj kontroliraju upravni sudovi, VUS i USUD. Podjela je izvršena nakon reforme upravnog sudovanja koja je rezultirala donošenjem novoga ZUS-a kojim je uvedeno dvostupanjsko upravno sudovanje. Budući da je podjela općenormativnih akata uređena na način da postoje opći akti i drugi propisi, njih nadziru različita tijela.

Kontrola statuta lokalnih jedinica u rukama je USUD-a, dok ostale opće akte lokalnih jedinica kontrolira VUS. Odredba članka 3. stavka 2. ZUS-a prema kojoj je VUS nadležan za kontrolu općih akata tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, a ne samo općih akata predstavničkih tijela, ostavlja VUS-u široku mogućnost za tumačenje navedene odredbe prema kojoj bi se osim općih akata koje donese predstavničko tijelo JLRS mogli ocjenjivati i oni akti koji su apstraktni i generalni, a ne donosi ih isključivo predstavničko tijelo.

Nadalje, mislimo da je obveza sudaca VUS-a da prilikom uočene nezakonitosti općeg akta iz razloga nenadležnosti, dakle kada opći akt donose nenadležno tijelo, upozoriti na takvu nezakonitost te nezakoniti općenormativni akt sankcionirati stavljanjem izvan snage. Navedeno rješenje poznaje francusko pravo, ali i naš ZUS u dijelu u kojem je propisana kontrola nad pojedinačnim aktima. Uz to, posebni zakoni nisu usklađeni sa ZUS-om, a kao primjer se može navesti ZPU koji i dalje propisuje da su prostorni planovi po svojoj pravnoj prirodi propisi. Budući da VUS ne kontrolira propise nego opće akte, nužno je navedenu odredbu mijenjati sukladno prijedlogu iznesenom u ovom radu. Veliki je nedostatak u zakonskoj regulativi nepostojanje kontrole nad ustavnošću općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Uz to, nedostatak se može pronaći i u stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske prema kojem on nije nadležan za postupanje po izvanrednom pravnom lijeku - zahtjevu za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude VUS-a ako je VUS odlučivao o ocjeni zakonitosti općeg akta. Komparativna rješenja većinom su sustavnija i sređenija od trenutnog hrvatskog uređenja, iako nikako ne smijemo zanemariti činjenicu da je sama reforma upravnog sudovanja pružila barem temelje za bolje i uređenije djelovanje sudova u kontroli akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave nego je to bio slučaj do 2010. i ranije.

Summary

ADMINISTRATIVE JUDICIAL CONTROL AND CONSTITUTIONAL CONTROL OF LEGALITY OF THE LOCAL SELF-GOVERNMENT ACTS

The administrative courts' reform in Croatia has caused changes in special legislation. Important consequence of the reform is a different judicial control over local government acts. Under the current regulation, the Constitutional Court of the Republic of Croatia is competent for the control of constitutionality and legality of the local statutes, and High Administrative Court is the competent body for the review of the legality of general acts of local self-government. The paper also analyzes comparative solutions related to the issue of judicial review of general acts of local and regional government, especially French, German and Slovenian regulation.

***Key words:** judicial control, general acts of local self-government, administrative reform.*

Zusammenfassung

VERWALTUNGSGERICHTLICHE UND VERFASSUNGSKONTROLLE DER RECHTMÄSSIGKEIT DER KOMMUNALEN SELBSTVERWALTUNGSGESETZE

Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat durch die neue Regulierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtorganisation die Änderungen auch in besonderer Gesetzgebung bewirkt. So traten die Änderungen des Gesetzes über die lokale und regionale Selbstverwaltung ein. Für diese Arbeit sind die Änderungen im Blick zur Gerichtskontrolle über die Lokalakten wichtig, die vor der Reform das Verwaltungsgericht der Republik Kroatien und das Verfassungsgericht betrieben haben. Das Verfassungsgericht hat laut der aktuellen Einrichtung die Zuständigkeit für die Verfassungs- und Gesetzlichkeitskontrolle nur über die Statute der Lokaleinheiten behalten. Verwaltungsgerichte in Zagreb, Rijeka, Osijek und Split kontrollieren die einzelnen Akte im ersten Grad und Klageprozesse auch der Hohe Verwaltungsgerichtshof. Für die Kontrolle der Grundakte, welche die Lokaleinheiten erlassen ist der Hohe Verwaltungsgerichtshof der Republik Kroatien zuständig. In dieser Arbeit werden auch die komparativen Lösungen, die mit der Problematik der Gerichtskontrolle von Lokalakten verbunden sind, analysiert und zwar die französische, deutsche und slowenische Anordnung.

***Schlüsselwörter:** Gerichtskontrolle, Lokalakte, Verwaltungsreform.*

Riassunto

**IL CONTROLLO GIUSAMMINISTRATIVO E
GIUSCOSTITUZIONALE DI LEGALITÀ DEGLI ATTI DEGLI
ENTI LOCALI E REGIONALI**

La riforma della giustizia amministrativa ha comportato mediante la nuova disciplina del contenzioso amministrativo e dell'organizzazione dei tribunali amministrativi modifiche anche nella legislazione speciale. In tale modo sono intervenute le modifiche della legge sull'amministrazione locale e regionale. Precisamente, per quanto interessa il presente lavoro, rilevano le modifiche che riguardano il controllo giudiziario sugli atti locali, il quale prima della riforma veniva effettuato dal Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia e dalla Corte costituzionale. La Corte costituzionale in base all'attuale organizzazione ha mantenuto la competenza per il vaglio della legittimità costituzionale e della legalità soltanto nei confronti degli statuti degli enti locali; mentre, i singoli atti in prima istanza vengono controllati dai tribunali amministrativi di Zagreb, Rijeka, Osijek e Split, e nel procedimento di impugnazione anche dall'Alta corte amministrativa. Per il controllo degli atti generali che emanano gli enti locali è competente l'Alta corte amministrativa della Repubblica di Croazia. Nel lavoro vengono altresì analizzate le soluzioni di diritto comparato connesse alla questione del controllo giudiziario degli atti locali, intendendo all'uopo i sistemi francese, tedesco e sloveno.

Parole chiave: controllo giudiziario, atti locali, riforma amministrativa.

ČEZMEJNI PRENOS SEDEŽA GOSPODARSKE DRUŽBE

Dr. sc. Saša Prelič, izvanredni profesor
Mag. Jerneja Prostor, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru
Slovenija

UDK: 351.712.2.043
Ur.: 14. ožujka 2016.
Pr.: 25. ožujka 2016.
Pretdno priopćenje

Povzetek

Z vidika privlačnosti poslovanja družb v določeni državi se te med seboj razlikujejo glede na stopnjo razvitosti pravne ureditve, predvsem s korporacijskega in davčnega področja, funkcionalnosti le-te v poslovnem okolju, kar vključuje stopnjo pravne varnosti in učinkovitosti sodnih ter upravnih postopkov in posledičen ugled države,¹ pomembne okoliščine so prisotnost usposobljenega kadra,² stopnja njegove inovativnosti in učinkovitosti, strošek dela, velikost trga, prav tako infrastrukturna ureditev in danosti z vidika logistike³ nasploh. Čezmejna mobilnost se v današnjih časih izkaže kot nujna predpostavka za poslovno uspešnost družb oziroma celo kot pogoj za njihov obstoj na trgu. Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU)⁴ daje družbam pravico do svobodnega ustanavljanja, ki v skladu s sodno prakso Sodišča EU poleg čezmejnih združitvev⁵ vključuje prenos statutarnega in dejanskega sedeža družbe, pa tudi čezmejno formalno statusno preoblikovanje družbe – torej spremembo pravnoorganizacijske oblike družbe, v kateri družba posluje in je skladna s pravom domače države članice, v drugo pravnoorganizacijsko obliko po pravu države članice gostiteljice. S tem so družbam poleg poslovanja v nadnacionalni pravnoorganizacijski obliki evropske delniške družbe (Societas Europaea – SE) zagotovljeni mehanizmi, s katerimi si lahko poenostavijo, skrajšajo in pocenijo postopek čezmejnega prestrukturiranja.

Ključne besede: svoboda ustanavljanja, dejanski sedež družbe, statutarni sedež družbe, čezmejni prenos sedeža družbe.

1 Npr. združena družba Daimler-Chrysler se je registrirala v Nemčiji (lahko pa bi se tudi v ZDA). Tako N. Kubat Erk, nav. delo, str. 440, ki se sklicuje na M. Siems, Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century, European Law Review, št. 27/1/2002, str. 47-59, str. 54 (opomba 186).

2 J. Cremers, E. Wolters, nav. delo, str. 5.

3 Prav tam.

4 Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, Ur. l. EU, C 83, 30. 3. 2010, str. 47.

5 Zadeva C-411/03, SEVIC Systems AG, 13. 12. 2005, ZOdl. 2005, str. I-10805.

PREKOGRANIČNI PRIJENOS SJEDIŠTA TRGOVAČKOG DRUŠTVA

Sažetak

S gledišta privlačnosti poslovanja trgovačkih društava u određenoj državi, države se međusobno razlikuju po stupnju razvoja pravnog uređenja, osobito korporacijskog i poreznog prava, kao i funkcionalnosti u poslovnom okruženju. To uključuje stupanj pravne sigurnosti i učinkovitost sudskih i upravnih postupaka, što utječe na ugled određene države. Značajne okolnosti su i prisutnost osposobljenog kadra, stupanj njegove inovativnosti i učinkovitosti, trošak rada, veličina tržišta, kao i infrastrukturno uređenje sa stajališta logistike u poslovanju. Prekogranična mobilnost se u današnje vrijeme iskazuje kao nužna pretpostavka za poslovnu uspješnost trgovačkih društava, kao i uvjet za njihov opstanak na tržištu. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (UFEU) daje trgovačkim društvima slobodu poslovnog nastana, koja u skladu sa sudskom praksom Europskoga suda, pored prekograničnih spajanja, uključuje prijenos registriranog i stvarnog sjedišta društva. Također se omogućava prekogranično preoblikovanje društva, odnosno promjena pravnog oblika društva u kojem ono posluje u državi članici osnivanja u drugi pravni oblik sukladno pravu države članice useljavanja. Time su trgovačkim društvima pored poslovanja u nadnacionalnom pravnom obliku europskoga dioničkoga društva (Societas Europaea - SE), osigurani mehanizmi kojima se pojednostavnjuju, skraćuju i pojeftinjuju postupci prekograničnog restrukturiranja.

Ključne riječi: *sloboda osnivanja trgovačkih društava, stvarno sjedište društva, registrirano sjedište društva, prijenos sjedišta trgovačkog društva.*

A. ČEZMEJNI PRENOS STATUTARNEGA IN DEJANSKEGA SEDEŽA DRUŽBE

Zgolj nekaž držav izrecno normativno ureja čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe,⁶ med njimi npr. Luksemburg, Ciper in Španija,⁷ med nečlanicama tudi Švica, večina pravnih redov pa te transakcije ne predvideva. Npr. za prenos sedeža tuje družbe v Švico je treba uporabiti 161. in 162. člen švicarskega zveznega zakona

6 V tem poglavju smo izhajali iz predpostavke, da družba poleg statutarnega prenaša tudi svoj dejanski sedež, zato to v nadaljevanju ni posebej poudarjeno.

7 T. Biermeyer, T. Holtrichter, nav. delo.

o mednarodnem zasebnem pravu⁸ in 126. člen švicarske uredbe o trgovinskem registru.⁹ V skladu z določili 161. člena IPRG *se lahko tuja družba preoblikuje v družbo švicarskega prava brez likvidacije in ponovne ustanovitve, če to dopušča pravo domače države. Švicarske oblasti lahko dovolijo preoblikovanje v družbo švicarskega prava brez upoštevanja te ureditve, zlasti če to zahtevajo pomembni švicarski interesi. Po določbah 162. člena IPRG se za družbo, ki jo je treba vpisati v register, uporablja švicarsko pravo, ko ta izkaže, da je jedro svojega poslovanja prenesla v Švico in se je tudi preoblikovala v družbo po švicarskem pravu. Če se vpis v register ne zahteva, se za družbo švicarsko pravo uporablja od takrat, ko je jasno izražena volja, da se uporablja švicarsko pravo, če obstaja zadostna povezava s Švico in je izvedeno preoblikovanje po švicarskem pravu. Kapitalska družba mora pred vpisom v register z revizorjevim poročilom izkazati, da je osnovni kapital družbe skladen s švicarskim pravom. Družba mora izpolnjevati vse pogoje, da se lahko preoblikuje v eno od pravnoorganizacijskih oblik družb švicarskega prava, pri čemer je treba v skladu z določili 126. člena HRegV registru predložiti naslednje: (1) izvleček iz trgovinskega registra na lokaciji prejšnjega sedeža ali ustrezno upravno ali notarsko overjeno potrdilo o obstoju in organih te družbe; (2) javne listine o prenosu sedeža in o prilagoditvi statuta družbe švicarskemu pravu; (3) potrdilo države prejšnjega sedeža, da je prenos sedeža po pravu matične države dopusten in da proti prenosu sedeža niso bili podani ugovori; (4) potrdilo poslovodstva, da je bil prenesen tudi center poslovnih aktivnosti družbe; (5) revizorjevo poročilo za kapitalsko družbo, v katerem pooblaščen revizor potrdi, da je osnovni kapital družbe skladen s švicarsko zakonodajo; (6) dokaz, da je možna prilagoditev družbe švicarskemu pravu.*¹⁰

Kljub le redkim ureditvam čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe (*Statutenwechsel*) je Sodišče EU v zadevi *Cartesio*¹¹ (*obiter dictum*) ter v zadevi *VALE*¹² sprejelo stališče, da je treba družbam na podlagi določb členov 49 in 54 PDEU dopuščati prenos statutarnega sedeža v drugo državo članico, če se ob tem preoblikujejo v družbo po pravu države članice gostiteljice. Pojasniti je treba, da je v tem in naslednjem poglavju obravnavan prenos sedeža družbe na način, ko npr. avstrijska d.o.o. prenese svoj sedež v Nemčijo in se preoblikuje v nemško d.o.o. – torej ohrani primerljivo pravnoorganizacijsko obliko, le da prevzame pravno ureditev države članice gostiteljice. Domača država članica in država članica gostiteljica ob tem ne smeta zahtevati prenehanja družbe v domači državi članici

8 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG, 18. 12. 1987, 291 s spremembami; dostopen je na spletni strani: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/291.de.pdf>.

9 Handelsregisterverordnung – HRegV, 17. 10. 2007, 221.411 s spremembami, dostopna je na spletni strani: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/221.411.de.pdf>.

10 Glej navodilo za uporabo določb pri prenosu sedeža tuje družbe v Švico kantona Zug, ki je dostopno na spletni strani: <http://www.zug.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaetter/merkblaetter-allgemein>.

11 Zadeva C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt, 16. 12. 2008, ZOdl. 2008, str. 9641.

12 Zadeva C-378/10, *VALE Építési kft*, 12. 7. 2012, še neobjavljeno.

in njene ponovne ustanovitve v državi članici gostiteljici.¹³ Bistvenega pomena je okoliščina, da se s tem družbam ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža omogoči kontinuirano poslovanje. Ustanovitev družbe je sicer lahko izključno rezultat prava domače države članice (kot je Sodišče EU odločilo v zadevah *Daily Mail*,¹⁴ *Cartesio*¹⁵ in *VALE*),¹⁶ a navezne okoliščine iz člena 54 PDEU so namenjene vzpostavitvi vezi med družbo in EU.¹⁷ Odtlej gre za družbo po pravu EU, pri čemer je za izgubo njene pravne subjektivitete treba upoštevati tudi pravo EU – to pa načeloma varuje kontinuiran obstoj družb (glej člen 22 Tretje direktive,¹⁸ člen 19 Šeste direktive¹⁹ in člen 17 Desete direktive²⁰).²¹

Za prenos statutarnega sedeža torej ni treba uporabiti splošnih pravilih korporacijskega (postopek likvidacije in ponovne ustanovitve družbe) in obligacijskega prava (predvsem je kot velika ovira praviloma predvideno soglasje upnikov k novemu dolžniku) – ta pravila ne omogočajo kontinuiranega obstoja družbe in povzročajo nemalo težav zaradi kompleksnih, zamudnih in cenovno neugodnih postopkov, ki jih je treba izvesti. Premoženje družbe se namreč ob uporabi splošnih pravil (ko torej ne pride do preoblikovanja in ohranjanja identitete družbe, ki čezmejno prenaša svoj statutarni sedež, v družbo po pravu države članice gostiteljice) na novo družbo v državi članici gostiteljici prenaša po poti singularne sukcesije, ki predpostavlja prenos po načelu *cum titulus et modus acquirendi*.

Glede čezmejnega prenosa sedeža družbe v državah članicah je Sodišče EU ob zapovedi dopuščanja čezmejnega prenosa statutarnega sedeža vnaprej predvidelo dve dopusti omejitvi, in sicer: (1) matična država članica lahko omejuje čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, v kolikor je to upravičeno z nujnimi razlogi v splošnem interesu²² (kot so npr. varstvo upnikov, delavcev, manjšinskih družbenikov, davčnih interesov in pravnega prometa), in (2) čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe je dopusten le v primeru, če je dopusten po pravu države članice gostiteljice.²³ Država članica gostiteljica torej v zvezi z dopustitvijo čezmejnega prenosa statutarnega sedeža nima možnosti izbire, ima pa nekaj

13 Glej točke 111 do 113 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41 in 50 sodbe v zadevi *VALE*.

14 Zadeva 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27. 9. 1988, ZOdl. 1988, str. 5483, točka 19.

15 Glej točko 104 sodbe v zadevi *Cartesio*.

16 Glej točko 27 sodbe v zadevi *VALE*.

17 A. W. Wiśniewski, A. Opalski, nav. delo, str. 606.

18 Tretja direktiva Sveta 78/855/EGS z dne 9. 10. 1978 o združitvi delniških družb v državah članicah, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, Ur. l. EU, L 295, 20. 10. 1978, str. 36-43.

19 Šesta direktiva Sveta 82/891/EGS z dne 17. 12. 1982 o delitvi delniških družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, Ur. l. EU, L 378, 31. 12. 1982, str. 47-54.

20 Deseta direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/56/ES z dne 26. 10. 2005 o čezmejnih združitvah kapitalskih družb, Ur. l. EU, L 310, 25. 11. 2005, str. 1-9.

21 A. W. Wiśniewski, A. Opalski, nav. delo, str. 607, 610.

22 Glej točki 112 in 113 sodbe v zadevi *Cartesio*.

23 Glej točko 112 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41, 50 in 56 sodbe v zadevi *VALE*.

manevrskega prostora pri določanju pogojev in samega postopka za priselitev statutarnega sedeža družbe iz druge države članice.²⁴ Lahko npr. določi, v kolikem času je treba registru družb predložiti ustrezno dokumentacijo, lahko določi, da mora družba v drugi državi članici počakati z izbrisom iz registra družb vse do preoblikovanja v pravnoorganizacijsko obliko družbe oziroma do vpisa družbe v register v državi članici gostiteljici.²⁵ Prav tako lahko določi, da ima vpis v njen register družb konstitutivni učinek za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, saj bo šele od tega trenutka naprej za preseljeno družbo merodajno pravo države članice gostiteljice.²⁶

Za dopustnost čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe ni treba poprej sprejeti (in posledično v nacionalne zakonodaje držav članic implementirati) Štirinajste direktive s področja prava družb, ki bi uskladila ureditve držav članic glede čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe. Sekundarni akt na ravni EU namreč ni predpogoj za to, da bi se na tej podlagi omogočal čezmejni prenos statutarnega sedeža. Štirinajsta direktiva bi to transakcijo zgolj olajšala, dopuščati pa jo je treba že na podlagi določb PDEU o pravici do svobodnega ustanavljanja.²⁷ Podobno stališče je Sodišče EU sprejelo v zadevi *SEVIC*²⁸ v zvezi z Deseto direktivo.²⁹ Dopustne omejitve tega vidika svobode ustanavljanja v skladu s sodno prakso Sodišča EU pa utegnejo družbe odvracati od čezmejnega prenosa statutarnega sedeža, pri čemer bi tudi države članice lahko imele nemalo težav pri izvedbi teh preoblikovanj. Zaradi zagotovitve pravne varnosti na področju pravice do svobodnega ustanavljanja po poti čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe se je treba še naprej odločno zavzemati za sprejem Štirinajste direktive.³⁰ Direktiva bi poenostavila in pospešila postopek čezmejnega prenosa statutarnega sedeža ter znižala stroške družbam, ki ta cilj dosegajo z ustanovitvijo SE ali po poti čezmejnih združitvev. Evropska komisija je napovedala, da bo v letošnjem letu (2013) opravila posvetovanja in posodobila oceno o iniciativi za ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe.³¹

24 L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 328.

25 Glej tudi točke 52, 54, 55 in 59 sodbe v zadevi *VALE*.

26 L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 330.

27 Glej točko 38 sodbe v zadevi *VALE*.

28 Opomba 5, točka 26.

29 Glej točke 24 do 31 sodbe v zadevi *VALE*. Tako tudi L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 326-327.

30 Za normativno ureditev čezmejnega prenosa sedeža na ravni EU so se med drugimi v pravni literaturi zavzeli: J. Lau Hansen, nav. delo, str. 15, S. Rammeloo, nav. delo, str. 588, J. E. Antunes et al., nav. delo, str. 18, W. Cains, nav. delo, str. 578, C. Winkler, nav. delo (2010), str. I-297, 298, A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 53, 55, A. Johnston, P. Syrpis, nav. delo, str. 401, J. Hojnik, nav. delo, str. 29.

31 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM(2012) 740/2, Bruselj, 12. 12. 2012, str. 12.

V sedanjih okoliščinah bi morala družba z namero po čezmejnem prenosu statutarnega sedeža oziroma registrski organ pri izvedbi vpisa te transakcije v sodni register v skladu z odločbo Sodišča EU v zadevi *Cartesio*³² za vprašanja izvedbe prenosa sedeža smiselno uporabiti določbe Uredbe SE³³ (člen 8) o prenosu sedeža SE oziroma določbe nacionalne zakonodaje posamezne države članice, ki le-te dopolnjujejo. V zadevi *Cartesio* je namreč Sodišče EU v primeru odsotnosti nacionalnih ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe napotilo na smiselno uporabo (med drugim) določil Uredbe SE o prenosu sedeža SE. V primeru čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v drugo državo članico, pri čemer bi družba ohranila primerljivo pravnoorganizacijsko obliko (npr. nemška d.o.o. v avstrijsko d.o.o.), bi morala družba v domači državi članici izpolniti vse zakonske pogoje za prenos sedeža v skladu s členom 8 Uredbe SE in določili nacionalne zakonodaje, ki le-te dopolnjujejo. Organ vodenja družbe bi moral tako pripraviti predlog prenosa sedeža ter ga objaviti, prav tako bi moral pripraviti poročilo z utemeljitvijo o pravnih in ekonomskih vidikih prenosa statutarnega sedeža družbe ter pojasniti o posledicah za delničarje, upnike in zaposlene v družbi. V skladu z nacionalno zakonodajo domače države članice bi se presojale zahteve za odločanje skupščine o sprejemu odločitve za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, prav tako bi se s to nacionalno zakonodajo zagotavljalo varstvo manjšinskih družbenikov, ki se ne bi strinjali s čezmejnim prenosom statutarnega sedeža družbe, in varstvo upnikov družbe. Organ vodenja družbe bi moral predlagati vpis namere prenosa sedeža družbe v sodni register domače države članice. Registrski organ bi moral preizkusiti, ali so bila v zvezi s čezmejnim prenosom sedeža družbe pravilno opravljena vsa predpisana pravna opravila, ali so bile izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravic manjšinskih delničarjev in upnikov.

V skladu z določili Uredbe SE družba ne sme prenesti statutarnega sedeža, če je proti njej uveden postopek prenehanja ali prisilne poravnave. Ob ugotovitvi, da so bile v domači državi članici pravilno izpolnjene vse zahteve, ki so za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe določene v nacionalni zakonodaji domače države članice, bi registrski organ vpisal namero prenosa sedeža te družbe ter izdal potrdilo o izvedenih dejanjih in formalnostih, ki jih je treba opraviti pred prenosom. Prav tako bi bilo treba v register vpisati novi sedež družbe in register, pri katerem bi bila družba vpisana v državi članici gostiteljici. Organ vodenja družbe bi moral nato predlagati vpis čezmejnega prenosa statutarnega sedeža te družbe v državi članici gostiteljici. Registrski organ v državi članici gostiteljici bi na podlagi zgoraj omenjenega potrdila domače države članice in po preučitvi, ali so bile tudi v državi članici gostiteljici izpolnjene zahteve za vpis v register, vpisal prenos sedeža družbe ter po vpisu po uradni dolžnosti o tem vpisu obvestil registrski organ domače države članice. Ta bi moral po prejemu obvestila o vpisu čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v register v državi članici gostiteljici po uradni dolžnosti vpisati izbris družbe iz registra (domače države članice).

32 Glej točko 120 sodbe v zadevi *Cartesio*.

33 Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu evropske družbe (SE), Ur. l. EU, L 294, 10. 11. 2001, str. 1-21.

Ob tem je treba dodati, da bi moralo biti pri čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe tudi delavcem zagotovljeno ustrezno varstvo, in sicer v skladu z Direktivo SE,³⁴ katere določbe je bilo treba implementirati v nacionalne zakonodaje držav članic. Ureditev zaščite delavcev pri tovrstnih čezmejnih transakcijah stremi predvsem k zagotovitvi njihovega enakega položaja pred in po uresničeni pravici družbe do prostega ustanavljanja (*before and after principle*).³⁵ Glede na odsotnost sekundarne zakonodaje, ki bi na ravni EU urejala čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, bi lahko domača država članica zahtevala, da družba po prenosu sedeža obdrži enako raven sodelovanja delavcev pri upravljanju tudi po preoblikovanju v državi članici gostiteljici, a bi bilo brez pravne podlage težavno k temu zavezati državo članico gostiteljico.³⁶

B. ČEZMEJNI PRENOS ZGOLJ STATUTARNEGA SEDEŽA DRUŽBE

Pomisleke vzbujajo izvedba čezmejne transakcije, ko bi si družba izbrala najbolj ugodno pravno ureditev in bi v ciljno državo članico prenesla svoj statutarni sedež (torej bi odtlej pripadala pravu države članice gostiteljice), ne pa tudi dejanskega. Po mnenju večine avtorjev pravica do svobodnega ustanavljanja v državah članicah ne pokriva prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.³⁷ Načelu teritorialne skladnosti sedeža družbe sicer sledi tudi Uredba SE (člen 7), v zvezi z morebitno spremembo ureditve in splošnim stališčem glede tega vprašanja na ravni EU pa razprave segajo v obe skrajni točki – že vrsto let v resolucijah, normativnih predlogih in aktih ni soglasja glede načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Prvi predlog Štirinajste direktive iz leta 1997 je dopuščal le sočasen čezmejni prenos statutarnega in dejanskega sedeža družbe.³⁸ Nato je Evropski parlament v resoluciji o čezmejnih prenosih sedežev družb iz leta 2009³⁹ navedel drzno (diametralno nasprotno) stališče, da pravilo, po katerem mora družba ohraniti svoj dejanski in statutarni sedež v isti državi članici, nasprotuje sodni praksi Sodišča EU o svobodi ustanavljanja in zato krši pravo EU (točka G). Konec leta 2011 so se z navedbami v Osnutku poročila Evropskega parlamenta s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb⁴⁰ zamislili o ureditvi obravnavane

34 Direktiva Sveta 2001/86/ES z dne 8. 10. 2001 o dopolnitvi Statuta evropske družbe glede udeležbe delavcev, Ur. l. EU, L 294, 10. 11. 2001, str. 22-32.

35 Glej točko 18 uvodnih določb k direktivi.

36 J. Lau Hansen, nav. delo, str. 14.

37 C. Winkler, nav. delo (2010), str. I-296, in v opombi 37 nav. dela (Ringe, Adensamer, Leible/Hoffmann).

38 M. Szydło, nav. delo, str. 441, kjer se sklicuje na R. R. Drury, Migrating companies, European Law Review, št. 24/1999, str. 363 in naslednje (opomba 64).

39 Resolucija Evropskega parlamenta z dne 10. 3. 2009 s priporočili Komisije o čezmejnih prenosih sedežev družb (2008/2196(INI)), P6_TA(2009)0086, Ur. l. EU, št. C 87E, 1. 4. 2010, str. 5.

40 Osnutek poročila Evropskega parlamenta s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb z dne 27. 9. 2011 (2011/2046 (INI),

problematike vrnilo k prvotnemu strogemu predlogu o teritorialni skladnosti sedeža družbe. Navsezadnje Resolucija o Štirinajsti direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb z dne 2. 2. 2012⁴¹ dilemo »rešuje« na tak način, da jo prepušča ureditvi držav članic. V pravni literaturi je zaslediti stališče, da je vztrajanje pri načelu teritorialne skladnosti sedeža (sicer za evropsko zasebno družbo – *Societas Privata Europaea* – SPE) »skrajno zastarelo (če ne absurdno)« za enotni trg EU, ki je bil vendarle oblikovan z namenom omogočanja svobodne čezmejne mobilnosti družb.⁴² Sodišče EU se o tem vprašanju še ni izreklo, vendar je v pravni literaturi zaslediti stališče, da zadeva *Cartesio* nakazuje na dopustnost čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.⁴³

Pri čezmejnem prenosu zgolj statutarnega sedeža družbe se z vidika domače države članice, ki bi družbi želela preprečiti tak prenos, vzbudi pomislek, na kakšen način bi ta preverjala, ali bo družba ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža na ozemlje države članice gostiteljice prenesla tudi svoj dejanski sedež. Ko bi bil prenos statutarnega sedeža v državi članici gostiteljici že vpisan v register, pa domača država članica (izselitve) ne bi imela več nobenih ugovorov – družba iz druge države članice bi namreč imela na njenem ozemlju zgolj dejanski sedež. V tem primeru bi šlo za enak položaj kot v zadevah *Centros*,⁴⁴ *Überseering*⁴⁵ in *Inspire Art*,⁴⁶ tj. za priselitev dejanskega sedeža družbe, ki ga morajo vse države članice gostiteljice (v tem primeru je to prejšnja domača država članica) tolerirati.⁴⁷ V skladu z navedenim bi morala domača država članica domačim družbam dopuščati čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža, ne glede na to, da morebiti sprejema teorijo dejanskega sedeža. Tako bi družba v domači državi članici ohranila dejanski sedež, sicer pa bi odtlej pripadala državi članici gostiteljici. Samo ta je, npr. ob sprejemanju teorije dejanskega sedeža za domače družbe, upravičena od priseljene družbe zahtevati, da poleg statutarnega sedeža na njeno ozemlje prenese tudi dejanski sedež.

Pomisleke o dopustnosti čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe vzbujajo zadeva *Cadbury Schweppes*,⁴⁸ v kateri je Sodišče EU obrazložilo, da pojem

dostopen na spletni strani: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/pr/878/878519/878519sl.pdf.

41 Resolucija Evropskega parlamenta z dne 2. 2. 2012 s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb, 2011/2046(INI), dostopna je na spletni strani: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0008+0+DOC+XML+V0//SL>.

42 C. Winkler, nav. delo (2012), str. 35.

43 L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1099.

44 Zadeva C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9. 3. 1999, ZOdl. 1999, str. I-1459.

45 Zadeva C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 5. 11. 2002, ZOdl. 2002, str. I-9919.

46 Zadeva C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, 30. 9. 2003, ZOdl. 2003, str. I-10155.

47 A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 58.

48 Zadeva C-196/04, *Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd proti Commissioners of Inland Revenue*, 12. 9. 2006, ZOdl. 2006, str. I-7995.

ustanavljanja predpostavlja resnično namestitev družbe v državi članici gostiteljici in opravljanje dejanske ekonomske aktivnosti v tej državi.⁴⁹ Z vidika omenjene odločitve Sodišča EU so torej vprašljivi primeri, ko družba v drugo državo članico prenese svoj statutarni sedež, a je v državi članici gostiteljici prisotna samo z naslovom oziroma poštanim nabiralnikom ali telefonskim priključkom (s preusmeritvijo klicev v državo članico dejanskega sedeža družbe).⁵⁰ To namreč ne kaže na dejansko (stalno in kontinuirano) ekonomsko integracijo družbe v državi članici gostiteljici.⁵¹ A sodna praksa Sodišča EU je glede upravičenosti sklicevanja na določila o svobodi ustanavljanja precej nejasna. Medtem ko je Sodišče EU s sodbami v zadevah *Segers*,⁵² *Centros*⁵³ in *Inspire Art*⁵⁴ to svoboščino razlagalo ekstenzivno, jo je z odločitvijo v zadevi *Cadbury Schweppes*⁵⁵ nekoliko ožilo. Posledično ni povsem jasno razlikovanje med nedopustnim izogibanjem nacionalni zakonodaji in zakonito izbiro med različnimi pravnimi ureditvami v državah članicah.⁵⁶ Tudi po odločitvi v zadevi *VALE* je v pravni doktrini zaslediti kritično stališče, da »bo popolna svoboda ustanavljanja žrtvovana z namenom Sodišča EU prikazati videz konsistentnosti več svojih nasprotujočih si odločitev,« zato bi bilo treba nejasnosti in nedoslednosti odpraviti s sekundarno zakonodajo na ravni EU.⁵⁷

Vprašanje je torej, ali mora domača država članica zaradi svobode ustanavljanja res brezpogojno tolerirati umetno dodelitev družbe državi članici gostiteljici in njenemu pravu.⁵⁸ Sprejemljivo je stališče, da se je v zadevi *Cadbury Schweppes* na svobodo ustanavljanja sklicevala družba zoper domačo državo članico, pri čemer v državi članici gostiteljici ni uresničevala pravice do svobodnega ustanavljanja, zato je bila domača država članica upravičena omejevati to pravico.⁵⁹ Okoliščine v zadevah *Centros* in *Inspire Art* pa so bile ravno obratne – na svobodo

49 Glej točki 51 in 54 sodbe v zadevi *Cadbury Schweppes*.

50 M. Szydło, nav. delo, str. 423, ki se sklicuje na K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II, Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2006, str. 186 (opomba 28).

51 Prav tam.

52 Zadeva 79/85, D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank, 10. 7. 1986, ZOdl. 1986, str. 2375, točka 16.

53 Glej točke 18, 25 in 29.

54 Glej točke 95, 96 in 105.

55 Glej točke 51, 52 in 54.

56 A. Johnston, P. Syrpis, nav. delo, str. 389. Podobno S. Rammeloo, nav. delo, str. 583: »There is, however, no hard and fast answer to the question when, alongside the registration office, a company's minimum contacts with the host state are deemed as sufficient to invoke freedom of establishment.«

57 »It appears that completely unbridled freedom of establishment will be sacrificed in order for the Court to salvage a semblance of consistency from a number of contradictory judgments. In particular, it is unlikely that CJEU will develop the case law to its fullest logical conclusions – which would be to do away with the real seat theory in its entirety – as this would contradict case law that has been confirmed repeatedly by the Court,« tako J. Borg-Barthet, nav. delo, str. 505.

58 G. H. Roth, nav. delo, str. 611.

59 Primerjaj L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1105-1106.

ustanavljanja sta se sklicevali družbi zoper državo članico gostiteljico, pri čemer sta v tej državi članici uresničevali pravico do svobodnega ustanavljanja in jima je ta zato ni bila upravičena omejevati.⁶⁰

Družba je s tem, ko je dejanski sedež ohranila v domači državi članici, statutarnega pa prenesla v državo članico gostiteljico, s slednjo vzpostavila pomembno vez in pridobila čezmejno dimenzijo, zato je v skladu z odločitvama Sodišča EU v zadevah *Centros* in *Inspire Art* treba ta položaj presojati v luči pravice do svobodnega ustanavljanja.⁶¹ Njen doseg namreč ne predpostavlja opravljanja ekonomskih aktivnosti v vsaj dveh državah članicah.⁶² Če bi sprejeli stališče, da lahko domače države članice prepovejo prenos zgolj statutarnega sedeža družbe v primeru, ko ta nima namena vzpostaviti nobene ekonomske vezi z državo članico gostiteljico in torej glede na zadevo *Cadbury Schweppes* morebiti ne gre za uresničevanje svobode ustanavljanja, se ponovno vzbudi pomislek, kako naj domača država članica to preverja. Poleg tega iz zgoraj citiranih razprav o zadevi *Cadbury Schweppes* v pravni literaturi izhaja, da lahko pravico do svobodnega ustanavljanja zaradi odsotnosti ekonomske integracije družbe omejuje zgolj domača država članica (to je po prenosu statutarnega sedeža država članica gostiteljica).

Ob nadaljnjem razmisleku glede dopustnosti zgolj prenosa statutarnega (ne pa tudi dejanskega) sedeža družbe si lahko zamislimo primer, ko ima družba cilj čezmejno prenesti statutarni sedež ob hkratnem namenu opravljanja dela svojih poslovnih aktivnosti v državi članici gostiteljici, pri čemer želi ohraniti dejanski sedež v domači državi članici (izselitve).⁶³ Opravljanje ekonomske aktivnosti v državi članici gostiteljici, pri čemer sicer ne gre za dejanski sedež družbe, pomeni (zadostno) dejansko ekonomsko vez z državo članico gostiteljico. Le država članica gostiteljica lahko od priseljene družbe v skladu z odločitvami Sodišča EU v zadevah *Daily Mail*,⁶⁴ *Cartesio*⁶⁵ in *VALE*⁶⁶ (torej prav tako v primeru podanih nujnih razlogov v splošnem interesu) zahteva sočasno priselitev dejanskega sedeža družbe na njeno ozemlje. Navsezadnje pa bi lahko domača družba zgolj statutarni sedež prenesla po poti čezmejne združitve – v državi članici gostiteljici bi ustanovila družbo, ta pa bi ustanoviteljico v naslednjem koraku prevzela (družba hčera bi prevzela družbo mater – *downstream merger*).⁶⁷ Zato transakcije ne kaže preprečevati, saj se lahko enak cilj doseže na drug način, le da je ta kompleksnejši, zamudnejši in dražji. Treba pa je preprečevati zlorabe, ki lahko sledijo takšnemu čezmejnemu prenosu statutarnega sedeža družbe, a z drugimi ukrepi.

60 Primerjaj prav tam.

61 M. Szydło, nav. delo, str. 423.

62 Prav tam, str. 424.

63 Tudi A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 72.

64 Glej točko 19 sodbe v zadevi *Daily Mail*.

65 Glej točko 104 sodbe v zadevi *Cartesio*.

66 Glej točko 27 sodbe v zadevi *VALE*.

67 Tako tudi G.-J. Vossestein, nav. delo, str. 60. Glej tudi zadeva C-378/10, *VALE Építési kft*, Sklepni predlogi generalnega pravobranilca – Niil Jääskinen – 15. 12. 2011, še neobjavljeno, točka 35.

Družbe morajo torej izpolnjevati pogoj navezne okoliščine po pravu države članice gostiteljice – v državah članicah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve, bo to pomenilo, da morajo družbe prenesti svoj statutarni sedež, v državah članicah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa bodo morale družbe praviloma prenesti (tudi) dejanski sedež družbe.⁶⁸ Vendar zgolj prenos statutarnega sedeža družbe morebiti glede na zadevo *Cadbury Schweppes* ne bi zadostoval, ker pri tem ne gre za uresničevanje pravice do svobodnega ustanavljanja.⁶⁹ Sodišče EU torej v zadevi *VALE* ni odgovorilo na odločilno dilemo, kolikšna mora biti stopnja ekonomske aktivnosti, da ne gre za čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža družbe.⁷⁰ To ni relevantno le v primeru čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe, temveč tudi v primeru, ko se v državi članici gostiteljici ustanovi nova družba, ki izide iz čezmejne spojitve oziroma ima prevzemna družba, ki izide iz čezmejne pripojitve, sedež v državi članici gostiteljici. V uvodnih pojasnilih Desete direktive je v točki 11 določeno, da »ta direktiva ne posega v zakonodajo držav članic, s katero se zahtevajo informacije o predlaganem kraju glavne uprave ali opravljanju glavne dejavnosti družbe, nastale s čezmejno združitvijo.« To pomeni, da mora imeti družba, ki izide iz čezmejne združitve, v državi članici gostiteljici, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža, na njenem ozemlju tudi dejanski sedež. V državi članici prevzete družbe lahko prevzemna oziroma novoustanovljena družba ohrani poslovno enoto družbe, ne sme pa imeti tam svojega dejanskega sedeža.

Ob tem velja opozoriti na različna položaja pri čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe in pri čezmejnih združitvah. V obeh primerih se izbris iz registra družb domače države članice opravi (a) ob smiselni uporabi določil Uredbe SE šele po vpisu prenosa statutarnega sedeža družbe v register družb v državi članici gostiteljici oziroma (b1) šele po vpisu ustanovitve družbe, ki je izšla iz čezmejne združitve, v register družb v državi članici nove družbe ali (b2) čezmejne združitve v register družb v državi članici prevzemne družbe. Vendar gre pri prenosu statutarnega sedeža družbe za ohranjanje identitete družbe – družba v državi članici gostiteljici je še vedno isti subjekt kot pred selitvijo v domači državi članici, medtem ko gre pri čezmejnih združitvah za univerzalno pravno nasledstvo, in sicer (1) nova družba, ki je izšla iz čezmejne združitve, je univerzalna pravna naslednica družb, ki so se čezmejno spojile, (2) prevzemna družba pa je univerzalna pravna naslednica (prevzetih) družb, ki so bile prevzete po poti čezmejne pripojitve.

C. ČEZMEJNO FORMALNO STATUSNO PREOBLIKOVANJE DRUŽBE

V tem poglavju je obravnavano čezmejno prestrukturiranje družbe, ki poleg spremembe pravne pripadnosti družbe (torej spremembe prava, ki je merodajno za družbin nadaljnji obstoj – preselitve statutarnega sedeža družbe – *Statutenwechsel*)

68 T. Biermeyer, nav. delo, str. 586.

69 Glej točki 51 in 54 sodbe v zadevi *Cadbury Schweppes*.

70 T. Biermeyer, nav. delo, str. 587.

vključuje tudi spremembo pravnoorganizacijske oblike družbe (*Formwechsel*), npr. avstrijska d.o.o. namerava prenesti svoj statutarni sedeža v Nemčijo in se ob tem preoblikovati v nemško d.d. Gre za t. im. *crossover*⁷¹ operacije, pri čemer Sodišče EU o tovrstnem čezmejnem prestrukturiranju še ni odločalo. V skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *Cartesio* bi bilo za preoblikovanje družbe v drugo pravnoorganizacijsko obliko po pravu države članice gostiteljice poleg določb, ki jih je treba uporabiti za prenos statutarnega sedeža družbe (kot je bilo obrazloženo zgoraj) v skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *VALE* uporabiti tudi nacionalno ureditev formalnih statusnih preoblikovanj obeh udeleženi državi članici (ob predpostavki, da so ta za njihove domače družbe urejena tudi v državi članici gostiteljici).⁷² Najprej bi bilo torej treba izpolniti vse zahteve, ki se po pravu domače države članice zahtevajo v primeru preoblikovanja domače d.o.o. v domačo d.d., potem bi bilo treba upoštevati določila za prenos statutarnega sedeža v domači državi članici in v državi članici gostiteljici, nato pa bi bilo treba izpolniti še vse pogoje, ki jih za ustanovitev d.o.o. določa država članica gostiteljica. To bi po naši oceni zadostilo zahtevi Sodišča EU, ki jo je sprejelo v zadevi *VALE*, v skladu s katero je potrebna zaporedna uporaba obeh nacionalnih zakonodaj držav članic.⁷³ Nujna je povezava med postopkom vpisa (namere za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe in preoblikovanje v drugo pravnoorganizacijsko obliko po pravu države članice gostiteljice in potem izbrisa družbe) v register v domači državi članici in postopkom vpisa (priselitve statutarnega sedeža družbe in preoblikovanja v družbo po pravu države članice gostiteljice) v register v državi članici gostiteljici. Postopek vpisa v register v državi članici gostiteljici ureja pravo te države, ki načeloma določa tudi dokaze, s katerimi družba potrjuje izpolnjevanje pogojev, ki so skladi s pravom EU in se v zvezi s tem zahtevajo v domači državi članici.⁷⁴

Ne bi pa bilo treba zahtevati tudi izpolnjevanja zahtev, ki jih za preoblikovanje iz d.o.o. v d.d. določa država članica gostiteljica, temveč zgolj izpolnjevanje pogojev za ustanovitev d.d. po pravu države članice gostiteljice. Varstvo manjšinskih družbenikov in upnikov, ki je potrebno zaradi preoblikovanja d.o.o. v d.d., je treba zagotavljati le v skladu s pravom domače države članice. Družbeniki in upniki so namreč udeleženi v korporacijskem oziroma obligacijskem razmerju z družbo domače države članice in so se lahko zanesli, da se jim bo ob morebitnem preoblikovanju v d.d. zagotavljalo varstvo v skladu z določili domačega prava, ne pa tudi varstvo v skladu s pravom države članice gostiteljice, četudi bi bilo to morebiti ugodnejše za njih. Ker gre za čezmejno prestrukturiranje, bi jim bilo treba zagotoviti tudi varstvo zaradi prenosa statutarnega sedeža družbe, ki je predvideno po pravu obeh udeleženi državi članici (ob odsotnosti posebnih nacionalnih določil to pomeni ob smiselni uporabi določil Uredbe SE). V državi članici gostiteljici pa

71 Tako čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe ob hkratni spremembi pravnoorganizacijske oblike poimenuje S. Rammeloo, nav. delo.

72 Glej točko 43 sodbe v zadevi *VALE*.

73 Glej točki 37 in 44 sodbe v zadevi *VALE* in točko 27 sodbe v zadevi *SEVIC*.

74 Glej točko 59 sodbe v zadevi *VALE*.

bi torej zadostovalo zgolj izpolnjevanje pogojev za ustanovitev družbe v želeni pravnoorganizacijski obliki po pravu države članice gostiteljice. Če ta v svoji nacionalni ureditvi za domače družbe ne predvideva dopustnosti formalnega statusnega preoblikovanja – spremembe pravnoorganizacijske oblike, ji tudi takega čezmejnega prestrukturiranja ni treba dopuščati. Čeprav teh določb nacionalne zakonodaje ob čezmejni spremembi pravnoorganizacijske oblike ni treba uporabiti za zaščito družbenikov ali upnikov družbe, je torej obstoj ureditve pomemben – le v primeru, da država članica dopušča formalna statusna preoblikovanja za domače družbe, jih mora dopuščati tudi za družbe iz drugih držav članic.⁷⁵

Poudariti velja, da se ureditve statusnih preoblikovanj med državami članicami razlikujejo. Materialna statusna preoblikovanja so v večjem delu na ravni EU primerljivo urejena, saj so morale države članice v svoje nacionalne zakonodaje implementirati Tretjo direktivo, ki ureja notranje združitve, ter Deseto direktivo, ki ureja čezmejne združitve. Na področju delitev so morale v svoje ureditve, v kolikor so se odločile za dopustnost tovrstnih preoblikovanj, prenesti Šesto direktivo. Formalna statusna preoblikovanja, ki so namenjena spremembi pravnoorganizacijske oblike družbe in s tem statusnopravne ureditve, ki naj se odtlej uporablja za družbo, pa na ravni EU niso urejena, zato se normativne rešitve med posameznimi državami članicami zelo razlikujejo.⁷⁶ V pravni literaturi se je ocenjevalo, da sprejetja direktive na tem področju niti ni pričakovati.⁷⁷ Ureditev formalnih statusnih preoblikovanj v slovenskem in nemškem pravu,⁷⁸ pa tudi v Uredbi SE⁷⁹ temelji na načelu ohranjanja identitete, vendar pa vsi pravni redi ne dopuščajo preoblikovanj na tem temelju. Enake učinke dosegajo z uporabo drugih pravnih institutov, predvsem v povezavi s prenašanjem pravic, obveznosti in pravnih razmerij nosilca podjetja, ki se preoblikuje, po poti bodisi univerzalne (npr. Madžarska) bodisi singularne sukcesije, v povezavi z njegovim prenehanjem.⁸⁰ Četudi je bilo v zadevi *Cartesio* sprejeto stališče, da se od družb, ki stremijo k čezmejnemu prenosu statutarnega (in dejanskega) sedeža, praviloma ne sme zahtevati likvidacije v domači državi članici in ponovne ustanovitve v državi članici gostiteljici, je treba torej ob tem upoštevati, da nekatere države članice dopuščajo preoblikovanje družbe samo na tak način, da se ustanovi nova družba, na katero se potem prenesejo vsa sredstva in obveznosti do virov sredstev po poti univerzalnega pravnega nasledstva (npr. Nizozemska je tak sistem določala do leta 1992).⁸¹

75 Glej z *argumentum a contrario* sodbo v zadevi *SEVIC*, točki 22 in 23, in sodbo v zadevi *VALE*, točki 36 in 41. Glej tudi G. C. Van Eck, E. R. Roelofs, nav. delo, str. 322-323.

76 Več S. Prelič v M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 837-859.

77 Prav tam, str. 836, kjer se sklicuje na Grünwald, Die gesellschaftsrechtlichen Umwandlungsrichtlinien in den Europäischen Union, zbornik Posch 1996, str. 41.

78 Več prav tam, str. 848-857.

79 Glej preoblikovanje obstoječe d.d. v SE (člen 37 Uredbe SE) in preoblikovanje SE v d.d. (člen 66 Uredbe SE).

80 S. Prelič v M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 837.

81 T. Biermeyer, T. Holtrichter, glej opombo 18, kjer se sklicujeta na L. Verstappen, Rechtsopvolging onder algemene titel (1996), str. 42.

Madžarsko nacionalno pravo določa, da lahko družba nastane tudi s preoblikovanjem – s spremembo pravnoorganizacijske oblike, z združitvijo ali delitvijo.⁸² D.o.o. se npr. lahko preoblikuje v d.d., pri čemer s tako spremembo nastane nova pravna oseba, univerzalna pravna naslednica preoblikovane družbe, slednja pa v trenutku preoblikovanja izgubi svojo pravno sposobnost.⁸³ V skladu z nacionalnim pravom je prav tako dopustno, da družba prenese svoj sedež znotraj državnih meja in obenem spremeni pravnoorganizacijsko obliko (gre za eno operacijo).⁸⁴ V Avstriji je normativno urejeno preoblikovanje kapitalske družbe v drugo kapitalsko družbo po načelu ohranjanja identitete, sodišča pa na tem temelju prav tako dopuščajo preoblikovanje osebne družbe v drugo osebno družbo. Pri preoblikovanju osebne družbe v kapitalsko se podjetje osebne družbe kot stvarni vložek po poti singularne sukcesije vloži v (novo ali že obstoječo) kapitalsko družbo, osebna družba pa potem preneha brez likvidacije. Pri preoblikovanju kapitalske družbe v osebno pa premoženje kapitalske družbe preide po pravilih o univerzalnem pravnem nasledstvu (ki sicer veljajo za materialna statusna preoblikovanja) na novoustanovljeno osebno družbo, kapitalska družba pa preneha brez likvidacije. Razlog za razlikovanje med različnimi oblikami preoblikovanj je v splošni konceptualni zasnovi statusa družb – avstrijsko pravo namreč osebnim družbam ne priznava statusa pravne osebe. To pomeni, da osebne družbe niso nosilke pravic in obveznosti v pravnem prometu, temveč so to njihovi družbeniki. Zato je preoblikovanje kapitalske družbe v osebno, ne da bi se hkrati spremenil razpolagalni režim na premoženju družbe, neizvedljivo.⁸⁵

Na splošno pa danes večinoma vse države članice dopuščajo formalna statusna preoblikovanja domačih družb,⁸⁶ pri čemer ne zahtevajo likvidacije družbe in nato njene ponovne ustanovitve (torej se sledi temeljnemu načelu ohranjanja

82 A gazdasági társaságokról szóló 2006. évi IV. törvény, madžarski Zakon št. IV iz leta 2006 o gospodarskih družbah (madžarski ZGD). Delovna različica v angleškem jeziku je dostopna na naslednji spletni stani: <https://hirkozpont.magyarorszag.hu/srv/letolt?id=943058&lang=hu>. Glej tretji odstavek 3. člena.

83 Glej prvi odstavek 70. člena madžarskega ZGD in tretji odstavek 57. člena A cégnyilvánosságról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról szóló 2006. évi V. törvény – madžarski Zakon št. V iz leta 2006 o oglaševanju družb, sodnem postopku registracije družb in prostovoljni likvidaciji (madžarski zakon o registraciji družb). Delovna različica v angleškem jeziku je dostopna na naslednji spletni stani: <https://hirkozpont.magyarorszag.hu/srv/letolt?id=943203&lang=hu>. Slednji določa, da se v primeru spremembe pravnoorganizacijske oblike prijava za vpis v register vloži pri registrskem sodišču, pristojnem po sedežu pravnega prednika. Hkrati z vpisom spremembe pa se zahteva tudi izbris pravnega prednika. Generalni pravobranilec v zadevi VALE (glej opombo 67) ugotavlja, da se po madžarskem pravu sprememba pravnoorganizacijske oblike bolj kot preoblikovanje ene same pravne osebe razume kot univerzalno pravno nasledstvo med dvema pravnima osebamama, ki imata enako identiteto (glej opombo 15 v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca).

84 Glej četrti odstavek 57. člena madžarskega zakona o registraciji družb. Generalni pravobranilec v zadevi VALE (glej opombo 67), točka 30.

85 Celoten odstavek je povzet po S. Prelič v M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 839-840.

86 T. Biermeyer, nav. delo, str. 579.

identitete družbe), zaradi česar lahko družba kontinuirano posluje.⁸⁷ To pojasnjuje tudi stališče, ki ga je bilo zaslediti v pravni literaturi kot odgovor na sklepne predloge generalnega pravobranilca v zadevi *VALE* – avtor se zavzema, da bi bilo treba obravnavano transakcijo razumeti na tak način, da je šlo za kontinuiran obstoj družbe in ne za njeno novo ustanovitev, pri čemer bi bila ta tudi v nasprotju z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *Cartesio*.⁸⁸ Po mnenju tega avtorja italijanska družba namreč kljub izbrisu v skladu z italijansko zakonodajo ni prenehala, zato pravzaprav ni prišlo do ponovne ustanovitve družbe na Madžarskem. Poleg tega bi lahko bili zaradi diskontinuitete pravnega nosilca pravic in obveznosti, ki čezmejno prenaša svoj statutarni sedež, prizadeti interesi manjšinskih družbenikov in tretjih (na primer imetnikov pravic na poslovnih deležih družbe), v nasprotju s tem pa načelo ohranjanja identitete družbe⁸⁹ zagotavlja nespremenjenost članske strukture in varstvo interesov tretjih oseb.⁹⁰ Vendar ob tem morebiti ni bila upoštevana specifična ureditev v madžarskem pravu, da so morda v zadevi *VALE* družbeniki italijanske družbe ustanovili novo družbo na Madžarskem z namenom, da nanjo prenesejo vso premoženje z univerzalnim pravnim nasledstvom. Na ta način bi ob upoštevanju določil države članice gostiteljice prenesli statutarni sedež italijanske družbe na Madžarsko, pri čemer ta prenos v skladu z madžarskim pravom ne bi temeljil na kontinuiteti ene pravne osebe, temveč je konstrukcija bolj kot formalnemu statusnemu preoblikovanju družbe po nemškem in slovenskem pravu (ter ureditvi v Uredbi SE) podobna čezmejni združitvi (kot je to ugotovil tudi generalni pravobranilec v zadevi *VALE*).⁹¹

Ob tem velja dodatno opozoriti, da je šlo v zadevi *VALE* še vedno zgolj za prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža družbe, pri čemer se je namerava italijanska d.o.o. preoblikovati v madžarsko d.o.o., le da je bila izvedba transakcije prilagojena nacionalnemu pravu države članice gostiteljice. Ta položaj je treba razlikovati od primerov, ko bi šlo dejansko za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe ob hkratnem »pravem« formalnem statusnem preoblikovanju. Ko bi na primer italijanska d.o.o. nameravala prenesti svoj statutarni sedež na Madžarsko, obenem pa bi se želela preoblikovati v madžarsko d.d. menimo, da je tudi tovrstne

87 M. Szydło, nav. delo, str. 437.

88 C. Thiermann, str. 210.

89 Država Delaware je leta 1999 dopolnila svojo ureditev splošnega korporacijskega prava (General Corporate Law) z namenom, da bi se lahko družbe iz drugih zveznih držav ZDA ne le po poti združitve, temveč neposredno preoblikovale v družbo po pravu države Delaware. Ta transakcija pa ni smela vplivati na obveznosti obstoječe družbe, saj se je štel, da je preoblikovana družba ista družba (§ 265). A. Johnston, P. Syrpis, nav. delo, str. 398. Uzakonili so torej načelo ohranjanja identitete družbe, kot ga pri formalnih statusnih preoblikovanjih določata nemško in slovensko pravo. Države članice gostiteljice bi lahko uredile priselitev statutarnega sedeža na tak način, v nasprotnem primeru pa bi bilo sporno, če se domačim državam članicam ne bi dopuščale nikakršne omejitve čezmejnega preoblikovanja. Prav tam, str. 399-400.

90 C. Thiermann, str. 212.

91 Generalni pravobranilec v zadevi *VALE* (glej opombo 67), točka 35. Tako tudi T. Biermeyer, T. Holtrichter.

transakcije treba dopuščati na podlagi svobode ustanavljanja po pravu EU, in sicer v enem koraku, saj bi zahteve po (sprva) preoblikovanju v italijansko d.d. in šele nato dopustnem čezmejnem prenosu statutarnega sedeža in preoblikovanju v d.d. po pravu države članice gostiteljice,⁹² povzročale nepotrebne stroške.

Pomisleke za dopustnost take transakcije vzbujajo prepoved sočasnega čezmejnega prenosa sedeža družbe in preoblikovanja v SE (določbe tretjega odstavka člena 37 Uredbe SE). Nadalje dvom vsadi dejstvo, da je sodišče v zadevi *Cartesio* v primeru odsotnosti izrecne normativne ureditve čezmejnega prenosa sedeža v nacionalni pravni ureditvi napotilo na ureditev v Uredbi SE.⁹³ Kljub temu je treba sprejeti stališče, da je treba »prava« formalna statusna preoblikovanja družb ob sočasnem čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe (t. im. *crossover operacije*) dopuščati, saj za tako omejitev svobode ustanavljanja ni videti tehtnega razloga. Ob tem pa se tudi vzbudi misel, ali ne bi morebiti kazalo na ravni EU prav tako uskladiti postopkov za čezmejna formalna statusna preoblikovanja družb.

D. SKLEP

Četudi je treba čezmejni prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža družbe s preoblikovanjem te v pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice dopuščati na podlagi določb PDEU, utegne praktično izvedbo tovrstnih prestrukturiranj spodbuditi šele v prihodnosti (po mnogih letih) morebiti sprejeta Štirinajsta direktiva. Ta bi lahko podala odgovor na vprašanje, ali naj države članice dopuščajo tudi čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža družbe in s tem omilila dosež teorije dejanskega sedeža. Vendar se bo zaradi moči držav članic, ki tradicionalno sprejemajo to teorijo, vprašanje verjetno še naprej reševalo v skladu z nacionalno zakonodajo držav članic.

Še pred sprejemom Štirinajste direktive oziroma ne glede na njen sprejem bi v državah članicah veljalo razmisliti o normativni ureditvi čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v drugo državo, pa tudi o ureditvi priselitve statutarnega sedeža družbe iz druge države,⁹⁴ morebiti po vzoru švicarske zakonodaje. Izrecna ureditev tovrstnih transakcij, ki bi temeljila na načelu ohranjanja identitete družbe, bi lahko poleg pravne varnosti za družbe zagotavljala tudi precejšnjo poenostavitev, pospešitev in pocenitev postopka čezmejne mobilnosti družb. Glede na potrebe poslovne prakse pa bi kazalo na ravni EU harmonizirati tudi *crossover operacije* – čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe s preoblikovanjem v drugo pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice – torej čezmejna formalna statusna preoblikovanja in morebiti vsa čezmejna prestrukturiranja skupaj urediti v enotni direktivi o čezmejni mobilnosti družb v EU.⁹⁵

92 V dveh korakih bi bilo cilj mogoče doseči tudi tako, da bi italijanska d.o.o. najprej prenesla svoj sedež na Madžarsko in se nato iz madžarske d.o.o. preoblikovala v madžarsko d.d.

93 Glej točko 120 sodbe v zadevi *Cartesio*.

94 Tudi J. Lau Hansen, nav. delo, str. 16.

95 Tudi J. Lau Hansen, nav. delo, str. 15, J. E. Antunes et al., nav. delo, str. 76.

Summary

THE TRANSFER OF THE COMPANY'S REGISTERED OFFICE

In the light of the relevant case law of The Court of Justice of the EU it is emphasized that the cross-border transfer of company's registered office (and its real seat) must be permitted in accordance with the Treaty on the Functioning of the EU. Nevertheless, the Fourteenth Company law Directive should be adopted for the reasons of legal certainty and it should determine, whether the transfer of the registered office (without transfer of company's real seat) to another Member State is admissible or not. Furthermore, the authors discuss the cross-border restructuring of the company, which in addition to relocation of the registered office also includes a change of its legal form. The Court of Justice of the EU has not yet decided on such cross-border restructuring, nevertheless it should be allowed based of the freedom of establishment (cross-border formal transformation).

Keywords: *freedom of establishment, company's real seat, company's registered office, cross-border transfer of the company's seat.*

Zusammenfassung

VERLEGUNG DES GESELLSCHAFTSSITZES

Was den Anziehungsgrad des Geschäftsklimas für Handelsgesellschaften angeht, weichen die Mitgliedstaaten in Punkten der Rechtsordnung, Gesellschafts- und Steuerrechts, Funktionalität und Geschäftsumgebung stark von einander ab. Dabei soll die unterschiedliche Rechtssicherheit und Effizienz von Gerichts- und Verwaltungsverfahren, was auch zum Ansehen eines Staates beiträgt, berücksichtigt werden. Qualifiziertes innovationsfreudiges und leistungsstarkes Personal, Arbeitskosten, Marktgröße sowie die Infrastruktur vom Standpunkt der Geschäftslogistik stellen gleichfalls bedeutende Umstände dar. Grenzüberschreitende Mobilität drängt sich heute als die Voraussetzung für den geschäftlichen Erfolg von Handelsgesellschaften auf und bedingt geradezu ihr Überleben auf dem Markt. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gewährleistet den Handelsgesellschaften die Niederlassungsfreiheit, die, laut Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, sowohl grenzüberschreitende Zusammenschlüsse, als auch Verlegung des registrierten und tatsächlichen Sitzes umfasst. Außerdem kann eine Veränderung der Rechtsform einer Gesellschaft vorgenommen werden, d.h. die Gesellschaftsform in dem Staat in welchem die Gesellschaft gegründet wurde, wird im Staat der Niederlassung gemäß dortigen Gesetzen geändert. Dadurch bekommen Handelsgesellschaften neben der supranationalen Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas*

Europaea - SE), weitere Mechanismen zum Zweck der Vereinfachung, Kürzung und Preissenkung grenzüberschreitender Restrukturierung.

Schlüsselwörter: *Niederlassungsfreiheit, tatsächlicher Sitz einer Gesellschaft, registrierter Sitz, grenzüberschreitende Verlegung des Gesellschaftssitzes.*

Riassunto

TRASFERIMENTO TRANSFRONTALIERO DELLA SEDE DELLA SOCIETÀ COMMERCIALE

In ragione del maggiore o minore interesse delle società commerciali ad operare in un determinato paese, gli stati si distinguono tra loro quanto al grado di sviluppo della disciplina giuridica, in specie quella inerente il diritto societario e tributario, come pure delle funzionalità negli affari. Ciò include un certo grado di certezza giuridica e di efficienza nei procedimenti giudiziari ed amministrativi, il che influisce sul prestigio di un determinato stato. Altre circostanze rilevanti sono altresì rappresentate dalla presenza di manodopera qualificata, dal grado di innovazione ed efficienza, dal costo del lavoro, dall'ampiezza del mercato, come pure dall'organizzazione delle infrastrutture da un punto di vista della logistica negli affari. La mobilità transfrontaliera appare al giorno d'oggi come un presupposto necessario per il successo negli affari delle società commerciali, come anche una condizione per la loro permanenza sul mercato. Il Trattato di funzionamento dell'UE (TFUE) dà alle società commerciali la libertà di insediamento, la quale conformemente alla giurisprudenza della Corte europea, oltre alla fusione transfrontaliera, include anche il trasferimento della sede registrata e di quella reale della società. Ancora, viene consentita la trasformazione societaria transfrontaliera, ovvero la modifica della forma giuridica della società nella quale tale società opera nello stato membro di costituzione in un'altra forma giuridica conformemente al diritto dello stato membro in cui si insedia. In questo modo si garantiscono alle società commerciali, oltre alla forma sopranazionale della *Societas Europaea* – SE, anche i meccanismi mediante i quali si semplificano, abbreviano e si rendono più economici i procedimenti di ristrutturazione transfrontaliera.

Parole chiave: *mobilità transfrontaliera, trasferimento della sede della società commerciale, Unione europea.*

ODGOVORNOST BANKE ZA PROVOĐENJE ELEKTRONIČKOG PLAĆANJA

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Marko Perkušić, mag. iur., asistent
Sveučilište u Splitu

UDK: 347.734:004.738.5
Ur.: 11. veljače 2016.
Pr.: 22. ožujka 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Odgovornost banke za provođenje elektroničkog plaćanja u ovom se radu obrađuje imajući u vidu da suvremena plaćanja redovito podrazumijevaju (1) više radnji koje se obavljaju uz uporabu elektroničkih komunikacijskih sredstava – pa je umjesno govoriti o provođenju plaćanja, umjesto o plaćanju – (2) postojanje pravnih odnosa između platitelja i prve banke i primatelja plaćanja i druge banke, (3) radnje koje poduzimaju obje banke, i (4) primjenu Zakona o platnom prometu. S obzirom na posljednju okolnost i činjenicu da Zakon o platnom prometu rabi složenu i za hrvatski pravni jezik netipičnu terminologiju u prvom dijelu rada daju se jezična objašnjenja i ta terminologija usklađuje s postojećim pravnim standardima i nastoji uklopiti u te standarde. U ovom dijelu rada također se objašnjavaju činjenična pitanja – u vezi s elektroničkim komunikacijskim sredstvima koja se rabe pri plaćanjima – nužna za pravnu kvalifikaciju radnji koje se poduzimaju pri plaćanjima i pravnih odnosa koji postoje ili nastaju. Za razumijevanje odgovornosti odnosno pravnih posljedica bilo je potrebno izložiti i sadržaj bančnih obveza, a u središnjem dijelu rada izlažu se moguće pravne posljedice bančina nesipunjenja, zakašnjenja i neurednog ispunjenja obveza. U tom dijelu prikazuju se i analiziraju pravne posljedice predviđene Zakonom o platnom prometu – kao specijalnog propisa koji ih uređuje samo djelomično – i povezuju se, uklapaju i promatraju u kontekstu općih pravila ugovornog prava Zakona o obveznim odnosima.

Ključne riječi: *odgovornost banke, elektroničko plaćanje, ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji, okvirni ugovor o platnim uslugama, ugovor o bankarskom tekućem računu, obvezno pravo.*

1. UVODNE NAPOMENE

Plaćanjem određene svote određenoj osobi platitelj u pravilu ispunjava neku svoju obvezu iako je moguće i da plaćanjem prihvaća neku ponudu ili da sam daje ponudu¹. Kad plaćanjem ispunjava postojeću ugovornu obvezu, očito je da platiteljevo zakašnjenje izaziva nastanak obveze plaćanja zateznih kamata i da može izazvati više drugih pravnih posljedica, kao što su odgovornost za štetu i raskid ugovora. Ako bi plaćanjem očitovao prihvata ponude, zakašnjenje bi moglo prouzročiti izostanak sklapanja ugovora, a nakon toga platitelj možda više ne bi mogao sklopiti jednako povoljan ugovor. Općenito govoreći, u svim navedenim situacijama plaćanje je moguće obaviti platiteljevom predajom novčanica odnosno kovanog novca izravno odnosno neposredno primatelju plaćanja. Ali takav način plaćanja sve se rjeđe rabi i to podjednako u trgovačkim i građansko pravnim odnosima. Već više desetljeća učestalost takvog načina plaćanja kontinuirano se smanjuje, a povećava se učestalost plaćanja uz korištenje tzv. knjiškog ili žiralnog novca,² tj. plaćanja prijenosom određene svote novca s računa platitelja na račun primatelja plaćanja.

Takva plaćanja podrazumijevaju sudjelovanje još najmanje dvije osobe, redovito banke: banke platitelja i banke primatelja plaćanja. Prva tereti račun – tj. umanjuje saldo računa - platitelja (koji vodi³) i svoj račun u korist računa banke primatelja tako da se odobrava račun – tj. uvećava saldo računa⁴ – banke primatelja plaćanja i račun primatelja plaćanja (koji vodi njegova banka). U tim slučajevima ugovorni odnos i međusobne ugovorne obveze postoje između platitelja i prve (njegove) banke i između primatelja plaćanja i druge (njegove) banke, ali ne i između platitelja i druge banke ili primatelja plaćanja i prve banke. Zbog toga – primjerice – zakašnjenje prve banke s prijenosom svote primatelju, u međusobnom ugovornom odnosu platitelja i primatelja plaćanja može predstavljati zakašnjenje

1 U poslovnoj praksi nisu rijetki slučajevi u kojima ponuditelj daje ponudu, a ponudeni je prihvaća plaćanjem svote navedene u ponudi bez da prihvata ponude očituje i riječima. Podrazumijeva se kako tada plaćanjem ponudeni istodobno i ispunjava svoju obvezu, bilo djelomično ili u cijelosti. Također je moguće zamisliti slučajeve u kojima bi povod isplate bila platiteljeva namjera darovanja. Ako primatelj isplate prethodno nije očitovao suglasnost s tim, po mišljenju autora isplata bi predstavljala ponudu za sklapanje ugovora o darovanju, jer predaju dara prije prihvata treba pravno kvalificirati upravo na takav način.

2 Knjiški ili žiralni novac u biti je novčana tražbina imatelja računa u banci od banke temeljem ugovora o novčanom depozitu ili ugovora o bankarskom tekućem računu. O tome detaljnije vidjeti Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hnosell – Vogt – Wiegand (ur.): Obligationenrecht I; 3. izdanje (dalje: Basler Kommentar), s. 498. i Slakoper, Zvonimir (ur.): Novčane tražbine i novac u knjizi Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet u Rijeci, 2007. (dalje: Bankovni i financijski ugovori), str. 73.

3 Za pojam vođenja računa v. bilješku 40.

4 Terećenje računa i odobrenje računa (za određenu svotu novca) poglavito su ekonomski termini kojima se opisuje oduzimanje odnosno dodavanje (određene svote novca) postojećem saldu (tj. stanju računa), a konačni učinak je umanjeње odnosno uvećanje salda (tj. stanja računa), ustvari tražbine imatelja računa od banke koja ga vodi.

platitelja s ispunjenjem njegove obveze prema primatelju plaćanja⁵. Račune platitelja i primatelja plaćanja njihove banke vode uz pomoć informatičkih sustava, a putem elektroničkih komunikacijskih sredstava platitelji svojim bankama daju naloge za prijenos novčanih sredstava, banke ih prenose i obavještavaju primatelje o uvećanju salda njihovih računa.

2. JEZIČNE NAPOMENE

Na odnose između banaka i platitelja odnosno primatelja plaćanja mogu se primijeniti odgovarajuće odredbe Zakona o obveznim odnosima⁶, ali su ti odnosi bliže uređeni i specijalnim propisom, Zakonom o platnom prometu⁷. Ovaj Zakon ne uređuje odnose između platitelja i primatelja plaćanja koji su povod plaćanja, nego odnose između platitelja i primatelja plaćanja s jedne strane i druge osoba koje po nalogu platitelja prenose novčana sredstva⁸ s računa na račun, polažu novčane svote na račune i omogućuju podizanje novčanih sredstava⁹. Te osobe ZPLPR naziva pružateljima platnih usluga¹⁰ - uz napomenu da su to najčešće banke¹¹ - upravo navedene radnje koje obavljaju pružatelji platnih usluga naziva platnim transakcijama,¹² a za platitelje rabi zbirni naziv korisnici platnih usluga¹³. Izraz platne usluge ZPLPR rabi jer pružatelji tih usluga ne obavljaju samo platne transakcije, nego obavljaju i druge poslove odnosno radnje obuhvaćene pojmom

5 Ne predstavlja nužno, npr. ako je platitelj dao nalog za prijenos dovoljno vremena prije dospijea njegove obveze prema primatelju, tako da je prijenos obavljen prije dospijea unatoč tome što ga banka nije obavila u roku u kojem ga je bila dužna obaviti prema ugovoru s platiteljem.

6 NN 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15 (u daljnjem tekstu: ZOO)

7 NN 133/09 i 136/12 (u daljnjem tekstu: ZPLPR)

8 U smislu ZPLPR „*novčana sredstva*« jesu novčanice i kovani novac, elektronički novac u smislu zakona kojim se uređuje poslovanje institucija za elektronički novac te novčana potraživanja prema pružatelju platnih usluga (knjižni novac)“ (čl. 2. st. 1. t. 17. ZPLPR)

9 ZPLPR uređuje i značajan broj drugih pitanja u vezi s platnim prometom, ali ona nisu posebno značajna za ovaj rad.

10 „Pružatelji platnih usluga“ su kreditne institucije, institucije za elektronički novac, institucija za platni promet sa sjedištem u Republici Hrvatskoj i određene druge osobe koje su od Hrvatske narodne banke dobile odobrenje za pružanje platnih usluga (čl. 5. st. 1., st. 4. i st. 6. u vezi s čl. 61. st. 2. ZPLPR).

11 Među pružateljima platnih usluga banke – osim Hrvatske narodne banke – nisu spomenute, ali će pružatelji platnih usluga ipak u prvom redu biti banke, jer su one obuhvaćene pojmom kreditne institucije (To proizlazi iz čl. 5. i čl. 3. t. 20. - u vezi s čl. 4. st. 1. tč. 1. Uredba (EU) br. 575/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013., o bonitetnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska društva i o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 - Zakona o kreditnim institucijama, NN 159/13, 19/15 i 102/15).

12 Prema čl. 2. st. 1. t. 16. ZPLPR-a „*platna transakcija*« jest polaganje, podizanje ili prijenos novčanih sredstava koje je inicirao platitelj ili primatelj plaćanja, bez obzira na to kakve su obveze iz odnosa između platitelja i primatelja plaćanja“.

13 Prema čl. 2. st. 1. t. 7. ZPLPR-a „*korisnik platnih usluga*« jest fizička ili pravna osoba koja se koristi platnom uslugom u svojstvu platitelja i/ili primatelja plaćanja“.

platnih usluga¹⁴. Pojednostavljenja radi, u daljnjem tekstu pružatelje platnih usluga nazivat ćemo pružateljima ili bankama, korisnike platnih usluga korisnicima¹⁵, a pod plaćanjima ćemo podrazumijevati sve ono što obuhvaća pojam platne transakcije.

Radi se o provođenju plaćanja odnosno platnih transakcija jer se njihovo izvršenje¹⁶ redovito ne sastoji samo od jedne, nego od više radnji pružatelja¹⁷. Također se radi o provođenju elektroničkog plaćanja jer radnje obuhvaćene pojmom plaćanja odnosno platnih transakcija podrazumijevaju prisustvo i uporabu više raznih elektroničkih sredstava, uključujući i komunikacijska¹⁸. Primjerice radi spomenut ćemo samo svakodnevno rabljene kartice s ugrađenim elektroničkim elementom – koji se naziva čip – i EFT POS¹⁹ uređaje koji se zajedno s karticama rabe u svrhu prijenosa novčanih sredstava s računa imatelja kartice, a prisjetiti se treba i bankomata i tzv. „tokena“ kojim se pristupa računu i nalaže obavljanje

-
- 14 Platne usluge prema čl. 3. ZPLPR-a obuhvaćaju usluge koje omogućuju podizanje gotovog novca s računa za plaćanje kao i svi postupci koji su potrebni za vođenje računa za plaćanje; usluge izvršenja platnih transakcija, uključujući prijenos novčanih sredstava na račun za plaćanje kod korisnikovog pružatelja platnih usluga ili kod drugog pružatelja platnih usluga: Izvršenje izravnih terećenja, uključujući jednokratna izravna terećenja, Izvršenje platnih transakcija putem platnih kartica ili sličnog sredstva, Izvršenje kreditnih transfera, uključujući trajne naloge; usluge izvršenja platnih transakcija u kojima su novčana sredstva pokrivena kreditnom linijom za korisnika platnih usluga: Izvršenje izravnih terećenja, uključujući jednokratna izravna terećenja, Izvršenje platnih transakcija putem platnih kartica ili sličnog sredstva, Izvršenje kreditnih transfera, uključujući trajne naloge; usluge izdavanja i/ili prihvaćanja platnih instrumenata; usluge novčanih pošiljaka; usluge izvršenja platnih transakcija kad se suglasnost platitelja za izvršenje platne transakcije daje nekim telekomunikacijskim sredstvom, digitalnim ili informatičko - tehnološkim uređajem, a plaćanje se obavlja telekomunikacijskom ili mrežnom operatoru ili operatoru informatičko tehnološkog sustava, koji djeluje isključivo kao posrednik između korisnika platnih usluga i dobavljača robe i usluga
- 15 Kad se dio izlaganja odnosi samo na platitelja odnosno primatelja plaćanja, umjesto izraza korisnik rabi će se ili izraz platitelj ili izraz primatelj.
- 16 ZPLPR ne rabi izraz provođenje, nego izraz izvršenje i govori o izvršenju platnih transakcija i odgovornosti za izvršenje tih transakcija. U biti se radi o ispunjenju ugovorne obveze pružatelja odnosno banke.
- 17 Primjer za to je tehnika prijenosa novčanih sredstava s računa na račun, koja je opisana niže pod Neka opća pitanja, *Odgovornost za drugog*.
- 18 Elektroničko plaćanje i njegovi sustavi predstavljaju poseban dio elektroničke trgovine (Ćesić, Zlatko: Elektronički sustavi plaćanja, *Pravo i porezi*, 2003., 12(6), str. 55.). Elektronička trgovina ili E-commerce definira se kao „trgovina koja obuhvaća sve trgovačke transakcije, ..., koja se provodi elektroničkim mrežama“ (Matić, Tin: *Pravo virtualnih pravnih odnosa: Elektronička trgovina*, 2012., Narodne novine, str. 3.). Ona je sastavni dio elektroničkog poslovanja ili e-businessa, koji je sustav izvršavanja poslovnih aktivnosti korištenjem računalnih i drugih komunikacijskih mreža i koji obuhvaća sve oblike poslovnih transakcija ili razmjene informacija koje se izvode elektroničkim putem, odnosno korištenjem ICT tehnologije (Ćerić, Vlatko: *Informacijska tehnologija u poslovanju*, 2005., Element, str. 57.). Za elektronička plaćanja v. i Maurović, Ljiljana i Kandžija, Vinko: *Elektroničko plaćanje – moderan dodatak tradicionalnom sustavu plaćanja*, *Računovodstvo, revizija i financije*, 2005., 15(11).
- 19 Vidjeti *infra* str. 8.

prijenosa s računa na račun u okviru tzv. e-bankinga²⁰. I samo terećenje, tj. umanjeње salda, računa i prenošenje novčanih sredstava tako da u konačnici bude odobren, tj. uvećan saldo, računa primatelja podrazumijeva postojanje i funkcioniranje informatičkih sustava platiteljevog i primateljevog pružatelja platnih usluga i njihovu komunikaciju uz pomoć elektroničkih komunikacijskih sredstava. To su razlozi zbog kojih se u naslovu rada spominje provođenje elektroničkih plaćanja. Istovremeno kad bi se rabio rječnik ZPLPR rad bi bio naslovljen kao odgovornost pružatelja platnih usluga za izvršenje platnih transakcija.

(Pravna) odgovornost u teoriji se definira kao „suprotnost, protuteža, korelacija, naličje zahtjeva za ostvarenjem subjektivnog prava i, jednako kao što nema subjektivnog prava bez obaveze (*i vice versa*), tako nema ni zahtjeva bez odgovornosti, odnosno odgovornosti ako nema zahtjeva.“²¹ Pritom se ističe da „analogno mogućnosti postojanja subjektivnog prava bez pripadajućeg mu zahtjeva, može postojati obveza bez odgovornosti i to će biti uvijek kad aktivna strana ima samo subjektivno pravo, ali ne i zahtjev.“²² Odgovornost se definira i kao „pravni položaj subjekta koji je učinio delikt, tj. koji je učinio protupravnu radnju s krivnjom (u slučajevima objektivne odgovornosti bez krivnje), i koji zbog toga treba biti kažnjen onako kako određuje sankcija pravne norme“^{23, 24}. Istovremeno, kad se promatra sadržaj radova u čijem je naslovu pojam odgovornosti, može se uočiti da se pod tim pojmom najčešće podrazumijevaju pravne posljedice - najčešće negativne odnosno štetne - protupravnog ponašanja, bilo da se radi o ponašanju koje je izravno protivno određenoj normi sadržanoj u propisu ili o ponašanju koje je protivno obvezi preuzetoj pravnim poslom, tj. o zakašnjenju, neispunjenju ili neurednom ispunjenju obveze čiji neposredni pravni temelj je pravni posao²⁵.

20 O ovim uređajima detaljnije v. niže.

21 Slakoper, Zvonimir - Gorenc, Vilim – Bukovac Puvača Maja: Obvezno pravo – opći dio – sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Novi informator, Zagreb, 2009. (u daljnjem tekstu: Obvezno pravo – opći dio), str. 154.

22 Obvezno pravo – opći dio, str. 154. i 155.

23 Visković, Nikola: Teorija države i prava, Birotehnika, 2001., str. 166. Također se ističe, kako pravna odgovornost ne postoji prije nego što se pravomoćno utvrdi odgovornost osumnjičenika, ili tuženika, ili okrivljenika (pretpostavka nevinosti). Pritom se daje prednost shvaćanju subjektivne odgovornosti, s izuzetkom objektivne odgovornosti.

24 Tako niti u općem pravnom rječniku (Vidaković Mukić, Marta: Opći pravni rječnik, Narodne novine, Zagreb 2006. str. 671. – 680.) nema opće definicije odgovornosti, već se spominje posebno regulirana izvanugovorna odgovornost, ugovorna odgovornost, odgovornost na temelju pravednosti, objektivna i subjektivna odgovornost, odgovornost brodarara, odgovornost članova uprave trgovačkog društva, odgovornost u cestovnom prijevozu, odgovornost u međunarodnom kaznenom pravu, odgovornost u zračnom prijevozu, odgovornost u željezničkom prijevozu, odgovornost za drugoga, odgovornost za kazneno djelo počinjeno po zapovijedi nadređenoga, odgovornost za nedostatke činidbe, odgovornost za nedostatke stvari, odgovornost za štetu i odgovornost zbog mana stvari.

25 U prvom slučaju radi se o zakašnjenju, neispunjenju ili neurednom ispunjenju obveza koje postoje *ex lege*, a u drugom o zakašnjenju, neispunjenju ili neurednom ispunjenju obveza koje postoje *ex contractu*.

Polazeći od navedenog, pod odgovornošću banaka odnosno pružatelja platnih usluga za provođenje elektroničkog plaćanja podrazumijevat ćemo pravne posljedice zakašnjenja, neispunjenja i neurednog ispunjenja obveze provođenja elektroničkog plaćanja, tj. izvršenja platne transakcije – banke, tj. pružatelja platnih usluga prema korisnicima. Budući da banka platitelja odgovara platitelju, a banka primatelja odgovara primatelju, bit će obuhvaćene odgovornosti banke u oba odnosa. Za lakše razumijevanje složene i specifične materije kojom se bavi ovaj rad nužno je prvo iscrpnije prikazati činjenične i pravne okolnosti u vezi s nastankom obveza pružatelja, njihov nastanak, točan sadržaj tih obveza, izvore prava i druga relevantna pitanja.

3. ČINJENIČNO STANJE KOJE PRETHODI NASTANKU OBVEZE PROVOĐENJA PLAĆANJA

Prije trenutka sklapanja ugovora postoje osobe korisnika platnih usluga i pružatelja platnih usluga. Korisnik može biti bilo koja osoba - fizička ili pravna, ali njegov pravni položaj ovisit će o tome je li on trgovac ili potrošač, jer sažeto govoreći, ZPLPR u određenoj mjeri drukčije uređuje i dopušta drukčije ugovorno uređenje pravnog položaja trgovca od pravnog položaja potrošača. Na odnose s potrošačima primjenjuje se i Zakon o zaštiti potrošača,²⁶ a ZOO od trgovaca zahtijeva veći stupanj pozornosti i drukčije postavlja hijerarhiju izvora prava koji se primjenjuju na trgovačke ugovore u odnosu na one koji nemaju takav karakter²⁷. Korisnik je ujedno osoba koja ima interes za obavljanje određenog plaćanja odnosno za plaćanje određene svote novca i zbog toga će redovito upravo on inicirati kontakt i sklapanje ugovora s pružateljem platnih usluga. Pružatelj je pravna osoba koja se ovlašteno bavi obavljanjem platnih transakcija kao dijelom svojeg predmeta poslovanja, pa je očito da ima svojstvo trgovca. On je unaprijed

26 NN 41/14. Prema izričitoj odredbi čl. 6 st. 1. ZPLPR-a „na odnose između korisnika platnih usluga koji su potrošači i pružatelja platnih usluga koji nisu uređeni ovim Zakonom, primjenjuju se odredbe Zakona o zaštiti potrošača osim odredbi članka 58., članka 59. podstavka 1. i 2., članka 60. podstavka 2., 3., 6. i 7. i članka 61. podstavka 1. Zakona o zaštiti potrošača“.

27 Prema odredbi čl. 10. st. 1. ZOO-a trgovci su dužni postupati s pozornošću dobrog gospodarstvenika, ponekad s još zahtjevnijom pozornošću dobrog stručnjaka, a nikad s manje zahtjevnom pozornošću dobrog domaćina. Kad korisnik ima svojstvo trgovca, ugovor između njega i pružatelja imaće karakter trgovačkog ugovora jer i pružatelj platnih usluga imaju svojstvo trgovca i ugovor sklapa u obavljanju svoje djelatnosti, a korisnik u vezi s obavljanjem svoje djelatnosti, pa su ispunjene i subjektivne i objektivne pretpostavke iz čl. 14. st. 2. ZOO-a, nužne za takav karakter ugovora. To će dovesti do prvenstvene primjene prakse koju su međusobno razvili i trgovačkih običaja, umjesto dispozitivnih odredbi ZOO-a, na njihov ugovor. Ako ugovor nema trgovački karakter na nj će se u prvom redu primjenjivati odredbe ZOO, a običaji samo ako su njihovu primjenu strane ugovorile ili je ona zakonom propisana (čl. 12. ZOO). Podrobnije v. Gorenc, Vilim (ur.): Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014. (dalje: Komentar ZOO-a), s. 26. i dalje.

pripremio opće uvjete poslovanja odnosno ugovora u bilo kojem od mogućih oblika²⁸ i s budućim suugovarateljima ne pregovara o odredbama budućih ugovora, nego sklapanje ugovora uvjetuje prihvaćanjem svih predloženih ugovornih odredbi drugog suugovaratelja. Dakle, ugovori se u pravilu sklapaju adhezijski.

Pružatelj raspolaže elektorničkom informatičkom i komunikacijskom tehnologijom odnosno sredstvima kojima elektronički komunicira s drugim pružateljima i korisnicima i kojima obavlja platne transakcije. Posebno treba spomenuti bankomate, EFT POS sustave i uređaje i sredstva potrebna za komunikaciju putem računalnih mreža, koje stavlja na raspolaganje korisnicima, kao bi ih rabili za davanje naloga za prijenos novčanih sredstava trećima ili isplatu njima samima.

Bankomat²⁹ je uređaj elektronički povezan sa središnjim informatičkim sustavom banke, kojim se prvenstveno izdaje gotov novac, a sve se više koristi i za obavljanje drugih funkcija - polaganje depozita, upit u stanje računa, transfer sredstava s računa na račun u okviru banke, plaćanje raznih računa, korištenje kredita u okviru dopuštenog limita, kupovina prepaid bonova i sl., a sve to bez sudjelovanja ljudi (bankovnih djelatnika) pri obavljanju navedenih transakcija. Za pristup funkcijama bankomata, tj. za uspostavu komunikacije s bankom i obavljanje platnih transakcija, od korisnika se zahtijeva unos platne kartice te autorizacija³⁰ PIN-om³¹.

EFT POS³² sustavi su elektronički sustavi plaćanja koji podrazumijevaju postojanje terminala odnosno uređaja na prodajnom mjestu i elektroničku vezu tih uređaja s informatičkim sustavom banaka odnosno mrežom i bazama podataka banaka. Provlačenjem odnosno umetanjem platne kartice u POS terminal on očitava magnetnu traku odnosno čip platne kartice, time se identificira bankovni račun uz koji je platna kartica povezana, a zahvaljujući elektroničkoj vezi s mrežom i bazama podataka banaka odmah se provjerava stanje na računu korisnika i utvrđuje postoje li na računu novčana sredstva nužna za traženu platnu transakciju. Ako postoje, unos PIN-a ili potpis korisnika platne kartice na računu koji je ispisao POS terminal, omogućuje provođenje te platne transakcije tj. prijenos određene svote novca s računa korisnika platne kartice.

28 Iz čl. 295. st. 1. ZOO-a proizlazi da su „opći uvjeti ... ugovorne odredbe ... bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru, bilo da se na njih ugovor poziva.“, a u praksi su češći slučajevi da se unaprijed pripremljene ugovorne odredbe zbog opsežnosti nalaze u zasebnoj brošuri u materijalnom ili/i elektroničkom obliku, imenovanoj kao opći uvjeti.

29 ATM – Automated Teller Machine

30 U radu se djelomično slijedi terminologija ZPLPR koja vrvi anglicizmima, odstupanjima od standarda hrvatskoga pravnog izražavanja i nomotehničkim nedostacima po uzoru na Direktivu 2007/64/EZ o uslugama platnog prometa na unutarnjem tržištu, SL EU L 319 od 5. prosinca 2007., koja je ZPLPR-om transponirana u hrvatsko zakonodavstvo. „Autorizacija“ je samo jedan od tih nepotrebnih anglicizama.

31 O karticama i autorizaciji PIN-om v. niže

32 Electronic Fund Transfer at Point of Sale (elektronički prijenos sredstava na mjestu prodaje).

I uporaba bankomata i uporaba EFT POS sustava podrazumijevaju postojanje tehničkog sredstva s elektroničkim komponentama koje ZPLPR naziva platna kartica,³³ a u svakodnevnom govoru se naziva „debitna“ kartica³⁴.

Elektroničko bankarstvo tj. tzv. e-banking³⁵ podrazumijeva postojanje računala koje se računalnom mrežom može povezati s informatičkim sustavom banke te – kad je veza uspostavljena – u svako doba omogućuje korisniku platnih usluga izravan uvid u stanje njegova računa ili njegovih računa, davanje naloga za obavljanje platnih transakcija i poduzimanje svega drugog što omogućuje informatički sustav neke banke odnosno ta banka (npr. sklapanje ugovora o oročenom depozitu, sklapanje ugovora o trajnom nalogu, kupnju GSM prepaid bonova, kupnju, prodaju i zamjenu udjela u investicijskim fondovima). Ono podrazumijeva i postojanje tehničkog sredstva ili postupaka kojima korisnik poduzima navedene radnje³⁶. Primjer takvog tehničkog sredstva je tzv. „token“. Osim pomoću računala i računalne mreže veza s bankom može se uspostaviti i sve navedeno obavljati, putem pokretnih tzv. pametnih telefona.

Između korisnika i pružatelja moći će nastati jednokratni odnos, tj. odnos u vezi s obavljanjem jednog određenog plaćanja, ili trajniji odnos. Već više desetljeća po sklapanju ugovora o radu poslodavci od zaposlenika traže broj njihova tekućeg računa, kako bi im na taj račun isplaćivali plaću. To podrazumijeva da su, u ovom primjeru, zaposlenici s nekom bankom sklopili ugovor o bankarskom tekućem računu³⁷ i da je time nastala obveza banke da toj osobi otvori račun i preko njega prima uplate i obavlja isplate³⁸. Nadalje u tom primjeru, poslodavac će biti platitelj,

33 Prema čl. 2. st. 1. t. 35. ZPLPR-a „*»platna kartica«* jest sredstvo koje omogućuje njezinom imatelju izvršenje plaćanja robe i usluga bilo preko prihvatnog uređaja ili na daljinu i/ili koje omogućuje podizanje gotovog novca i/ili korištenje drugih usluga na bankomatu ili drugom samoposlužnom uređaju“. Ovdje se prihvatnim uređajem naziva terminal odnosno uređaj na prodajnom mjestu, koji je dio EFT POS sustava i u koji se umeće platna kartica radi obavljanja plaćanja prodavatelju prijenosom novčanih sredstava na teret računa korisnika.

34 Anglizmom „debitna“ ističe se kako se ne radi o kreditnoj kartici koja podrazumijeva odgođeno plaćanje, nego o kartici čijom uporabom u svrhu plaćanja se odmah izravno tereti odnosno zadužuje račun platitelja

35 Prema Apathy, Peter/Iro, Gert Michael/Koziol, Helmut (Hrsg): *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Band III, 2. izd., Springer Vienna, 1987., str. 146. i dalje elektroničko bankarstvo treba podijeliti na online-banking, Internet-banking i mobile banking. Ključna razlika između prvog i drugog bila bi u tome što se u prvom slučaju radi o obavljanju transakcija putem zatvorenih mreža (intraneta), a u drugom isključivo putem interneta. Oboje podrazumijeva da su terminali koji omogućuju komunikaciju na određenom mjestu, dok mobile banking da se oni mogu pomicati (npr. pokretni telefon).

36 Rječnikom ZPLPR-a radi se o platnom instrumentu koji je – prema čl. 2. st. 1. t. 22. ZPLPR-a „svako personalizirano sredstvo i/ili skup postupaka ugovorenih između korisnika platnih usluga i pružatelja platnih usluga koje korisnik platnih usluga primjenjuje za iniciranje naloga za plaćanje“. Personaliziranost sredstva znači da su uz instrument vezana personalizirana sigurnosna obilježja, tj. obilježja koja moraju biti dostupna samo korisniku. Primjer toga su debitne kartice i tokeni s PIN-om.

37 Čl. 1007. – čl. 1015. ZOO-a. Podrobnije v. Komentar ZOO-a, str. 1642. – 1655.

38 Ove bančine obveze su u pojmu ugovora o bankarskom tekućem računu iz čl. 1007. ZOO-a: „Ugovorom o bankarskom tekućem računu banka se obvezuje nekoj osobi otvoriti poseban račun i preko njega primiti uplate i obavljati isplate....“

a zaposlenik primatelj plaćanja. Ali kako obveza banke nije samo da preko računa prima uplate, nego i obavlja isplate, imatelj računa redovito će koristiti svoj račun i tako da pomoću njega obavlja plaćanja trećim osobama i očito je da će tada on biti platitelj, a treće osobe primatelji plaćanja. Uz to on će banci nalagati i isplate njemu samom. Kako ugovor o bankarskom tekućem računu može biti sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme, njegovim sklapanjem uspostavlja se trajniji odnos. Jednokratni odnosi nastaju, primjerice, kad platitelj u svrhu jednoga određenog plaćanja pružatelju preda³⁹ obrazac naloga za plaćanje⁴⁰ i gotov novac u svoti koju plaća, a ovaj to prihvati.

4. NASTANAK I SADRŽAJ OBVEZA BANKE

4.1. Sklapanje ugovora i primjena izvora prava

Postojanje obveze provođenja plaćanja svakako je pretpostavka odgovornosti pružatelja platnih usluga, pa je prvo potrebno promotriti nastanak i točan sadržaj te obveze. Pravni temelj ove obveze je ugovor čiji predmet može biti točno određeno pojedinačno plaćanje, ili rječnikom ZPLPR-a buduće izvršenje platnih transakcija, pri čemu može biti ugovoreno otvaranje i vođenje računa za plaćanje⁴¹. Prvi ugovor ZPLPR naziva ugovorom o jednokratnoj platnoj transakciji⁴², drugi okvirnim ugovorom, a oba ugovora obuhvaćena su pojmom ugovora o platnim uslugama⁴³. Shodno definiciji okvirnog ugovora, moglo bi se zaključiti da je

39 Podrazumijeva se da predaja zaposleniku pružatelja ima učinak predaje pružatelju, a zaposlenika redovito treba uzeti kao punomoćnika po zaposlenju iz čl. 43. st. 1. Zakona o trgovačkim društvima, NN 111/93, 34/99, 121/99, 118/03, 146/08, 137/09, 111/12, 68/13 i 110/15 (dalje: ZTD)

40 Nalog za provođenje plaćanja redovito se daje pomoću obrasca s rubrikama u koje se upisuju osobni identifikacijski podaci o platitelju i primatelju plaćanja, svota plaćanja u određenoj valuti, svrha plaćanja i tzv. IBAN (International Bank Account Number) odnosno – rječnikom ZPLPR – „jedinstvena identifikacijska oznaka“ koja je „kombinacija slova, brojeva ili simbola koju pružatelj platnih usluga odredi korisniku platnih usluga, a koju korisnik platnih usluga mora navesti kako bi se jasno odredio drugi korisnik platnih usluga i/ili račun za plaćanje drugog korisnika platnih usluga koji se upotrebljava u platnoj transakciji“ (čl. 2. st. 1. t. 18. ZPLPR-a), koja sadrži broj računa banke i korisnika. Primjer takvog obrasca vidjeti na Hrvatska udruga banka, www.hub.hr, 10. 11. 2015.

41 Vođenje računa sastoji se u primanju uplata u korist i obavljanju isplata na teret računa, knjiženju istih, saldiranju i obavješćivanju imatelja računa o uplatama, isplata i saldu računa. O tome podrobnije vidjeti Bankovni i financijski ugovori, str. 701. – 717. U bitnom identično u vezi s okvirnim ugovorom u njemačkom pravu Palandt: Buergerliches Gesetzbuch, 74. Izdanje (dalje: Palandt), str. 1156. i dalje.

42 Iako ni engleski niti njemački tekstovi te Direktive ne govore o „ugovoru“, nego engleski govori o „jednokratnim platnim transakcijama“, a njemački još jednostavnije o pojedinačnim plaćanjima (naziv Glave II i tekst čl. 35. st. 1. Direktive 2007/64/EZ), njemački Građanski zakonik (dalje: BGB) u par. 675f st. 1. rabi izraz „ugovor o pojedinačnom plaćanju“ („Einzelzahlungsvertrag“)

43 Taj pojam koriste čl. 2. st. 8., st. 12. i st. 23., ZPLPR-a.

razlika između ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji i okvirnog ugovora u „budućem“ izvršenju platnih transakcija. Međutim, i za obavljanje jednokratnih platnih transakcija potrebno je prethodno sklapanje ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji kojim se uređuje buduće izvršenje, te je očito da razlika između navedenih ugovora nije u budućem izvršenju platnih transakcija, već u samim transakcijama na koje se ugovor odnosi.

ZPLPR ne uređuje iscrpno navedene ugovore, pa se iz odredbi ovog Zakona samo može zaključiti da se radi o dvostrano obveznim ugovorima⁴⁴, koji su bitni sastojci tih ugovora, te neka prava i obveze ugovornih strana, dok u dijelu kojim pravni odnos nije posebno reguliran valja primijeniti opće odredbe ZOO-a. Na to izričito upućuje i sam ZPLPR tako što određuje da se „na odnose između pružatelja platnih usluga i korisnika platnih usluga koji nisu uređeni ..., primjenjuju ... odredbe zakona kojim se uređuju obvezni odnosi“⁴⁵. Osim općih odredbi ZOO-a na ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji treba primijeniti i odredbe o ugovoru o nalogu, pri čemu položaj platitelja odgovara položaju nalogodavca, a položaj pružatelja položaju nalogoprimca⁴⁶. Okvirni ugovor kojim je ugovoreno i otvaranje i vođenje računa – a ne samo buduće izvršenje platnih transakcija – odgovara ugovoru o bankovnom tekućem računu odnosno žiro ugovoru⁴⁷, pri čemu položaj korisnika odgovara položaju položitelja (deponenta), a položaj pružatelja položaju banke⁴⁸. Ali i ovdje su prisutne odredbe o ugovoru o nalogu i to tako što „banka odgovara za izvršenje naloga položitelja prema pravilima ugovora o nalogu“⁴⁹.

Pružatelji redovito imaju opće uvjete poslovanja (ugovora) koji iscrpno i podrobno uređuju prava i obveze ugovornih strana, a odredbe ZOO pretežno su dispozitivne, pa će stoga ugovorni odnos u pretežnoj mjeri biti uređen općim uvjetima pružatelja platnih usluga. No, za to je potrebno ispunjenje pretpostavki primjene općih uvjeta. Pri sklapanju okvirnog ugovora strane redovito potpisuju

44 Za banku nastaje najmanje obveza banke da provede plaćanje odnosno platnu transakciju, a za korisnika najmanje obveza da za to plati naknadu.

45 Čl. 6. st. 2. ZPLPR-a.

46 Tako Slakoper, Zvonimir: Okvirni ugovor (o platnim uslugama) i ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji, *Hrvatska pravna revija*, 5/2015, str. 37. – 38., a važnost ugovora o nalogu za platni promet ističe i Koziol, Helmut – Bydlinski, Peter – Bollenberger, Raimund (hrsg.): *ABGB Kommentar*, 2. Izd., str. 1064. Ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji u dijelu domaće literature naziva se „pojedinačni ugovor o doznaci“ (Miladin, Petar: *Privatnopravno uređenje platnog prometa od 1. siječnja 2011.*, u *Zbornik Susreta pravnika Opatija*, 2010., str. 5.)

47 U poredbenom pravu se za ugovor koji u vrlo značajnom dijelu odgovara ugovoru o bankarskom tekućem računu rabi izraz žiro ugovor. V. npr. Apathy/Iro/Koziol (Hrsg): *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Band III, 2. izdanje, str. 20., Avancini, Peter – Iro, Gert M. – Koziol, Helmut: *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Bd. I, 1987., str. 324., Palandt, str. 1153. U domaćoj literaturi tako Miladin, Petar: *Plaćanje doznakom (doktorska disertacija)*, 2004., str. 13.

48 Ibid.

49 Čl. 1012. st. 1. ZOO-a. Radi se o nalogu položitelja za prijenos novčanih sredstava s njegova računa na račun primatelja plaćanja ili o nalogu za isplatu tzv. gotovog novca, tj. novčanica ili/i kovanog novca na teret njegova računa

ispravu naslovljenu kao ugovor, koja sadrži barem objektivno bitne sastojke ugovora, a često i navod da se na ugovor primjenjuju opći uvjeti (poslovanja odnosno ugovora) pružatelja i tada će valjane odredbe općih uvjeta⁵⁰ biti sastavni dio ugovora⁵¹, a ugovorni odnos u daleko pretežnoj mjeri uređen upravo općim uvjetima⁵². Kad taj navod isprava ne sadrži postoji vjerojatnost da se opći uvjeti ne primjenjuju, a ta vjerojatnost naročito postoji glede ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji. Ona postoji zato što se ovaj ugovor najčešće sklapa radnjama pružanja uplatnice i svote plaćanja od strane platitelja i preuzimanjem istih od pružatelja, pri čemu strane ni usmeno ni pisano riječima ne određuju sadržaj ugovora, te nema potpisane isprave s navodom o primjeni općih uvjeta s posljedicom nužnosti platiteljevog znanja za opće uvjete kao pretpostavkom njihove primjene⁵³. Dapače, rijetko uopće razmjenjuju kakve misli ili postavljaju pitanja odnosno daju odgovore u vezi s poslom koji obavljaju.

Na mogućnost strana da valjano same odrede sadržaj ugovora utječe i okolnost što je ZPLPR propis javnog prava, pa su njegove odredbe načelno prisilne. Na sadržaj ugovora to ima dvojaki učinak: ništetnost ugovornih odredbi suprotnih odredbama ZPLPR-a i stupanje odredbi ZPLPR-a na mjesto ništetnih ugovornih odredbi.

Osim ZPLPR-a, ZOO-a i ZZP treba spomenuti i propise koji su u vezi s pojedinim elementima prisutnim kod provođenja elektroničkih plaćanja. To su Zakon o elektroničkoj ispravi⁵⁴, Zakon o elektroničkoj trgovini⁵⁵, Zakon o elektroničkom potpisu⁵⁶ i Zakon o elektroničkim komunikacijama⁵⁷. Treba ih spomenuti zato što se u svezi s provođenjem elektroničkih plaćanja – primjerice – pojavljuju elektroničke isprave i elektronički potpisi. Samo ih spominjemo zato što bi uključivanje pitanja koja su povezana s tim propisima značajno premašivalo prihvatljivi opseg rada, a istovremeno izravno značajnije ne utječu na odgovornost za provođenje elektroničkih plaćanja.

50 Odredbe općih uvjeta ugovora koje su suprotne načelu savjesnosti i poštenja i koje su pro-uzročile očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora su ništetne, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadržavaju odobreni od nadležnog tijela (čl. 296. st. 1. ZOO-a.). Podrobnije v. Komentar ZOO-a, str. 462. i dalje.

51 Smatramo da izričit pristanak na primjenu općih uvjeta – npr. potpisom teksta koji navodi da se oni primjenjuju - uvijek dovodi do primjene njihovih valjanih odredbi. Ako takvog pristanka nema, potrebno je dokazati da je suugovaratelj imatelja općih uvjeta inače znao ili morao znati za njih, jer to zahtijeva čl. 295. st. 5. ZOO-a.

52 Ova okolnost značajno ograničava mogućnost precizne i iscrpne analize odnosa i ograničava je na analizu iz perspektive ZOO-a i ZPLPR-a.

53 Prema odredbi čl. 295. st. 5. ZOO-a „opći uvjeti obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora“.

54 NN 150/05.

55 NN 173/03, 67/08, 36/09, 130/11 i 30/14.

56 NN 10/02, 80/08 i 30/14.

57 NN 73/08, 90/11, 133/12 i 80/13.

4.2. Obveza provođenja plaćanja

Ugovaranje jednokratne platne transakcije moguće je samo kad platitelj želi platiti određenom primatelju ili uvećati saldo vlastitog računa tako što će predati gotov novac tj. novčanice i kovani novac pružatelju platnih usluga, a pružatelj će primljenu svotu prenijeti u korist računa primatelja⁵⁸. Dakle, ugovorom o jednokratnoj platnoj transakciji pružatelj se obvezuje korisniku da će obaviti jednu platnu transakciju, tj. provesti jedno određeno plaćanje i to je jedina obveza pružatelja relevantna za ovaj rad. Okvirnim ugovorom pružatelj platnih usluga preuzima više obveza, ali je prijenos novčanih svota primateljima – tj. provođenje plaćanja - po nalogu korisnika jedna od njegovih obveza koje nastaju i temeljem tog ugovora. Obveza prijenosa novčane svote primatelju – bilo temeljem ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji ili temeljem okvirnog ugovora i naloga danog u okviru tog ugovora⁵⁹ - podrazumijeva da moraju biti određeni barem svota novca u određenoj valuti i osoba koja je primatelj te svote.

Budući da se radi o prijenosu na račun primatelja – kod njegovog pružatelja platnih usluga – glavni element nužan za prijenos upravo određenom primatelju u svakodnevnom govoru naziva se IBAN, a rječnikom ZPLPR-a „jedinstvena identifikacijska oznaka“⁶⁰. Ona predstavlja glavni element zato što će prijenos iz neizbježnih tehničkih razloga biti obavljen na račun obuhvaćen tom oznakom neovisno o tome radi li se o računu osobe u nalogu navedene kao primatelj ili o računu treće osobe. Upravo zbog toga se smatra da je nalog izvršen uredno u odnosu

58 Plaćanje prijenosom novčanih sredstava s računa platitelja nužno podrazumijeva postojanje okvirnog ugovora, pa je opisana situacija jedina moguća situacija u kojoj se sklapa ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji. Za takvo plaćanje ZPLPR – u čl. 3. st. 3. al. 3 – rabi izraz „kreditni transfer“, a već od donošenja prvobitnog ZOO-a 1978. godine – uključujući čl. 318. st. 1. tog Zakona - za isto se rabi jednostavan domaći izraz „doznaka“. Ona se može definirati kao „plaćanje prijenosom novčanog potraživanja na određeni račun vjerovnika u banci“ (Rječnik trgovačkog prava, Zagreb, 1997., str. 74.), a podrobnije o njoj v. Miladin, Petar: Plaćanje doznakom (doktorska disertacija), 2004.

59 Kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji nalog je sadržan već u samom ugovoru kao ugovoru o nalogu, dok se okvirnim ugovorom pružatelj, između ostalog, obvezuje obavljati platne transakcije po nalogu korisnika, pa pojedina obveza provođenja plaćanja određene novčane svote ne nastaje sklapanjem ugovora, nego korisnikovim davanjem pojedinog naloga. Nalog za doznaku može se ocijeniti kao korisnikova uputa pružatelju da za njegov račun „ispuni nešto određenoj trećoj osobi, primatelju upute“ (čl. 130. ZOO-a) „“, pri čemu se može podrazumijevati da samim davanjem upute korisnik ujedno – izriječno ili implicite – ovlašćuje primatelja upute „da to ispunjenje primi u svoje ime“ (ibid.), pa između korisnika i pružatelja postoji i odnos uputitelja i upućenika kod asignacije. Kako korisnik prema pružatelju ima tražbinu, a pružatelj dug prema korisniku, u visini svote posljednjeg salda korisnikova računa, može se reći kako je nalog za doznaku, odnosno uputa „izdana na temelju upućenikova duga uputitelju“ (čl. 140. st. 2. ZOO-a) pa je pružatelj i kao upućenik dužan ispuniti uputu „do iznosa...duga“ (ibid.) prema uputitelju tj. korisniku. Provođenjem doznake tj. ispunjenjem upute pružatelj tj. upućenik „se u istoj mjeri oslobađa svog duga prema uputitelju“ (čl. 140. st. 3. ZOO-a). Ove odnose kao asignaciju vidi i Basler Kommentar, str. 2473.

60 V. bilješku 39.

na primatelja, ako je izvršen u skladu s jedinstvenom identifikacijskom oznakom, a ako je korisnik naveo pogrešnu jedinstvenu identifikacijsku oznaku – tj. onu koja se ne odnosi na račun osobe u nalogu navedene kao primatelj – pružatelj ne odgovara za neispunjenje ili neuredno ispunjenje obveze prijenosa glede osobe primatelja i to čak i kad je korisnik pružatelju dao i druge podatke o osobi primatelja plaćanja⁶¹. S obzirom na ovo može se zaključiti da je ugovorna obveza pružatelja prenijeti određenu novčanu svotu na račun obuhvaćen jedinstvenom identifikacijskom oznakom, pa će ona biti ispunjena i ispunjenjem prestati kad to učini. Trenutak ispunjenja je trenutak kad svotu čiji je prijenos naložen i u toj valuti primi pružatelj platnih usluga primatelja identificiranog jedinstvenom identifikacijskom oznakom⁶².

Za određivanje točnog trenutka nastanka pružateljeve obveze provođenja plaćanja važni su pojmovi naloga i autorizacije. S obzirom na to da ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji odgovara ugovoru o nalogu trenutak sklapanja ugovora odgovara trenutku nalagodavčevog davanja naloga za provođenje plaćanja⁶³, dok kod okvirnog ugovora to nije slučaj, jer se njime uređuje buduće

61 To izričito određuju čl. 49. st. 1., st. 2. i st. 5. ZPLPR-a. Drugi podatci, tj. ime i prezime, adresa i mjesto osobe primatelja – redovito su navedeni u odgovarajućoj rubrici obrasca naloga za plaćanje, bilo da se radi o materijalnom obrascu ili o obrascu u elektroničkom obliku koji se rabi u internet bankarstvu.

62 To proizlazi iz odredbe čl. 47. st. 3. ZPLPR-a prema kojem „ako platitelj pružatelj platnih usluga dokaže da je pružatelj platnih usluga primatelja plaćanja primio iznos platne transakcije u skladu sa člankom 43. ovog Zakona i nalogom za plaćanje, za izvršenje platne transakcije odgovara pružatelj platnih usluga primatelja plaćanja, i to primatelju plaćanja.“ Makar odredba ne kaže izričito da u opisanoj situaciji pružatelj platnih usluga platitelja ne odgovara, očito je da ona to podrazumijeva. Zaključak da je platitelj pružatelj platnih usluga ispunio obvezu prijenosa u trenutku kad je odobren račun primateljov pružatelja platnih usluga, tj. kad je primatelj pružatelj platnih usluga primio ugovorenu svotu proizlazi i iz čl. 43. st. 1. ZPLPR-a prema kojem „platitelj pružatelj platnih usluga dužan je kod nacionalnih platnih transakcija u službenoj valuti Republike Hrvatske osigurati da račun pružatelja platnih usluga primatelja plaćanja bude odobren za iznos platne transakcije...“. Budući da platitelj pružatelj platitelju odgovara za radnje kojima se provodi plaćanje do trenutka odobrenja računa primateljevog pružatelja, te da primatelj pružatelj odgovara samo primatelju, a ne i platitelju, između platitelja i primateljevog pružatelja ne postoji pravni odnos. Ugovorni očito, jer između njih nije sklopljen ugovor, a prema odluci VSRH Revt 43/2010 od 4. srpnja 2012. ni odnos stjecanja bez osnove niti izvanugovorna odgovornost za štetu. Odluka je donesena u sporu u kojem je platitelj od I. tužene njegove banke i II. tužene banke primatelja zahtijevao povrat određene svote isplaćene na temelju pogrešno upućenog naloga njegovoj banci, a VSRH je konstatirao kako „nije sporno da nema stjecanja bez osnove na strani II. Tuženika“ i kako „ne može biti riječ o ugovornoj odgovornosti u odnosu na II. tuženika budući da tužitelj s II. tuženikom ne nalazi u ugovornom odnosu te II. tuženiku nije davao niti je mogao davati bilo kakve naloge“. Osim toga „teoretski bi u obzir mogla doći samo izvanugovorna (deliktna) odgovornost II. tuženika, a revizijski sud ne nalazi u čemu bi se ogledala takva odgovornost banke – II. tuženika u odnosu na tužitelja zbog pogrešno upućenog naloga kojeg je dao (I tuženoj svojoj banci – op. a.) niti je tužitelj u tom pravcu dokazao postojanje pravno relevantnih činjenica odnosno pretpostavki deliktne odgovornosti

63 Nalog za plaćanje definiran je čl. 2. st. 1. t. 19. ZPLPR-a kao „instrukcija koju platitelj ili primatelj plaćanja podnosi svojem pružatelju platnih usluga, a kojom se traži izvršenje platne

izvršenje platnih transakcija. Imajući u vidu i da taj ugovor odgovara ugovoru o bankarskom tekućem računu, te da je banka (pružatelj) novčanim sredstvima na računu položitelja raspoloživa na njegov nalog, ovdje obveza provođenja plaćanja nastaje bančnim primanjem određenog naloga⁶⁴.

ZPLPR zasebno spominje i posebno uređuje „autorizaciju platnih transakcija“⁶⁵, što je izraz koji predstavlja doslovan prijevod izvornog teksta Direktive s engleskog jezika uz korištenje latinizma umjesto hrvatskoga pravnog nazivlja. Smatramo kako bi u duhu hrvatskoga jezika⁶⁶ i pravne terminologije „autorizaciju platnih transakcija“ trebalo „prevesti“ kao odobrenje polaganja, podizanja ili prijenosa novčanih sredstava odnosno kao odobrenje (provođenja) plaćanja⁶⁷. Stoga će se dalje rabiti izraz odobrenje.

Da bi se platna transakcija smatrala odobrenom potrebno je da platitelj dade suglasnost za izvršenje te transakcije ili da odobri izvršenje niza platnih transakcija, čiji je dio i ta platna transakcija.⁶⁸ Način davanja suglasnosti uređuje se ugovorom između platitelja i pružatelja platnih usluga,⁶⁹ pa tako suglasnost platitelja mora biti dana u obliku ugovorenog između njih, a ako pružatelj platnih usluga suglasnost nije dobio u navedenom obliku smatrat će se da odobrenje nije ni dano⁷⁰. Unatoč tome kod jednokratnih platnih transakcija tehnika sklapanja ugovora redovito isključuje ugovaranje načina davanja suglasnosti, pa se može uzeti da je suglasnost

transakcije“. Budući da izraz instrukcija sadržajno i jezično u hrvatskom jeziku i hrvatskoj pravnoj terminologiji odgovara nalogu, dalje će se rabiti izraz nalog. Oblik davanja naloga nije propisan pa se može dati u bilo kojem obliku odnosno na bilo koji način na koji se može valjano očitovati volja, ako između strana ne bi bilo ugovoreno drukčije. Kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji platitelj to u pravilu čini radnjama ili riječima, a kod okvirnog ugovora u pravilu pomoću platnih instrumenata, primjerice debitnih kartica i tokena i elektroničkih veza s bankama.

64 Prema ZPLPR-u radi se upravo o trenutku primanja, a ne trenutku davanja, naloga jer rok za izvršenje prema čl. 43. st. 1. ZPLPR-a teče od primanja naloga. Nalozi se kod okvirnog ugovora redovito daju pomoću platnih instrumenata uključujući i platne kartice, iako se mogu davati i predajom, primjerice, odgovarajućeg obrasca kao kod jednokratnih platnih transakcija.

65 Glava III., Poglavlje 2. ZPLPR-a.

66 Klaić, Bratoljub: Rječnik stranih riječi, Matica hrvatska, Zagreb, 1979., str. 126.

67 Slakoper, Zvonimir: Ugovori u (Zakonu o) platnom prometu općenito, Hrvatska pravna revija, 4/2015, str. 8.

68 Čl. 29. st. 1. ZPLPR-a.

69 Čl. 29. st. 5. ZPLPR-a. Odredba par. 675j njemačkoga BGB – koja uređuje isto pitanje – izričito navodi kako se strane mogu suglasiti da se odobrenje daje pomoću platnog instrumenta koji omogućuje identifikaciju. To je prisutno i u domaćoj praksi gdje se odobrenje daje pomoću platnih kartica i platnih instrumenata s osobnim sigurnosnim obilježjima.

70 Čl. 29. st. 3. ZPLPR-a. Danu suglasnost platitelj može opozvati do trenutka kad njegov pružatelj primi nalog i suglasnost tj. odobrenje kad se radi o pojedinom plaćanju, a u svako doba kad se radi o nizu plaćanja (čl. 29. st. 6. i 7. ZPLPR), pružatelj i korisnik koji nije potrošač vrijeme opoziva ugovorom mogu urediti drukčije (čl. 29. st. 8. ZPLPR), a oblik i način opoziva uređuju se ugovorom kao i davanje suglasnosti (čl. 29. st. 9. ZPLPR). Jasno je da provođenje plaćanja unatoč valjano opozvane suglasnosti predstavlja neautoriziranu platnu transakciju tj. plaćanje provedeno bez odobrenja ovlaštene osobe.

dana i transakcija odobrena čim je platitelj dao, a primatelj primio i prihvatio nalog za plaćanje i odgovarajuću svotu novca. Istovremeno je u tom trenutku prestalo pravo platitelja da opozove transakciju, jer je (u tom trenutku) nalog za plaćanje postao neopoziv⁷¹.

Kad je sklopljen okvirni ugovor pružatelji redovito predaju korisnicima platne instrumente odnosno kartice kojima se korisnici identificiraju i odobravaju provođenja plaćanja. U općim uvjetima banke kao sredstva za identifikaciju korisnika navode token, pametnu karticu i čitač kartice. Token može biti „personalizirana aplikacija instalirana na mobilnom telefonskom uređaju koja se koristi za postupak autentifikacije i autorizacije“⁷² ili zaseban uređaj kojeg banka privremeno ustupa svome korisniku platnih usluga.⁷³ Čitač kartice je uređaj kojeg banka kao i token privremeno ustupa svome korisniku platnih usluga a koristi se za postupak autentifikacije i autorizacije putem pametnih kartica.⁷⁴ Pametna kartica je „čip kartica koja u sebi ima mikroprocesor te može memorirati podatke, ali i obavljati različite obrade podataka kao što su autentifikacija, kriptiranje podataka, generiranje dinamičke lozinke, elektronički potpis i slično.“⁷⁵ Sva navedena sredstva za identifikaciju koriste PIN (osobni, tajni identifikacijski broj) koji omogućuje uporabu tih sredstava, davanje naloga i odobravanje provođenja plaćanja. Dakle, da bi korisnik platnih usluga mogao izvršiti elektroničko plaćanje treba sklopiti ugovor s bankom, a zatim od banke dobiti uređaj (ili aplikaciju), te

71 Prema odredbi čl. 41. st. 1. ZPLPR-a „korisnik platnih usluga ne može opozvati nalog za plaćanje nakon što ga je primio platitelj pružatelj platnih usluga“ iz čega proizlazi da platitelj može opozvati nalog za plaćanje do trenutka kad ga njegov pružatelj platnih usluga primi. Kad je platitelj potrošač odredba je prisilna, a ako platitelj nije potrošač, strane mogu ugovorom urediti opoziv suglasnosti i na drugačiji način (čl. 41. st. 8. ZPLPR-a).

72 Prema Općim uvjetima korištenja usluga direktnog bankarstva, Privredne banke Zagreb d.d., u primjeni od 12. 7. 2015., str. 2. „, autentifikacija je postupak identifikacije Korisnika usluge putem individualiziranih sigurnosnih obilježja platnog instrumenta koji mu je izdan temeljem okvirnog ugovora i autentifikacijskog/autorizacijskog uređaja koji je odabrao prilikom ugovaranja Usluge direktnog bankarstva. Ovaj postupak omogućava provjeru korištenja određenog platnog instrumenta, uključujući provjeru njegovih personaliziranih sigurnosnih obilježja i na taj način verifikaciju identiteta Korisnika.“, dok je autorizacija „postupak potvrđivanja volje Korisnika usluge u svrhu davanja suglasnosti za izvršenje naloga za plaćanje, sklapanja određenih ugovora ili u drugu svrhu koja je podržana u okviru određene usluge direktnog bankarstva. Autorizacijom Korisnik usluge prihvaća uvjete koji su mu prezentirani prije autorizacije. Mogućnosti i način autorizacije ovise o karakteristikama pojedine Usluge direktnog bankarstva, a definirani su u ovim Općim uvjetima i ugovorom o korištenju usluge.“

73 U Općim uvjetima i pravilima korištenja usluga direktnog bankarstva za potrošače od Hypo Alpe-Adria-Bank d.d., u primjeni od 11. 1. 2016., s. 1., nalazimo odredbu koja nam govori da su identifikacijski uređaji (token, pametna kartica) u vlasništvu banke i korisnik ih je dužan vratiti na zahtjev banke.

74 Opći uvjeti korištenja usluge direktnog bankarstva, Privredne banke Zagreb d.d., u primjeni od 12.7.2015., str. 2. – 4.

75 Etranet grupa, www.kartice.hr, <http://www.kartice.hr/tehnologija/smart-kartice-chip-2/>, 18. 11. 2015.

jednokratni identifikacijski i aktivacijski kod (ključ)⁷⁶ pomoću kojih pristupa usluzi. Nakon toga korisnik definira PIN kojim dalje pristupa usluzi i odobrava provođenje plaćanja bilo unošenjem PIN-a kao posljednjom radnjom u postupku davanja naloga i suglasnosti tj. odobrenja ili kao prvom radnjom u tom postupku, a tada su i nalog i odobrenje tj. suglasnost dani posljednjom radnjom u istom postupku⁷⁷. Budući da je drugo sredstvo – primjerice EFT POS terminal, bankomat, računalo – elektronički povezano s bankom redovito je u tom trenutku platiteljeva banka i primila nalog za plaćanje.

Vrijeme kad će pružatelj započeti s prijenosom⁷⁸ platitelj i pružatelj mogu ugovoriti⁷⁹, a ako ga ne ugovore pružatelj platnih usluga po samom je zakonu dužan prijenos obaviti tako da primatelj pružatelj platnih usluga primi ugovorenu svotu „najkasnije do kraja sljedećega radnog dana računajući od vremena primitka naloga za plaćanje“⁸⁰ tj. od trenutka kad ga je platitelj pružatelj platnih usluga primio „neposredno od strane platitelja ili posredno od strane ili preko primatelja plaćanja“⁸¹. Polazeći od mišljenja da je kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji nalog za plaćanje redovito dan u trenutku fizičke predaje odgovarajućeg obrasca zaposleniku pružatelja platnih usluga i da kod tog ugovora strane redovito ne ugovaraju vrijeme ispunjenja, držimo da će u pravilu platitelj pružatelj platnih

76 Hypo Alpe-Adria-Bank d.d., Opći uvjeti korištenja usluge m-Hypo(-) mobilnog bankarstva za potrošače, definiraju aktivacijski ključ kao niz brojeva s vremenski ograničenom valjanosti koje banka generira prilikom ugovaranja usluge.

77 Npr. pritiskom odgovarajuće tipke na bankomatu ili tzv. „klikom miša“ na odgovarajuću rubriku na elektroničkom obrascu vidljivom na monitoru u slučaju Internet bankarstva.

78 Radi se o započinjanju jer se prijenos sastoji od više radnji.

79 Prema odredbi čl. 39. st. 3. ZPLPR-a. „korisnik platnih usluga koji inicira nalog za plaćanje i njegov pružatelj platnih usluga mogu ugovoriti da se nalog za plaćanje započne izvršavati: 1) na određeni dan, 2) na kraju određenog razdoblja ili 3) na dan kad platitelj stavi na raspolaganje svom pružatelju platnih usluga potrebna novčana sredstva“.

80 Dio čl. 43. st. 1. ZPLPR-a. Ovo pravilo vrijedi za nacionalne platne transakcije u domaćoj valuti, dok su za sve druge predviđeni duži rokovi u odredbama čl. 43. st. 3. – 5. ZPLPR-a. Ovim je pravilima određeno dospijeće platiteljeve obveze da obavi plaćanje, a ono proizlazi i iz odredbe čl. 47. st. 2. ZPLPR-a koja razgraničuje odgovornost platiteljevog pružatelja prema platitelju i odgovornost primateljevog pružatelja prema primatelju određujući da platitelj pružatelj ne odgovara platitelju, nego primatelj primatelju: „Ako platitelj pružatelj platnih usluga dokaže da je pružatelj platnih usluga primatelja plaćanja primio iznos platne transakcije u skladu sa člankom 43. ovog Zakona i nalogom za plaćanje“.

81 Čl. 39. st. 1. ZPLPR-a. Platitelj može ovlastiti primatelja za podnošenje naloga, primjerice u slučaju izravnog terećenja, o kojem vidjeti niže. Iznimno, ako je pružatelj platnih usluga primio nalog na neradni dan ili za vrijeme radnog dana ali nakon određenog krajnjeg vremena za primanje naloga za plaćanje, smatra se da je nalog primio sljedećeg radnog dana (čl. 39. st. 1. i st. 2. ZPLPR-a). Također iznimno, vrijeme za provođenje plaćanja u biti neće ni početi teći ako pružatelj platnih usluga odbije izvršiti nalog za plaćanje, na što ga implicite ovlašćuje čl. 40. ZPLPR-a, ne navodeći razloge koji bi pružatelja ovlašćivali na odbijanje, pa bi u interesu korisnika bilo da to pokuša ugovoriti odnosno utvrditi razloge predviđene u bančnim općim uvjetima. U slučaju odbijanja naloga pružatelj je o odbijanju dužan obavijestiti platitelja do isteka roka za odobrenje računa primateljevog pružatelja platnih usluga prema čl. 43. st. 2. u vezi s čl. 43. ZPLPR-a.

usluga biti dužan poduzeti radnje kojima se svota prenosi na račun primateljevog pružatelja platnih usluga tako da primatelj pružatelj platnih usluga primi svotu do kraja sljedećeg radnog dana poslije dana davanja naloga za plaćanje odnosno fizičke predaje obrasca koji sadrži taj nalog. Kod okvirnog ugovora, pri platiteljevom davanju naloga elektroničkim bankarstvom unošenje drugog datuma u odgovarajuću rubriku elektroničkog obrasca naloga za provođenje plaćanja – umjesto datuma kad se nalog daje – treba uzeti kao ugovaranje datuma kad će pružatelj platnih usluga započeti s prijenosom, a u svakom slučaju pružatelj je dužan obaviti prijenos do isteka vremena koje je već navedeno.

Dosad smo promotrili sadržaj, tj. predmet obveze i ispunjenja, vrijeme u koje je pružatelj platnih usluga dužan ispuniti obvezu i osobu kojoj je dužan ispuniti obvezu, pa da bi obveza valjanim ispunjenjem prestala. Glede opsega ispunjenja treba podsjetiti da je vjerovnik novčane obveze u pravilu dužan primiti djelomično ispunjenje⁸², pa će prema općim pravilima obveznog prava u pravilu i djelomično ispunjenje – pravovremeni prijenos dijela svote – biti valjano i uredno i u tom dijelu pružatelja platnih usluga osloboditi obveze prijenosa⁸³. Ali će u tom slučaju glede neprenesenog dijela pružatelj platnih usluga istekom roka za prijenos pasti u dužničko zakašnjenje. Zbog faktičnih okolnosti pitanja kakvoće i mjesta ispunjenja u pravilu se ne postavljaju.

4.3. Druge obveze u vezi s odgovornošću za provođenje plaćanja

Okvirnim ugovorom pružatelj platnih usluga u pravilu se obvezao korisniku obavljati plaćanja, tj. prenositi primateljima određene svote novca, po njegovim nalogima, kao i ugovorom o jednokratnoj platnoj transakciji, ali i obavljati isplate njemu i za njega primati uplate. To podrazumijeva da je pružatelj platnih usluga otvorio i da vodi račun korisnika platnih usluga, te da uz obvezu prijenosa novčanih sredstava primateljima (po nalogima korisnika) ima i više drugih obveza⁸⁴.

Glede obveze prijenosa novčanih sredstava primateljima po nalogima korisnika najprije treba reći da povodom svakoga pojedinačnog naloga korisnika nastaje obveza pružatelja čiji sadržaj odgovara sadržaju obveze pružatelja platnih usluga kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji, pa se i ovdje na odgovarajući način primjenjuje tamo navedeno glede osobe primatelja, svote i vremena prijenosa. No, kad je sklopljen okvirni ugovor korisnik ne nalaže prijenos gotovog novca koji predaje pružatelju, nego prijenos novčanih sredstava s njegova računa. Iako sama tehnika davanja naloga može biti istovjetna tehnici davanja naloga kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji – riječima i/ili radnjama uz fizičku nazočnost

82 Čl. 169. st. 2. ZOO-a.

83 Pravni učinak prijenosa sastoji se u promjeni ili prestanku dva pravna odnosa: odnosa platitelja i pružatelja platnih usluga i odnosa platitelja kao dužnika i primatelja kao vjerovnika platitelja. U bitnom tako proizlazi i za njemačko pravo prema par. 662., par. 675. i par. 675f BGB i Palandt, str. 1123.

84 Podrobnije v. Bankovni i financijski ugovori, str. 701. – 717.

korisnika i zaposlenika pružatelja platnih usluga u poslovnom prostoru pružatelja platnih usluga – bitno češće korisnici daju naloge pomoću platnih instrumenata, elektroničkih komunikacijskih sredstava i računalnih mreža na način koji je već opisan.

Neka od tih sredstava naprijed su opisana uz naznaku da odgovaraju pojmovima platnih instrumenata i platnih kartica. U vezi s platnim instrumentima ZPLPR utvrđuje više obveza pružatelja platnih usluga. On je dužan osigurati svakodobnu raspoloživost odgovarajućih sredstava koja omogućuju primitak korisnikova zahtjeva za deblokadu platnog instrumenta ili/i obavijesti korisnika platnih usluga o ustanovljenom gubitku, krađi ili zlouporabi platnog instrumenta ili njegovom neovlaštenom korištenju i spriječiti svako korištenje platnog instrumenta nakon te obavijesti⁸⁵. Važnost ove obveze vidljiva je već na prvi pogled jer njeno ispunjenje štiti imovinu korisnika platnih usluga u slučaju protupravnih ponašanja trećih osoba odnosno u slučaju nastanka mogućnosti štete za korisnika, a posebno će biti vidljiva niže u izlaganju o odgovornosti za neodobrene platne transakcije. Istu svrhu – iako manje vidljivu – imaju i obveze pružatelja platnih usluga da osigura „da personalizirana sigurnosna obilježja platnog instrumenta ne budu dostupna drugima osim korisniku platnih usluga koji je ovlašten koristiti se tim instrumentom“⁸⁶ i da se suzdrži „od slanja nezatraženoga platnog instrumenta, osim ako platni instrument koji je već dan korisniku platnih usluga treba zamijeniti“⁸⁷. Personaliziranim sigurnosnim obilježjem platnog instrumenta može se – primjerice – uzeti PIN vezan uz token ili debitnu karticu, čiji unos u token, bankomat ili POS terminal omogućuje davanje naloga za obavljanje plaćanja, pa njegova dostupnost trećim osobama otvara mogućnost štete za korisnika. Tu mogućnost otvara i fizički prijenos platnog instrumenta iz jednog mjesta u drugo, pa je pružatelj platnih usluga dužan ne samo suzdržati se od slanja nezatraženog platnog instrumenta, nego i u slučajevima slanja zatraženog platnog instrumenta – a i slanja bilo kakvih personaliziranih sigurnosnih obilježja platnog instrumenta – snosi rizik slanja⁸⁸. Držeći posljednje pravilo prisilnim, držimo da ga se ugovorom ne može valjano isključiti od primjene i da se njegova posljedica sastoji u odgovornosti pružatelja u svim slučajevima u kojima bi umanjenje novčane svote na računu korisnika bilo posljedica događaja nastalih prije trenutka kad je korisnik primio platni instrument i njegova personalizirana sigurnosna obilježja⁸⁹.

85 Čl. 32. st. 1. t. 3. i 5. ZPLPR-a.

86 Čl. 32. st. 1. t. 1. ZPLPR-a.

87 Čl. 32. st. 1. t. 2. ZPLPR-a.

88 Čl. 32. st. 2. ZPLPR-a.

89 Radi se o razdoblju od nastanka platnog instrumenta i njegovih sigurnosnih obilježja, pa do njihova primitka od strane korisnika jer je neprijeporno da pružatelj snosi rizik njihove uporabe i odgovara za njihovu uporabu i dok su u njegovoj faktičnoj vlasti, a ne samo tijekom prijenosa do korisnika. Pod korisnikovim primitkom smatramo da treba uzeti trenutak stvarnog primitka jer smatramo da rizik moguće štete za korisnika i pažnja dobrog stručnjaka od pružatelja platnih usluga zahtijevaju slanje platnih instrumenata i njihovih sigurnosnih obilježja osobnom dostavom, preporučenom poštom ili drugim načinom koji u najvećoj mogućoj mjeri onemogućuje njihovo stjecanje od strane trećih osoba.

Platne kartice su stvari, a stvari su obuhvaćene i definicijom platnih instrumenata, pa i oni uključuju stvari, a kao primjere smo naveli tzv. debitne kartice i tokene. Oboje su stvari s elektroničkim komponentama i određenim funkcionalnim svojstvima, čije postojanje je nužno za davanje naloga za plaćanje, odobrenje plaćanja i njihovo primanje kod pružatelja platnih usluga. Za primanje naloga za plaćanje od strane pružatelja rabe se i bankomati i EFT POS uređaji i za njih vrijedi upravo rečeno za tokene i debitne kartice. Elektroničko bankarstvo podrazumijeva – između ostalog – postojanje i funkcioniranje informatičkog sustava pružatelja platnih usluga i oni su nužni za davanje naloga i odobrenje provođenja plaćanja pomoću elektroničkog bankarstva i primanje kod pružatelja platnih usluga. Platne instrumente korisniku predaje pružatelj platnih usluga po sklapanju okvirnog ugovora, a njegovi bankomati, informatički sustav i dio elektroničkog komunikacijskog sustava pripadaju njemu.

Budući da je davanje naloga pretpostavka obveze pružatelja platnih usluga da obavi plaćanje trećem ili da isplati određenu svotu pomoću bankomata, budući da je vrijeme primitka naloga trenutak kad je platitelj (nalogodavčev) pružatelj platnih usluga primio nalog za plaćanje⁹⁰ i budući da tek od pružateljevog primitka naloga za plaćanje teče rok za plaćanje (ispunjenje), očito je da je ispravno funkcioniranje navedenih stvari nužno za postizanje svrhe zbog koje platitelj nalogodavac ima platnu karticu odnosno znanje postupaka nužnih za provođenje plaćanja, u biti za postizanje svrhe radi koje je s pružateljem platnih usluga sklopio okvirni ugovor. Te stvari korisniku je predao, odnosno s postupcima ga upoznao, pružatelj platnih usluga, pa se postavlja pitanje njegove odgovornosti u situacijama u kojima, zbog nefunkcioniranja neke od navedenih stvari, korisnik ne bi pravovremeno ispunio postojeću obvezu plaćanja prema trećoj osobi kao vjerovniku.

Važnost ovog pitanja ne može biti prijeporna jer dužnikovim zakašnjenjem s plaćanjem *ex lege* nastaje obveza plaćanja zatezних kamata, a ispunjenje ugovornih obveza do nekoga najkasnijeg trenutka ponekad je toliko važno da neispunjenje do isteka roka za ispunjenje dovodi do raskida ugovora *ex lege*. Ako neispunjenje nije bilo prouzročeno višom silom nastaje i odgovornost dužnika za štetu koju je zbog toga pretrpio vjerovnik^{91, 92}. Dakle, zbog nefunkcioniranja stvari pružatelja platnih usluga mogu nastati korisnikove obveze plaćanja zatezних kamata i naknade štete trećoj osobi i može nastupiti raskid ugovora s tom osobom.

Među odredbama o obvezama pružatelja platnih usluga u vezi s platnim instrumentima nema odredbi koje bi uređivale pitanja funkcioniranja, nefunkcioniranja ili neispravnog funkcioniranja platnih instrumenata i uređaja koji pripadaju pružatelju platnih usluga i pravnih posljedica. Stoga na ta pitanja treba primijeniti opća pravila obveznog prava, pravila koja uređuju odnose nalogodavca i nalogoprimeca i pravila koja uređuju odnose položitelja (deponenta) i banke iz

90 Čl. 39. st. 1. ZPLPR-a.

91 Čl. 343. ZOO-a.

92 Te učinke stvari i ispunjenje pogrešnoj osobi, jer ispunjenje pogrešnoj osobi nije ispunjenje, a može ih stvoriti i djelomično ispunjenje

ugovora o bankovnom tekućem računu. Ova pravila neće se podrobnije prikazivati zato što bi se radilo o pitanjima odgovornosti banke za ispunjenje drugih obveza prema korisniku, a ne za ispunjenje obveze provođenja plaćanja, koja u okolnostima u kojima ona nije primila nalog za provođenje plaćanja, nije ni nastala.

U izlaganju o vremenu ispunjenja kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji navedeno je da je platitelj pružatelj platnih usluga obvezu prijenosa ispunio u trenutku kad je primatelj pružatelj platnih usluga primio odgovarajuću novčanu svotu. ZPLPR odvaja i razgraničuje primitak novčane svote kod pružatelja platnih usluga i primatelja, tako što primateljevom pružatelju platnih usluga nalaže da za primljenu svotu odobri račun primatelja i novčanu svotu stavi na raspolaganje najkasnije istog dana kad je i sam primio novčanu svotu⁹³. Dosljedno, ako tog dana saldo računa korisnika ne bi bio uvećan ili on ne bi mogao raspolagati odgovarajućom novčanom svotom tog dana, pružatelj platnih usluga pao bi u dužničko zakašnjenje. Iz toga proizlazi da je uvećanje salda računa korisnika za primljenu svotu i stavljanje te svote njemu na raspolaganje najkasnije istog dana kad je i sam primio novčanu svotu jedna od obveza pružatelja prema korisniku.

Među suvremenim tehnikama plaćanja kojima se ispunjavaju periodične novčane obveze, primjerice obveze plaćanja struje, vode i sl., nalazi se i „izravno terećenje“. Izravno terećenje ZPLPR definira kao platnu uslugu „za terećenje platiteljevog računa za plaćanje, pri čemu je platna transakcija inicirana od strane primatelja plaćanja na osnovi suglasnosti platitelja dane platiteljevom pružatelju platnih usluga, primatelju plaćanja ili pružatelju platnih usluga primatelja plaćanja“⁹⁴. Drugim riječima, radi se o situacijama u kojima se platitelj unaprijed suglasi s time da njegov pružatelj bez daljnje suglasnosti platitelja u svakom kasnijem pojedinom slučaju s računa platitelja u korist računa primatelja prenosi svote koje, npr. dostavom mjesečnog računa, zatraži primatelj⁹⁵. Kod toga je očito

93 To proizlazi iz odredbe čl. 44. ZPLPR-a („Nakon što pružatelj platnih usluga primatelja plaćanja zaprimi iznos platne transakcije, dužan je odobriti račun za plaćanje primatelja plaćanja s datumom valute i staviti mu na raspolaganje novčana sredstva, odnosno, ako primatelj plaćanja nema račun za plaćanje, staviti mu novčana sredstva na raspolaganje, u skladu sa člankom 46. ovog Zakona) u vezi s odredbama čl. 46. st. 1. i st. 2. ZPLPR-a („(1) Datum valute odobrenja računa za plaćanje primatelja plaćanja ne može biti datum nakon radnog dana na koji je za iznos platne transakcije odobren račun pružatelja platnih usluga primatelja plaćanja. (2) Pružatelj platnih usluga primatelja plaćanja dužan je iznos platne transakcije staviti na raspolaganje primatelju plaćanja odmah nakon što je za taj iznos odobren račun pružatelja platnih usluga primatelja plaćanja.“).

94 Čl. 2. st. 1. t. 20. ZPLPR-a.

95 Kad korisnik i pružatelj platnih usluga ugovore da će pružatelj obavljati plaćanja iniciranog „od strane ili preko primatelja plaćanja, platitelj ne može opozvati nalog za plaćanje nakon prijenosa naloga za plaćanje ili nakon što je primatelju plaćanja dao svoju suglasnost za izvršenje platne transakcije“ (čl. 41. st. 2. ZPLPR-a). Budući da je time ugovorena pružateljeva obveza obavljanja plaćanja na inicijativu tj. nalog primatelja koji je treća osoba, takvo ugovaranje moglo bi se kvalificirati kao ugovaranje u korist trećega iz čl. 337. ZOO-a, uz isključenje prava ugovaratelja da opozove korist za trećeg dok on ne izjavi da je prihvaća, koje inače po samom zakonu postoji temeljem dispozitivne odredbe čl. 338. st. 1. ZOO-a. Kod izravnog terećenja – budući da „platitelj može opozvati nalog za plaćanje ... do kraja

da platitelj ne daje suglasnost za točne iznose pojedinih plaćanja, jer je to *via facti* nemoguće. Unaprijed dana suglasnost ima karakter odobrenja, pa obavljanje plaćanja u opisanim okolnostima ne predstavlja neodobrene platne transakcije. Međutim, pod određenim pretpostavkama platitelj pružatelj platnih usluga bit će dužan platitelju vratiti isplaćeni iznos, pa utvrđivanjem obveze vraćanja i njenih pretpostavki ZPLPR ujedno utemeljuje obvezu koja bi se mogla opisati kao obveza praćenja svota koje se isplaćuju.

Platitelj pružatelj platnih usluga dužan je vratiti platitelju čitavu svotu pojedine izvršene platne transakcije, koju je naložio primatelj plaćanja ili je naložena putem njega, ako suglasnost nije dana za točan iznos platne transakcije i – kumulativno s tim – „iznos platne transakcije premašuje iznos koji bi platitelj uobičajeno očekivao uzimajući u obzir svoje prijašnje navike potrošnje, odredbe okvirnog ugovora i relevantne okolnosti tog slučaja“⁹⁶. Dakle, ako želi izbjeći mogućnost da bude dužan vratiti platitelju čitavu svotu pojedine transakcije, zbog toga što njen iznos premašuje iznos koji se utvrđuje na upravo citirani način, platitelj pružatelj platnih usluga bio bi dužan prvo utvrditi koji je to iznos što bi ga platitelj uobičajeno očekivao uzimajući u obzir svoje prijašnje navike potrošnje, odredbe okvirnog ugovora i relevantne okolnosti tog slučaja i prije izvršenja pojedine platne transakcije uspoređivati taj iznos s iznosom čiji je prijenos naložen, te odbiti isplatu ako potonji iznos premašuje prethodno utvrđeni (*sic!*).

5. ČINJENIČNO MOGUĆI NAČINI POVREDE OBVEZE PROVOĐENJA PLAĆANJA

ZPLPR predviđa i odvojeno uređuje dva bitno različita načina povrede obveze provođenja plaćanja od strane pružatelja, koje naziva „neautorizirane platne transakcije“ i „neizvršenje i neuredno izvršenje platne transakcije“. Glavna razlika između njih očigledna je izrazom „neautorizirane“ i u tom se slučaju radi o platnim transakcijama koje su izvršene bez suglasnosti platitelja, a u drugom slučaju o platnim transakcijama koje je platitelj naložio i s kojima se suglasio, ali nisu izvršene ili su, rječnikom ZPLPR-a, neuredno izvršene.

Suglasnost s izvršenjem određene platne transakcije podrazumijeva da se ovlaštena osoba⁹⁷ suglasila s određenom svotom u određenoj valuti i s osobom kojoj

radnog dana koji prethodi ugovorenom danu terećenja“ (čl. 41. st. 3. ZPLPR-a) – odnos bi se i dalje mogao kvalificirati kao ugovaranje u korist trećega, ali bez isključenja ugovarateljeva prava na opoziv koristi.

96 Čl. 37. st. 1. t. 2. ZPLPR-a.

97 O ovlaštenoj osobi – a ne o platitelju ili korisniku, govorimo jer, primjerice, korisnik (koji je imatelj računa i platnog instrumenta) može opunomoćiti treću osobu za plaćanje trećem ili primanje isplate i predajom platnog instrumenta i priopćavanjem potrebnih podataka omogućiti joj podizanje gotovog novca pomoću bankomata ili/i plaćanje trećem. Budući da je opunomoćivanjem i navedenim radnjama dao suglasnost s isplatom odnosno plaćanjem, pružateljeva isplata odnosno prijenos trećem nisu „neautorizirani“, nego „autorizirani“. Ako

će ta svota biti isplaćena odnosno prenesena, pa isplatama bez suglasnosti ovlaštene osobe treba smatrati i isplate odnosno prijenose svota većih od onih s kojima se ovlaštena osoba suglasila i isplate odnosno prijenose osobama s kojima se ovlaštena osoba nije suglasila. Faktički je moguće da pružatelj platnih usluga bez suglasnosti korisnika (koji je imatelj računa) isplati odnosno prenese određenu svotu nekoj osobi iz neobično širokoga kruga razloga na njegovoj strani ili na strani korisnika. Na strani pružatelja platnih usluga razlog, primjerice, može biti nedovoljna sigurnost informatičkog sustava, koja je omogućila neovlaštenoj osobi davanje naloga za prijenos neke svote novca s računa korisnika ili neispunjenje obveze da trećima onemogućujući dostupnost personaliziranih sigurnosnih obilježja platnog instrumenta, a na strani korisnika, primjerice, gubitak ili krađa platne kartice ili drugog platnog instrumenta, što je omogućilo neovlaštenoj osobi podizanje gotovog novca na bankomatu ili plaćanje na teret korisnikova računa.

Pravni položaj strana glede platnih transakcija bez odobrenja uređen je u Poglavlju koje uređuje davanje odobrenja za provođenje platnih transakcija. Kao obveze pružatelja koje nastaju zbog izvršenja takve transakcije izričito su navedene obveze vraćanja iznosa neodobrene transakcije, vraćanja naknada plaćenih u vezi s tom transakcijom, plaćanja kamata i naknade štete⁹⁸. Provođenje platne transakcije bez odobrenja ovlaštene osobe predstavlja povredu njegove ugovorne obveze prema platitelju jer je pružatelj platnih usluga dužan, ali i ovlašten, provesti plaćanje samo kad su ispunjene sve pretpostavke, a suglasnost platitelja s provođenjem plaćanja jedna je od tih pretpostavki.

Odjeljak 3. Poglavlja 3. Glave III. ZPLPR-a nosi naslov „Odgovornost pružatelja platnih usluga za neizvršenje i neuredno izvršenje platne transakcije“. U njemu se dosljedno govori o neizvršenim i neuredno izvršenim platnim transakcijama i predviđaju iste posljedice za neizvršenje i neuredno izvršenje⁹⁹. Iz dikcije odredbi proizlazilo bi da zakašnjenje predstavlja jedan od oblika neurednog izvršenja¹⁰⁰.

Izvršenje platne transakcije je ispunjenje ugovorne obveze pružatelja, koji je dužnik te obveze, prema korisniku, koji je njen vjerovnik. Prema općim pravilima obveznog prava dužnik je dužan ispuniti obvezu „savjesno u svemu kako ona glasi“¹⁰¹. To znači da je dužan ispuniti je ovlaštenoj osobi¹⁰², „izvršenjem onoga

bi treći naložio isplatu odnosno prijenos svote veće no što ga je ovlastio korisnik, pružatelj platnih usluga ne bi odgovarao jer je razlog isplate odnosno prijenosa bez suglasnosti na strani korisnika tj. jer ga je korisnik sam omogućio.

98 Čl. 35. ZPLPR-a.

99 Npr. u st. 2., st. 5. i st. 6. čl. 47. i u čl. 50. ZPLPR-a.

100 Čl. 51. st. 1. ZPLPR-a: „u slučaju neuredno izvršene platne transakcije uključujući zakašnjenje s izvršenjem, korisnik platnih usluga ima pravo...“

101 Čl. 342. st. 1. ZOO-a.

102 Prema čl. 164. st. 1. ZOO-a „obveza se mora ispuniti vjerovniku ili osobi određenoj zakonom, sudskom odlukom, ugovorom između vjerovnika i dužnika ili onoj koju odredi vjerovnik“, pa proizlazi da samo te osobe čine krug mogućih ovlaštenih osoba.

što čini sadržaj obveze¹⁰³, „u roku koji je predviđen ugovorom“,¹⁰⁴ a „ako rok ispunjenja nije predviđen ugovorom, dužnik je dužan ispuniti obvezu u roku koji je predviđen zakonom“¹⁰⁵. Recentna literatura razlikuje nevaljano i neuredno ispunjenje. Pod nevaljanim smatra takvo ispunjenje koje ne stvara učinke prestanka obveze, npr. neovlaštenoj osobi. Neurednim ispunjenjem uzima ispunjenje koje je stvorilo učinak prestanka obveze, ali je stvorilo mogućnost nastanka sekundarnih učinaka obveznopравnih odnosa¹⁰⁶ te neurednim ispunjenjem uzima ispunjenje sa zakašnjenjem i ispunjenje s nedostacima¹⁰⁷.

Kod platnih transakcija teško je zamisliti bilo pravne nedostatke ili nedostatke u kakvoći ispunjenja. Nedostaci u količini, kao druga podvrsta materijalnih nedostataka, mogu biti u vidu manje ili veće količine nego što je ugovorena. Ako bi pružatelj trećem prenio ili isplatio veću svotu od naložene, tj. ugovorene, višak bi trebalo uzeti kao neodobrenu platnu transakciju, jednako kao i prijenos odnosno isplatu čitave ili dijela svote neovlaštenoj osobi, a ako bi prenio ili isplatio manju svotu, u odnosu na razliku do pune svote pao bi u dužničko zakašnjenje. Iz toga proizlazi da ustvari ne postoji neki drugi oblik neurednog ispunjenja osim zakašnjenja s obavljanjem plaćanja, odnosno zakašnjenje s pravovremenim prijenosom čitave naložene svote ili njenog dijela faktički je jedini oblik neurednog ispunjenja.

Iako ne predviđa različite posljedice, ZPLPR jezično razlikuje neizvršenje tj. neispunjenje i neuredno izvršenje platne transakcije, ustvari zakašnjenje. Prema recentnoj literaturi o dužnikovu zakašnjenju je riječ „kad dužnik ne ispuni obvezu u odgovarajućem roku, ali još uvijek postoji njegovo pravo da tu obvezu ispuni i vjerovnikovo pravo da ispunjenje zahtijeva, a o neispunjenju je riječ kad je prestalo i dužnikovo pravo da ispuni obvezu i vjerovnikovo pravo da zahtijeva ispunjenje te obveze“¹⁰⁸. Iz toga proizlazi da kod ugovora u kojima je rok za ispunjenje bitan sastojak dužnik uopće ne pada u dužničko zakašnjenje, jer „kad je ispunjenje obveze u određenom roku bitan sastojak ugovora, pa dužnik ne ispuni obvezu u tom roku, ugovor se raskida po samom zakonu“¹⁰⁹, te nastaje stanje koje se opisuje kao neispunjenje. To stanje i raskid ugovora kod ugovora u kojima rok za ispunjenje nije bitan sastojak u pravilu nastupaju tek kad istekne primjereni naknadni rok za ispunjenje. Raskidom ugovora *ex lege* nastaju obveze ugovornih strana da jedna drugoj vrate sve što su od druge strane primile,¹¹⁰ s time što „strana koja vraća

103 Čl. 166. st. 1. ZOO-a.

104 Čl. 173. st. 1. ZOO-a.

105 Čl. 173. st. 2. ZOO-a.

106 O sekundarnim (nenamjeranim) učincima obveznopравnih odnosa vidjeti Obvezno pravo – opći dio, str. 355. i dalje.

107 O pojmovima i razlikovanju nevaljanog i neurednog ispunjenja vidjeti Obvezno pravo – opći dio, str. 524. – 525.

108 Obvezno pravo – opći dio, str. 361.

109 Čl. 361. st. 1. ZOO-a.

110 Čl. 368. st. 2. ZOO-a.

novac dužna je platiti zatezne kamate od dana kad je isplatu primila¹¹¹. Budući da i u ugovorima o jednokratnim platnim transakcijama i u okvirnim ugovorima rok za ispunjenje, tj. izvršenje platne transakcije može, ali i ne mora, biti bitan sastojak, neispunjenje obveze plaćanja odnosno prijenosa ili isplate u roku i kod ovih ugovora, prema općim pravilima, može izazvati navedene posljedice.

Istovremeno prema ZPLPR-u, i u slučaju neispunjenja i neurednog odnosno zakašnjelog ispunjenja za pružatelja platnih usluga nastaju iste obveze koje nastaju kod neodobrene platne transakcije, tj. obveze vraćanja iznosa transakcije, vraćanja naknada plaćenih u vezi s tom transakcijom, plaćanja kamata i naknade štete. Stoga je primjereno dalje rad strukturirati polazeći od pojedinih obveza pružatelja platnih usluga¹¹².

Međutim, u slučaju neizvršenja i neurednog izvršenja naložene transakcije korisniku – alternativno pravu zahtijevati povrat svote transakcije, pripada pravo zahtijevati „uredno izvršenje platne transakcije“¹¹³. Kad se to pravo promatra sa stajališta pružatelja, znači da on ima obvezu naknadnog izvršenja platne transakcije i ta će se obveza prikazati prva.

6. OBVEZA NAKNADNOG ISPUNJENJA

Obveze pružatelja da platitelju vrati iznos transakcije i plaćenih naknada i plati kamate u slučajevima neispunjenja i neurednog ispunjenja utvrđene su odredbama čl. 47. st. 2. i 6. ZPLPR-a. Osim toga, pod naslovom „prava korisnika platnih usluga u slučaju neuredno izvršene platne transakcije“ – ZPLPR u čl. 51. st. 1. sažeto nabroja korisnikova prava, čije naličje, obveze odnosno pravne posljedice neurednog ispunjenja koje snosi pružatelj, je već detaljnije opisao u prethodnim navedenim odredbama. Prema toj odredbi „u slučaju neuredno izvršene platne transakcije uključujući zakašnjenje s izvršenjem, korisnik platnih usluga ima pravo od svog pružatelja platnih usluga zahtijevati uredno izvršenje platne transakcije, odnosno kamatu ili povrat iznosa neuredno izvršene platne transakcije prema općim pravilima ugovornog prava“. Usporedba ove odredbe s prethodnim odredbama o obvezama pružatelja platnih usluga pokazuje njenu nužnost. Budući da prethodne odredbe ne spominju obvezu pružatelja da naknadno izvrši transakciju, tj. ispuni obvezu i budući da te odredbe – uz iznimku odredbe koja utvrđuje odgovornost pružatelja za štetu korisniku – ne upućuju na primjenu odredbi ZOO-a, izričita naznaka ove odredbe da korisnik ima pravo zahtijevati ispunjenje i naznaka o primjeni općih pravila ugovornog prava tj. ZOO-a, ustvari popunjavaju pravne

111 Čl. 368. st. 5. ZOO-a.

112 Kod toga treba istaknuti da su odredbe čl. 47. ZPLPR-a o odgovornosti pružatelja za izvršenje platne transakcije koju je inicirao platitelj, prisilne za odnose pružatelja i potrošača, a dispozitivne za odnose pružatelja i osoba koje nisu potrošači jer „pružatelj platnih usluga i platitelj koji nije potrošač mogu ugovorom urediti odgovornost drugačije“ (čl. 47. st. 9. ZPLPR-a) no što je određeno u tom članku.

113 Čl. 51. st. 1. ZPLPR-a.

praznine prethodnih odredbi i – određujući primjenu ZOO-a - ugovore iz ZPLPR-a stavljaju u pravni kontekst u kojem se oni nužno moraju nalaziti.

Dikciju odredbe ipak treba izložiti kritici. Očito je nemoguće da u slučaju neuredno izvršene platne transakcije korisnik ima pravo zahtijevati uredno ispunjenje, jer je mogućnost urednog ispunjenja nestala čim je ispunjenje bilo neuredno, tj. čim je o dospijeću ispunjenje bilo djelomično ili uopće nije bilo dano o dospijeću. Kako naknadno ispunjenje ne može biti uredno ispunjenje, nego samo ispunjenje, na zahtjev korisnika pružatelj je dužan dati naknadno ispunjenje tj. nakon pada u zakašnjenje ispuniti čitavu obvezu ako je o dospijeću nije ispunio ni djelomično, odnosno nakon pada u zakašnjenje ispuniti je u onom dijelu u kojem je nije ispunio o dospijeću.

Obvezu naknadnog ispunjenja može imati platitelj pružatelj platnih usluga, ali i primatelj. Prvi je može imati kad zakasni s potpunim ispunjenjem naloga za prijenos primatelju, a potonji kad zakasni s odobrenjem računa primatelja za svotu koju je primio. Prema tome, kad se radi o korisniku koji je platitelj obveza pružatelja da naknadno u cijelosti ili djelomično ispuni obvezu sastoji se u njegovoj obvezi da naknadno primatelju isplati ili na račun njegova pružatelja u korist njegova računa prenese svotu novca, a kad se radi o korisniku koji je primatelj plaćanja obveza pružatelja sastoji se u naknadnoj isplati odnosno uvećanju salda primateljjevog računa. Kod toga treba uočiti da u potonjem slučaju korisniku, alternativno pravu zahtijevati naknadno ispunjenje, zbog činjeničnih okolnosti ne može pripadati pravo na povrat svote transakcije, jer korisnik koji je primatelj plaćanja očito nikakvu svotu nije dao svom pružatelju odnosno ni za kakvu svotu pružatelj nije teretio njegov račun¹¹⁴. Pravo na povrat svote transakcije, alternativno pravu zahtijevati naknadno ispunjenje, pripada i može pripadati samo korisniku koji je platitelj.

Prema citiranoj odredbi korisnik ima pravo „zahtijevati ... izvršenje platne transakcije, odnosno kamatu ili povrat iznosa“. Položaj zahtjeva za isplatu kamata u tom kontekstu nije jasan. Kad se radi o korisniku koji je primatelj, pa njegov pružatelj zakasni s odobrenjem njegova računa neprijeporno se radi o dužnikovom zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze i primatelju kumulativno pripadaju prava zahtijevati ispunjenje – odobrenje računa – i isplatu zateznih kamata za razdoblje zakašnjenja. Kad se radi o korisniku koji je platitelj, pa njegov pružatelj zakasni s izvršenjem platne transakcije, moguće je da je pružatelj sam držao svotu odnosno teretio račun platitelja – što ima isti učinak na mogućnost raspolaganja svotom – ili da svotu nije držao odnosno račun nije teretio. Ako nije teretio račun platitelja odnosno držao svotu čiji je prijenos naložen smatramo da platitelju nije dužan platiti kamatu unatoč tome što se radi o zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze. U prilog tog stajališta naveli bismo da obveza plaćanja zateznih kamata u slučaju zakašnjenja s plaćanjem postoji jer vjerovnik tijekom razdoblja zakašnjenja nije mogao raspolagati dužnom svotom, dok je ovdje mogao raspolagati. S druge

¹¹⁴ Ali uz pravo zahtijevati naknadno ispunjenje pripadalo bi mu i pravo na zateznu kamatu i naknadu štete zbog zakašnjenja temeljem ... i čl. 342. st. 2. ZOO-a. Obvezu naknadnog ispunjenja pružatelj ima i prema par. 675y st. 5. njemačkoga BGB-a.

strane, ako sam drži svotu ili je teretio račun platitelja, a zakasnio je s plaćanjem odnosno prijenosom, pružatelj je dužan naknadno ispuniti obvezu i platitelju platiti zateznu kamatu za razdoblje od početka vlastitog držanja odnosno od terećenja računa platitelja pa do prijenosa.

Prava nabrojana u ovoj odredbi korisnik izričito ima prema općim pravilima ugovornog prava, a to su pravila sadržana u ZOO-u. Kad se pravo zahtijevati naknadno ispunjenje ili povrat svote transakcije povežu s pravilima ZOO-a o raskidu ugovora zbog zakašnjenja odnosno neispunjenja može se izvesti više zaključaka. Prema tim pravilima pravo zahtijevati vraćanje danog nastaje kad je ugovor raskinut¹¹⁵, pa pravo zahtijevati povrat svote neizvršene transakcije podrazumijeva da je ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji raskinut. Budući da se dužnikovim padom u zakašnjenje *ex lege* u tom trenutku raskidaju samo ugovori u kojima je rok ispunjenja bitni sastojak¹¹⁶, proizlazi da ZPLPR rok za izvršenje platne transakcije vidi kao bitni sastojak ugovora. Ali, sukladno mogućnosti vjerovnika da roku za ispunjenje odrekne karakter bitnog sastojka i zahtjevom za ispunjenje – stavljenim vjerovniku bez odgađanja – održi ugovor na snazi¹¹⁷, korisnik može zahtijevati izvršenje platne transakcije umjesto da zahtijeva povrat svote transakcije.

U slučaju zakašnjenja s provođenjem jednog određenog plaćanja naloženog kad između korisnika i pružatelja postoji okvirni ugovor, situaciju bi se moglo usporediti sa zakašnjenjem s ispunjenjem jedne od više uzastopnih obveza, što bi dovelo do mogućnosti primjene odredbi ZOO-a o učincima zakašnjenja s ispunjenjem jedne od uzastopnih obveza na ugovor¹¹⁸. Posljedica bi se sastojala u nastanku prava korisnika da raskine ugovor glede budućih obveza ako korisnik ne ispuni jednu obvezu provođenja platne transakcije i ako je iz danih okolnosti očito da ni buduće obveze neće biti ispunjene. Ova pravila ZOO-a nesporno se primjenjuju kad su pri sklapanju ugovora nastale bezuvjetne i točno određene uzastopne obveze, a posebno kad sve uzastopne obveze čine jednu cjelinu¹¹⁹. Sklapanjem okvirnog ugovora ne nastaju točno određene uzastopne obveze pružatelja, nego obveza provoditi platne transakcije kad korisnik dade točno određene naloge. Stoga bi se moglo reći da je u trenutku perfekcije okvirnog ugovora obveza provođenja platnih transakcija uvjetna, jer bi se moglo reći da je davanje određenog naloga za provođenje platne transakcije odgodni potestativni uvjet te obveze. Osim toga, platne transakcije koje će pružatelj provoditi po nalogima korisnika redovito ne čine jednu cjelinu čijim provođenjem tj. pružateljevim ispunjenjem bi pružatelj ispunio ugovorne obveze tako da ugovor bude konzumiran. Ipak, ako bi uz neispunjenje jednog naloga za

115 Čl. 368. st. 2. ZOO-a.

116 Prema čl. 361. st. 1. ZOO-a „kad je ispunjenje obveze u određenom roku bitan sastojak ugovora, pa dužnik ne ispuni obvezu u tom roku, ugovor se raskida po samom zakonu“.

117 Prema čl. 361. st. 2. ZOO-a „...vjerovnik može održati ugovor na snazi ako nakon isteka roka, bez odgađanja obavijesti dužnika da zahtijeva ispunjenje...“.

118 Čl. 365. ZOO-a.

119 To proizlazi iz odredbe čl. 365. st. 2. ZOO-a koji raskid ugovora i glede već ispunjenih uzastopnih obveza dopušta samo ako vjerovnik za njihovo ispunjenje bez izostalih ispunjenja nema interesa.

provođenje platne transakcije bilo utvrđeno da je iz okolnosti očito da ni budući nalozi neće biti ispunjeni, smatramo da bi korisniku pripadalo pravo jednostrano raskinuti okvirni ugovor¹²⁰.

7. OBVEZA POVRATA SVOTE TRANSAKCIJE

Ova obveza, bilo da je nastala zbog provođenja plaćanja bez odobrenja ovlaštene osobe ili zbog neizvršenja ili neurednog izvršenja obveze provođenja plaćanja, u pretežnom je dijelu u ZPLPR-u opisana identičnim riječima iz kojih jasno proizlazi da je platitelj pružatelj platnih usluga dužan platitelju vratiti iznos transakcije¹²¹. Istovremeno, očito želeći biti što jasnije, obje odredbe koje propisuju ovu obvezu nepotrebno opisuju u biti samo tehničke radnje čiji je smisao u isplati platitelju odnosno korisniku one svote koja je isplaćena odnosno prenesena. Odredba o obvezi vraćanja u slučaju provođenja plaćanja bez odobrenja ovlaštene osobe, nakon navođenja obveze vraćanja dodaje da je pružatelj platnih usluga dužan „u slučaju izvršenja neautorizirane platne transakcije s računa za plaćanje, dovesti terećeni račun za plaćanje u stanje koje bi odgovaralo stanju tog računa da neautorizirana platna transakcija nije bila izvršena“¹²², a u bitnom istovjetno propisuje i odredba o obvezi vraćanja u slučaju neizvršenja ili neurednog izvršenja platne transakcije¹²³. Ali, kako se i predajom gotovog novca platitelju i uvećanjem salda računa platitelja postiže bitno isti učinak – vraćanje odnosno plaćanje – citirani dijelovi odredbi ZPLPR-a ne utječu bitno na sadržaj obveze pružatelja platnih usluga, nego samo opisuju tehnički način ispunjenja obveze kad je plaćanje provedeno umanjnjem salda računa platitelja. Osobu kojoj je pružatelj dužan vratiti svotu plaćenu bez odobrenja ZPLPR naziva platiteljem, pa ćemo je i mi tako nazivati uz napomenu da se ne radi o odgovarajućem imenovanju te osobe jer je prema ZPLPR-u platitelj „fizička ili pravna osoba koja ima račun za plaćanje i daje nalog ili suglasnost za plaćanje s tog računa ili, ako račun za plaćanje ne

120 To proizlazi iz čl. 365. st. 1. ZOO-a, prema kojem: „kad u ugovoru s uzastopnim obvezama jedna strana ne ispuni jednu obvezu, druga strana može, u razumnom roku, raskinuti ugovor glade svih budućih obveza, ako je iz danih okolnosti očito da ni one neće biti ispunjene“. Na isto upućuje i odredba čl. 364. ZOO-a koja vjerovniku dopušta jednostrani raskid ugovora i prije dospijea dužnikove obveze ako je očito da ona o dospijeu neće biti ispunjena.

121 Čl. 35. st. 1. i čl. 47. st. 2. ZPLPR-a identični su utoliko što prema objema odredbama „platitelj pružatelj platnih usluga ... dužan je ... vratiti ... iznos ... transakcije“. Obveza povrata svote plaćanja platitelju u slučaju neispunjenja i neurednog ispunjenja utvrđena je i u par. 675y st. 1. njemačkog BGB, a u slučaju provođenja neodobrene platne transakcije u par. 675u BGB-a. Obveza povrata svote pogrešne doznake navodi se kod Apathy/Iro/Koziol (Hrsg): *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Band III, 2. Izdanje, str. 41. i prije donošenja Direktive 2007/64/EZ, a također i kod Avancini, Peter – Iro, Gert M. – Koziol, Helmut: *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Bd. I, 1987., str. 348.

122 Čl. 35. st. 1. ZPLPR-a.

123 Čl. 47. st. 2. ZPLPR-a: „...a u slučaju terećenja s računa za plaćanje, dovesti taj račun u stanje koje bi odgovaralo stanju tog računa da platna transakcija nije ni bila izvršena“. I BGB u bitnom nepotrebno opisuje tehniku povrata u par. 675y st. 1.

postoji, fizička ili pravna osoba koja daje nalog za plaćanje¹²⁴, dok kod plaćanja bez odobrenja osoba čijim je sredstvima plaćanje obavljeno nije dala ni nalog za plaćanje niti suglasnost s plaćanjem.

Već je navedeno da ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji odgovara ugovoru o nalogu, a okvirni ugovor ugovoru o bankarskom tekućem računu, pa za izvršenje naloga položitelja banka odgovara „prema pravilima ugovora o nalogu“¹²⁵. No, budući da je mogućnost plaćanja bez odobrenja korisnika značajno veća kad postoji okvirni ugovor nego kad postoji ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji, plaćanja bez odobrenja pokušat će se pravno kvalificirati imajući u vidu okolnosti koje postoje kod okvirnog ugovora. Kod tog ugovora pružatelj vodi račun korisnika, korisnikov je dužnik isplate novčane svote koja odgovara posljednjem saldu korisnikova računa¹²⁶, novčanim sredstvima na računu korisnika smije raspolagati samo po nalogu korisnika¹²⁷, a raspolagao je bez tog naloga. Njegova obveza i ovlast da sredstvima na računu korisnika raspolaze samo po korisnikovom nalogu smatramo da znači kako postoji njegova obveza da se suzdrži od raspolaganja tim sredstvima bez korisnikova naloga, pa bi se moglo reći da terećenjem korisnikova računa za svotu plaćanja bez odobrenja korisnika pružatelj nije ispunio obvezu da se suzdrži od raspolaganja tim sredstvima bez korisnikova naloga. Iz toga bi proizlazilo da je zahtjev za povrat svote plaćene bez odobrenja ustvari zahtjev za ispunjenjem ove ugovorne obveze pružatelja. Druga moguća kvalifikacija prava na povrat polazila bi od primjene pravila o ugovoru o nalogu na odgovornost banke za izvršenje naloga i pravila o odstupanju od naloga i uputa, ali uz njihovu vrlo široku interpretaciju. Ako bi se zapostavila činjenica da kod plaćanja bez odobrenja uopće nema naloga korisnika i primijenila navedena pravila, pružatelj bi imalo položaj poslovođe bez naloga jer „ako nalogoprimac prekorači granice naloga ili odstupi od dobivenih uputa ... neće se smatrati nalogoprimcem, već poslovođom bez naloga...“¹²⁸. Budući da u okolnostima koje postoje korisniku neposredno ne prijete šteta ni propuštanje očite koristi, a pružatelj kao poslovođa zadržao bi za sebe naknadu za obavljenju transakciju, koja je njegova korist od toga - ne radi se o „pravom“ poslovođstvu bez naloga¹²⁹, nego o nepravom poslovođstvu, kod kojega platitelj kao „gospodar posla može zahtijevati i vraćanje stvari u prijašnje stanje“¹³⁰. Shvaćen u ovom kontekstu zahtjev za povrat svote plaćene bez odobrenja imao bi ovaj karakter.

Obveza povrata u slučaju neispunjenja i neurednog ispunjenja podrazumijeva stajalište ZPLPR-a da je rok za izvršenje transakcije bitan. Kod ugovora o jednokratnoj platnoj transakciji rok je bitan sastojak ugovora - jer obveza povrata nastaje

124 Čl. 2. st. 1. t. 5. ZPLPR-a.

125 Čl. 1012. ZOO-a.

126 Čl. 1011. ZOO-a: „korisnik ... računa može u svakom trenutku raspolagati saldonom koji se na računu pojavljuje u njegovu korist....“

127 Ibid.

128 Čl. 766. st. 2. ZOO-a.

129 Bukovac Puvača, Maja – Slakoper, Zvonimir – Belanić, Loris: *Obvezno pravo – posebni dio II. – izvanugovorni obvezni odnosi*, Novi informator, Zagreb, 2015., str. 23.

130 Čl. 1128. st. 2. ZOO-a.

raskidom ugovora, a samo ugovori u kojima je rok bitan sastojak raskidaju se čim dužnik o dospijeću ne ispuni obvezu, a kod okvirnog ugovora da je bitan sastojak jednoga određenog naloga za plaćanje, pa bi obveza povrata u slučaju zakašnjenja odnosno neispunjenja proizlazila primjenom pravila o raskidu fiksnih ugovora *a maiori ad minus*¹³¹.

Iako prema odredbama ZPLPR-a platitelju pravo zahtijevati povrat svote pripada u svakom slučaju neispunjenja odnosno neurednog ispunjenja njegova naloga za provođenje plaćanja, činjenične okolnosti u barem jednom slučaju pokazuju da njemu to pravo ne pripada uvijek. Kad se radi o nalogu za provođenje plaćanja prijenosom određene svote s računa platitelja ni neispunjenje tj. neizvršenje naloga ni zakašnjenje s njegovim provođenjem ne podrazumijevaju kao nužno da je saldo platiteljevog računa umanjen, nego i neispunjenje i zakašnjenje mogu postojati i bez toga. Kako saldo platiteljevog računa nije umanjen, isključen je povrat odnosno uvećanje salda platiteljevog računa, jer ono podrazumijeva njegovo prethodno umanjenje, a kako su zatezne kamate sporedna tražbina koja može postojati samo uz glavnu, u tom slučaju platitelju ne pripada ni pravo na kamatu.

Odredba ZPLPR-a koja pružatelju platnih usluga nalaže povrat svote neodobrene platne transakcije sadrži jednostavni nalog za vraćanje, i to „odmah“, dok odredba koja mu nalaže vraćanje svote neizvršene ili neuredno izvršene platne transakcije dodaje kako je on to dužan učiniti „na platiteljev zahtjev“¹³² i „bez odgađanja“¹³³. Iz prvoga bi proizlazilo da obveza vraćanja u slučaju neodobrene platne transakcije nastaje po samom zakonu, da za njen nastanak nije potreban zahtjev korisnika, a – budući da je pružatelj platnih usluga dužan svotu vratiti odmah – ta obveza dospijeva čim je neodobrena platna transakcija izvršena. No, budući da je transakcija izvršena tek kad je odobren račun primateljeva pružatelja platnih usluga, a da je račun platitelja terećen prije toga, i da je imovina platitelja smanjena ne u trenutku izvršenja transakcije, nego u trenutku terećenja njegovog računa, smatramo da obveza pružatelja ipak dospijeva u trenutku terećenja platiteljevog računa. U drugom slučaju ne samo što je pružatelj svotu dužan vratiti na platiteljev zahtjev, nego platitelju pripada pravo zahtijevati uredno izvršenje platne transakcije umjesto da zahtjeva vraćanje. Zbog obje ove okolnosti smatramo da tada obveza vraćanja ne dospijeva u trenutku neurednog izvršenja platne transakcije, nego „bez odgađanja“ nakon što korisnik postavi zahtjev za povrat. Od tih trenutaka, u slučaju da pružatelj platnih usluga ne ispuni obvezu povrata, teku i zastarni rokovi i kamate na koje platitelji imaju pravo.

Opseg obveze povrata ovisi o više okolnosti. Kad se radi o plaćanjima provedenim bez odobrenja, pružatelj platnih usluga u pravilu je dužan platitelju odnosno korisniku isplatiti ukupnu odnosno čitavu svotu isplaćenu odnosno prenesenu bez suglasnosti, pod čime podrazumijevamo i svote veće od svote za koju je suglasnost dana i svote isplaćene trećim osobama, umjesto onih na koje se odnosi

131 U vezi s tim vidjeti i „Obveza naknadnog ispunjenja“

132 Usp. čl. 35. st. 1. i čl. 47. st. 2. ZPLPR-a.

133 Čl. 47. st. 2. ZPLPR-a.

dana suglasnost. Ali čitavu svotu nije dužan vratiti uvijek. ZPLPR to određuje tako što u određenim situacijama ističe da „platitelj odgovara“¹³⁴ za obavljene isplate odnosno prijenose bez suglasnosti ovlaštenog, a to isključuje obvezu pružatelja platnih usluga. Ako je isplata odnosno prijenos bez suglasnosti ovlaštenog „posljedica korištenja izgubljenoga ili ukradenoga platnog instrumenta ili posljedica druge zlouporabe platnog instrumenta ukoliko platitelj nije čuvao personalizirana sigurnosna obilježja platnog instrumenta“¹³⁵, pružatelj platnih usluga dužan je isplatiti korisniku dio isplaćene odnosno prenesene svote koji prelazi 1.125,00 kuna¹³⁶. Ako je to posljedica korisnikova prijevarnog ili namjernog postupanja ili neispunjenja (zbog krajnje nepažnje) obveze da koristi platni instrument u skladu s odredbama okvirnog ugovora ili obveze da bez odgađanja obavijesti pružatelja platnih usluga o gubitku, krađi, zlouporabi ili neovlaštenom korištenju platnog instrumenta, pružatelj platnih usluga nema obvezu isplate¹³⁷.

Ali ako je isplata odnosno prijenos bez suglasnosti ovlaštenog posljedica korištenja izgubljenoga ili ukradenoga platnog instrumenta ili posljedica druge zlouporabe platnog instrumenta nakon što je korisnik obavijestio pružatelja platnih usluga ili pružatelj platnih usluga nije osigurao odgovarajuća sredstva za svakodobno obavještavanje o gubitku, krađi ili zlouporabi platnog instrumenta, pružatelj platnih usluga će ipak biti dužan isplatiti korisniku čitavu svotu isplaćenu odnosno prenesenu bez suglasnosti¹³⁸. Dakle, ako je primio obavijest, pružatelj platnih usluga bit će dužan isplatiti korisniku čitavu svotu isplaćenu nakon trenutka u kojem je primio korisnikovu obavijest, a ako je nije primio jer nije osigurao odgovarajuća sredstva za svakodobno obavještavanje, onda čitavu svotu isplaćenu nakon trenutka kad ga je korisnik pokušao obavijestiti.

U stvarnosti je moguće da korisnik trećoj osobi preda platni instrument i dade upute potrebne za obavljanje isplate ili nalaganje prijenosa, da ona odmah naloži isplatu, a korisnik da odmah nakon toga obavijesti pružatelja o gubitku ili krađi platnog instrumenta. Korisnik je ispunio obvezu da bez odgađanja obavijesti pružatelja, pa bi bez dodatne odredbe ZPLPR pružatelj bio dužan obaviti isplatu korisniku u okolnostima njegovu očito prijevarnog postupanja prema pružatelju platnih usluga. Ipak, ni tada pružatelj platnih usluga neće biti dužan obaviti isplatu jer se pravila o obvezi isplate zbog zlouporabe platnog instrumenta nakon primitka obavijesti odnosno pokušane obavijesti ne primjenjuju „u slučaju prijevarnog postupanja“¹³⁹ korisnika¹⁴⁰.

134 Čl. 36. st. 1. ZPLPR-a, uvodna rečenica glasi „Iznimno od članka 35. ovog Zakona, platitelj odgovara za izvršene neautorizirane platne transakcije“. Na isti način postupa i pr. 675v njemačkog BGB koji u bitnom sadržajno odgovara čl. 36. ZPLPR-a.

135 Čl. 36. st. 1. t. 1. ZPLPR-a.

136 Ibid.

137 Čl. 36. st. 1. t. 2. ZPLPR-a.

138 Čl. 36. st. 2. ZPLPR-a.

139 Čl. 36. st. 3. ZPLPR-a.

140 Pravila izložena u ovom i prethodna dva odlomka nesporno su prisilna kad se radi o ugovoru između pružatelja i potrošača, a dispozitivna kad se radi o ugovoru između pružatelja i osobe koja nije potrošač jer „pružatelj platnih usluga i platitelj koji nije potrošač mogu ugovorom urediti odgovornost platitelja drugačije nego što je uređeno...“ (čl. 36. st. 4. ZPLPR-a)

Kad se radi o obvezi povrata zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja, također treba podrazumijevati da je pružatelj platnih usluga u načelu dužan vratiti platitelju čitavu svotu neispunjene ili neuredno ispunjene transakcije. Ako bi se radilo o djelomičnom ispunjenju – prijenosu ili isplati samo dijela svote čiji prijenos odnosno isplata su naloženi – smatramo da platitelj u pravilu ne bi imao pravo zahtijevati povrat čitave svote, nego samo onog dijela koji nije prenesen odnosno isplaćen i to zbog općeg pravila o valjanosti djelomičnog ispunjenja novčanih obveza, koje podrazumijeva da njihovim vjerovnicima ne pripada pravo odbiti djelomično ispunjenje¹⁴¹. Također smatramo da bi ovdje platitelju pripadalo pravo zahtijevati povrat dijela svote i ispunjenje odnosno provođenje plaćanja preostalim dijelom prvobitno naložene svote transakcije, jer smatramo da to proizlazi iz prava platitelja da zahtijeva izvršenje ili povrat u kontekstu u kojem on ima pravni položaj nalogodavca¹⁴².

Osim u slučajevima plaćanja bez odobrenja i neispunjenja i neurednog ispunjenja odobrenog plaćanja, platitelj ima pravo na povrat svote plaćanja i u slučaju odobrenog plaćanja iniciranog od strane ili preko primatelja plaćanja. Među obvezama pružatelja iz okvirnog ugovora opisana je i obveza koja je nazvana obvezom praćenja svota koje se isplaćuju, koja proizlazi iz odredbi ZPLPR o obvezi povrata plaćenih svota u slučaju odobrenog plaćanja iniciranog od strane ili preko primatelja plaćanja. Kako su pretpostavke obveze povrata u tom slučaju prikazane među obvezama pružatelja, tamo već izloženo treba samo dopuniti. Odredbe o pretpostavkama postojanja ove obveze pružatelja dispozitivne su u dva smjera: u smjeru isključenja pretpostavki postojanja ove obveze i u smjeru isključenja te obveze. Ugovorne strane, naime, mogu ugovoriti da kod izravnih terećenja platitelj ima pravo na povrat iako zakonom određene pretpostavke nisu ispunjene, što bi dovelo do svakodobno postojećeg prava platitelja na povrat¹⁴³. S druge strane one mogu ugovoriti i da platitelj nema pravo na povrat ako je odobrenje za izvršenje dao svom pružatelju i ako su pružatelj ili primatelj platitelju učinili raspoloživim obavijesti o budućem plaćanju na ugovoreni način najmanje četiri tjedna prije dospijea¹⁴⁴.

Sva izložena pravila o obvezi povrata u slučaju odobrenog plaćanja iniciranog od strane ili putem primatelja plaćanja dispozitivna u cijelosti su kad suugovaratelj pružatelja platnih usluga nije potrošač¹⁴⁵

141 Prema odredbi čl. 169. st. 2. ZOO-a vjerovnik novčane obveze dužan je primiti djelomično ispunjenje „osim ako ima poseban interes da ga odbije“.

142 Nalogodavac je ustvari gospodar posla jer nalogoprimac obavlja njegov posao, a iz njegova prava da u svako doba odustane od ugovora (čl. 779. st. 1. ZOO-a) i njegova prava da daje naloge i upute nalogoprimcu, proizlazi da on u svako doba ima pravo i izmijeniti dani nalog. Podrobnije o pravnom položaju nalogodavca v. Komentar ZOO-a, str. 1164. – 1169.

143 Prema odredbi čl. 37. st. 3. ZPLPR-a „platitelj i njegov pružatelj platnih usluga mogu ugovoriti da platitelj kod izravnih terećenja ima pravo na povrat novčanih sredstava iako pretpostavke za povrat iz stavka 1. ovog članka nisu ispunjene“.

144 Čl. 37. st. 4. ZPLPR-a.

145 Čl. 37. st. 5. ZPLPR-a: „Pružatelj platnih usluga i platitelj koji nije potrošač mogu ugovorom urediti pravo na povrat drugačije nego što je uređeno odredbama ovog članka“.

8. OBVEZA POVRATA PLAĆENIH NAKNADA

Kad izvrši neodobrenu platnu transakciju pružatelj platnih usluga dužan je platitelju „vratiti i sve naknade naplaćene u vezi s izvršenom neautoriziranom platnom transakcijom“¹⁴⁶. Kad odobrenu platnu transakciju izvrši neuredno ili je uopće ne izvrši pružatelj platnih usluga dužan je platitelju odnosno korisniku vratiti „naknade koje mu je naplatio“¹⁴⁷. Ugovori iz ZPLPR-a su dvostranoobvezni naplatni ugovori i pružatelju platnih usluga pripada pravo na naknadu za izvršenje platnih transakcija koje su mu naložene i čije izvršenje je ovlaštena osoba odobrila. Budući da u slučaju neodobrenih platnih transakcija pružatelj nije ispunio ugovorenu obvezu, ne pripada mu pravo na naknadu, a isto tako i u slučaju neizvršenja naložene transakcije s kojom se ovlaštena obveza suglasila. Bitni smisao citiranih odredbi ZPLPR-a je upravo u tome, dok izričaj tih odredbi polazi od toga da je platitelj odnosno korisnik svoju obvezu plaćanja ispunio, pa stoga govore o vraćanju plaćenog odnosno naplaćenog. No, ono je samo posljedica toga što u opisanim okolnostima pružatelju platnih usluga ne pripada pravo na naknadu, odnosno što platitelj odnosno korisnik nema obvezu plaćanja naknade¹⁴⁸.

U slučaju neodobrene platne transakcije pravo na povrat plaćenog postoji uvijek, dok u slučaju neizvršenja ili neurednog izvršenja postojanje ovog prava ovisi o prethodnoj odluci platitelja o zahtjevu koji će postaviti pružatelju platnih usluga. Ako zahtijeva vraćanje svote transakcije, ona neće biti izvršena, pa pružatelju platnih usluga neće pripadati pravo na naknadu. Dosljedno tome, platitelj će imati pravo zahtijevati povrat naknade (ako je plaćena). Ali ako platitelj odnosno korisnik zahtijeva izvršenje transakcije, pa pružatelj platnih usluga izvrši transakciju, on će imati pravo na naknadu, a ako je već plaćena platitelj odnosno korisnik neće imati pravo na njen povrat. Ako zahtijeva djelomični povrat svote, a djelomično izvršenje, pravo na povrat imat će razmjerno svoti povrata u odnosu na svotu čije izvršenje zahtijeva a pružatelj platnih usluga ga je proveo.

Obveza povrata naknade za neodobrenu platnu transakciju dospijeva u istom trenutku u kojem je ona plaćena, jer pravna osnova plaćanja naknade nije ni postojala. Tada dospijeva i obveza povrata naknade u slučaju neizvršenja ili neurednog izvršenja, osim ako platitelj zahtijeva izvršenje, a pružatelj platnih usluga izvrši transakciju, jer tada ne postoji ni tražbina povrata, pa je izlišno govoriti o dospijeću te tražbine.

146 Čl. 35. st. 2. ZPLPR-a.

147 Čl. 47. st. 6. ZPLPR-a.

148 BGB u par. 675y st. 1. ne polazi od toga da bi naknade bile plaćene, nego obvezuje pružatelja na povrat ako su plaćene. Nepostojanje prava na naknadu u slučaju pogrešne doznake navodi se i kod Apathy/Iro/Koziol (Hrsg): Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Band III, 2. izdanje, s. 41. i prije donošenja Direktive 2007/64/EZ, a također i kod Avancini, Peter – Iro, Gert M. – Koziol, Helmut: Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Bd. I, 1987., str. 348.

9. OBVEZA PLAĆANJA KAMATA

U odredbama o obvezama pružatelja platnih usluga nastalih zbog neodobrene platne transakcije, obveza plaćanja pripadajućih kamata navedena je u odredbi ZPLPR-a uz obvezu vraćanja plaćenih naknada¹⁴⁹. Stoga nije nemoguće shvaćanje da bi se radilo samo o kamatama na svotu plaćenih naknada. Međutim, provođenjem neodobrene platne transakcije pružatelj platnih usluga u biti je raspolagao imovinom gospodara posla u korist treće osobe (kojoj je prenio neodobrenu svotu) i u vlastitu korist (u visini plaćenih naknada) bez njegova odobrenja odnosno ovlasti¹⁵⁰. Polazeći od toga da je odobrenje platne transakcije posljednja platiteljeva radnja prije provođenja platne transakcije, da je ugovor, bilo o jednokratnoj platnoj transakciji ili okvirni, sklopljen prije trenutka kad bi platitelj odobrio platnu transakciju, da na ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji treba primijeniti pravila ZOO-a o ugovoru o nalogu¹⁵¹ i da za izvršenje naloga položitelja iz ugovora o bankovnom tekućem računu banka odgovara prema pravilima ugovora o nalogu¹⁵², mišljenja smo da bi se obavljanje neodobrene platne transakcije moglo kvalificirati kao nalogoprimčevo prekoračenje naloga. Budući da se u tom slučaju nalogoprimac smatra poslovođom bez naloga¹⁵³ mišljenja smo kako ne može biti prijeporno da pružatelj platnih usluga nije dužan platiti samo kamate na svotu plaćenih naknada, nego i na svotu neodobrene transakcije.

Nešto je jasnija odredba o obvezi plaćanja kamata u slučajevima neizvršenja i neurednog izvršenja platne transakcije, jer pružatelju platnih usluga nalaže povrat svih naknada i plaćanje svih kamata „koje korisniku pripadaju u vezi s neizvršenom ili neuredno izvršenom platnom transakcijom.“¹⁵⁴ Dikcija ove odredbe ne samo što čini posve neprijepornim da se radi o kamatama na svotu neizvršene ili neuredne transakcije, čiji povrat platitelj odnosno korisnik zahtijeva, nego ispravno upućuje i na zaključak da je pružatelj platnih usluga obavezan platiti i kamate na svotu plaćene naknade na čiji povrat platitelj odnosno korisnik ima pravo, jer su i te kamate u vezi s neizvršenom ili neuredno izvršenom platnom transakcijom odnosno jer pružatelju

149 Čl. 35. st. 2. ZPLPR-a: „pružatelj platnih usluga dužan je platitelju vratiti i sve naknade naplaćene u vezi s izvršenom neautoriziranom platnom transakcijom te platiti pripadajuće kamate“.

150 Iako se izraz gospodar posla redovito rabi za jednu od strana kod posloводства bez naloga, držimo primjerenim ovaj izraz rabiti i za nalogodavca jer nalogoprimac obavlja nalogodavčev posao prema njegovom nalogu i njegovim uputama, pa se utoliko nalogodavac može uzeti kao gospodar posla. Također, kad prekorači granice naloga i uputa – izvan slučajeva kad mu je to dopušteno – naloprimac prema izričitoj odredbi 766. st. 2. ZOO-a ima položaj poslovođe bez naloga.

151 Podrobnije v. Slakoper, Zvonimir: Okvirni ugovor (o platnim uslugama) i ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji, Hrvatska pravna revija, 5/2015, str. 37. – 38.

152 Čl. 1012 st. 1. ZOO-a. Prema Slakoper, Zvonimir: Okvirni ugovor (o platnim uslugama) i ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji Hrvatska pravna revija 5/2015, str. 32. – 33., okvirni ugovor odgovara ugovoru o bankarskom tekućem računu.

153 Čl. 766. st. 2. ZOO-a.

154 Dio čl. 47. st. 6. ZPLPR-a.

ne pripada pravo na naknadu s obzirom na okolnost da transakciju nije izvršio. Ovu obvezu treba shvatiti i kao obvezu pružatelja u slučaju neodobrene platne transakcije, jer i u tada postoji bitno identično činjenično stanje.

Kamate na svotu neodobrene transakcije teku od dana kad je umanjen saldo računa platitelja odnosno od dana kad je pružatelj platnih usluga primio novčanu svotu¹⁵⁵, a isto tako i kamate u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja odobrene transakcije¹⁵⁶. I kamate na svotu plaćene naknade teku od dana umanjena salda računa platitelja odnosno od dana kad je pružatelj primio svotu naknade. Ako platitelj zahtijeva povrat svote transakcije, one teku do isplate, a ako platitelj zahtijeva izvršenje, onda do dana izvršenja. To proizlazi iz okolnosti što su obveze povrata svote transakcije i plaćenih naknada nastale i dospjele u trenutku umanjena salda računa platitelja odnosno platiteljeve predaje svote transakcije odnosno naknade.

ZPLPR govori o pripadajućim kamatama odnosno o kamatama, ne naznačujući ni vrstu kamata o kojoj se radi niti kamatnu stopu. Budući da su obveze povrata svote transakcije i svote plaćenih naknada novčane obveze, ako one nisu ispunjene o dospjeću, neprijeporno se radi o zateznim kamatama. U odgovarajućim okolnostima postoji mogućnost da strane ugovore stopu zatezne kamate¹⁵⁷, pa ako bi to bio slučaj kamate bi se određivale prema ugovorenoj stopi. Ako stopa ne bi bila ugovorena odnosno ako njeno ugovaranje ne bi bilo dopušteno, onda prema zakonskoj stopi¹⁵⁸.

10. OBVEZA NAKNADE ŠTETE

Prema izričitim odredbama ZPLPR-a „u slučaju izvršenja neautorizirane platne transakcije platitelj ... ima pravo i na razliku do pune naknade štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu“¹⁵⁹, a „u slučaju neizvršenja ili neurednog izvršenja platne transakcije korisnik platnih usluga ... ima pravo i na razliku do pune naknade štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora“¹⁶⁰. Prvo pitanje koje proizlazi iz teksta ovih odredbi je pitanje je li

155 Ne od izvršenja, jer je izvršeno kad svotu primio pružatelj platnih usluga primatelja, a to nije nužno isti dan kad je umanjen saldo računa platitelja odnosno kad je platiteljev pružatelj platnih usluga primio svotu od platitelja. Uputi na članak koji kaže kad je izvršeno!

156 U izlaganju o obvezi povrata svote transakcije naznačeno je kako u slučajevima neispunjenih i neuredno ispunjenih platnih transakcija nije nužno da su novčana sredstva prenesena s računa platitelja, pa u tom slučaju platitelj nema pravo zahtijevati povrat svote transakcije, a dosljedno ni kamate na tu svotu.

157 Prema odredbi čl. 29. st. 3. ZOO-a „...kod trgovačkih ugovora i ugovora između trgovca i osobe javnog prava strane mogu ugovoriti drukčiju stopu zateznih kamata“.

158 Ona je određena u čl. 29. st. 2. ZOO-a.

159 Čl. 35. st. 3. ZPLPR-a.

160 Čl. 50. ZPLPR-a. Obveza naknade štete u slučaju pogrešnih doznaka postoji i u austrijskom pravu prema Apathy/Iro/Koziol (Hrsg): *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Band III, 2. izd., str. 43. i Avancini, Peter – Iro, Gert M. – Koziol, Helmut: *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Bd. I, 1987., str. 348.

upućivanje na podrednu primjenu općih pravila o odgovornosti za štetu u prvoj odredbi odnosno pravila o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora u drugoj odredbi nomotehnički nedostatak ili je stav zakonodavca da izvršenjem neodobrene platne transakcije pružatelj platnih usluga poduzima radnje izvan okvira ugovornog odnosa s platiteljem tj. da te radnje predstavljaju izvanugovorne radnje.

Naprijed smo iznijeli i obrazložili stav da neodobrene platne transakcije obuhvaćaju transakcije s kojima je dala suglasnost neovlaštena osoba¹⁶¹ i prijenose svota većih od svota čiji je prijenos naložen i s kojim se ovlaštena osoba suglasila. U oba ova slučaja, a i u drugim slučajevima kad je transakcija obavljena uz umanjenje salda korisnikova računa kod njegovog pružatelja platnih usluga radi se o postupcima koji su mogući zato što je prethodno između korisnika i pružatelja platnih usluga sklopljen ugovor temeljem kojeg je, u pravilu, pružatelj platnih usluga otvorio račun korisniku i kojim se obvezao novčanim sredstvima na tom računu raspolagati po nalogu korisnika, što isključuje ovlaštenje da tim sredstvima raspoláže po vlastitom nalogu ili nalogu osobe koju korisnik nije ovlastio za davanje naloga¹⁶². Zbog toga držimo da izvršenjem neodobrene transakcije pružatelj platnih usluga postupa protivno svojim ugovornim obvezama prema korisniku, a ne da time poduzima neke izvanugovorne radnje, i tome dosljedno da na njegovu odgovornost za štetu korisniku treba primijeniti opća pravila o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora, kao što ih treba primijeniti i u slučaju neizvršenja ili neurednog izvršenja platne transakcije¹⁶³. Opća pravila o odgovornosti za štetu primjenjuju se podredno tim pravilima u mjeri u kojoj ona ne određuju drukčije, temeljem odredbe ZOO-a uvrštene među odredbe o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora¹⁶⁴.

Prema općim pravilima obveznog prava, kad je šteta prouzročena povredom ugovora, a povreda ugovora ne sastoji se u zakašnjenju s plaćanjem, ugovorna strana koja je prouzročila štetu dužna je savjesnoj strani naknaditi cjelokupnu pretrpljenu štetu ako je povredu ugovora počinila prijevarno, namjerno ili krajnjom

161 Npr. u slučaju protupravnog oduzimanja platnog instrumenta od korisnika, kad ZPLPR izričito predviđa odgovornost pružatelja platnih usluga prema imatelju platnog instrumenta, ako je transakcija obavljena nakon što je bio obaviješten o tome. Podrobnije o tome v. naprijed.

162 Za ovaj rad irelevantno je što je pružatelj platnih usluga dužan raspolagati tim sredstvima i temeljem odluke odnosno naloga drugih ovlaštenih osoba, kao što je primjerice rješenje o ovrsi, ili ovlašten raspolagati ugovorom s korisnikom, primjerice u svoju korist glede naknada koje je korisnik dužan plaćati, i tada se uopće ne radi o neautoriziranim platnim transakcijama.

163 Suprotno Miladin, Petar: *Privatnopravno uređenje platnog prometa od 1. siječnja 2011.*, u *Zbornik Susreta pravnika Opatija 2010.*, str. 1. – 46., s. 19., zastupa stajalište da u slučaju neodobrenih doznaka platitelju u u pravilu pripada kondicijski zahtjev prema njegovoj banci. Prema Palandt, s. 1312. i Gauch, Peter – Schluep, Walter R. – Schmid, Joerg – Rey, Heinz: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. izd., Bd. I, str. 323. – 326. institut stjecanja bez osnove može se primijeniti – i kondicijski zahtjev postojati – ako između strana ne postoji ugovor iz kojeg bi potjecala odgovarajuća tražbina. Osim toga, kod stjecanja bez osnove nema štetne radnje obogaćenog, pa je isključena njegova odgovornost za štetu, dok ovdje pružatelj odgovara i za štetu.

164 Čl. 349. ZOO-a.

nepažnjom, a čim neki od ovih subjektivnih elemenata ne postoji, dužna je naknaditi savjesnoj strani samo štetu koju je morala „predvidjeti kao moguće posljedice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su (joj – op. a.) tada bile poznate ili morale biti poznate“¹⁶⁵. Kad je dužnik ugovorne novčane obveze zakasnio s njenim ispunjenjem, po samom zakonu nastala je njegova obveza plaćanja zateznih kamata drugoj strani kao vjerovniku, a ako je zakašnjenjem drugoj strani prouzročena šteta, ta strana „ima pravo zahtijevati razliku do potpune naknade štete“¹⁶⁶ ako je ona veća od iznosa koji bi dobio na ime zateznih kamata. Rješenje ZPLPP-a istovjetno je ovom općem rješenju, pa platitelj odnosno korisnik nema pravo na naknadu čitave štete koju je pretrpio bilo zbog neodobrene platne transakcije ili neispunjenja ili neurednog ispunjenja odobrene platne transakcije, nego samo pravo na naknadu onog dijela štete koji premašuje svotu zateznih kamata na koju ima pravo. U životnim situacijama, prema tome, prvo treba odrediti subjektivni odnos pružatelja platnih usluga prema štetnoj radnji i prema njemu odrediti ima li korisnik pravo na naknadu cjelokupne pretrpljene štete ili samo predvidive štete, zatim odrediti njen opseg i na koncu ga umanjiti za svotu zateznih kamata vezanih uz svotu transakcije na koju korisnik ima pravo¹⁶⁷.

Podrazumijeva se da se na naknadu štete primjenjuju i druga pravila ZOO-a, kao što su primjerice pravila o odgovornosti dužnika za djelomičnu ili potpunu nemogućnost ispunjenja, iako tu nemogućnost nije skrivio, ako je nastupila nakon njegova dolaska u zakašnjenje, za koje odgovara¹⁶⁸, pravila o prijeboju štete i koristi¹⁶⁹, pravila o smanjenju naknade¹⁷⁰ i pravila o ugovaranju proširenja, ograničenja i isključenja odgovornosti za štetu¹⁷¹.

Obveza naknade štete dospijeva u trenutku kad je korisnik pretrpio štetu. To može, ali i ne mora, biti trenutak izvršenja neodobrene platne transakcije odnosno pada u zakašnjenje s izvršenjem odobrene platne transakcije ili trenutak njenog neizvršenja, nego može biti i neki kasniji trenutak, ali nikako raniji jer tada uopće ne bi mogla postojati nužna uzročna veza između štetne radnje i pretrpljene štete¹⁷². Od dospijea pa do trenutka naknađivanja također teku zatezne kamate. Te zatezne kamate neovisne su o zateznim kamatama na svotu transakcije i na svotu plaćenih naknada i ne uzimaju se u obzir kod umanjivanja opsega naknade štete za svotu

165 Čl. 346. st. 1. ZOO-a.

166 Čl. 30. st. 2. ZOO-a.

167 Budući da je riječ o naknadi štete zbog neautoriziranog prijenosa ili neispunjenja ili neurednog ispunjenja obveze prijenosa određene svote novca, smatramo da u svotu zateznih kamata za koju se umanjuje opseg naknade štete ne treba računavati zatezne kamate na svotu plaćenih naknada, nego samo zatezne kamate na svotu transakcije.

168 Čl. 342. st. 4. ZOO-a.

169 Čl. 346. st. 3. ZOO-a.

170 Čl. 347. ZOO-a.

171 Čl. 344. i 345. ZOO-a. O isključenju odgovornosti za štetu po samom zakonu zbog više sile vidjeti niže pod „Isključenje odgovornosti banke“, jer ZPLPR sadrži specijalna pravila.

172 Uzročna veza između štetne radnje i štete – kao jedna od općih pretpostavki odgovornosti za štetu - *eo ipso* podrazumijeva kao nužno da štetna radnja bude poduzeta prije nastanka štete jer je ne može prouzročiti ako je poduzeta poslije nastanka štete.

zateznih kamata zbog zakašnjenja s vraćanjem svote transakcije, nego se opseg naknade štete umanjuje samo za svotu zateznih kamata dužnih zbog zakašnjenja s vraćanjem svote transakcije¹⁷³.

11. NEKA OPĆA PITANJA

11.1. Isključenje odgovornosti banke

Prema izričitoj odredbi ZPLPR-a odgovornost pružatelja platnih usluga i za neodobrene transakcije i za neizvršenje i neuredno izvršenje platne transakcije „isključena je u izvanrednim i nepredvidivim okolnostima na koje strana koja se na njih poziva nije mogla utjecati i posljedice kojih nije mogla izbjeći unatoč postupanju s potrebnom pozornošću kao i u slučajevima kad je pružatelj platnih usluga bio dužan primijeniti drugi propis“¹⁷⁴. Isključenje odgovornosti pružatelja platnih usluga u situacijama u kojima mu drugi propis – ali i odluka nadležnog tijela donesena temeljem nekog propisa¹⁷⁵ – posve je razumljivo i opravdano, uz napomenu da se mora raditi o prisilnom propisu. Osim tada, pružatelj platnih usluga ne bi snosio ni jednu od posljedica provođenja neodobrene transakcije ili neizvršenja ili neurednog izvršenja odobrene platne transakcije, ako su oni uzrokovani događajem koji ima obilježja više sile, jer opis okolnosti u kojima pružatelj platnih usluga ne bi snosio posljedice odgovara opisu više sile¹⁷⁶.

Prema općim pravilima obveznog prava o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora, viša sila isključuje tu odgovornost ako je povreda ugovora nastupila zbog više sile¹⁷⁷. Ali, primjerice na raskid ugovora – i posljedičnu obvezu vraćanja primljenog – zbog neispunjenja ili zakašnjenja s ispunjenjem, pitanje je li neispunjenje odnosno zakašnjenje posljedica više sile ne utječe, nego se ugovor raskida – ili može biti raskinut – neovisno o tome što je dovelo do neispunjenja odnosno zakašnjenja¹⁷⁸. Stoga bi doslovna primjena citirane odredbe ZPLPR-a na

173 Obveza naknade štete je samostalna obveza i kad se šteta naknađuje u novcu na dužnu svotu teku zatezne kamate od dospjeća neovisno o tome je li uz obvezu naknade štete postoji i neka druga novčana obveza – ovdje primjerice povrata svote transakcije i naknada – povodom čije zakašnjenja zasebno teče zatezna kamata na svotu te obveze.

174 Čl. 53. ZPLPR-a. Identično par. 676c njemačkoga BGB-a.

175 Npr. rješenje o ovrsi.

176 Za obilježja događaja koji se klasificiraju kao viša sila v. primjerice Bukovac Puvača, Maja – Slakoper, Zvonimir – Belanić, Loris: *Obvezno pravo – posebni dio II*, Novi informator, Zagreb, 2015., str. 132. Isticanje da se radi o okolnostima u kojima ni postupanje s potrebnom pozornošću ne otklanja utjecaj i posljedice događaja pokazuje da se radi samo o višoj sili, a ne i o slučaju, jer okolnosti u kojima postupanje s potrebnom pozornošću otklanja utjecaj i posljedice događaja predstavljaju slučaj. Za pojam slučaja v. *ibid*, str. 138. - 139.

177 Čl. 343. ZOO-a.

178 Odredbe ZOO-a o raskidu ugovora zbog neispunjenja i zakašnjenja i o vraćanju ispunjenog kao posljedicu raskida iz čl. 360. – 368. ZOO-a ne spominju okolnosti zbog kojih ugovor ne bi bio raskinut ili mogao biti raskinut kad su ispunjene pretpostavke iz tih odredbi. Pravno logički viša sila ne može otkloniti raskid ugovora kao posljedicu zakašnjenja odnosno

sve posljedice neodobrenih, zakašnjelih ili/i neurednih transakcija – obveza povrata svote transakcije i naknada, obveza plaćanja kamata i obveza naknade štete - dovela do posljedica koje su suprotne posljedicama predviđenim općim pravilima obveznog prava.

Primjerice, u hipotetskoj situaciji u kojoj pružatelj platnih usluga naloženu svotu do isteka fiksnog roka nije prenio pravoj nego pogrešnoj osobi – pa se radi o neodobrenoj transakciji – zbog uzroka koji ima obilježja više sile, pružatelj ne bi bio dužan vratiti platitelju ni svotu transakcije, niti svotu naknade za tu transakciju, iako bi prema općim pravilima obveznog prava ugovor o jednokratnoj platnoj transakciji bio *ex lege* raskinut istekom roka za prijenos i nastala platiteljeva obveza vraćanja svote transakcije i plaćene naknade. Platiteljeva imovina bila bi umanjena za te svote radnjom pružatelja i zbog radnje pružatelja platitelj bi – ako želi povrat tog dijela svoje imovine – morao zahtijevati vraćanje plaćenog od primatelja primjenom instituta stjecanja bez osnove, a imovina bi mu i dalje ostala umanjena za svotu naknade plaćene pružatelju. Zbog toga smatramo da se naprijed citirana odredba o isključenju odgovornosti pružatelja u slučaju više sile ne smije primijeniti na obvezu povrata svote transakcije i svote naknade. Kad se radi o neispunjenju ili neurednom ispunjenju odobrene transakcije pri kojem je pružatelj teretio račun ili držao svotu platitelja, a nije je prenio odnosno isplatio primatelju, isti stav treba zauzeti i glede obveze plaćanja kamata na svotu neizvršene odnosno neuredne transakcije jer je pružatelj raspolagao svotama transakcije i naknada, pa bi odricanje prava na kamatu platitelju značilo da je pružatelj bez naknade mogao raspolagati novčanim sredstvima platitelja. Imajući to u vidu naprijed citirana odredba o isključenju odgovornosti pružatelja zbog učinaka više sile bez prethodnog utvrđivanja činjeničnih i pravnih okolnosti konkretnog slučaja smije se primijeniti samo na pružateljevu odgovornost za štetu koju je pretrpio korisnik.

11.2. Odgovornost banke za drugog

Postojanje odgovornosti pružatelja platnih usluga prema korisniku neovisno je o tome radi li se o transakcijama koje uključuju ili ne uključuju drugog pružatelja, a za razumijevanje je potrebno ukratko opisati tijek transakcija koje uključuju drugog pružatelja platnih usluga. Kad platitelj svom pružatelju platnih usluga naloži prijenos novčane svote na račun primatelja koji ima račun kod drugog pružatelja platnih usluga on se u pravilu obavlja pomoću platnih sustava¹⁷⁹. Pružatelji

neispunjenja, jer se bez obzira na uzrok toga više ne može postići svrha ugovora, a obveza vraćanja primljenog nužna je posljedica toga što je raskidom ugovora nestala pravna osnova za prijelaz imovine i ispunjenjem te obveze strana koja obavlja vraćanje ne trpi štetu, nego se samo uspostavlja imovinski odnosi kakvi su postojali prije sklapanja ugovora. Drukčije od toga, za odgovornost za štetu zbog povrede ugovora nužno je da je ona izvršena s namjerom, uz nepažnju ili slučajno, što proizlazi iz okolnosti što viša sila kao uzrok povrede ugovora isključuje odgovornost za tu štetu.

179 Čl. 62. st. 1. ZPLLPR-a.

platnih usluga su pravne osobe koje također imaju transakcijske račune i njihove račune otvara i vodi Hrvatska narodna banka¹⁸⁰. Povodom platiteljevog naloga za prijenos novčanih sredstava u korist primateljevog računa kod drugog pružatelja platnih usluga, platitelj pružatelj platnih usluga za naloženu svotu umanjuje (tereti) račun platitelja i nalaže prijenos te svote s njegovog računa u korist računa pružatelja platnih usluga primatelja plaćanja (koji sadrži i broj računa primatelja). Prijenos između pružatelja platnih usluga obavlja se pomoću platnog sustava, jer se nacionalne platne transakcije u domaćoj valuti - kod kojih su oba pružatelja platnih usluga kreditne institucije sa sjedištem u RH, podružnice stranih kreditnih institucija sa sjedištem u RH i Hrvatska narodna banka – obavljaju pomoću platnih sustava¹⁸¹. Platni sustavi ne pripadaju platiteljevom pružatelju platnih usluga, pa bi se – u situaciji u kojoj je primjerice uzrok neispunjenja ili neurednog ispunjenja primljenog naloga u platnom sustavu – moglo postaviti pitanje odgovara li ili ne tada platitelju njegov pružatelj platnih usluga. No, moguće dileme otklanja ZPLPR tako što izričito određuje da „pružatelj platnih usluga odgovara svom korisniku platnih usluga za izvršenje platne transakcije i onda ako se odgovornost može pripisati posredniku ili trećemu koji sudjeluje u izvršenju te platne transakcije“¹⁸².

11.3. Protok vremena i prava korisnika

Postojanje prava platitelja odnosno korisnika, koja su izložena, vremenski je ograničeno odredbama ZPLPR-a o prekluzivnim rokovima, koje su bitno identične glede prava platitelja u slučajevima neodobrenih platnih transakcija i glede prava korisnika u slučajevima neizvršenja i neurednog izvršenja odobrenih platnih transakcija. Ako korisnik o provođenju neodobrene, a glede odobrenih „o neurednom izvršenju platne transakcije ne obavijesti svog pružatelja platnih usluga bez odgađanja nakon što je za njega saznao, a najkasnije u roku od 13 mjeseci od dana terećenja, odnosno dana odobrenja“¹⁸³, gubi prava koja mu inače pripadaju. Objektivni prekluzivni rok od 13 mjeseci „ne primjenjuje se ako je pružatelj platnih usluga propustio korisniku platnih usluga dati ili staviti na raspolaganje informacije o toj platnoj transakciji“¹⁸⁴ u skladu s odredbama ZPLPR, a tada se *via facti* ne

180 Čl. 63. ZPLPR-a.

181 Čl. 62. st. 1. u vezi s čl. 58. st. 1. ZPLPR-a.

182 Čl. 52. st. 1. ZPLPR-a i par. 675z njemačkoga BGB-a. Budući da uzrok nije na pružatelju on „ima pravo od posrednika ili trećega zahtijevati da mu naknadi sve iznose koje je isplatio svom korisniku platnih usluga ... kao i da mu naknadi i drugu pretrpljenu štetu prema općim pravilima o odgovornosti za štetu zbog povrede ugovora“ (čl. 52. st. 2. ZPLPR-a). BGB u par. 676a samo određuje da posrednik odnosno treći odgovara pružatelju za štetu ako je uzrok njegova neispunjenja ili neurednog ispunjenja na strani posrednika odnosno trećeg.

183 Čl. 51. st. 2. ZPLPR-a. Bitno identično i kod neautoriziranih platnih transakcija prema čl. 33. st. 1. ZPLPR. Razlika je samo u tome što su kod neautoriziranih platnih transakcija izostavljene riječi „odnosno dana odobrenja“ jer se *via facti* o tom danu ne može raditi. Isti rok određuje i par. 676b njemačkoga BGB.

184 Čl. 51. st. 3. ZPLPR-a glasi: „rok od 13 mjeseci ... ne primjenjuje se ako je pružatelj platnih usluga propustio korisniku platnih usluga dati ili staviti na raspolaganje informacije o toj

može primijeniti ni subjektivni prekluzivni rok, bez odgađanja od saznanja, jer saznanja nije ni bilo¹⁸⁵. Budući da se radi o prekluzivnom roku i gubitku prava, a ne o zastarnom roku, za zaključiti je da korisnik obaviješću pridržava prava koja mu pripadaju, dok su zastarni rokovi odvojeni od tog roka.

Citirana odredba spominje samo neuredno izvršene platne transakcije, a ne i one koje uopće nisu izvršene, bilo propuštanjem platiteljevog pružatelja da izvrši prijenos ili primateljevog pružatelja da odobri račun primatelja. U tim slučajevima ne bi postojala obveza pružatelja da korisniku stavi na raspolaganje obavijesti o provedenim transakcijama, jer one uopće nisu provedene. Za neizvršenje transakcije platitelj bi posredno saznao tako što o izvršenju ne bi bio obaviješten, dok činjenične okolnosti koje postoje u odnosu pružatelja i primatelja pokazuju da u okviru njihova odnosa primatelj uopće ne bi morao saznati za neizvršenje. Polazeći od stajališta da načelo primjene dužne pozornosti platitelju nalaže da prati je li njegov nalog izvršen i od stajališta da propuštanje primjene dužne pozornosti treba dovesti do štetnih posljedica za nepozornu osobu¹⁸⁶, moglo bi se prihvatiti shvaćanje da objektivni prekluzivni rok vrijedi i za platitelja čiji nalog uopće nije izvršen¹⁸⁷. Primatelj plaćanja, čiji račun nije odobren, ni uz primjenu zahtijevane pozornosti nužno ne mora saznati za to, pa bi se u odnosu na njega moglo prihvatiti suprotno shvaćanje, a to je da se na njega objektivni prekluzivni rok od 13 mjeseci uopće ne primjenjuje.

Iznimno od prekluzivnog roka od 13 mjeseci – u slučajevima u kojima će se redovito raditi o izravnom terećenju¹⁸⁸, pa platitelj ima pravo na povrat – prekluzivni rok za zahtijevati povrat isplaćene svote bit će osam tjedana od datuma terećenja platiteljevog računa¹⁸⁹, što je očito objektivni rok, dok subjektivni rok nije predviđen, kao što nisu predviđene ni posljedice propuštanja pružatelja da platitelja obavijesti o provedenom terećenju njegovog računa. Držeći da sama okolnost što se radi o transakcijama iniciranim od ili putem primatelja plaćanja ne može opravdati bitno drukčiji pravni položaj platitelja – no što je on općenito – držimo da i ovdje

platnoj transakciji u skladu s Glavom II. ovog Zakona“. Identično i kod neautoriziranih platnih transakcija prema čl. 33. st. 2. ZPLPR. Rok od 13 mjeseci ne primjenjuje se ni ako pružatelj i korisnik koji nije potrošač ugovore drukčiji rok (čl. 51. st. 4. ZPLPR-a)

185 Iako je platitelj za neurednost transakcije mogao saznati i od trećeg – npr. primatelja plaćanja – smatramo da je primjereno isključenjem prekluzivnog roka sankcionirati neispunjenje obveze pružatelja – koja postoji *ex lege* – da obavijesti korisnika o platnoj transakciji.

186 Takve posljedice postoje u više slučajeva po samom zakonu, o čemu v. Slakoper, Zvonimir: O potrebi razlikovanja i sankcioniranju nesavjesnosti i nepozornosti, Hrvatska pravna revija, 11/13, str. 12. i dalje.

187 U prilog tome i opća svrha postojanja zastarnih rokova koja se sastoji u sankcioniranju vjerovnikove pasivnosti odnosno nebrige za vlastite tražbine, koja se može poistovjetiti sa svrhom prekluzivnih rokova. Usp. npr. Komentar ZOO-a, str. 323.

188 Rječnikom ZPLPR-a radi se o autoriziranim platnim transakcijama iniciranim od strane ili putem primatelja plaćanja (naslov čl. 38. ZPLPR-a). Rok od osam tjedana pružatelj i platitelj koji nije potrošač ugovorom mogu valjano odrediti drukčije (čl. 38. st. 5. ZPLPR-a), dok je za ostale odnose odredba o tom roku prisilna.

189 Čl. 38. st. 1. ZPLPR-a.

treba primijeniti odredbe o nepostojanju prekluzivnog roka u slučaju pružateljeva propuštanja da obavijesti platitelja iz čl. 33. st. 2. i čl. 51. st. 3. ZPLPR-a.¹⁹⁰

Zastarni rokovi nisu spomenuti u ZPLPR-u, pa se primjenjuju odredbe o zastarnim rokovima ZOO-a. Zahtjevi za vraćanje svote transakcije, za izvršenje transakcije i za povrat plaćenih naknada zastarijevaju u općem zastarnom roku od pet godina jer se ne radi o povremenim tražbinama ili tražbinama za koje bi bili propisani specijalni zastarni rokovi, osim ako bi ugovor korisnika i pružatelja platnih usluga imao karakter trgovačkog ugovora. Tada bi zastarni rok bio tri godine¹⁹¹. Zahtjev za isplatu kamata zastarijeva u roku od tri godine, a zahtjev za naknadu štete u subjektivnom roku od tri godine odnosno objektivnom roku od pet godina.¹⁹²

190 V. bilješku 183.

191 Čl. 228. st. 1. ZOO-a.

192 Čl. 226. st. 1. i čl. 230. ZOO-a.

Summary

RESPONSIBILITY OF THE BANK FOR THE IMPLEMENTATION OF THE ELECTRONIC PAYMENT

In this article the Bank's responsibility for the implementation of electronic payments is examined by bearing in mind that modern payment regularly includes (1) several actions that are performed with the use of electronic means of communication – therefore it is pertinent to talk about implementation of payment instead of payment - (2) the existence of a legal relationship between the payer and the first bank and the payee and the other bank, (3) actions taken by both banks, and (4) implementation of the Payment System Act. With regard to last circumstances and the fact that the Payment System Act is using complex and for the Croatian legal language atypical terminology in the first part of the paper we will explain and harmonize the language terminology with existing legal standards and try to fit that terminology into these standards. This part of the article also explains the factual issues - relating to electronic means of communication that are used in payments - necessity for the legal qualification of actions undertaken in payments and legal relations that exist or will exist. To understand the responsibilities and legal consequences, it was necessary to expose the content of the bank's obligations, and in the central part of the article we analyze the possible legal consequences of the bank's failure to fulfill, delay or untimely fulfill its obligations. In this section the legal consequences provided by the Payment System Act are being displayed and analyzed - as special regulation which regulates them only partially – and are being connected, fit into and observed in the context of the general rules of contract law in the Obligations Act.

Keywords: *Responsibility of the bank, electronic payment, contract for a single payment transaction, Framework agreement on payment services, agreement on banking current account, obligation law.*

Zusammenfassung

BANKHAFTUNG FÜR DURCHFÜHRUNG ELEKTRONISCHER ZAHLUNG

Das Thema der Bankhaftung für elektronische Zahlung wird hier von mehreren Standpunkten herangegangen, denn moderne Zahlungsmethoden umfassen wie folgt (1) mehrere Handlungen, die anhand elektronischer Kommunikationsmittel durchgeführt werden – weswegen man von Zahlungsdurchführung, und nicht Zahlung sprechen sollte – (2) Rechtsverhältnisse zwischen Zahler und der ersten Bank und Zahlungsempfänger und der zweiten Bank, (3) Handlungen, die beide Banken vornehmen und (4) Anwendung des Gesetzes über den Zahlungsverkehr. Im Hinblick auf den letzten Punkt und die Tatsache dass dieses Gesetz eigene schwerverständliche und der kroatischen Rechtssprache fremde Terminologie gebraucht, sind im ersten Teil dieser Arbeit die notwendigen sprachlichen Aufklärungen gegeben und ferner wird versucht, die letztere mit den gängigen Rechtsstandards in Einklang zu bringen. Weitere sachbezogene Fragen angesichts elektronischer Kommunikationsmittel, die für die Zahlung verwendet werden und rechtliche Qualifikation von bei der Zahlung vorgenommenen Handlungen und Rechtsverhältnissen die schon vorhanden sind oder entstehen, werden auch behandelt. Um ein vollumfängliches Verständnis der Haftungsfrage zu ermöglichen, muss auch der Inhalt der Bankpflichten dargestellt werden. Demzufolge betrachtet die Arbeit mögliche Rechtskonsequenzen bei Nichterfüllung, unvollständiger Erfüllung oder unordentlicher Erfüllung seitens der Bank. In diesem Zusammenhang werden die Rechtskonsequenzen die sich aus dem Gesetz über den Zahlungsverkehr als Sondervorschrift mit unvollständigen Lösungen im Vergleich zu allgemeinen Regeln des Vertragsrechts aus dem Gesetz über Schuldverhältnisse analysiert.

Schlüsselwörter: *Bankhaftung, elektronische Zahlung, Vertrag über einmalige Zahlungstransaktion, Rahmenvertrag für Zahlungsdienstleistungen, Bankkontokorrentvertrag.*

Riassunto

**LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA PER LA
REALIZZAZIONE DEL PAGAMENTO IN VIA TELEMATICA**

La responsabilità della banca per la realizzazione del pagamento in via telematica viene analizzata in questo lavoro tenendo conto che gli attuali pagamenti in via telematica regolarmente sottintendono (1) diverse funzioni compiute mediante mezzi di comunicazione telematici – sicché è più corretto parlare di realizzazione del pagamento anziché di pagamento –; (2) l'esistenza di rapporti giuridici tra il pagante e la prima banca, come anche tra il ricevente e la seconda banca; (3) attività intraprese da entrambe le banche, e (4) l'applicazione della legge sul traffico dei pagamenti. In considerazione dell'ultima circostanza e del fatto che la legge sul traffico di pagamenti si serve di una terminologia complessa ed inusuale rispetto alla terminologia giuridica croata, nella prima parte del lavoro vengono offerte delle interpretazioni linguistiche, cercando di uniformare ed inserire detta terminologia negli standard giuridici esistenti. In tale parte del lavoro altresì si spiegano le questioni di fatto – con riferimento ai mezzi di comunicazione telematica che vengono utilizzati in occasione dei pagamenti – necessarie per la qualificazione giuridica delle attività poste in essere in occasione del pagamento e dei rapporti giuridici che sussistono oppure vengono a costituirsi. Per la comprensione della responsabilità, ovvero delle conseguenze giuridiche s'è reso necessario esporre altresì il contenuto degli obblighi della banca; mentre nella parte centrale del lavoro si espongono le possibili conseguenze giuridiche dovute all'inadempimento, del ritardo o dell'impreciso adempimento delle obbligazioni da parte della banca. In tale parte si illustrano e si analizzano le conseguenze giuridiche previste dalla legge sul traffico dei pagamenti – quale legge speciale che regola il traffico soltanto parzialmente –, collegandole, inserendole ed osservandole nel contesto delle regole contrattuali generali dettate dalla legge sui rapporti di obbligazione.

Parole chiave: *responsabilità della banca, pagamento in via telematica, contratto di pagamento unico, contratto quadro su servizi di pagamento, contratto di conto corrente, diritto delle obbligazioni.*

PRAVO NA PRISTUP SUDU EUROPSKE UNIJE

Dr. sc. Katarina Knol Radoja, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 342.722
Ur.: 12. siječnja 2016.
Pr.: 30. siječnja 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Restriktivni pristup tumačenja pretpostavki dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje pred Sudom Europske unije kada su u pitanju fizičke i pravne osobe prije donošenja Lisabonskog ugovora bio je predmetom niza doktrinarnih kritika. Cilj je ovog rada analizirati praktični utjecaj novih pravila o dopuštenosti podnošenja tužbe u svjetlu interpretativnih rješenja koje je dao Sud. Konkretno, analizirat će se imaju li temeljem novog članka 263. stavka 4. Ugovora o funkcioniranju Europske unije privatni podnositelji jednostavniji pristup Sudu Europske unije u usporedbi s onim prije izmjena iz Lisabonskog ugovora. Osim toga, analizirat će se i kompatibilnost navedenog članka s međunarodnim obvezama koje proizlaze iz Aarhuške konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša, sporazuma kojeg je i Europska unija stranka.

Na kraju rada, dolazi se do zaključka da, unatoč postojanju određenog napretka u smislu olakšavanja fizičkim i pravnim osobama pristup sudu, tim će osobama izravni pristup, radi osporavanja nezakonitosti akata tijela i institucija Europske unije i dalje biti dostupan samo u ograničenim slučajevima.

Ključne riječi: *Sud Europske unije, pristup sudu, dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje.*

1. UVOD

Prije izmjena koje je donio Lisabonski ugovor,¹ tužba za poništenje, osnovni postupak u sustavu sudske kontrole na razini Europske unije (dalje: EU, Unija)

1 Lisabonski ugovor, punim nazivom Ugovor iz Lisabona o izmjenama i dopunama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice, međunarodni je ugovor potpisan u Lisabonu 13. prosinca 2007. godine. Ugovor predstavlja dopunu Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o osnivanju Europske zajednice. Njime je Ugovor o osnivanju Europske zajednice preimenovan u Ugovor o funkcioniranju Europske unije. Lisabonski ugovor uveo je i Povelju o temeljnim pravima Europske unije. Ugovor je, nakon ratifikacije u svim državama članicama, stupio na snagu 1. prosinca 2009.

bio je predviđen člankom 230. Ugovora o Europskoj zajednici (dalje: UEZ).² Članak 230. stavak 4. privatnim pojedincima, tj. svim fizičkim i pravnim osobama, dopuštao je izravno osporavanje navodne nezakonitosti akata tijela i institucija Zajednice. U teoriji, ovaj je mehanizam bio osnovni instrument sudske kontrole otvoren za pojedince. No u stvarnosti ta je mogućnost bila iznimno ograničena zbog vrlo strogih pretpostavki dopuštenosti podnošenja tužbe, ali i strogog tumačenja zahtjeva individualnog interesa (*individual concern*).³ Ovakav strogi pristup izazvao je kod praktičara i doktrine niz kritika.⁴

Zbog toga se u sudskoj praksi, ali i doktrini upozoravalo da osim tog izravnog puta osporavanja akata Unije, postoji mogućnost korištenja i neizravnog puta, prvenstveno u vidu postupka prethodnog odlučivanja pred Sudom (dalje: Europski sud, ES). Za taj postupak, jednako kao što primjena normi nacionalnog prava te njihovo tumačenje ovise o zakonskom uređenju i pravnoj tradiciji u pojedinim državama članicama, za tumačenje i odlučivanje o valjanosti primarnog i sekundarnog prava Unije Ugovorom o funkcioniranju Europske unije⁵ (dalje: UFEU), određena je isključiva nadležnost ES-a. Ipak, odluka ES-a u postupku prethodnog odlučivanja upućena je, ne strankama u postupku, nego nacionalnom sudu, pred kojim je taj postupak u tijeku, kako bi na odgovarajući način u konkretnom predmetu primijenilo pravnu normu. Stoga je to jedno od osnovnih sredstava komunikacije i suradnje između ES-a i nacionalnih sudova, ali ne i način ostvarenja prava pojedinaca na pristup tom Sudu.

Ovaj rad procjenjuje doseg novih pravila podnošenja tužbe za poništenje za *locus standi* privatnih podnositelja zahtjeva. Naime, iako je neupitno da su Lisabonskim ugovorom izmijenjeni uvjeti dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje, utjecaj novog teksta na privatne podnositelje još uvijek je nejasan.

Stoga je cilj ovoga rada analizirati hoće li nova pravila o dopuštenosti podnošenja tužbe, kako ih je u nedavnim presudama tumačio ES, privatnim

2 Općenito o članku 230. UEZ-a, v. Chalmers, D., Monti, G. *European Union Law*, Cambridge University Press, 2007., str. 416 - 420; Craig, P., De Burca, G. *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008., str. 507 - 517.

3 Albors - Llorens, A., *Private parties in European Community Law. Challenging Community Measures*, Clarendon Press, 1996., str. 7.

4 Lewis, X., *Standing of Private Plaintiffs to Annul Generally Applicable European Community Measures: if the System is Broken, where Should it be Fixed?* Fordham International Law Journal, vol. 30., no. 5., 2006/2007., str. 1496 - 1544; Cortés, M., Manuel, J. *Ubi ius, Ibi Remedium? – Locus standi of private applicants under Art. 230 (4) EC Treaty at a European Constitutional Crossroad*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 11., no. 3., 2004., str. 233 - 261; Parfouru, A. A., *Locus Standi of Private Applicants Under the Article 230 EC Action for Annulment : Any Lessons to be Learnt From France?* Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 14., no. 4., 2007., str. 361 - 402; Ward, A., *Locus standi under Article 230(4) of the EC Treaty: Crafting a Coherent Test for a Wobbly Polity*, Yearbook of European Law, vol. 22., 2003., str. 45 - 77.

5 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, 2008, OJ C 115/47.

podnositeljima olakšati pristup Sudu Europske unije⁶ u usporedbi sa stanjem prije donošenja izmjena.

Osim toga, u radu će se ispitati usklađenost članka 263. stavka 4. UFEU-a, kako ga ES tumači, s obvezama koje proizlaze iz Aarhuške konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša⁷ (dalje: Aarhuška konvencija).

Postavši strankom ovog međunarodnog sporazuma 2005. godine, Europska unija je prepoznala da je pristup sudu ključna komponenta zaštite ljudskog prava na zdrav okoliš. Unija je, međutim, uvijek pokazivala nesklonost dopuštanju izravnog osporavanja svojih akata od strane privatnih pojedinaca i nevladinih organizacija pa stoga ne čudi da je primjerenost takvog sustava bio pokušao biti promijenjen u svjetlu članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije. U tim je postupcima, Opći sud, kada se pozvao na dužnost EU-a na postupanje u skladu s međunarodnim obvezama, u konačnici bio nadglasao,⁸ dok je ES izbjegao procjenu jamči li Unija pravo na učinkovitu sudsku zaštitu u pitanjima zaštite okoliša odbijajući priznati izravni učinak članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije.⁹

2. NAČELO UČINKOVITE SUDSKE ZAŠTITE U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Ubi ius – ibi remedium – tamo gdje je pravo, tamo je i pravno sredstvo. Ovo važno pravno načelo svake pravne države vrijedi i u Europskoj uniji. Jamčeći pravo nekoj osobi, bilo fizičkoj, bilo pravnoj, toj je osobi potrebno osigurati da to pravo može biti učinkovito zaštićeno.

Protivnici restriktivnog tumačenja pretpostavki dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje prije izmjena koje je donio Lisabonski ugovor, tvrdili su da takav pristup krši načelo učinkovite sudske zaštite te može čak dovesti i do uskraćivanja pravde.¹⁰

6 Sud Europske unije (*Court of Justice of the European Union*) institucija je Europske unije sa sjedištem u Luxembourg, a koja obuhvaća: Sud (*European Court of Justice*) koji se često naziva i Europski sud; Opći sud (*General Court*), koji se ranije nazivao Sud prvog stupnja te od specijaliziranih sudova - Službenički sud.

7 Hrvatski sabor Konvenciju je ratificirao 8. prosinca 2006. godine, a u Republici Hrvatskoj je stupila na snagu 25. lipnja 2007. (Zakon o potvrđivanju Konvencije objavljen je 12. siječnja 2007. u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 1/07.).

8 Case T-396/09 *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v Commission* (CFI, 14 June 2012); Case T-338/08 *Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v Commission* (CFI, 14 June 2012).

9 Joined cases C-404/12 P and C-405/12 P *Council and Others v Stichting Natuur en Milieu and Milieu and Pesticide Action Network Europe* (CJEU, 13 January 2015); Joined cases C-401/12 P and C-403/12 P *Council and Others v Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht* (CJEU, 13 January 2015).

10 Albors - Llorens, A., *The Standing of private parties to challenge Community Measures: Has the European Court Missed the Boat?* Cambridge Law Journal, vol. 62., no. 1., 2003., str. 72 - 92; Usher, J. A., *Direct and Individual Concern – An Effective Remedy or a Conventional Solution*, European Law Review, vol. 28., no. 4., 2005., str. 575 - 600.

Načelo učinkovite sudske zaštite, kao i općenito učinkovitost prava Europske unije nalaze se među najznačajnijim pojmovima u sudskoj praksi Europskog suda. Sud ih vidi kao temelj pravnoga sustava Unije i često ih koristi pri obrazlaganju, odnosno kao argument u svojim presudama. Načelo učinkovite sudske zaštite prvi put je artikulirano 1986. godine u predmetu *Johnston*.¹¹ Njime se posredno ili neposredno opravdava, primjerice, načelo prvenstva i izravnog učinka prava Europske unije, obveze nametnute nacionalnim sudovima da zakone tumače u skladu s pravom Unije, izvanugovorna odgovornost država članica ili obveza osiguranja pravnog sredstva za zaštitu prava pojedinaca.¹²

Načelo učinkovite sudske zaštite trebale bi poštovati institucije država članica i Unije. Pri primjeni prava Europske unije u odnosu na pojedince sve institucije to načelo trebaju uzeti u obzir, pri čemu posebnu ulogu imaju nacionalni sudovi i ES. ES je taj koji kontrolira da institucije Unije provode prava pojedinaca, a također i da kontrolira način na koji države članice ispunjavaju obveze koje su im nametnute ugovorima. S druge strane, nacionalni sudovi su uglavnom ti na kojima je da osiguraju učinkovitu sudsku zaštitu prava privatnih pojedinaca jer se oni mogu izravno obraćati ES-u.¹³

Ipak, učinkovita sudska zaštita pretpostavlja dobrovoljnost i dinamičnost u smislu omogućavanja korisniku prava na pokretanje i sudjelovanje u postupku. To, međutim, zahtijeva stalnu pažnju pri tumačenju tekstova kako najbolje služiti identifikaciji ovog načela. Naime, tumačenja nekih odredbi Ugovora, a posebno onih koji se tiču pretpostavki dopuštenosti podnošenja tužbe, često su bila isuviše uska.¹⁴

Nužnost postizanja učinkovite sudske zaštite proizlazi i iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹⁵ (dalje: Europska konvencija, EKLJP) koja se primjenjuje u svim državama članicama Unije. Članak 6. stavak 1. EKLJP-a propisuje da radi utvrđivanja prava i obveza građanske naravi svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Procesnopravne garancije sadržane u članku 6. stavku 1. tijekom vremena doživjele su različita tumačenja u obimnoj praksi Europskog suda za ljudska prava, pri čemu treba uzeti u obzir da je Sud u svojoj praksi zauzeo posebna shvaćanja o tome što sve može predstavljati građanska

11 Case 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [1986] ECR 1651, § 20.- 21.

12 Opširniji pregled ranije sudske prakse, v. Tridimas, T., *The General Principles of Community Law*, 1999., str. 279 - 290.

13 Schermers, H. G., Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer International, Hague, London, New York, 2001., str. 451.

14 Vandersanden, G., *La protection juridictionnelle effective: une justice ouverte et rapide?*, u: Dony, M., & Bribosia, E., (eds.), *L'avenir du système juridictionnelle de l'Union Européenne*, Institut d'Etudes Européennes, Brussels, 2002., str. 119 - 154.

15 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

prava i obveze u smislu tog članka.¹⁶ Iz sudske prakse Europskog suda za ljudska prava proizlazi da članak 6. EKLJP-a ne jamči samo pravo na pristup sudu, on jamči pravo na učinkoviti (*effective*) pristup sudu.¹⁷ U predmetu *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁸ Europski sud za ljudska prava zauzeo je stajalište da se članak 6. stavak 1. ne odnosi isključivo na vođenje parnice koja je već počela, već da predmetni članak uključuje i pravo na pokretanje postupaka.

Članak 13. EKLJP-a nadalje propisuje i da svatko čija su prava i slobode povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva, pa čak i u slučaju kada su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.

Sukladno članku 6. stavku 3. Ugovora o Europskoj uniji¹⁹ temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije. Budući da temeljna prava čine sastavni dio općih načela, u Uniji treba biti zajamčena i učinkovita kontrola zakonitosti.²⁰ Načelo *ubi ius ibi remedis* predviđeno člankom 47. Povelje o temeljnim pravima Europske unije,²¹ također poziva na proširenje uvjeta dopuštenosti. U ovom se članku jamči da svatko čija su prava i slobode, zajamčeni pravom Unije, prekršena, ima pravo na učinkovito pravno sredstvo.

3. PRAVO NA PRISTUP SUDU EUROPSKE UNIJE PRIJE LISABONSKOG UGOVORA

Lisabonski ugovor od stupanja na snagu 1. prosinca 2009. godine donosi nova pravila za privatne podnositelje tužbe kojima je namjera osporavati akte koje su donijele institucije i tijela Unije.

U skladu s člankom 263. stavka 4. UFEU-a, koji je zamijenio dotada važeći članak 230. UEZ-a, svaka fizička ili pravna osoba može pokrenuti postupke protiv akta koji je upućen toj osobi ili koji se izravno i osobno odnosi na nju te protiv regulatornog akta koji se izravno odnosi na nju, a ne podrazumijeva provedbene mjere.

16 Opširnije o autonomnom određenju građanskih prava i obveza iz članka 6. Europske konvencije kao i o relevantnoj praksi o pojedinačnim procesnopravnim garancijama koje proizlaze iz tog članka v. Dijk van, P., Hoof van, F. *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006., str. 511.

17 *Airey v. Ireland*, Application no. 6289/73, 9 October 1979.

18 Iako je Sud u ovom predmetu zauzeo stajalište da se ustanovljavanje prava na pristup sudu kao neodvojivog elementa članka 6. stavka 1. ne može smatrati ekstenzivnim tumačenjem Europske konvencije s obzirom na potrebu da se on promatra u svjetlu konteksta i vremena u kojem proizvodi pravne učinke, neki autori ovo shvaćanje Suda u konkretnom predmetu smatraju jednim od najkreativnijih koraka koje je poduzeo u tumačenju navedenog članka. Opširnije v. Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1995., str. 196.

19 Ugovor o Europskoj uniji 2012/C 326/01.

20 Schermers, Waelbroeck, *op. cit.* u bilj. 13., str. 450.

21 Povelja o temeljnim pravima Europske unije 2012/C 326/02.

Sukladno načelu *tempus regit actum* nova pravila vrijede za sve tužbe podnesene nakon stupanja Lisabonskog ugovora na snagu, bez obzira na datum donošenja osporavanog akta.²² Za zahtjeve podnesene prije 1. prosinca 2009. godine, vrijede pravila o dopuštenosti koja su bila na snazi u vrijeme podnošenja zahtjeva, bez obzira na trenutak kada se odlučivalo o njihovoj dopuštenosti.²³

Iz članka 263. stavka 4. UFEU-a proizlazi kako je cilj učinjene izmjene bio ublažiti uvjete dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje kako bi se uklonile osnovne prepreke ostvarenja učinkovite sudske zaštite fizičkih i pravnih osoba protiv nezakonitih akata Europske unije.

Prema tekstu članka 230. UEZ-a privatni su podnositelji tužbu za poništenje mogli podnijeti samo protiv njima upućenim odlukama. U slučaju odluke upućene drugoj osobi ili izdane u obliku propisa, odnosno akta opće primjene, pristup pravdi Suda Europske unije bio je dopušten samo ako ih je taj akt izravno i osobno pogađao. Konkretno, pojedinci su trebali dokazati da akt u pitanju ne samo da utječe na njihovu pravnu situaciju (*direct concern*),²⁴ nego i da ih pogađa zbog određenih osobina koje su njima svojstvene ili zbog okolnosti koje ih razlikuju od svih drugih osoba (*individual concern*),²⁵ što je provjeru dopuštenosti podnošenja tužbe učinilo izuzetno teško ostvarivom.²⁶

3.1. *Plaumannov test*

Tumačenje kriterija osobne pogođenosti (*individual concern*) na način da sporni akt osobu pogađa zbog određenih osobina koje su samo njima svojstvene ili zbog okolnosti koje ih razlikuju od svih drugih osoba usvojeno u predmetu *Plaumann*,²⁷ tzv. *Plaumannov test*,²⁸ kritiziralo se iz praktičnih i konceptualnih razloga.²⁹

Prvenstveno, ekonomski je nerealan jer tvrtke na tržištu stalno daju ponudu sukladno povećanju potražnje. Stoga su Craig i De Burca iznosili da je argument, da aktivnost uvoza klementina, o čemu je riječ u predmetu *Plaumann*, može poduzeti bilo koja osoba pa da zbog toga podnositelj nije pojedinačno zainteresiran i da je neuvjerljiv.³⁰ Prema tome, podnositelji zahtjeva najvjerojatnije nikada ne bi uspjeli,

22 Case T-18/10, *Inuit*, 6 September 2011, § 34.

23 Case T-329/08, *AJD Tuna*, 14 February 2012, § 26 ff.

24 Case C-106 & 107/63, *Toepfer v. Commission*, 25 June 1964.; također v. i odluku u nedavnom predmetu C-132/12 P, *Stichting Woonpunt*, 27 February 2014, § 68.

25 Case C-25/62, *Plaumann*, 15 July 1963, § 107.

26 Eville Brown, L. N., Kennedy, T., *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell, 2000., str. 146.

27 Case C-25/62, *Plaumann*, 15 July 1963.

28 ...affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually... (Case C-25/62, *Plaumann*, 15 July 1963, § 107.).

29 Craig, De Burca, *op. cit.* u bilj. 2., str. 489.

30 *Ibid.*

osim u vrlo ograničenoj kategoriji retrospektivnih slučajeva, jer se uvijek može tvrditi da su i drugi mogli biti u nekom trenutku pogođeni, odnosno zainteresirani. Štoviše, podnositelju zahtjeva u predmetu Plaumann nije bilo dopušteno podnošenje tužbe jer je pripadao otvorenoj kategoriji podnositelja zahtjeva, pa se stoga smatralo da nije bio pojedinačno zainteresiran.³¹ Ovaj je argument podložan kritici u praktičnom smislu – jer isključuje podnositelje, čak i kada je veoma ograničen broj osoba pogođen. U konceptualnom smislu – ako neku kategoriju smatramo otvorenom samo zato jer bi se teoretski i drugi u nju mogli uključiti, tada svaka odluka s utjecajem u budućnosti neće moći biti osporavana jer će se ta kategorija smatrati otvorenom.³²

Zbog navedenih se razloga Plaumannov test u doktrini često proglašavao kontraverznom i dok su ga neki percipirali kao pretjerano restriktivnim,³³ neki su ga ipak smatrali neminovnim.³⁴ Neki su autori tvrdili i da ovaj test pretjerano ograničava podnositelja zahtjeva u postizanju pravde i time otvara pitanje ostvarenja učinkovite zaštite temeljnih prava.³⁵

Plaumannov test nastavio se primjenjivati u kasnijim slučajevima unatoč svojoj restriktivnosti koju je bilo vrlo teško zadovoljiti. Sud je od podnositelja zahtijevao da pripadaju zatvorenoj kategoriji, čija je pripadnost ustanovljena i fiksirana na dan donošenja pobijane mjere.³⁶ Tako se, primjerice u predmetu *Toepfer v. Commission*³⁷ za podnositelja zahtjeva, uvoznika žitarica, smatralo da je osobno pogođen jer se pobijana odluka odnosi samo na one uvoznike koji su se prijavili za uvozne dozvole na određeni dan.³⁸

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 Birkinshaw, P., *A Constitution for the European Union ? - A letter from Home*, European Public Law, 2004., vol. 10., no. 1., str. 82.

34 Schwarze, J., *The Legal Protection of the Individual against Regulations in European Union Law*. European Public Law, 2004., vol. 10., no. 2., str. 297.

35 Birkinshaw, *op. cit.* u bilj. 33., str. 82.

36 Shaw, J., *Law of the European Union*, Palgrave Law Masters, 2000., str. 508.

37 Cases 106-107/63 *Toepfer v. Commission* [1965] ECR 405.

38 Slično i u predmetu *Bock v. Commission*, Sud smatra da je podnositelj osobno pogođen (*A decision is of individual concern to a person when the factual situation created by the decision differentiates him from all other persons and distinguishes him individually just as in the case of the person addressed. A trader is therefore individually concerned by a decision authorizing a Member State to reject the application for an import license made by the said trader prior to the adoption of the decision if the State makes use of that authorization (Case 62/70 [1971] ECR 897.)*). Međutim, u predmetu *Spijker Kwasten v. Commission* zaključuje da nema osobne pogođenosti (*A decision addressed to certain Member States with the purpose of authorizing them not to apply community treatment for a fixed period to imports of products originating in a non – member country and in free circulation in the other Member States is not of individual concern to the only importer of the products in question established in the member states to which the decision is addressed since it concerns the importer merely by virtue of his objective status as an importer in the same manner as any other trader who is, or might be in the future, in the same situation (Case 231/82 [1983] ECR 2559)*).

3.2. Razvoj ideje o potrebi za fleksibilnijim pristupom sudu

Potreba za fleksibilnijim pristupom, posebno kod tumačenja kriterija osobnog interesa bila je izražena u mišljenju *Advocate General* Jacobsa iznesenom u predmetu *UPA*.³⁹ Jacobs je u tom predmetu istaknuo da načelo učinkovite sudske zaštite zahtijeva da podnositelji zahtjeva imaju pristup sudu koji će ih moći zaštititi od učinaka nezakonitih mjera. Uzimajući u obzir činjenicu da privatnim osobama osporavanje akata koji ne zahtijevaju provedbene mjere može biti teško ili čak nemoguće i činjenicu da postupak pred nacionalnim sudovima, čak i uz provođenje postupka prethodnog odlučivanja,⁴⁰ ukazuje na ozbiljne nedostatke u odnosu na ovaj postupak pred ES-om, došao je do zaključka da uspostavljena praksa o *locus standi* pojedinačnih podnositelja zahtjeva nije u skladu s načelom učinkovite sudske zaštite.⁴¹

Do sličnih zaključaka došao je i Opći sud u odluci u predmetu *Jego-Queré*.⁴² Ipak, tu je presudu ES ukinuo⁴³ i time potvrdio tradicionalno tumačenje odredbi Ugovora. Ipak, u predmetu *UPA* poziva države članice na izmjenu članka 230. UEZ-a ako žele proširiti privatnim podnositeljima pristup pravdi.⁴⁴

Pitanjem prava na pristup sudu bavila se i radna skupina u sklopu Konvencije o budućnosti Europe pri čemu su se razmatrale tri opcije reforme postojećeg sustava.⁴⁵ Prva je opcija bila uvođenje novoga pravnog sredstva, izravne tužbe ES-u u slučajevima kada podnositelj zahtjeva tvrdi da su mu povrijeđena temeljna prava. Zatim, druga je opcija bila izmjena članka 230. UEZ-a s naglaskom na problem osobne pogođenosti te je zadnja opcija bila, ostavljanje navedenog članka

39 Case C-50/00P, *UPA*, Opinion of AG Jacobs, 21 March 2002, § 59-72 i 82-87.

40 Osnovne odredbe o postupku prethodnog odlučivanja sadržane su u čl. 267. UFEU-a. Sukladno tom članku Sud Europske unije nadležan je odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču: (a) tumačenja Ugovorâ; (b) valjanosti i tumačenja akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije. Ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči. Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu.

41 Case C-50/00P, *UPA*, Opinion of AG Jacobs, 21 March 2002, § 49.

42 Case T-177/01 *Jego-Queré v. Commission*, 3 May 2002, § 41-51.; o tome više v. Hanf, D., 'Facilitating Private Applicants' Access to the European Courts? On the Possible Impact of the CFI's Ruling in *Jégo – Quéré*', GLJ, vol. 3., no. 7., 2002.

43 Case C-50/00P, *UPA*, 25 July 2002, § 42-45.; o tome više v. Usher, *op. cit.* u bilj. 10., str. 575 - 600.; Cortés, Manuel, *op. cit.* u bilj. 4., str. 233 - 261.

44 *While it is, admittedly, possible to envisage a system of judicial review of the legality of Community measures of general application different from that established by the founding Treaty and never amended as to its principles, it is for the Member States, if necessary, in accordance with Article 48 EU, to reform the system currently in force* (Case C-50/00P, *UPA*, 25 July 2002, § 45).

45 European Convention. Modalities and consequences of incorporation into the Treaties of the Charter of Fundamental Rights and accession of the Community/Union to the ECHR. Document CONV 116/02.

nepromijenjenim. Budući da se prva mogućnost pokazala teško izvedivom, kao i moguće pristupanje Unije Europskoj konvenciji, koja će učinkovito osigurati postojanje sličnog pravnog sredstva, ona nije izabrana. Niti treća opcija, iz očitih razloga, nije izabrana, pa je stoga rasprava bila usredotočena na drugu opciju.⁴⁶

Ostvarivanju navedenoga države članice su se približile potpisivanjem Ustavnog ugovora 29. listopada 2004. godine temeljem kojeg su privatni pojedinci trebali imati olakšani pristup Sudu Europske unije. Ustav Europske unije nije, međutim, nikada stupio na snagu, ali se novi tekst odredbe o *locus standi* pojedinaca ponovno pojavio u članku 263. stavku 4. UFEU-a izmijenjenog Lisabonskim ugovorom. Novi je tekst, zbog određenih nejasnoća, vrlo brzo privukao pozornost doktrine, ali i samog ES-a, pri čemu su se istaknula dva problema, prvi, značenje pojma *regulatornog akta* te drugi, značenje izraza akta koji *ne podrazumijeva provedbene mjere*, a o čemu više *infra*.

4. PRISTUP PRIVATNIH PODNOSITELJA SUDU EUROPSKE UNIJE NAKON LISABONSKOG UGOVORA

U ovom će se dijelu rada, s obzirom na izmjene vezano na uvjete dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje, analizirati je li Lisabonski ugovor poboljšao europski sustav sudske zaštite.

Lisabonski ugovor, kao što je rečeno, odredbom članka 263. stavka 4. UFEU-a modificira uvjete pod kojima fizička ili pravna osoba može pokrenuti postupke protiv akta upućenog toj osobi ili koji se izravno i osobno odnosi na nju te protiv regulatornog akta koji se izravno odnosi na nju, a ne podrazumijeva provedbene mjere. Ispitivanjem ove odredbe jasnim se pokazuje da se temeljna politika koja se odnosi na sustav sudske zaštite nije promijenila. Pojedinci koji žele osporavati akte koji nisu njima upućeni i dalje moraju dokazati da ih se osobno i izravno tiče (*individual and direct concern*).⁴⁷

Dakle, njihov jedini put za osporavanje akata Europske unije često će i dalje biti samo postupak prethodnog odlučivanja. Ublažena pravila o pravu na pristup sudu primjenjivat će se samo na situacije u kojima su ispunjena dva uvjeta. Prvi je uvjet da je akt koji se osporava regulatoran te drugi, da taj akt ne podrazumijeva provođenje provedbenih mjera.

Prvo pitanje s kojim se ES suočio vezano uz tumačenje novog teksta članka 263. stavka 4. UFEU-a značenje je pojma *regulatornog akta*, s obzirom na to da Lisabonskim ugovorom isti nije definiran.⁴⁸ Slijedeći Mišljenje *Advocate General*

46 Blahušiak, I., *Access of citizens to the court of justice: the role of regulatory acts*, Dny práva – 2010 – Days of Law, 1. ed. Brno: Masaryk University, 2010., str. 7., dostupno na: <http://www.law.muni.cz/content/cs/proceedings/>, pristupljeno: 8. siječnja 2015.

47 Lewis, *op. cit.* u bilj. 4., str. 1532.

48 Koch, C., *Locus standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals' rights to an effective remedy*, European Law Review, vol. 30. no. 4., 2005., str. 520.

Kokott⁴⁹ u listopadu 2013. godine ES je potvrdio zaključak Općeg suda u odluci *Inuit*⁵⁰ gdje se navodi da je *regulatorni akt* akt opće primjene usvojen u postupku različitom od zakonodavnog postupka definiranog člankom 289.⁵¹ UFEU-a.⁵² Stoga se može zaključiti da su pojmom *regulatorni akt* obuhvaćeni svi nezakonodavni akti opće primjene.⁵³

Iako niti jedna od tih dviju vrsta akata, regulatornih i (ne)zakonodavnih, nije izričito opisana u članku 288. UFEU-a,⁵⁴ obje vrste imaju određena značenja utemeljena na tekstu Ugovora i prakse ES-a. Članak 288. UFEU-a propisuje da propisi imaju opću primjenu, a sudska praksa nam govori da taj izraz znači da pravni učinci takvih akata nisu usmjereni na neku pojedinačno određenu osobu.⁵⁵ Istodobno, članak 289. UFEU-a izraz zakonski akt definira na način da se odnosi na akte koje su zajedno donijeli Europski parlament i Vijeće ili putem nekog od drugih vrsta postupaka. Ovo je izuzimanje zakonodavnih akata naišlo na otpor doktrine⁵⁶ unatoč nastojanjima *Advocate General* Kokott da opravda stajalište navođenjem da je ionako manji broj akata zakonodavne naravi.⁵⁷

Vezano uz izraz *provedbenih mjera* u nekoliko je nedavnih presuda⁵⁸ Općeg

49 Case C-583/11 P, *Inuit* - AG Kokott Opinion, 17 January 2013, § 30-61.

50 Case T-18/10, *Inuit*, 6 September 2011, § 56.

51 1. U skladu s redovnim zakonodavnim postupkom, Europski parlament i Vijeće zajedno donose uredbe, direktive ili odluke na prijedlog Komisije. Taj je postupak utvrđen u članku 294.

2. U posebnim slučajevima predviđenima Ugovorima, Europski parlament uz sudjelovanje Vijeća ili Vijeće uz sudjelovanje Europskog parlamenta u skladu s posebnim zakonodavnim postupkom donosi uredbe, direktive ili odluke.

3. Pravni akti doneseni zakonodavnim postupkom su zakonodavni akti.

4. U posebnim slučajevima predviđenima Ugovorima, zakonodavni se akti mogu donositi na inicijativu skupine država članica ili Europskog parlamenta, na preporuku Europske središnje banke ili na zahtjev Suda ili Europske investicijske banke (članak 289. UFEU).

52 Case C-583/11 P, *Inuit*, 3 October 2013, § 61.

53 O podrijetlu ovog termina v. više u: Griller, S., Ziller, J., *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer-Verlag, 2008., str. 77; Brown, C., Morijn, J., *Comment on Jégo-Quéré*, *Common Market Law Review*, vol. 41., no. 6., 2004., str. 1655; Barents, R. *The Court of Justice in the draft Constitution*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11., no. 2., 2004., str. 132 - 134.

54 Radi izvršavanja nadležnosti Unije, institucije donose uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja. Uredba ima opću primjenu. Obvezujuća je u cijelosti i neposredno se primjenjuje u svim državama članicama. Direktiva je obvezujuća, u pogledu rezultata koji je potrebno postići, za svaku državu članicu kojoj je upućena. Odabir oblika i metoda postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima. Odluka je u cijelosti obvezujuća. Odluka u kojoj je određeno kome je upućena, obvezujuća je samo za njih. Preporuke i mišljenja nemaju obvezujuću snagu (čl. 288. UFEU).

55 Arnall, A., *Private Applicants and the Action for Annulment under Article 173 of the EC Treaty*, *Common Mkt. L. Rev.*, vol. 32., 1995., str. 21.

56 Albers-Llorens, A., *Remedies Against the EU Institutions After Lisbon: An Era of Opportunity?*, *Cambridge L. J.*, vol. 71., 2012., str. 517.

57 Case C-583/11 P, *Inuit* - AG Kokott Opinion, 17 January 2013, § 50.

58 Case T-279/11, *T&L Sugars*, 6 June 2013, § 37; case C-274/12 P, *Telefonica*, 19 December 2013, § 27; case C-132/12 P, *Stichting Woonpunt*, 27 February 2014, § 50.

suda i ES-a prihvaćena njegovo široko tumačenje uključujući svaku mjeru, neovisno o njezinom sadržaju, kojom se na europskoj ili nacionalnoj razini stvara učinak.⁵⁹

S obzirom na regulatorne akte koji ne podrazumijevaju provedbene mjere država članica, odredbom članka 263. stavka 4. UFEU-a ublažene su pretpostavke za podnošenje tužbe pojedinaca. U ovoj situaciji, pojedinac je dužan dokazati samo da ga se akt tiče izravno, a ne i osobno.

Ta se odredba stoga ne odnosi na sljedeće dvije situacije.

Prva, ako pojedinac želi osporiti neregulirani akt, koji ne zahtijeva provedbene mjere, i dalje mora, kako bi ostvario pristup sudu, dokazati da ga se taj akt izravno i osobno tiče. Ako pojedinac ne bude mogao dokazati da ga se taj akt osobno tiče, tada će u potpunosti ostati bez pravnog sredstva jer tada neće biti na raspolaganju niti nacionalne provedbene mjere koje bi mogao osporavati. Kao rezultat toga, niti neizravni način osporavanja europskog akta kroz postupak prethodnog odlučivanja za pojedinca ne bi bio otvoren.⁶⁰

Druga se situacija odnosi na osporavanje regulatornog ili neregulatornog akta koji zahtijevaju provedbene mjere, kada će pojedinac trebati, kao i u prethodno opisanoj situaciji, dokazati da ga se taj akt izravno i osobno tiče. Ako pojedinac te uvjete ne može ispuniti, i dalje će mu biti otvoren put sudske zaštite u postupku prethodnog odlučivanja.⁶¹

Ipak, i s obzirom na tu mogućnost treba uzeti u obzir mišljenje *Advocate General* Jacobsa izneseno u *UPA* predmetu.⁶² Naime, kako on ističe, u okviru postupka prethodnog odlučivanja pojedinac nema utjecaj na obraćanje nacionalnog suda ES-u, na pitanje radi kojih se mjera nacionalni sud uopće obraća te temeljem kojih osnova.⁶³ Nacionalni sudovi (uz izuzetak sudova posljednje instance), najčešće nisu dužni obratiti se ES-u.⁶⁴ Osim toga, kada je pitanje i upućeno sud ga i formulira

59 U doktrini se iznosi kritika takva širokog tumačenja. O tome detaljnije v. Peers, S., Costa, M., *Judicial Review of EU Acts after the Treaty of Lisbon*, EU Const., vol. 8., 2012., str. 95 - 99; Gormley, L., *Access to justice: rays of sunshine on judicial review or morning clouds on the horizon?*, Fordham Int'l L. J., vol. 36., 2013., str. 1186-1187.

60 Usher, *op. cit.* u bilj. 10., str. 599; Dougan, M., *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, Common Market Law Review, vol. 45., no. 5., 2008., str. 677.

61 Koch, *op. cit.* u bilj. 48., str. 519.

62 Opinion of Advocate General Jacobs in case C-50/00 *Union de Pequenos Agricultores* [2002] ECR I-6677, delivered on 21 March 2002.

63 *Cf. ibid.*, § 102.

64 Ako se pojavi pitanje tumačenja osnivačkih ugovora primarnog prava Unije, tumačenja sekundarnog prava, dakle pravnih akata institucija, tijela i agencija Unije ili tumačenja nekog međunarodnog sporazuma kojeg je Unija stranka, kao i drugih akata donesenih na temelju takva međunarodnog sporazuma, osim ako se pitanje odnosi na vanjsku i sigurnosnu politiku, pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od ES-a donošenje odluke u postupku prethodnog odlučivanja. Ako se, međutim, takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, u tom slučaju taj sud pitanje mora uputiti ES-u. Dakle, nacionalni sudovi nižih instanci ovlašteni su postavljati takva pitanja, dok su sudovi posljednje instance to dužni učiniti. Više o

s posljedicom da su zahtjevi pojedinca tada redefinirani ili da se upućeno pitanje odnosi samo na određeni ograničeni raspon mjera osporavanih pred nacionalnim sudom.⁶⁵ Kao rezultat, pojedinac je uvelike ovisan o nacionalnom sudu, pa se postupak prethodnog odlučivanja ne može smatrati njegovim apsolutnim jamstvom učinkovitog pravnog sredstva.⁶⁶

Iz ovoga se može zaključiti da niti izmjene učinjene Lisabonskim ugovorom neće otkloniti nedostatke u sustavu sudske zaštite na razini Unije. Lisabonski ugovor samo s obzirom na regulatorne akte koji ne podrazumijevaju provedbene mjere ublažava pretpostavke za podnošenje tužbe pa će u ovoj situaciji, pojedinac biti dužan dokazati samo da ga se akt tiče izravno, a ne i osobno. Podnositelj, poput Jégo-Quéréa, prema novim režimu stoga ne bi trebao dokazivati osobni interes, budući da osporava regulatoran akt koji ne povlači sa sobom provedbene mjere, nego samo izravni interes. U ostalim kombinacijama, međutim, pojedinac će i dalje morati dokazati da ga se taj akt izravno i osobno tiče.

5. USKLAĐENOST ODREDBE ČLANKA 263. STAVKA 4. UFEU-a S MEĐUNARODNIM OBVEZAMA U SVEZI SA ZAŠTITOM PRAVA OKOLIŠA

Posebne odredbe o pristupu sudskoj kontroli akata institucija Zajednice o zaštiti prava okoliša prije donošenja Aarhuške konvencije, a u svezi s njom i Uredbom 1367/2006 o primjena odredaba Aarhuške konvencije na institucije i tijela Unije⁶⁷ (dalje: Aarhuška uredba) nisu postojale. U vrijeme donošenja Aarhuške konvencije na snazi su bile odredbe članka 230. UEZ-a te je mogućnost takvih pravnih koraka bila njima regulirana. Nakon donošenja te Konvencije, a uskoro i temeljem izmjena koje je donio Lisabonski ugovor pojavila se nada da bi se mogućnosti privatnih podnositelja, a osobito nevladinih organizacija, ostvarivanja prava na pristup ES-u mogle poboljšati.

postupku prethodnog odlučivanja, v. Šago, D., *Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36., br. 1., 2015., str. 381 – 408.

65 Opinion of Advocate General Jacobs in case C-50/00 *Union de Pequeños Agricultores* [2002] ECR I-6677, delivered on 21 March 2002., § 42.

66 Koch, *op. cit.* u bilj. 48., str. 515.; Heffernan, L., *Effective Judicial Remedies: The Limits of Direct and Indirect Access to the European Community Courts*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5., no. 2., 2006., str. 288 - 289.

67 Council Regulation (EC) No 1367/2006 of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies [2006] OJ L 264/13.

5.1. Zaštita prava okoliša prije donošenja Aarhuške konvencije

Postupak ocjenjivanja akata koje su donijele institucije i tijela Zajednice sukladno članku 230. UEZ-a mogle su pokrenuti dvije skupine podnositelja zahtjeva. Prvu su skupinu činili, tzv. povlašteni podnositelji, a to su države članice, Europski parlament, Vijeće i Komisija koji su tužbu mogli podnijeti bez ograničenja, uz jedini uvjet da zahtjev podnesu u roku od dva mjeseca od objavljivanja osporavanog akta. Ostali podnositelji, fizičke i pravne osobe, činili su drugu skupinu, tzv. nepovlaštenih podnositelja, koji su za podnošenje zahtjeva imali puno više ograničenja. Naime, ti su podnositelji, sukladno članku 230. stavku 4. UEZ-a, o čemu je bilo više govora *supra*, takav zahtjev mogli podnijeti samo ako ih je akt u pitanju upućen toj osobi ili ako nije njoj upućen, ali se izravno i osobno odnosi na nju.

Kao i u drugim predmetima, i u predmetima zaštite okoliša tumačenje kriterija osobne pogodnosti predstavljalo je glavno ograničenje prava pristupa privatnih podnositelja sudskoj kontroli akata. Predmet *Greenpeace v. Commission*⁶⁸ vjerojatno je najpoznatiji primjer toga.

U tom je predmetu nevladina organizacija za zaštitu okoliša *Greenpeace* tražila poništenje odluku Komisije o osiguranju sredstava za izgradnju elektrane na Kanarskim otocima. Podnositelji nevladine organizacije tvrdili su da bi se njihovi posebni interesi o zaštiti okoliša trebali smatrati dovoljnima za zadovoljenje pretpostavki za podnošenje zahtjeva. ES je, međutim, kategorički odbio tu argumentaciju, a nije ni potvrdio da su interesi podnositelja javnoga karaktera (za razliku od privatnih gospodarskih interesa za koje je osmišljen Plaumannov test). Umjesto toga, on naveo je da su javni interesi, kao što je zaštita okoliša, po definiciji difuzni, pa stoga nevladine organizacije⁶⁹ ne mogu ispuniti pretpostavku jedinstvenog položaja prema osporavanom aktu.⁷⁰ Slično kao u ovoj odluci, ES je odlučio u nizu drugih predmeta vezanih uz zaštitu prava okoliša.⁷¹

68 Case T-585/93 *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v. Commission* [1995] ECR II-2205. Appealed to and upheld by the European Court of Justice; see *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v. Commission*, Case C-321/95, [1998] ECR I-1651.

69 Pravo podnošenja zahtjeva ES nije priznao niti lokalnom stanovništvu zbog neispunjavanja kriterija da se moguće štete u vezi sa zdravstvenim i ekološkim uvjetima samo njih osobno tiču (*The applicants are 16 private individuals who rely either on their objective status as "local resident", "fisherman" or "farmer" or on their position as persons concerned by the consequences which the building of two power stations might have on local tourism, on the health of Canary Island residents and on the environment. They do not, therefore, rely on any attribute substantially distinct from those of all the people who live or pursue an activity in the areas concerned and so for them the contested decision, in so far as it grants financial assistance for the construction of two power stations on Gran Canaria and Tenerife, is a measure whose effects are likely to impinge on, objectively, generally and in the abstract, various categories of person and in fact any person residing or staying temporarily in the areas concerned* (Case T-585/93 *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v. Commission* [1995] ECR II-2205., § 54.)).

70 Case T-585/93 *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) v. Commission* [1995] ECR II-2205., § 51.

71 V. primjerice Case T-236/04 *EEB and Stichting Natuur en Milieu v. Commission*, [2005].

5.2. Situacija nakon donošenja Aarhuške konvencije

Europska unija ugovorna je stranka brojnih međunarodnih sporazuma iz kojih proizlaze obveze prema drugim državama i međunarodnim organizacijama. U nastavku će se analizirati kompatibilnost restriktivnog tumačenja ES-a o pretpostavkama dopuštenosti podnošenja tužbe s obvezama što proizlaze iz Aarhuške konvencije.

Aarhuška konvencija⁷² višestranački je međunarodni sporazum o državnoj odgovornosti i transparentnosti po pitanjima zaštite okoliša usvojen 1998. godine u Aarhusu u Danskoj, a na snagu je stupio 2001. godine. Niz država, među kojima i gotovo sve države članice Europske unije, stranke su tog sporazuma, a u svibnju 2005. godine njegovom je strankom postala i Europska unija.⁷³

Aarhuška je konvencija strukturirana u tri stupa, a to su pristup informacijama o okolišu, sudjelovanje javnosti i pravo na pristup pravosuđu u pitanjima okoliša.⁷⁴ Aarhuškom se konvencijom po pitanju okoliša zahtijeva priznanje brojnih procesnih prava za fizičke i pravne osobe, odnosno, najčešće, nevladine organizacije.⁷⁵

Kako bi se preispitalo pridržavanje odredbi ove Konvencije, sukladno članku 15., stranke su dužne uspostaviti fakultativna rješenja, nesuprotstavljene, izvansudske i savjetodavne naravi. U skladu s ovom obvezom, stranke su izabrale odbor (*Compliance Committee*), koji mogu sazvati i pripadnici javnosti.⁷⁶

S obzirom na svrhu ovoga rada, posebnu pozornost privlači članak 9. Aarhuške konvencije, sukladno kojem je svaka stranka u okviru svojeg domaćeg zakonodavstva dužna osigurati da osoba koja smatra kako su njezina prava zajamčena tom Konvencijom povrijeđena (ako je njezin zahtjev za informacijom zanemaren, nepravilno odbijen, bilo djelomično ili u cijelosti, ako je na njega odgovoreno na neodgovarajući način ili ako se njime nije postupalo sukladno odredbama) ima pristup postupku ocjene pred sudom ili nekim drugim neovisnim i nepristranim zakonski utemeljenim tijelom.

U svezi sa spomenutim člankom, u prigovoru podnesenom 2008. godine Odboru (*Compliance Committee*) iznosi se kako je Europska unija povrijedila tu svoju obvezu primjenom pretpostavke dopuštenosti podnošenja tužbe u vidu osobnog interesa (*individual concern*) za privatne podnositelje i nevladine organizacije koji su osporavali odluke institucija Europske unije.⁷⁷ Odbor stoga u

72 Više o Konvenciji v. Rodenhoff, V., *The Aarhus Convention and its Implications for the 'Institutions' of the European Community*, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 11., 2002., str. 343 - 357.

73 *The Aarhus Convention: An implementation Guide* (second edition), dostupno na: http://www.unece.org/env/pp/implementation_guide.html, pristupljeno: 5. studenog 2015.

74 *Ibid.*

75 Wates, J., *The Aarhus Convention: A Driving Force for Environmental Democracy*, *Journal of European Environmental Planning Law*, vol. 2, no. 1., 2005., str. 2 - 11.

76 *Compliance Committee*, dostupno na: <http://www.unece.org/env/pp/ccbackground.html>, pristupljeno: 5. studenog 2015.

77 *Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 concerning compliance by the European Union*, dostupno na: <http://>

izvješću donesenom 2011. godine iznosi da su pretpostavke utvrđene člankom 230. UEZ-a, onakve kako ih je ES tumačio, bile isuviše ograničavajuće za fizičke i pravne osobe koje su osporavale akte pred tim sudom.⁷⁸ Osim toga, niti postupak prethodnog odlučivanja, prema mišljenju Odbora, također ne može kompenzirati zahtjeve za pristup pravdi kako je to utvrđeno člankom 9. Aarhuške konvencije.⁷⁹ Odbor je stoga, temeljem navedenih argumenata, zaključio da Europska unija ne postupa u skladu s odredbama iz članka 9. Aarhuške konvencije jer ne osigurava pristup pravdi niti adekvatno i učinkovito pravno sredstvo.⁸⁰

Stupanje Lisabonskog ugovora na snagu i time i izmjena pretpostavki dopuštenosti za podnošenje tužbe za poništenje ipak je u konačnici odvratio Odbor od donošenja odluke o ne postupanju u skladu s Konvencijom. Ipak, Odbor u izvješću naglašava ukoliko se sudska praksa ES-a nastavi u istom smjeru, Europska unija neće biti u skladu s odredbama iz članka 9. Aarhuške konvencije.⁸¹ Zbog toga, radi osiguranja usklađenosti s Konvencijom, Odbor potiče drukčije tumačenje pretpostavki dopuštenosti za podnošenje tužbe za poništenje.⁸²

Nakon stupanja Lisabonskog ugovora na snagu i dalje ostaje otvorenim pitanje usklađenosti članka 263. stavka 4. UFEU-a sa zahtjevima iz Aarhuške konvencije te posljedica u slučaju da nije. Široka interpretacija provedbenih mjera,⁸³ poput one dane u nedavnim predmetima *Telefonica*⁸⁴ ili *Stichting Woonpunt*,⁸⁵ vjerojatno će, međutim, potvrditi dvojbe iznesene pred Odborom (*Compliance Committee*).

Stoga se postavlja pitanje hoće li sudovi Unije biti obvezni tumačiti odredbe Ugovora na način koji će Uniji omogućiti ispoštovati svoje međunarodne obveze.

www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/CC-32/ece.mp.pp.c.1.2011.4.add.1_as_submitted.pdf, pristupljeno: 10. studenog 2015.

78 *Ibid.*, § 86.

79 *Preliminary rulings by the ECJ could not have been "considered as a basis for generally denying members of the public access to the EU Courts to challenge decisions, acts and omissions by EU institutions and bodies"* (Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 concerning compliance by the European Union, § 81., 90.).

80 *Cf. ibid.*, § 87., 92.

81 *Cf. ibid.*, § 94.

82 *Cf. ibid.*, § 97.

83 Tako ES u predmetu *Telefonica* ističe da pojam „regulatornih akata koji ne podrazumijevaju provedbene mjere“ u smislu zadnje rečenice članka 263. stavka 4. UFEU-a valja tumačiti s obzirom na cilj te odredbe koji teži, kao što to proizlazi iz pozadine njezinog nastanka, a to je da se izbjegne da pojedinac bude prisiljen prekršiti pravo kako bi mogao ostvariti pristup sudu. Kada regulatorni akt proizvodi izravne učinke na pravni položaj fizičke ili pravne osobe, a da ne zahtijeva provedbene mjere, ta bi se osoba mogla naći u situaciji da ostane lišena učinkovite sudske zaštite ako ne bi raspolagala izravnim pravnim sredstvom radi osporavanja zakonitosti tog regulatornog akta pred Sudom Unije. Doista, bez postojanja provedbenih mjera fizička ili pravna osoba, iako se akt u pitanju izravno odnosi na nju, mogla bi ostvariti sudski nadzor tog akta jedino na način da se, nakon što prekrši odredbe navedenog akta, pozove na njihovu nezakonitost u okviru postupaka pred nacionalnim sudovima na čije je pokretanje ovlaštena (Case C-274/12 P, *Telefonica*, 19 December 2013, § 27.).

84 Case C-274/12 P, *Telefonica*, 19 December 2013, § 27.

85 Case C-132/12 P, *Stichting Woonpunt*, 27 February 2014, § 50.

Sukladno članku 216. stavku 2. UFEU-a sporazumi koje sklapa EU obvezujuju su za institucije Unije i za njezine države članice. Iz tumačenja navedene odredbe proizlazi da će i ES, kao institucija Unije, bit obvezan usvojiti tumačenje prava EU-a na način koji će omogućiti njezino ispunjavanje međunarodnih obveza.⁸⁶

Iz prakse ES-a se tako u nekim predmetima može iščitati spremnost na mogućnost tumačenja primarnog prava EU-a u svjetlu međunarodnih obveza, pa je tako primjerice Ugovor tumačen u skladu s ILO Konvencijom.⁸⁷ Određena praksa navodi i na suprotan zaključak pa je tako tumačeno da je primarno pravo Unije, za razliku od sekundarnog,⁸⁸ autonomni pravni sustav koji se ne može narušiti međunarodnim sporazumom.⁸⁹

Radi osiguranja poštovanja odredbi Konvencije, Europski parlament i Vijeće donijeli su Aarhušku uredbu. Aarhuškom se uredbom u članku 10. kreirao interni postupak za preispitivanje upravnih akata.⁹⁰ Problem tumačenja se pojavio zbog toga što se u navedenoj Uredbi upravni akt definira kao svaka pojedinačna mjera u okviru prava zaštite okoliša koju je poduzela institucija ili tijelo Zajednice i koja je pravno obvezujuća i ima vanjske učinke (članak 2. stavak 1. (g) Aarhuške uredbe).

Vezano uz sporno tumačenje prava nevladinih organizacija na pristup sudu po pitanjima okoliša, svojim je odlukama u predmetima *Stichting Natuur en Milieu*⁹¹ i *Vereniging Milieudéfensie*⁹² Opći sud poništio odluke Europske komisije u kojima

86 Pallemarts, M., *Access to Environmental Justice at EU Level: has the "Aarhus Regulation" improved the Situation?*, u: Allemaerts, M. P., *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2011., str. 271 - 312.

87 Case C-43/75, *Defrenne*, 8 April 1976, § 56/58.

88 Case C-61/94 *Commission v. Germany*, 10 September 1996 § 52.

89 Joined cases C-402 and 415/05 P, *Kadi and Al Barakaat v. Council*, 3 September 2008, § 316.

90 Članak 10. te uredbe glasi: Svaka nevladina organizacija koja ispunjava kriterije iz članka 11. ima pravo podnijeti zahtjev za interno preispitivanje instituciji ili tijelu Zajednice koje je donijelo upravni akt u okviru prava zaštite okoliša odnosno, u slučaju navodnog upravnog propusta, koje je trebalo donijeti takav akt.

Zahtjev se podnosi u pisanom obliku u roku od šest tjedana od donošenja, notifikacije ili objave upravnog akta, ovisno o tome što je najkasnije, odnosno u slučaju navodnog upravnog propusta, u roku od šest tjedana od dana kada je upravni akt trebao biti donesen. U zahtjevu se navode razlozi za preispitivanje.

Institucija odnosno tijelo Zajednice iz stavka 1. razmatraju svaki zahtjev, osim ako je očito da je zahtjev neosnovan. Institucija odnosno tijelo Zajednice u najkraćem mogućem roku odgovara na zahtjev pisanim obrazloženjem, a najkasnije u roku od 12 tjedana od primitka zahtjeva.

Ako institucije i tijela Zajednice unatoč dužnoj pažnji nisu u mogućnosti postupiti u skladu sa stavkom 2., oni u najkraćem mogućem roku, a najkasnije u roku navedenom u tom stavku, obavješćuju nevladinu organizaciju koja je podnijela zahtjev o razlozima nepostupanja i navode kada to namjeravaju učiniti. Institucija odnosno tijelo Zajednice u svakom slučaju djeluju u roku od 18 tjedana od primitka zahtjeva.

91 Case T-396/09 *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v Commission* (CFI, 14 June 2012).

92 Case T-338/08 *Vereniging Milieudéfensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v Commission* (CFI, 14 June 2012).

se na Aarhušku uredbu primijenio restriktivan pristup. Opći sud je prihvatio tužbeni razlog, a koji se temeljio na nezakonitosti odredbe članka 10. stavka 1. Aarhuške uredbe zbog njezine neusklađenosti s člankom 9. stavkom 3. Aarhuške konvencije. Sud je te odluke donio pozivajući se na obveze Unije koje proizlaze iz članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije.

U žalbenom je postupku,⁹³ međutim, ES takva stajališta odbacio i time izbjegao sagledavanje Aarhuške uredbe u svjetlu međunarodnih obveza Unije. U svojoj je odluci od 13. siječnja 2015. godine stoga ES potvrdio da iz ustaljene sudske prakse tog Suda proizlazi da se u prilog tužbi za poništenje akta sekundarnog prava Unije ili prigovoru utemeljenom na nezakonitosti takvog akta na odredbe međunarodnog sporazuma kojega je Unija stranka može pozvati samo pod dva uvjeta, da to nije protivno naravi i strukturi tog sporazuma te da su te odredbe sadržajno bezuvjetne i dovoljno precizne.⁹⁴ Pozivajući se na odluku u predmetu *Lesoochranárske zoskupenie*⁹⁵ ES iznosi da članak 9. stavak 3. Aarhuške konvencije ne sadrži nikakvu bezuvjetnu i dovoljno preciznu obvezu koja bi bila takve naravi da izravno uređuje pravni položaj pojedinaca, pa stoga ne ispunjava te uvjete. Budući da su samo pripadnici javnosti koji udovoljavaju mjerilima, ako ih ima, utvrđenima domaćim zakonodavstvom nositelji prava iz toga članka, provedba i učinci te odredbe ovisit će o donošenju naknadnog akta.⁹⁶ Stoga ES zaključuje da je Opći sud, s time što je utvrdio da se pri ocjeni zakonitosti članka 10. stavka 1. Aarhuške uredbe može pozvati na članak 9. stavak 3. Aarhuške konvencije, u svojoj presudi počinio povredu pogrešnog tumačenja prava.⁹⁷

Ovaj bi potvrđeni nedostatak izravnog učinka članka 9. stavka 3. Aarhuške konvencije mogao naići na kritike doktrine pa bi se odluka ES-a mogla označiti kao nazadovanje u zaštiti prava na pristup sudu u pitanjima zaštite okoliša umjesto kretanja unaprijed putem koji je postavila Aarhuška konvencija.⁹⁸

Kao rezultat odluke ES-a, kompatibilnost Aarhuške uredbe s međunarodnim obvezama Unije, najvjerojatnije neće biti predmetom razmatranja pred njezinim institucijama ponovno u skorije vrijeme. To znači da će interni postupak za preispitivanje upravnih akata ostati dostupan samo u kontekstu pojedinačnih akata,

93 Joined cases C-404/12 P and C-405/12 P *Council and Others v Stichting Natuur en Milieu and Milieu and Pesticide Action Network Europe* (CJEU, 13 January 2015); Joined cases C-401/12 P and C-403/12 P *Council and Others v Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht* (CJEU, 13 January 2015).

94 Joined cases C-404/12 P and C-405/12 P *Council and Others v Stichting Natuur en Milieu and Milieu and Pesticide Action Network Europe* (CJEU, 13 January 2015), § 46.

95 Case C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* [2011] ECR I-01255.

96 Joined cases C-404/12 P and C-405/12 P *Council and Others v Stichting Natuur en Milieu and Milieu and Pesticide Action Network Europe* (CJEU, 13 January 2015), § 47.

97 Cf. *ibid.*, § 53.

98 Roger, A. JC, *A Lost Opportunity for Improving Access to Justice in Environmental Matters: The CJEU on the Invocability of the Aarhus Convention (EU Law Analysis, 15 February 2015)*; dostupno na: <http://eulawanalysis.blogspot.hr/2015/02/a-lost-opportunity-for-improving-access.html>, pristupljeno: 23. prosinca 2015.

ostavljajući većinu odluka i mjera u EU-u u području zaštite okoliša izvan opsega Aarhuške uredbe.⁹⁹

6. ZAKLJUČAK

Da bi se učinkovita sudska zaštita mogla ostvariti potrebna je dobrovoljnost i dinamičnost pri omogućavanju pokretanja i sudjelovanja u postupku korisniku tog prava. To će zahtijevati stalnu pažnju pri tumačenju tekstova na način koji će najbolje služiti prepoznavanju ovog načela. U svojoj je sudskoj praksi ES, *inter alia*, potvrdio pravo na pristup sudu, razvoj procesnog prava država članica na način koji osigurava najpotpuniju primjenu prava Unije te čak i stvaranje novih procedura, poput odgovornosti države članice u slučaju povrede tog prava.¹⁰⁰

Neka su tumačenja ES-a, a posebno onih odredbi vezanih uz pretpostavke dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje akata tijela i institucija Zajednice, bila odveć ograničavajuća. Prije izmjena koje je donio Lisabonski ugovor u doktrini su iznesena stajališta da restriktivno tumačenje pretpostavki dopuštenosti podnošenja tužbe za poništenje krši načelo učinkovite sudske zaštite te time čak dovodi i do uskraćivanja pravde.

Cilj je ovog rada bio stoga istražiti razinu uvažavanja prava fizičkih i pravnih osoba na učinkovitu sudska zaštitu, odnosno njihova prava na pristup Sudu Europske unije, u svjetlu članka 263. stavka 4. UFEU-a. Sukladno tom članku, svaka fizička ili pravna osoba može pokrenuti postupke protiv akta koji je upućen toj osobi ili koji se izravno i osobno odnosi na nju te protiv regulatornog akta koji se izravno odnosi na nju, a ne podrazumijeva provedbene mjere. Zbog nedefiniranosti pojmova regulatornog akta i provedbenih mjera, uskoro su se javile dvojbe u svezi s njihovim tumačenjem. Nada da će se pritom prihvatiti fleksibilniji pristup, a posebno u svezi s ispunjavanjem međunarodnih obveza, pokazala se zasada utopijskom.

Tumačenje pojma *regulatornog akta*, koje proizlazi iz već uspostavljene sudske prakse, ograničava mogućnost podnošenja zahtjeva samo u odnosu na nezakonodavne akte opće primjene. Još veća ograničenja proizlaze iz tumačenja pojma *provedbenih mjera*, a prema kojem taj pojam uključuje svaku mjeru, neovisno o njezinom sadržaju, kojom se na europskoj ili nacionalnoj razini stvara učinak.

Iz ovoga se može zaključiti da se niti nakon izmjena učinjenih Lisabonskim ugovorom neće otkloniti nedostaci u sustavu učinkovite sudske zaštite i ostvarenju prava na pristup sudu pojedinaca. Naime, pretpostavke za podnošenje tužbe Lisabonski ugovor ublažava samo s obzirom na regulatorne akte koji ne podrazumijevaju provedbene mjere, pa će u ovoj situaciji, pojedinac biti dužan

99 Schoukens, H., *Access to Justice in Environmental Cases after the Rulings of the Court of Justice of 13 January 2015: Kafka Revisited?*, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31., 2015., str. 62.

100 Cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame*, [1996] ECR I-1029.

dokazati samo da ga se akt tiče izravno, a ne i osobno. U ostalim slučajevima pojedinac će i dalje morati dokazati da ga se taj akt izravno, ali i osobno tiče, a što će u skladu s ustaljenom sudskom praksom i dalje biti temeljem, tzv. Plaumannovog testa.

Rezultat je izmjene dakle, da pravna zaštita pojedinca postaje ovisna o obliku akta u pitanju,¹⁰¹ a što bi se moglo smatrati u suprotnosti sa sudskom praksom europskih sudova prema kojoj je samo sadržaj akta odlučujući za tumačenje zahtjeva izravnog i osobnog interesa.¹⁰² U suprotnosti je i s općim načelom učinkovite sudske zaštite iz članka 47. Povelje o temeljnim pravima Europske unije.

Argument da pojedinca potencijalno proglašavanje zahtjeva nedopuštenim ne lišava sudske zaštite, zbog postojanja mogućnosti obraćanja ES-u putem postupka prethodnog odlučivanja, također nije zadovoljavajući. Postupak prethodnog odlučivanja pokreću nacionalni sudovi te ne postoji jamstvo pojedincima da će se nadležni sud u svezi sa spornim pitanjem obratiti ES-u te, ako se i obrati, hoće li postaviti zahtjev onako kako bi ga zainteresirani pojedinac postavio.¹⁰³

Restriktivno tumačenje pokazalo se otegotnim i za ispunjavanje međunarodnih obveza Unije. Tako iz međunarodnog sporazuma, Aarhuške konvencije, kojeg je i Unija stranka, proizlazi da je svaka stranka u okviru svojeg domaćeg zakonodavstva dužna osigurati da svaka osoba koja smatra kako su njezina prava zajamčena tom Konvencijom povrijeđena ima pristup postupku ocjene pred sudom ili nekim drugim neovisnim i nepristranim zakonski utemeljenim tijelom.

Nakon što je izrijekom ukinuo presude Općeg suda, čini se da je ES oduzeo i preostale nade za značajnim unaprjeđenjem položaja nevladinih organizacija za zaštitu okoliša u bližoj i daljoj budućnosti. Naime, iako je Opći sud u svojim odlukama iznio kako smatra da članak 10. stavak 1. Arhuške uredbe nije u skladu s člankom 9. stavkom 3. Arhuške konvencije budući da postupak internog preispitivanja predviđa samo za upravne akte, a koji se člankom 2. stavkom 1. (g) te uredbe definiraju kao svaka pojedinačna mjera,¹⁰⁴ u konačnici do izravnog djelovanja Aarhuške konvencije ipak nije došlo. U svojoj odluci od 13. siječnja 2015. godine ES iznosi stajalište da Aarhuška konvencija ne ispunjava te uvjete jer ne sadrži nikakvu bezuvjetnu i dovoljno preciznu obvezu koja bi bila takve naravi da izravno uređuje pravni položaj pojedinaca te ukida odluke Općeg suda. Ovim odbijanjem da iskoristi izravno djelovanje Aarhuške konvencije ES je ukinuo i sva očekivanja da će odustati od zastarjelog Plaumannovog pristupa, pa makar samo u slučajevima zaštite okoliša.¹⁰⁵

101 Koch, *op. cit.* u bilj. 48., str. 526.

102 Barents, *op. cit.* u bilj. 53., str. 134.

103 Koch, *op. cit.* u bilj. 48., str. 515.

104 Case T-396/09 *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v Commission* (CFI, 14 June 2012), § 83.

105 Schoukens, *op. cit.* u bilj. 99., str. 68.

Summary

THE RIGHT OF ACCESS TO THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Restrictive approach of the interpretation of assumptions for the approval of filing a claim before Court of Justice of the European Union for annulment when it comes to natural and legal persons before the adoption of the Lisbon Treaty was the subject of a number of doctrinal criticism. The aim of this paper is to analyze the practical impact of the new rules on the admissibility of filing a claim in the light of the interpretative decisions made by the European Court of Justice. Specifically, it will be analyzed whether the private applicants on the basis of the new Article 263, paragraph 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union have easier access to Court of Justice of the European Union in comparison with those before the amendments of the Treaty of Lisbon. Moreover, the compatibility of mentioned article with the international obligations arising from the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters the agreement which is the European Union also a party will be analyzed.

At the end of the paper, author reaches the conclusion that in spite of some progress in the sense of relieving the access to the courts to the physical and legal persons, to these individuals direct access to challenge the illegality of acts of the institutions of the European Union will, however, continue to be available only in limited cases.

Keywords: *Court of Justice of the European Union, access to court, admissibility of the action for annulment.*

Zusammenfassung

BEITRITTSRECHT ZUM EUROPÄISCHEN GERICHTSHOF

Restriktiver Deutungsdenkansatz der Bewilligungsannahme der Bestreitungsklageeinreichung vor dem Europäischen Gerichtshof, wenn natürliche oder juristische Personen in Frage sind, war vor der Abschließung des Vertrags von Lissabon Gegenstand einer Reihe doktrinäre Kritiken. Das Ziel dieser Arbeit ist den praktischen Einfluss neuer Regelungen von der Bewilligung der Klageeinreichung im Licht der Interpretationslösungen vom Europäischen Gerichtshof zu analysieren.

Es wird untersucht, ob die Privatkläger laut dem neuem Artikel 263, Absatz 4 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union einen einfacheren Zugang zu den europäischen Gerichten im Vergleich zu dem vor den Änderungen aus dem Vertrag von Lissabon haben.

Außerdem wird auch die Kompatibilität des angeführten Artikels mit den internationalen Verpflichtungen, die aus der Aarhus-Konvention über Zugang zu Informationen, der Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und dem Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten hervorgehen, analysiert, also einer Abmachung deren Mitglied auch die Europäische Union ist.

Am Ende kommt man zur Schlussfolgerung, dass obwohl bestimmte Fortschritte im Sinne des Gerichtzutritts der Natur- und Rechtspersonen erleichtert wurden, diesen Personen wird jedoch ein Direktzugriff wegen der Ungesetzlichkeitsbestreitung der Behördenakten und der Institutionen der Europäischen Union weiterhin nur in begrenzten Fällen ermöglicht.

Schlusswörter: *Europäisches Gerichtshof, Gerichtszutritt,
Einreichungsbewilligung der Bestreitungsklage.*

Riassunto

IL DIRITTO D'ACCESSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

L'approccio restrittivo nell'interpretazione dei presupposti di ammissibilità per adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per ricorsi di annullamento, quando si tratta di persone fisiche e giuridiche prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona fu oggetto di numerose critiche della dottrina. Lo scopo di questo lavoro è di analizzare l'influenza pratica di nuove regole circa l'ammissibilità per adire la Corte alla luce di soluzioni interpretative offerte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. In concreto, si analizzerà se i ricorrenti privati abbiano, in forza del nuovo articolo 263, comma 4, del Trattato di funzionamento dell'Unione europea, un accesso più semplice alle corti europee in confronto a quello previsto precedentemente alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona. Oltre a ciò, si disamminerà la compatibilità del menzionato articolo con gli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, sulla partecipazione pubblica nel processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale; convenzione di cui è parte anche l'Unione europea.

Nella parte finale del contributo si giunge alla conclusione che, nonostante l'esistenza di un certo progresso nel senso della semplificazione nell'accesso alla corte per le persone fisiche e giuridiche, detti soggetti continueranno ad avere un accesso diretto limitato a casi specifici, quando si tratta di contestare l'illegittimità degli atti degli organi e delle istituzioni dell'Unione europea.

Parole chiave: *Corte di giustizia dell'Unione europea, accesso alla Corte,
ammissibilità della presentazione di ricorso per annullamento.*

/NE/ZAKONITI DOKAZI U KAZNENOM POSTUPKU (POSEBAN OSVRT NA MJERE TAJNOG SNIMANJA TELEFONSKIH RAZGOVORA I TREĆEGA U TIM RADNJAMA)

Dr. sc. Jakob Nakić, znanstveni suradnik,
Zamjenik županijske državne odvjetnice u Rijeci
Marko Rogić, mag.iur., odvjetnik iz Rijeke

UDK: 343.14
Ur.: 13. siječnja 2016.
Pr.: 10. ožujka 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Rad se bavi pitanjima nezakonitih dokaza u okvirima hrvatskoga kaznenog postupka prava dajući kratki pregled temeljnih načela i polazišta definiranih primjenjivim pravnim izvorima, odnosno nacionalnim postupovnim zakonodavstvom, Ustavom RH i Europskom konvencijom. Konkretnije, smisao rada jest analiza valjanosti uporabe (iskoristivosti) sadržaja prikupljenih mjerama tajnog snimanja telefonskih razgovora prema trećima osobama, odnosno osobama prema kojima takve mjere nisu bile inicijalno određene, a sve u smislu odredbe članka 8. Europske konvencije i opravdanih očekivanja u zaštiti temeljnih prava na privatnost i općenje. Ova pitanja analizirana su komparacijom nacionalnog sudovanja i temeljnog standarda zaštite prava fundiranog na presudama ESLJP-a, sa zaključkom kako su određene promjene u nacionalnom zakonodavstvu (Zakon o kaznenom postupku) nužne, želi li se ispuniti postavljene standarde.

Ključne riječi: *nezakoniti dokazi, plod otrovne voćke, mjere tajnog snimanja, telefonski razgovori, Zakon o kaznenom postupku, Europski sud za ljudska prava, Ustavni sud, Vrhovni sud.*

1. UVOD

Pojam nezakonitih dokaza jedan je od središnjih pojmova suvremenog "dokaznog" prava. Kompleksnost tog problema spada u najteža pitanja kaznenog procesnog prava. Razlog tome je u dvojakom cilju i svrsi kaznenog postupka. Suvremeni kazneni postupak nastoji održati ravnotežu između dviju osnovnih, a suprotstavljenih, tendencija – naime, tendencije funkcionalnosti kažnjavanja, s jedne, i zaštite prava građana, s druge strane. Te se dvije tendencije najdramatičnije

sukobljavaju u institutu nezakonitih dokaza. Rješavanje pitanja nezakonitih dokaza u temeljima je ostvarenja svrhe djelovanja kaznenog pravosuđa kao onoga koji primjenjuje kazneno procesno pravo, a još i više dolazi do izražaja prelaskom hrvatskoga kaznenog procesnog sustava u "ligu akuzatornosti" *prima facie*.

Pojam nezakonitog dokaza određuje se funkcionalno, i to na dva načina:

- prvi, s obzirom na kvalitetu i podrijetlo njegove dokazne nekredibilnosti, koja se manifestira u opreci tog dokaza odgovarajućim pravilima koja se odnose na način na koji je pribavljen;

- drugi, s obzirom na suprotnost u odnosu na pravila sadržana u nekoliko alternativno navedenih izvora prava, tako da dokaz sam po sebi ili prema načinu pribavljanja, može biti u suprotnosti s odredbama:

- 1) Ustava Republike Hrvatske,
- 2) međunarodnog ugovora koji je ratificirala Republika Hrvatska, i
- 3) Zakona o kaznenom postupku, ali samo bitnim povredama navedenoga zakona.

Prema tome, u biti, nezakonit dokaz je zabranjen bez obzira na njegovu pouzdanost, istinitost i vjerodostojnost pa se u ocjenu spoznajne vrijednosti dokaza može ući tek po testiranju dopustivosti modusa (pravila postupanja) pribavljanja određenog dokaza.¹

Svi europski zakoni kaznenog procesnog prava² propisuju zabranu temeljenja sudskih pravorijeka na dokazima pribavljenim na nezakoniti način.

Kazneno procesno pravo dokazima pribavljenim kršenjem osnovnih prava i sloboda građana oduzima svako pravno značenje. Prava na formalnu i materijalnu obranu predviđena su u članku 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima³ te u članku 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴ Pravo na dostojanstvo, ugled i čast, kao i pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života predviđaju se u članku 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima te članku 7. EKZLJP-a.

1 Pavišić, Berislav, Komentar zakona o kaznenom postupku, Dušević & Kršovnik, Rijeka, 2011., str. 91.

2 Grupa autora, E.U. NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS (CFR-CDF Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union, vidi na: http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm, Osborn, Debra, Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia, vidi na: <http://www.cridho.cpd.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR.../CFR-CDF.opinion3-2003.pdf>

3 Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 127/93, 11/95

4 Konvencija s protokolima objavljen je u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 9/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 (dalje: EKZLJP).

Nezakoniti dokazi pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom RH i međunarodnim ugovorima koje je ratificirala Republika Hrvatska su:

- dokazi koji su pribavljeni povredom prava na obranu (članak 6. stavak 3. EKZLJP),

- povredom prava na dostojanstvo, ugled i čast (članak 3. EKZLJP),

- povredom prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (članak 8. EKZLJP).

Koje će dokaze sud, *in concreto*, izvesti tijekom kaznenog postupka, kao niti njihovu dokaznu snagu ne određuje zakon. Naime, sud nije vezan formalnim dokaznim pravilima u istom pravcu pa tijekom postupka može sve činjenice utvrđivati bilo kojom vrstom dokaza koju smatra potrebnom i prikladnom da stekne uvjerenje o njezinom (ne)postojanju.

S obzirom na prosječnu duljinu trajanja kaznenih postupaka u Republici Hrvatskoj, još će se neko vrijeme (mjereno u godinama), u judikaturi zadržati dihtomija primjene dvaju kazneno – postupovnih uređenja, odnosno mješovitog sustava prema tradicionalnom ZKP/97⁵ i akuzatornog sustava prema “novom” ZKP/08. Naime, ZKP/08 zaživio je u općoj primjeni dana 1. rujna 2011. (prethodno samo u predmetima iz nadležnosti USKOK-a, od dana 1. srpnja 2009.), međutim, u postupcima koji su pokrenuti do dana 1. rujna 2011. i dalje se u cijelosti primjenjuju odredbe ZKP/97. Iz istog će razloga predmet analize ovog rada obuhvaćati uređenje materije nezakonitih dokaza shodno pozitivnom uređenju ZKP/97, ZKP/08 i ZKP/14.

5 Izrazom ZPK/97 obuhvaćen je ZKP (Narodne novine, br. 62/03, 115/06 - članci su numerirani prema tekstu Zakona o kaznenom postupku objavljenom u Narodnim novinama, br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02 i 143/02, dok se u zagradama, počevši sa člankom 90.a, navodi numeracija iz pročišćenog teksta objavljenog u Narodnim novinama, br. 62/03. Izrazom ZKP/08 obuhvaćen je ZKP (Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 – Odluka i Rješenje USRH i 143/12). Izrazom ZKP/13 obuhvaćen je ZKP (Narodne novine, br. 153/13). Izrazom ZKP/14 obuhvaćen je ZKP/08 uz Zakon o izmjenama i dopunama ZKP (Narodne novine, br. 152/14).

Odredbom članka 9. ZKP/97, članka 10. ZKP/08 i ZKP/14 propisano je:

ZKP/97⁶ članak 9.	ZKP/08⁷ članak 10.	ZKP/14⁸ članak 10.
<p>(1) <i>Sudske se odluke ne mogu utemeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način (nezakoniti dokazi).</i></p> <p>(2) <i>Nezakoniti jesu oni dokazi koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života kao i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ovim Zakonom te drugi dokazi za koje se iz njih saznalo.”</i></p>	<p>(1) <i>Sudske se odluke ne mogu temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način (nezakoniti dokazi).</i></p> <p>(2) <i>Nezakoniti su dokazi:</i></p> <p>1) <i>koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja te zabrane povrede prava na dostojanstvo,</i></p> <p>2) <i>koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast, te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života,</i></p> <p>3) <i>koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ovim Zakonom,</i></p> <p>4) <i>za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.</i></p> <p>(3) <i>Ne smatraju se nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. ovog članka:</i></p> <p>1) <i>radnjom za koju je prema kaznenom zakonu isključena protupravnost,</i></p> <p>2) <i>u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti postupak, kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u odnosu na težinu kaznenog djela.</i></p> <p>(4) <i>Sudska odluka ne može se temeljiti isključivo na dokazu iz stavka 3. točke 2. ovog članka.”</i></p>	<p>(1) <i>Sudske se odluke ne mogu temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način (nezakoniti dokazi).</i></p> <p>(2) <i>Nezakoniti su dokazi:</i></p> <p>1) <i>koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja,</i></p> <p>2) <i>koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast, te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, osim u slučaju iz stavka 3. ovog članka,</i></p> <p>3) <i>koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ovim Zakonom,</i></p> <p>4) <i>za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.</i></p> <p>(3) <i>Ne smatraju se nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz stavka 2. točke 2. ovog članka u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava.</i></p> <p>(4) <i>Sudska odluka ne može se temeljiti isključivo na dokazu iz stavka 3. ovog članka.”</i></p>

6 Ova definicija ukazuje nam da ZKP/97 ne nadovezuje na svaku pogrešku pri sakupljanju i izvođenju dokaza sankciju neuporabljivosti, već to čini samo onda kada se radi o dokazima

Usporedbom uređenja materije nezakonitih dokaza u dva postupovna zakona, razvidno je kako ZKP/08, odredbom članka 10. stavak 3. točka 2., inaugurira načelo razmjernosti u ocjeni temeljnih zadaća kaznenog sudovanja spomenutih u uvodnom dijelu predmetnog rada, odnosno dopušta upliv formalno i supstancijalno nezakonitih dokaza nastalih povredama širokog raspona temeljnih prava i sloboda (obrana, dostojanstvo, ugled i čast, nepovredivost osobnog i obiteljskog života) u kaznenim postupcima za najteža kaznena djela za koja se provodi redoviti postupak. Koliko god je, s pozicije represivnog i preventivnog momenta kaznenog postupka, takvo uređenje razumljivo, toliko s aspekta temeljnih ljudskih prava, zajamčenih ustavnim i međunarodno-konvencijskim uređenjem, trpi ozbiljnu kritiku. Odredbom stavka 4. istog članka uvodi se, prema našem mišljenju, slabašni korektiv u smislu da se sudska odluka ne može temeljiti isključivo na takvom dokazu. No, koji će to drugi dokazi i kakve kvalitete biti dostatni da podupru takav nezakoniti dokaz u svojem spoznajnom značaju, stvar je razvoja i stavova sudske prakse (dakle, *questio facti*), koja, unatoč načelnoj neovisnosti, ipak nije potpuno imuna društvene kontekstualizacije u kojoj se događa, a napose kod najtežih oblika kriminaliteta za koje je sporna iznimka rezervirana.

kod čijeg se prikupljanja i izvođenja, neovisno o pitanju njihove pouzdanosti javljaju kršenja određenih procesnih formi namijenjenih zaštiti određenih osobnih prava i sloboda građana ili okrivljenikovih prava obrane u kaznenom postupku.

Nezakoniti dokazi iz članka 9. ZKP/97 mogu se podijeliti na tri skupine.

U prvoj su dokazi pribavljeni povredom određenih temeljnih prava i sloboda građana (pravo na ugled i čast, pravo na dostojanstvo, pravo na formalnu i materijalnu obranu, pravo na nepovredivost osobnog i obiteljskog života).

U drugoj skupini su dokazi koji su izričito u zakonu predviđeni kao neupotrebljivi pri donošenju sudske odluke u kaznenom postupku. ZKP/97 predviđa pet kategorija dokaza:

1. čl. 182. st. 6. ZKP/97 i čl. 42. st. 8. Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala (Narodne novine, br. 88/01, 12/02, 33/05, 48/05 i 76/07, 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, dalje: ZUSKOK),

2. čl. 232. ZKP/97,

3. čl. 237. st. 9. ZKP/97,

4. čl. 235. ZKP/97 i čl. 34. t. 2. ZUSKOK,

5. čl. 250. st. 1. ZKP/97.

U trećoj skupini su dokazi za koje se saznalo pomoću nezakonitih dokaza, tzv. doktrina „ploda otrovne voćke“.

7 Valja imati na umu i odluku Ustavnog suda RH, U-I-448/2009, od 19. srpnja 2012., Narodne novine, br. 91/12 i na: <http://www.usud.hr>. Naime, tom je odlukom točkom I. pokrenut postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11) te se, među inim, ukida i članak 10. stavak 3. u dijelu koji se odnosi na pravo na dostojanstvo iz članka 10. stavka 2. točka 2. ZKP-a.

8 Izmjena ovoga članka najvećim dijelom predstavlja nomotehničku izmjenu. Tako je primjerice u stavku 2. točka 1. ispušten izričaj “okrutno postupanje”. To je prvenstveno učinjeno radi toga jer taj izričaj nije poznat niti u međunarodnim propisima ali niti u Ustavu RH. Stavak 3. sada nešto drukčije određuje iznimku kada neki dokaz, premda pribavljen povredom prava obrane, prava na ugled i čast i nepovredivosti osobnog i obiteljskog života, ipak nije nezakoniti dokaz. Da bi postojala narečena iznimka moraju biti kumulativno ispunjene ove pretpostavke: a) da se radi o postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda i b) da se sudska odluka ne može zasnivati isključivo na takvom dokazu.

2. (NE)ZAKONITI DOKAZI

Temeljna ustavna odredba koja se tiče zabrane uporabe nezakonitih dokaza u sudskim postupcima uopće, a onda i u kaznenom postupku, propisana je na sljedeći način u članku 29. stavak 4. Ustava Republike Hrvatske:⁹

“Dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se uporabiti u sudskom postupku.”

Na ovom mjestu valja skrenuti pažnju na činjenicu kako tekst citirane odredbe definira materiju nezakonitih dokaza znatno šire od zahvata odredbi članka 9. ZKP/97 i članka 10. ZKP/08, s obzirom na to da ista apsolutno isključuje mogućnost uporabe nezakonitih dokaza u sudskim postupcima, dok citirane odredbe postupovnog zakonodavstva zabranjuju utemeljenje sudske odluke na određenom nezakonitom dokazu.

Bitna svojstva ustavno-pravne zabrane uporabe nezakonitih dokaza, mogu se sumirati na sljedeće postavke:

- zabrana vrijedi u svim postupcima, dakle, glavnom i sporednima (prethodna pitanja, troškovi postupka, oduzimanje imovinske koristi i sl.),
- zabrana vrijedi za sve oblike kaznenog postupka,
- zabrana se odnosi na sve etape kaznenog postupka,
- zabrana se odnosi na dokaze koji idu u prilog i na štetu okrivljenika.¹⁰

Člankom 35. Ustava RH propisano je:

“Svatom se jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti.”

Valja ukazati i na odredbu članka 36. Ustava RH:

“Sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčena je i nepovrediva.

Samo se zakonom mogu propisati ograničenja nužna za zaštitu sigurnosti države ili provedbu kaznenog postupka.”

9 Narodne novine, 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, dalje: Ustav RH. Vidi i Izvješće o ustavnopravno neprihvatljivim učincima pročišćenih tekstova Ustava Republike Hrvatske, ustavnih zakona, zakona, drugih propisa i općih akata, Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-X-1435/11, od 23. ožujka 2011. godine, vidi na: <http://www.usud.hr>

10 Doduše, pojedini autori (primjerice Pavišić) smatraju kako ista zabrana ne bi smjela ići protiv načela *in favorem defensionis*, tj. da je prvotna zadaća iste spriječiti postupke tijela državne vlasti kojima se krše temeljna prava, dok se iste ne smije pretvoriti u suprotnost, odnosno da bi bila protivna interesima okrivljenika.

Odredbe članka 180. (190.) ZKP/97, članka 332. ZKP/08 i članak 332/14 određuju:

ZKP/97	ZKP/08	ZKP/14 ¹¹
<p>4. Posebni izvidi kaznenih djela privremenim ograničenjem ustavnih prava i sloboda Članak 180. (190.)</p> <p>(1) Ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama, na zahtjev državnog odvjetnika istražni sudac može protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz članka 192. ovoga Zakona odrediti mjere kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to:</p> <p>1) nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, odnosno sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu,</p> <p>2) ulazak u prostorije radi provođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija,</p> <p>3) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta,</p> <p>4) uporabu prikrivenih istražitelja i pouzdanika,</p> <p>5) simulirani otkup predmeta te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine,</p> <p>6) nadzirani prijevoz i isporuku predmeta kaznenog djela.</p> <p>(2) Mjere iz točke 1. stavka 1. ovoga članka mogu se odrediti i prema osobama za koje postoje osnove sumnje da počinitelju ili od</p>	<p>12. Posebne dokazne radnje Članak 332.</p> <p>(1) Ako se istraga ne može provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće, na pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, sudac istrage može protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz članka 334. ovoga Zakona, pisanim, obrazloženim nalogom odrediti posebne dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to:</p> <p>1) nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu,</p> <p>2) presretanje, prikupljanje i snimanje računalnih podataka,</p> <p>3) ulazak u prostorije radi provođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija,</p> <p>4) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta,</p> <p>5) uporabu prikrivenih istražitelja i pouzdanika,</p> <p>6) simuliranu prodaju i otkup predmeta te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine,</p> <p>7) pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova,</p> <p>8) nadzirani prijevoz i isporuku predmeta kaznenog djela.</p> <p>(2) Iznimno, kad okolnosti nalažu da se s izvršenjem</p>	<p>12. Posebne dokazne radnje Članak 332.</p> <p>(1) Ako se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće, na pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, sudac istrage može protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz članka 334. ovoga Zakona, pisanim, obrazloženim nalogom odrediti posebne dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to:</p> <p>1) nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu,</p> <p>2) presretanje, prikupljanje i snimanje računalnih podataka,</p> <p>3) ulazak u prostorije radi provođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija,</p> <p>4) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta,</p> <p>5) uporabu prikrivenih istražitelja i pouzdanika,</p> <p>6) simuliranu prodaju i otkup predmeta te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine,</p> <p>7) pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova,</p> <p>8) nadzirani prijevoz i isporuku predmeta kaznenog djela.</p> <p>(2) Iznimno, ako postoji opasnost od odgode i ako državni odvjetnik ima razloga</p>

11 Sukladno Odluci USUD-a ovaj članak je u bitnome izmijenjen i dopunjen. Vidi Kos, Damir, et.al., Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, Zagreb, 2014.

ZKP/97	ZKP/08	ZKP/14
<p>počinitelja kaznenih djela iz članka 192. ovoga Zakona prenose priopćenja i poruke u svezi s djelom, odnosno da se počinitelj služi njihovim priključcima na telefon ili drugim telekomunikacijskim uređajem.</p> <p>(3) Pod uvjetima iz stavka 1. ovoga članka, mjere iz stavka 1. točke 1., 2., 3., 5. i 6. ovoga članka, mogu se uz njegov pisani pristanak, primijeniti na sredstva, prostorije i predmete koji su vlasništvo oštećenika ili kojima se koristi oštećenik.</p> <p>(4) U slučaju kada se ne raspolaže saznanjima o identitetu sudionika kaznenog djela mjera iz stavka 1. točke 6. ovoga članka može se odrediti prema predmetu kaznenog djela.</p> <p>(5) Izvršenje mjera iz stavka 1. točke 4. i 5. ovoga članka ne smije predstavljati poticanje na počinjenje kaznenog djela.</p>	<p>radnji započne odmah, nalog iz stavka 1. ovog članka, prije početka istrage na vrijeme od dvadeset četiri sata može izdati državni odvjetnik.</p> <p>Nalog s oznakom vremena izdavanja i obrazloženjem državni odvjetnik mora u roku od osam sati od izdavanja dostaviti sucu istrage. Sudac istrage odmah odlučuje rješenjem o zakonitosti naloga. Ako odobri nalog državnog odvjetnika postupit će prema stavku 1. ovog članka. Ako sudac istrage odbije nalog, državni odvjetnik, može u roku od osam sati podnijeti žalbu. O žalbi odlučuje vijeće u roku od dvanaest sati.</p> <p>(3) Ako vijeće ne odobri nalog, u rješenju će naložiti da se odmah obustave radnje, a podaci prikupljeni na temelju naloga državnog odvjetnika će se predati sucu istrage koji će ih uništiti. O uništenju podataka sudac istrage sastavlja zapisnik.</p> <p>(4) Radnje iz točke 1. stavka 1. ovog članka mogu se odrediti i prema osobama za koje postoje osnovne sumnje da počinitelju ili od počinitelja kaznenih djela iz članka 334. ovog Zakona prenose priopćenja i poruke u svezi s djelom, odnosno da se počinitelj služi njihovim priključcima na telefon ili drugim telekomunikacijskim uređajem, koje kriju počinitelja kaznenog djela ili mu prikrivanjem sredstava kojima je kazneno djelo počinjeno, tragova kaznenog djela ili predmeta nastalih ili pribavljenih kaznenim djelom ili na drugi način pomažu da ne bude otkriven.</p> <p>(5) Pod uvjetima iz stavka 1. ovog članka, radnje iz stavka 1. točke 1., 2., 3., 4.,</p>	<p>vjerovati da na vrijeme neće moći pribaviti nalog suca istrage, nalog iz stavka 1. ovog članka, može na vrijeme od dvadeset četiri sata izdati državni odvjetnik.</p> <p>(3) Nalog iz stavka 2. ovog članka državni odvjetnik ne može izdati za posebne dokazne radnje iz:</p> <ul style="list-style-type: none"> – stavka 1. točke 2) ovog članka, ako način izvršenja te radnje zahtijeva ulazak u dom, ili udaljeni ulazak u računalo osumnjičenika koje se nalazi u njegovom domu, – stavka 1. točke 3) ovog članka, ako je radi provođenja nadzora i tehničkog snimanja potrebno ući u dom. <p>(4) Nalog s oznakom vremena izdavanja i dopis u kojem će obrazložiti razloge za njegovo izdavanje državni odvjetnik mora u roku od osam sati od izdavanja dostaviti sucu istrage. Ujedno će ako smatra da treba nastaviti s provođenjem posebne dokazne radnje podnijeti sucu istrage pisani obrazloženi zahtjev za njezino daljnje provođenje. Sudac istrage odmah po primitku naloga i dopisa ispituje jesu li postojali uvjeti za izdavanje naloga te je li postojala opasnost od odgođe iz stavka 2. ovog članka.</p> <p>(5) Sudac istrage odlučuje rješenjem o zakonitosti naloga državnog odvjetnika. Ako sudac istrage odobri nalog državnog odvjetnika, a državni odvjetnik je podnio zahtjev za daljnje provođenje dokazne radnje, postupit će prema stavku 1. ovog članka. Ako se sudac istrage ne složi s nalogom državnog odvjetnika, zatražit će da o tome odluku donese vijeće.</p> <p>Ako je zahtijevano daljnje provođenje dokazne radnje određene prema stavku 2. ovog</p>

ZKP/97	ZKP/08	ZKP/14
	<p>6., 7. i 8. ovog članka, mogu se uz pisani pristanak osobe, primijeniti na sredstva, prostorije i predmete te osobe. (6) U slučaju kad se ne raspolaže saznanjima o identitetu sudionika kaznenog djela, radnja iz stavka 1. točke 8. ovog članka može se odrediti prema predmetu kaznenog djela. (7) Izvršenje radnji iz stavka 1. točke 5. i 6. ovog članka ne smije predstavljati poticanje na počinjenje kaznenog djela.</p>	<p>članka ono se nastavlja do odluke vijeća. Vijeće o zahtjevu suca istrage odlučuje u roku od dvanaest sati od primitka zahtjeva. Ako je vijeće potvrdilo nalog državnog odvjetnika, a državni odvjetnik je zahtijevao daljnje provođenje dokazne radnje, vijeće će izdati nalog iz stavka 1. ovog članka. Ako vijeće ne odobri nalog, u rješenju će naložiti da se odmah obustave radnje, a podaci prikupljeni na temelju naloga državnog odvjetnika će se predati sucu istrage koji će ih uništiti. O uništenju podataka sudac istrage sastavlja zapisnik. (6) Posebne dokazne radnje iz članka 332. stavka 1. točke 3. ovog Zakona kada je radi njezinog provođenja potrebno ući u dom određuju se isključivo po nalogu suda koji je dužan voditi računa o razmjernom ograničenju prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. (7) Radnje iz točke 1. stavka 1. ovog članka mogu se odrediti i prema osobama za koje postoje osnove sumnje da počinitelj ili od počinitelja kaznenih djela iz članka 334. ovog Zakona prenose priopćenja i poruke u svezi s djelom, odnosno da se počinitelj služi njihovim priključcima na telefon ili drugim telekomunikacijskim uređajem, koje kriju počinitelja kaznenog djela ili mu prikrivanjem sredstava kojima je kazneno djelo počinjeno, tragova kaznenog djela ili predmeta nastalih ili pribavljenih kaznenim djelom ili na drugi način pomažu da ne bude otkriven. (8) Pod uvjetima iz stavka 1. ovog članka, radnje iz stavka 1. točke 1., 2., 3., 4., 6., 7. i 8. ovog članka, mogu se uz pisani</p>

ZKP/97	ZKP/08	ZKP/14
		<p><i>pristanak osobe, primijeniti na sredstva, prostorije i predmete te osobe.</i></p> <p><i>(9) U slučaju kad se ne raspolože saznanjima o identitetu sudionika kaznenog djela, radnja iz stavka 1. točke 8. ovog članka može se odrediti prema predmetu kaznenog djela. (10) Izvršenje radnji iz stavka 1. točke 5. i 6. ovog članka ne smije predstavljati poticanje na počinjenje kaznenog djela.“</i></p>

Imajući na umu da je pravo na pravično suđenje esencijalno definirano pretpostavkom prikupljanja dokaza shodno postupovnim pravilima naprijed citirane odredbe ZKP/97, ZKP/08 i ZKP/14 ukazuju na pretpostavke ostvarenja istog standarda zakonitosti postupanja, s time da zakonski izričaj «dokaz» valja razmotriti u najširem smislu značaja, odnosno, kao svaki izvor saznanja o činjenicama koje su, sukladno odredbama postupovnog zakonodavstva, predmet dokazivanja.

Nezakonite dokaze možemo podijeliti na:

- a) dokaze pribavljene povredama ljudskih prava i sloboda propisanih međunarodnim ugovorima i Ustavom RH,
- b) dokazi pribavljeni povredama ZKP-a,
- c) dokazi, tzv. sekundarni, izvedeni i pribavljeni zakonito, no za taj se dokaz saznalo iz nekog dokaza (izvornog) pribavljenog na nezakonit način (doktrina “ploda otrovne voćke”).

Međutim, pored prethodno definiranih okvira i razloga nezakonitosti dokaza, mnoge kontroverze u teoriji, ali i u sudskoj praksi, potenciralo je pitanje pravilnosti i zakonitosti (dokazno-pravne iskoristivosti) sadržaja tehničkih snimki telefonskih razgovora izrađenih na temelju valjanog sudskog naloga za provođenje posebne dokazne radnje (posebnog izvida) prema određenoj osobi i za određeno kazneno djelo, u odnosu na treću osobu i za kazneno djelo koje nije obuhvaćeno inicijalnim nalogom. Upravo o tom slučaju propitivanja zakonitosti dokaza, bit će riječi u nastavku rada.

S pravnog gledišta, načini prikupljanja podataka koji su podvedeni pod pravne norme, predstavljaju mjere na čiju se primjenu određeni subjekti ovlašćuju i za čiju se primjenu uređuju uvjeti. Čitav spektar mjera kojima policija i službe sigurnosti prikupljaju podatke moguće je razvrstati u dvije grupe:

- 1) one čijim se korištenjem manje ili neznatno zadire u individualna prava i slobode,
- 2) one čijim se korištenjem privremeno i bez znanja osoba ograničavaju pojedina od zajamčenih individualnih prava i sloboda, posebno pravo na privatnost.

U prvu grupu dolaze tradicionalne policijske mjere, kao što su: pozivanje na razgovor osoba radi dobrovoljnog davanja obavijesti (obavijesni razgovor), traženje obavještenja, uzimanje izjava od osumnjičenih (saslušanje), policijsko opserviranje, snimanje na javnim mjestima te prijave događaja od strane građana i slične mjere. Među mjerama te vrste koje više koriste službe sigurnosti nalaze se prikupljanje podataka iz javno dostupnih izvora, uključujući otvorene komunikacije putem interneta, traženje obavještenja od građana i tijela javnih vlasti, uvid u javne evidencije i druge zbirke podataka javnih vlasti i slično.

Druga grupa mjera ima posebni pravni tretman upravo jer se tim mjerama jače zadire u individualna prava i slobode i u tom smislu se za njih koristi pojam posebne mjere (posebne dokazne radnje, posebni izvidi).

Po tome što se koriste bez (sa)znanja osoba ili organizacija o kojima se prikupljaju podatci, one su istovremeno i mjere kojima se tajno prikupljaju podatci. U tom smislu ih ovdje označavamo posebnim mjerama za tajno prikupljanje podataka.

Analizom domaćeg pozitivno-pravnog uređenja i usporednog zakonodavstva, kao posebne mjere za tajno prikupljanje podataka mogu se označiti:

1. tajna suradnja s fizičkim osobama (doušnici, informatori),
2. pribavljanje i otkup tajnih dokumenata,
3. uvid u evidencije osobnih i s njima povezanih podataka,
4. operativni prodor u organizacije i grupe (prikriveni istražitelj, infiltracija),
5. tajno praćenje i nadzor osoba na otvorenom prostoru i javnim mjestima uz korištenje tehničkih sredstava za foto-dokumentiranje i snimanje razgovora,
6. tajni nadzor, snimanje i pretres unutrašnjosti objekata, zatvorenih prostora i predmeta,
7. tajni nadzor sadržaja pisama i drugih sredstava komunikacija,
8. prisluškivanje, snimanje i nadzor razgovora, telekomunikacija i druga sredstva za prijenos podataka u zemlji ili inozemstvu, i
9. specijalne mjere, odnosno dokazne radnje, za borbu protiv organiziranog kriminala i određenih drugih teških kaznenih djela (pružanje simuliranih poslovnih usluga i sklapanje simuliranih pravnih poslova, kontrolirana isporuka, saslušanje svjedoka suradnika).

U nalaženju rješenja za adekvatno zakonsko reguliranje mjera tajnog prikupljanja podataka izvjesno mogu pomoći određeni stavovi i načela, koji su posebno razvijeni u europskom zakonodavstvu i praksi primjene članka 8. EKZLJP-a i koji se, stoga, mogu smatrati europskim standardima u ovoj materiji.

Prema stavku 2. članka 8. EKZLJP-a, javne vlasti se neće miješati u vršenje (uživanje) prava na privatnost: *“osim ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih”*. Iz ove odredbe slijede tri bitna načela, prema kojima miješanje u privatnost mora biti:

- (1) legalno, tj. uređeno zakonom,
- (2) svedeno na nužnu mjeru (načelo razmjernosti) i

(3) jedino moguće radi postizanja navedenih interesa (koji predstavljaju osnovu za miješanje u pravo na privatnost).

Međutim, tumačenje tih osnova za miješanje u pravo na privatnost putem mjera tajnog prikupljanja podataka dovodi nas do zaključka da su oni u citiranoj odredbi dani prilično (ne)određeno i (pre)široko. Upravo je zato važno pratiti noviji usporedni razvoj zakonodavstva europskih zemalja i praksu ESLJP-a,¹² koji su znatno precizirali značenje članka 8. EKZLJP-a, vezujući mogućnost miješanja u pravo na privatnost za sljedeća osnovna pravila:

- slučajevi u kojima se miješanje u pravo na privatnost može dopustiti, moraju biti zakonom unaprijed uređeni kako bi za građane bili dovoljno predvidivi, a ti zakoni moraju po svom sadržaju biti odgovarajući zahtjevima vladavine prava,

- slučajevi miješanja u pravo na privatnost moraju biti uređeni restriktivno i vezani uz teška kaznena djela i prijetnje po sigurnost da bi time bili u materijalno-pravnom smislu legitimni,

- postupak za primjenu mjere mora biti propisan zakonom,

- o primjeni mjere u konkretnom slučaju treba odlučiti sud ili drugi organ na temelju postojanja osnova sumnje,

- početak i maksimalno trajanje mjere moraju biti unaprijed određeni u odluci suda ili drugog tijela,

- nad primjenom mjere treba postojati kontrola suda ili drugog tijela,

- za prekoračenje i zloupotrebu u primjeni mjere treba biti propisana sankcija,

- postupak za zaštitu građana treba biti propisan zakonom i obuhvaćati mogućnost sudske zaštite i

12 ESLJP je kratica od *The European Court of Human Rights*. Europski sud za ljudska prava je međunarodno sudsko tijelo ustanovljeno 21. siječnja 1959. Sud je uspostavljen Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* – dalje: Europska konvencija), koja je usvojena pod okriljem Vijeća Europe 4. studenog 1950., a stupila na snagu 3. rujna 1953. Konvencija je stvarana pod velikim utjecajem Univerzalne deklaracije o pravima čovjeka, tako da su prava zaštićena Europskom konvencijom u osnovi sadržana u prvoj polovini Opće deklaracije – građanska i politička. Sud je postao stalna institucija zaštite ljudskih prava u Europi 1. studenog 1998., kada je stupio na snagu Protokol br. 11. Europske konvencije. Prije uvođenja ovog protokola, sudsku funkciju je, pored Suda, obavljala i Europska komisija za ljudska prava (1954.). Protokol br.11. ukinuo je Komisiju, ali je ona nastavila s radom do 31. listopada 1999. radi okončanja tekućih postupaka. U prve tri godine samostalnog postojanja Europskog suda za ljudska prava, broj sporova je povećan za oko 130%. Tijekom 1998. bilo je evidentirano 5.979 predmeta, a 2001. godine 13.858. Pitanje reforme sudskog sustava otvoreno je 2000., pa je Protokol br. 14. predložen kao mehanizam rasterećenja Suda i unaprjeđenja njegove učinkovitosti. Protokol br. 14. predviđa prijenos nadležnosti s vijeća na suce pojedince, smanjenje broja članova vijeća, pooštavanje uvjeta za pokretanja međunarodnih sporova. Sjedište Suda nalazi se u Strasbourgu u Francuskoj. Poblize vidi kod: Dijk van, Peter, et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, 1998., Sadiković, Čazim, *Europsko pravo ljudskih prava*, Magistrat, Sarajevo, 2008. Za potrebe ovoga rada rabićemo jedinstveni izričaj ESLJP i za sud i za Europsku komisiju za ljudska prava.

- građanin treba imati pravo biti obaviješten o mjeri i rezultatima njezine primjene (podacima koji su prikupljeni mjerom), a čuvanje osobnih podataka u tajnim dosjeima predstavlja narušavanje prava na poštovanje privatnog života.

Postojeće zakonsko uređenje mjera tajnog prikupljanja podataka kod nas, kao što se dalje pokazuje, još uvijek nije usklađeno s izloženim zahtjevima, osobito u pogledu pojedinih od tih zahtjeva, iako se radi o skoro (netom, upravo) donesenim zakonima.

3. PRAKSA VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE (VSRH)

VSRH¹³ je u jednom pravorijeku izrekao:

“U razmatranju problematike primjene odredaba Zakona o kaznenom postupku koji se odnose na privremeno ograničavanje ustavnih prava i sloboda radi pribavljanja podataka i dokaza za provedbu kaznenog postupka Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao sud drugog stupnja, mišljenja je da se dokaz koji je pribavljen u okviru izvidne mjere naložene prema osobi za koju postoji osnovana sumnja da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelu iz čl. 181. ZKP – katalog kaznenih djela, može valjano uporabiti, ne samo prema osobi prema kojoj je mjera naložena, već i prema svakoj trećoj osobi koja se zatekla u sferi kriminalne djelatnosti osobe prema kojoj je neka od mjera iz čl. 180. st. 1. ZKP usmjerena, a kriminalna aktivnost te treće osobe ulazi u ostvarenje obilježja kaznenog djela predviđenog katalogom kaznenih djela iz čl. 181. ZKP ali uvijek isključivo pod uvjetom da se ta treća osoba našla zajedno s osobom protiv koje je neka od mjera iz čl. 180. st. 1. toč. 1. do 6. ZKP valjalo naložena...”

“...Provodeći naložene mjere prema okr. N.P. redarstvene vlasti, koje su provodile mjeru trajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba i predmeta iz čl. 180. st. 1. toč. 3. Zakona o kaznenom postupku, a ni prikriveni istražitelji 1 i 2, koji su provodili mjere uporabe prikrivenih istražitelja i simuliranog otkupa predmeta iz čl. 180. st. 1. toč. 4. i 5. Zakona o kaznenom postupku nisu u razdoblju od 20. veljače do 8. ožujka 2002. godine naloženim mjerama nigdje naišli na okr. N.P. pa, slijedom ranije izloženog mišljenja ovog suda drugog stupnja, na treće osobe “zahvaćene” ovim mjerama te se mjere ne mogu odnositi, pa zato niti obavijesti i podaci do kojih se došlo u provođenju ovih mjera ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u predmetnom kaznenom postupku i trebalo ih je kao nezakonite izdvojiti iz spisa, kao što je to ispravno učinio prvostupanjski sud.”

U još jednom pravorijeku¹⁴ koji problematizira istu tematiku VSRH je, između ostalog, odlučio:

“Nije u pravu taj žalitelj kada tvrdi da je sud počinio bitnu povredu odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP-a time što je svoju odluku temeljio na rezultatima izvidnih mjera iz čl. 180. st. 1. ZKP-a koje su određene prema opt. T.

13 I Kž-573/03, od 3. srpnja 2003. – vidi na: <http://www.vsrh.hr>

14 VSRH, I Kž-111/05, od 10. svibnja 2005. – vidi na: <http://www.vsrh.hr>

P., pa smatra da je korištenje rezultata tih mjera u odnosu na njega tijekom ovog dokaznog postupka nezakoniti dokaz.

Točno je da je nalogom istražnog suca broj Kir-1415/03 naloženo provođenje mjera iz čl. 180. st. 1. toč. 3., 4. i 5. ZKP-a prema T. P., ali optuženik pogrešno drži da se rezultati provedenih mjera mogu koristiti samo u odnosu na tog optuženika.

Dokazi pribavljeni provođenjem mjera iz čl. 180. ZKP-a mogu se valjano uporabiti ne samo prema osobi za koju su mjeru naložene već i prema svakoj trećoj osobi koja se zatekla u sferi kriminalne djelatnosti osobe prema kojoj je mjera usmjerena, pod uvjetom da kriminalna aktivnost te osobe, u konkretnom slučaju žalitelja, ulazi u ostvarenje bića kaznenog djela za koje je mjera naložena. U konkretnom slučaju mjere su naložene zbog sumnje da je opt. T. P. u više navrata vršio otkup veće količine droge heroin od nepoznate osobe albanske narodnosti, pa kako je tijekom postupka utvrđeno da je ta nepoznata osoba upravo žalitelj svi pribavljeni dokazi provođenjem određenih mjera mogu se valjano uporabiti i prema njemu.”

U drugom pravorijeku¹⁵ isti je Sud zauzeo motrište:

“Također, dokazi pribavljeni posebnim izvidima kaznenih djela privremenim ograničavanjem ustavnih prava i sloboda tehničkim snimanjem telefonskih razgovora opt. D.

S. i uporabom prikrivenog istražitelja u skladu s odredbom čl. 180. st. 1. t. 1. i 4. ZKP, suprotno tvrdnji žalitelja, zakoniti su dokazi. Naime, prema stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kao drugostupanjskog suda, do saznanja kojima se došlo primjenom mjera kojim se privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode određenih osoba za koje se osnovano sumnja da su sami ili zajedno s drugim osobama počinitelji kaznenih djela navedenih u čl. 181. ZKP, mogu uporabiti i prema trećim osobama, a ne samo prema onima za koje postoji nalog za provođenje tih mjera. To se odnosi isključivo na situaciju kada se treće osobe nađu u sferi kriminalne aktivnosti osobe prema kojoj se mjera iz čl. 180. st. 1. ZKP provodi, a kriminalno djelovanje te treće osobe ostvaruje obilježja kaznenog djela predviđenog u katalogu kaznenih djela iz čl. 181 ZKP. Prema tome, kako se do saznanja o djelovanju opt. S. J. došlo slušanjem telefonskih razgovora opt. D. S., a zatim je provedena uporaba prikrivenog istražitelja zbog osnovane sumnje o počinjenju kaznenog djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (Glava XIII), po valjanom nalogu istražnog suca u odnosu na opt. S. J. sukladno odredbama čl. 180. do 182.a ZKP, radi se o zakonitim dokazima na kojima se može temeljiti presuda.”

U trećem pravorijeku¹⁶ isti Sud navodi:

“Naime, u pravu je opt. M.S. kada tvrdi da razgovori koji su snimljeni prilikom neuspjelog pokušaja uspostavljanja telefonske veze s biranim brojem, a vode se između opt. M. S. i NN osobe istovremeno dok taj optuženik čeka uspostavljanje telefonske veze, ne mogu biti zakoniti dokazi, jer se time postup

15 I Kž-Us-13/09, od 19. svibnja 2009. – vidi na: <http://www.vsrh.hr>

16 I Kž-Us-45/10, od 4. studenog 2010. – vidi na: <http://www.vsrh.hr>

protivno opsegu naloga izdanog za provođenje izvidne mjere iz čl. 180. st. 1. toč. 1. ZKP-a. Naime, nalogom istražnog suca za nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora obuhvaćeni su samo oni sadržaji koji su rezultat snimanja uspostavljenog telefonskog kontakta između nadziranog i biranog telefonskog broja, a ne i oni sadržaji koji su slučajno dobiveni bez uspostavljenog telefonske veze, budući da se ti sadržaji ne mogu smatrati telefonskim razgovorima kakve ima u vidu odredba čl. 180. st. 1. toč. 1. ZKP-a. U protivnom značilo bi da se bilo kojim, pa i nehotičnim aktiviranjem opcije pozivanja s nadziranog telefonskog broja, a bez ostvarivanja željenog telefonskog kontakta, mogu snimati razgovori osoba koje su u zvučnom doseg mikrofona telefonskog aparata, čime bi se izvidnom mjerom iz čl. 180. st. 1. toč. 1. ZKP-a, u stvari, nezakonito prikupljali podaci na način predviđen posebnom izvidnom mjerom iz čl. 180. st. 1. toč. 1. ZKP-a, u kojem pravcu nije izdan odgovarajući nalog istražnog suca.

Odredbe zakona o provođenju posebnih izvida iz čl. 180. st. 1. toč. 1. ZKP-a trebaju se tumačiti restriktivno tj. strogo u skladu sa zakonskim tekstom, jer bi se u protivnom na nedopušteni način širila zona privremenog ograničavanja ustavnih prava i sloboda građana, a posljedično i kršila osnovna ljudska prava na zaštitu osobnog života i tajnosti općenja garantirana čl. 35. i 36. Ustava Republike Hrvatske te čl. 8. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Budući da je prvostupanjski sud izričito citirao i analizirao sadržaje razloga koji su snimljeni između opt. M .S. i N.N. osobe za vrijeme dok telefonska veza s nadziranog broja nije bila uspostavljena te je na temelju tako pribavljenih podataka izveo zaključke o postojanju međusobne udruženosti optuženika radi činjenja kaznenih djela zlouporabe opojnih droga (list 136 i 137 obrazloženja), to je ostvarena apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka iz čl. 367. st. 2. ZKP-a jer se presuda temelji na nezakonitom dokazu.”¹⁷

4. PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE (USUD)

USUD u sljedećem pravorijeku definira doseg testiranja (ne)zakonitosti provođenja posebnih mjera (posebnih dokaznih radnji, posebnih izvida), sudova i USRH-a, dovodeći ga u kontekst dispozicija obrane u postupku (pasivnost pozivati se na nevaljanosti naloga za provođenje posebnih mjera kao prekluzivni razlog).¹⁸

“8.1. Kada, naime, nalog istražnog suca o primjeni posebnih izvidnih mjera, osim izreke u kojoj se nabrajaju posebne izvidne mjere koje će se primijeniti protiv

¹⁷ Pored prethodno navedenih judikata Vrhovnog suda Republike Hrvatske, sudska praksa nižih sudova zaključuje stavom da govor snimljen na traci govornog automata (telefonska sekretarica) nije dokaz pribavljen na nezakonit način jer osoba koja na taj način ostavlja poruku čini to vlastitom voljom i sa znanjem da će njezin govor biti snimljen na audio traci, te da će takva poruka biti prosljeđena točno određenoj osobi. Županijski sud u Zagrebu, IV Kž 1431/02 od 11. listopada 2002. Vidi u: Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 2002., br. 2., str. 213.

¹⁸ USRH, U-III-857/2008, od 1. listopada 2008. – izvorno.

određene osobe, u obrazloženju ne sadrži ništa drugo do konstatacije koja ponavlja da je USKOK podnio zahtjev za primjenom posebnih izvidnih mjera protiv neke osobe „jer da postoje osnove sumnje da je počinila kazneno djelo“ te da te osnove sumnje proizlaze iz „prijedloga Sektora krim. Policije PU SD te posebno zapisnika o zaprimanju kaznene prijave“, onda je razvidno da time takav nalog krši ustavno jamstvo nepovredivosti osobnog i obiteljskog života iz članka 35. Ustava, te slobodu i tajnost svih oblika općenja iz članka 36. stavka 1. Ustava.

8.2. Ustavni sud upozorava da se jamstva osobnih prava mogu ograničiti samo radi ostvarenja cilja propisanog zakonom i razmjerno naravi potrebe za takvim ograničenjem, o čemu pravilno i zakonito odlučuje sud (v. *mutatis mutandis*, odluku Ustavnog suda broj: U-III-4286/2007 od 26. prosinca 2007.). Sporni je nalog, prema citiranim odredbama Zakona o kaznenom postupku, morao u konkretnom slučaju sadržavati (a) valjanu ocjenu „osnova sumnje da je [podnositelj] sam počinio ili zajedno s drugim osobama sudjelovao“ u nekom od kataloških kaznenih djela iz članka 181. Zakona o kaznenom postupku, te (b) ocjenu da se izvidi kaznenih djela „ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama“. Samo takav njegov sadržaj građanima jamči da će postojanje „osnova sumnje“ na kataloško kazneno djelo prethoditi određivanju neko od posebnih izvidnih mjera, da će postojati određeni minimalni stupanj vjerojatnosti takvog konkretnog – a ne pretpostavljanog - kaznenog djela te da će nalog, kao jasno artikulirano raspolaganje sredstvima državne prisile, biti logičan i uvjerljiv te u kasnijem stadiju postupka, provjerljiv pred drugim sudskim tijelima.

8.3. Kada tako nije postupljeno, onda je nalog o primjeni posebnih izvidnih mjera prekršio Zakon o kaznenom postupku. Posljedica toga već je izrijeком predviđena u tome zakonu. Na izričaj u članku 180.a „... pod uvjetima i na način iz članka 180. stavka 1. točke 1., 2., 3., 4., 5. i 6...“, te izričaj u članku 182. stavku 6. „...Ako su mjere iz članka 180. ovoga Zakona poduzete bez naloga istražnog suca ili je postupljeno protivno odredbi članka 180...“. Zakon o kaznenom postupku nadovezuje nedopuštenost uporabe u kaznenom postupku dokaza pribavljenih nezakonito određenim posebnim izvidnim mjerama i time zaštićuje spomenuta ustavna prava građana u inače dopuštenoj primjeni posebnih izvidnih mjera.

9. No, podnositelj nije taj prigovor iz ustavne tužbe iznio niti na glavnoj raspravi pred prvostupanjskim sudom niti u žalbi na presudu (v. gore točke 2. i 5.) nego po prvi put u ustavnoj tužbi. Štoviše, on ga nije koristio niti u drugim, posebnim pravnim sredstvima koja Zakon o kaznenom postupku pruža okrivljeniku tijekom postupka za osporavanje valjanosti dokaza koji se unose u spis predmeta. Iz spisa predmeta pred prvostupanjskim sudom vidljivo je da podnositelj nije koristio zahtjev za izdvajanje zapisnika o nezakonitim dokazima i službenim zabilježkama policije tijekom istrage - na čijem je kraju istražni sudac po službenoj dužnosti, rješenjem broj: Kio-US-3/04 od 22. ožujka 2004., izdvojio (članak 78. stavak 1.) određene policijske dokaze iz policijskih izvida koji su prethodili istrazi. Također, podnositelj je mogao protiv optužnice USKOK-a, broj: UK-18/04 od 9. travnja 2004., podnijeti prigovor te osporiti zakonitost naloga o određivanju posebnih

izvidnih mjera, o kojem bi odlučilo izvanraspravno vijeće prije glavne rasprave (članak 274. stavak 4.) i eventualno izdvojilo nezakonite dokaze, ali to nije učinio.

Tim propustima podnositelj je bitno umanjio mogućnost redovnih sudova da reagiraju na povredu zakona (gore točka 8.1.) koju je istaknuo tek u ustavnoj tužbi. Zakon o kaznenom postupku u članku 379. stavku 1. doduše propisuje da drugostupanjski sud mora po službenoj dužnosti ispitati postojanje nekih bitnih povreda kaznenog postupka, među kojima i one iz članka 367. stavka 2., koji se odnose na uporabu nezakonitih dokaza. No, ta dužnost ne može biti neograničena: kada je, naime, u konkretnom slučaju, žalba podnositeljeva branitelja istakla prigovor pobijanja prvostupanjske presude po osnovi nezakonitih dokaza, ali se pri tome ograničila samo na isticanje zabranjene provokacije na kazneno djelo, odnosno povredu odredbe članka 180. stavka 5. Zakona o kaznenom postupku (gore točka 5.3.), onda je u takvoj procesnoj situaciji drugostupanjski sud izgubio legitimnu osnovu proširivanja prigovora nezakonitosti dokaza, jer bi time prekršio načelo stranačke dispozitivnosti u žalbenom postupku. Njega utvrđuje Zakon o kaznenom postupku izričajem spomenutog članka 379. stavka 1., koji glasi: “Drugostupanjski sud ispituje presudu u onom dijelu u kojem se pobija žalbom i iz osnova iz kojih se pobija.“. Premda poštivanje prava čovjeka i vladavina prava, kao najviše vrednote ustavnog poretka, Republici Hrvatskoj i njezinim državnim (pravosudnim) tijelima nalažu stalnu dužnost da skrbe za točnost presuda njezinih sudova u pogledu rješavanja pravnih pitanja – u koja neprijeporno spadaju i pitanja zakonitosti pribavljanja i uporabe dokaza u kaznenom postupku – ipak se načelo stranačke dispozitivnosti u određenom dijelu kaznenog postupka, kako ga je ustanovio zakonodavac, ne smije ograničiti ekstenzivnim tumačenjem navedene dužnosti sudova niti se pred Ustavnim sudom ustavnopravnim tumačenjem zakonskih normi može određivati – proširivati ili sužavati - koncept stranačke autonomije kojeg zakonodavac zastupa u konstrukciji (sudskog) kaznenog postupka.

10. Stoga Ustavni sud ocjenjuje da navedenim propustom podnositelj nije iscrpio dopušteni pravni put u dijelu svojih prigovora prvostupanjskoj i drugostupanjskoj presudi. No, kako je ustavnu tužbu razmotrio u cijelosti, imajući u vidu i druge iznesene razloge koje je ocijenio neosnovanima, nije ju na temelju članka 72. Ustavnog zakona u tom dijelu odbacio kao nedopuštenu nego je, utvrdivši da osporenim presudama podnositelju nije povrijeđeno ustavno pravo zajamčeno člankom 29. stavkom 4. Ustava, kao niti ustavno pravo na pravično suđenje zajamčeno odredbom članka 29. stavka 1. Ustava, na temelju odredbi članaka 73. i 75. Ustavnog zakona, odlučio o ustavnoj tužbi u cijelosti kao u izreci.”

U sljedećem je pravoriijeku USRH ukazao na zakonitost (valjanost) zapisa – privatne snimke dviju osoba, uz obostranu suglasnost.¹⁹

“Naime, u tijeku kaznenog postupka, Županijski sud je, rješenjem od 5. rujna 2002., odbio prijedlog branitelja podnositelja i četvrtooptuženika da se ta kazeta izdvoji iz spisa, kao nezakonit dokaz. To rješenje Županijskog suda potvrdio je

¹⁹ USRH, U-III-2710/2004, od 21. rujna 2006. – izvorno.

Vrhovni sud Republike Hrvatske, rješenjem broj: I Kž-808/02-5 od 22. listopada 2002. godine. Sudovi su utvrdili da predmetna kazeta ne predstavlja nezakonit dokaz u smislu odredbe članka 9. stavka 2. Zakona o kaznenom postupku ("Narodne novine", broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02. i 143/02., u daljnjem tekstu: ZKP), odnosno dokaz na kojem se ne može temeljiti sudska presuda u smislu članka 78. stavka 1. ZKP. Sudovi su naime utvrdili da je do predmetnog razgovora I. D. i S. R. došlo u studenom 1991. kada je S. R. obnašao dužnost pomoćnika ministra unutarnjih poslova, zaduženog za krim. policiju, a I. D. dužnost načelnika Policijske uprave Gospića. Do razgovora je došlo na inicijativu I. D., koji je, s obzirom na svoju funkciju, želio upoznati višepozicioniranog djelatnika redarstvenih vlasti s podacima i događanjima na terenu u Gospiću, posebno o nestanku i likvidaciji civilnih osoba, pa je taj razgovor sniman na audio kazetu na prijedlog S. R. i uz suglasnost I. D. Vrhovni sud je ocijenio da je iz ovakvog stanja stvari jasno da je I. D., kao načelnik PU Gospić, imao sve ovlasti, operativnim radom i sukladno svojim ovlastima, provesti kriminalističku obradu u pravcu utvrđivanja kaznenih djela i počinitelja, što znači da postupa u smislu članka 177. ZKP, dok S. R. u okviru svog statusa i položaja te ovlasti nije imao, ali je mogao narediti da se takve neposredne operativne radnje provedu.

Stajalište je sudova da se ne radi o obavijesnom razgovoru u smislu članka 177. stavka 2. ZKP, prema kojoj su redarstvene vlasti ovlaštene, u okviru kriminalističke obrade, pozivati građane radi davanja obavijesti o kaznenom djelu i počinitelju. Vrhovni sud je pritom zauzeo stajalište da dikcija te zakonske odredbe ne predviđa da bi se takav razgovor mogao voditi između dvaju rukovodećih djelatnika redarstvenih vlasti kao što je konkretan slučaj. U konkretnom slučaju razgovor nije vođen u okviru kriminalističke obrade u smislu članka 177. stavka 2. ZKP niti je predstavljao podnošenje kaznene prijave protiv nepoznatih odnosno poznatih počinitelja kaznenih djela, već se radilo o konzultativnom razgovoru radi upoznavanja s aktualnim stanjem na terenu u svezi s nestankom i likvidacijom pojedinih civilnih osoba.

Budući da je sporna kazeta snimljena uz suglasnost obaju sugovornika, sudovi su ocijenili da se ista ne može smatrati nezakonitim dokazom u smislu članka 9. stavka 2. ZKP, jer ni jednom od sudionika razgovora nisu povrijeđena prava zajamčena Ustavom ili međunarodnim pravom, niti je kazeta pribavljena povredom odredaba kaznenog postupka.

Zaključak je sudova da ta kazeta predstavlja dokument koji je podoban da se izvede kao dokaz u kaznenom postupku i podvrgne ocjeni suda kao i svi drugi dokazi koji su od relevantnog utjecaja na donošenje sudske odluke."

5. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA (ESLJP)

ESLJP se izjašnjavao i u predmetima u kojima su iznesene tvrdnje da prikupljanje i korištenje osobnih podataka ili prisluškivanje fizičkih osoba od strane državnih tijela nije u skladu s odredbama članka 8 (1) Konvencije – pravom na poštovanje privatnosti, prepiske i/ili doma.

U dva predmeta, *Klass i drugi protiv SR Njemačke* (1978.)²⁰ i *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1984.),²¹ podnositelji zahtjeva tvrdili su da su njihova prava na privatni život i prepisku (opisana u istom predmetu kao pravo na sve oblike privatnog komuniciranja) po članku 8. prekršena tajnim prisluškivanjem tijekom kaznenog postupka. U prvom predmetu ESLJP je utvrdio da je zapadnonjemački zakon o prisluškivanju dostatno precizan i da je postupak kojim se osigurava da su sve mjere prikupljanja informacija u skladu sa zakonom dovoljno striktan da bi bili ispunjeni zahtjevi zakonitosti prema članku 8 (2). ESLJP je utvrdio da potreba države da se zaštiti od “neposrednih opasnosti” koje prijete “slobodnom demokratskom ustavnom poretku”, predstavlja zakoniti cilj države po odredbi o ograničenju koje je “potrebno u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti i radi sprječavanja nereda i kaznenih djela”. Konačno, ESLJP je našao da je spomenuti postupak dovoljan da osigura da mjere države ostanu u srazmjeru s tim zakonitim ciljevima.

U predmetu *Malone* riječ je bila o istim pitanjima kao i u predmetu *Klass*. Tu se ESLJP trebao izjasniti o zakonitosti policijskog prisluškivanja telefonskih razgovora i uspostavljanju “registra” telefonskih brojeva pozvanih s određenog telefona. Sud je utvrdio da je propis Ujedinjenog Kraljevstva kojim se regulira prisluškivanje telefonskih razgovora, previše nejasan da bi odgovorio standardu “suglasnosti sa zakonom”:

“Bilo bi suprotno vladavini prava kada bi se diskrecijska sloboda, dana izvršnoj vlasti, izražavala kao neobuzdana moć. Slijedi da zakon mora dovoljno jasno ukazati na granice takove diskrecijske slobode dane nadležnim tijelima i na način njenog korištenja, imajući u vidu zakoniti cilj određene mjere, da bi se pojedincu pružila odgovarajuća zaštita od samovoljnog miješanja.”

ESLJP je nadalje utvrdio da, iako je registriranje telefonskih poziva, za razliku od prisluškivanja, uobičajeno u poslovnoj praksi, dostavljanje takvih podataka policiji, bez zakonskog reguliranja ili suglasnosti osoba čiji se razgovori bilježe, predstavlja neopravdano miješanje u privatnu sferu po članku 8. Sud je utvrdio da su i prisluškivanje i registriranje u ovom predmetu bili suprotni zahtjevu zakonitosti, te je smatrao da nije potrebno da se upušta u to jesu li ove mjere bile “potrebne u demokratskom društvu”.

U predmetima *Huvig protiv Francuske* (1990.)²² i *Kruslin protiv Francuske* (1990.),²³ činjenice su bile slične kao u predmetu *Malone*. U oba slučaja ESLJP je utvrdio da propisi i praksa u Francuskoj nisu u skladu s uvjetom zakonitosti iz članka 8. ESLJP je kršenje članka 8. utvrdio i kada je građanin tajno snimao telefonske razgovore uz pomoć visoko pozicioniranog djelatnika policije (*A. protiv Francuske* (1993.))²⁴ i kada je policija prisluškivala telefonske pozive zaposlenog

20 Zahtjev br. 5029/71, od 6. rujna 1978., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

21 Zahtjev br. 8691/79, od 2. kolovoza 1984., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

22 Zahtjev br. 11105/84, od 24. travnja 1990., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

23 Zahtjev br. 11801/85, od 24. travnja 1990., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

24 Zahtjev br. 14838/89, od 23. studenog 1993., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

u policijskoj upravi (*Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1997.)).²⁵ U ovom posljednjem predmetu, ESLJP nije prihvatio vladin argument da je policija imala pravo prisluškivati telefone u njihovim vlastitim prostorijama bez prethodnog dobivanja naloga, utvrđujući da je ta praksa nezakonita u smislu Konvencije.

ESLJP, u načelu, ostavlja državama jako široko polje slobodne procjene pri prikupljanju i korištenju podataka izvan kaznenog postupka. U predmetu *Leander protiv Švedske* (1987.),²⁶ podnositelj zahtjeva se žalio jer je država prikupila tajne podatke o njemu i koristila se njima da bi mu uskratila pristup državnoj službi.

ESLJP je utvrdio da je detaljnost odgovarajuće uredbe u skladu sa zahtjevom zakonitosti. Nalazeći da članak 8. nije povrijeđen, također je zapazio da se EKZLJP-om ne jamči pravo stupanja u javnu službu te da mjere koje je država poduzela u ovom predmetu “*ne predstavljaju prepreku vođenju privatnog života po slobodnom izboru*” podnositelja zahtjeva.

Ovdje valja ukazati na odredbu članka 8. EKZLJP-a, koja, u bitnom propisuje mogućnost dopuštenog zadiranja u pravo na poštovanje privatnog života i tajnosti dopisivanja uz kumulativno ispunjenje sljedećih pretpostavki:

- a) da je isto propisano nacionalnim zakonom,
- b) da je isto nužno u demokratskom društvu 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.

U mnogobrojnim odlukama ESLJP je pružio zaštitu tajnosti telefonskog komuniciranja zaštićenog odredbom članka 8. EKZLJP.²⁷

O nedostatku zakonske osnove za provođenje opisanih mjera sud je zauzeo stav u predmetu *Satik protiv Turske*²⁸ te je izrekao:

“57. U konkretnom slučaju, Vlada se oslanja na članke 4. i 6. Zakona br. 2937 kao pravnoj osnovi prisluškivanja i snimanja podnositeljevih telefonskih razgovora i tvrdi da su sporne mjere bile opravdane u uvjetima za zaštitu nacionalne sigurnosti. Međutim, Sud je već utvrdio da u vrijeme činjenica koje su dovele do ove prijave nije bilo domaćih zakona koji su regulirali telefonsko prisluškivanje i snimanje (vidjeti *Ağaoğlu protiv Turske*, br. 27310/95, § § 54-55, 06. prosinac 2005.). Tako je nedostatak pravne osnove za takvo uplitanje dovelo Sud do zaključka da je telefonsko snimanje koje je u pitanju bilo nezakonito pribavljanje dokaza, u okolnostima slučaja.”

O statusu trećeg (treće strane) koji se pojavio na prisluškivanom telefonskom broju ESLJP je iskazao svoje stajalište u dva bitna predmeta.

25 Zahtjev br. 20605/92, od 25. lipnja 1997., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

26 Zahtjev br. 9248/81, od 26. ožujka 1987., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

27 Primjerice, predmeti *Valenzuela Contreras protiv Španjolske*, zahtjev br. 27671/95, od 30. srpnja 1998., *Kruslin protiv Francuske*, zahtjev br. 11801/85, od 24. travnja 1990., *Lambert protiv Francuske*, zahtjev br. 23618/94, od 24. kolovoza 1998., *Kopp protiv Švicarske*, zahtjev br. 23224/94, od dana 25. ožujka 1998. i sl.

28 Zahtjev br. 36961/97, od 25. travnja 2002., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

U predmetu **Kopp protiv Švicarske**,²⁹ rečeno je:

“Prvo, nije na Sudu da nagađa u kojem je svojstvu gospodin Kopp imao prisluškovane svoje telefone, s obzirom na to da je on bio odvjetnik i svi telefoni njegovog odvjetničkog društva su bili nadzirani.

Drugo, prisluškiivanje i drugi oblici nadziranja telefonskih razgovora predstavlja ozbiljno miješanje u privatni život i korespondenciju i mora se u skladu s tim temeljiti na “zakonu” koji je osobito precizan. Bitno je imati jasna, detaljna pravila o materiji, pogotovo jer dostupna tehnologija neprestano biva sve sofisticiranija (vidi gore navedene presude u predmetima Kruslin i Huvig, str. 23, § 33, i str. 55, § 32).

S tim u svezi, Sud nipošto ne nastoji umanjiti vrijednost neke od zaštitnih mjera ugrađene u zakon, kao što je zahtjev u odgovarajućoj fazi postupka da nalog za nadziranje telefona tijela progona mora biti odobren od strane predsjednika optužnog odjela (vidjeti odjeljak 18 i 35 gore) koji je neovisan sudac, odnosno činjenicu da je podnositelj zahtjeva službeno obaviješten da su njegovi telefonski pozivi bili presretani (vidjeti odjeljak 25 gore).

73. Međutim, Sud primjećuje kontradikciju između jasnog teksta zakona koji štiti odvjetničku tajnu kada se odvjetnik nadzire kao treća strana i prakse koja se primjenjuje u predmetnom slučaju. Iako je sudska praksa uspostavila načelo, koje je uglavnom generalno prihvaćeno, da odvjetnička tajna obuhvaća isključivo odnos između odvjetnika i njegovih klijenata, zakon jasno ne propisuje kako, pod kojim uvjetima i po kome se mora činiti razlika između pitanja napose povezanih s odvjetničkim poslom prema uputama stranke u postupku i pitanja koja se odnose na aktivnosti drugačije od onih punomoćnika.

74. Iznad svega, u praksi je, najblaže rečeno, zapanjujuće da bi ovaj zadatak trebao biti dodijeljen službeniku pravnog odjela pošte, koji je član izvršne vlasti, bez nadzora od strane neovisnog suca, posebno u ovom osjetljivom području povjerljivih odnosa između odvjetnika i njegovih klijenata, koji se izravno tiče prava obrane.

75. Ukratko, švicarski zakon, bilo pisani ili nepisani, ne upućuje s dovoljno jasnoće na opseg i način ostvarivanja ovlaštenja vlasti u predmetnom pitanju. Shodno tome, gospodin Kopp, kao odvjetnik, nije uživao najmanji stupanj zaštite u skladu s načelom vladavine prava u demokratskom društvu. U tome je, stoga, došlo do kršenja članka 8.”

U predmetu **Bykov protiv Rusije**,³⁰ iskazao je:

“76. Sud ponavlja da izraz “u skladu sa zakonom”, ne samo da zahtijeva sukladnost s domaćim pravom, nego se odnosi i na kvalitetu tog prava, zahtijevajući da bude u skladu s načelom vladavine prava. U kontekstu tajnog nadzora od tijela javne vlasti, u ovom slučaju policije, domaće pravo mora osigurati zaštitu od proizvoljnog miješanja u pravo pojedinca na temelju članka 8. Štoviše, zakon mora biti dostatno jasan u svojim pojmovima kako bi pojedincima osigurao prikladnu

29 Vidjeti fusnotu 25

30 Zahtjev br. 4378/02, od 10. ožujka 2009., vidi na: <http://hudoc.echr.coe.int>

uputu o okolnostima i uvjetima pod kojima su tijela javne vlasti ovlaštena pribjeći takvim tajnim mjerama (vidi *Khan v. the United Kingdom*, br. 35394/97, § 26, ECHR 2000-V).

77. Sud nadalje primjećuje kako je Zakon o aktivnostima operativnih pretraga dopuštao da se „operativni eksperimenti“ provode kod istraživanja ozbiljnih zločina. Dok zakona nije definirao koje mjere takvi „eksperimenti“ uključuju, nacionalne vlasti su zauzele stav da u ruskom pravu nije postojao pravni sustav koji bi regulirao presretanje i snimanje privatnih komunikacija posredstvom uređaja za radio prijenos. Vlada je isticala da postojeći propisi o nadzoru telefona nisu primjenjivi na uređaje za radio prijenos i da se ne mogu proširiti na njih analogijom. Naprotiv, isticali su razliku navodeći da za uporabu uređaja za radio prijenos nije bilo potrebno sudsko odobrenje, jer ista tehnologija nije potpadala niti pod jedan postojeći propis. Prema tome, Vlada je smatrala da uporaba tehnologije koja nije naznačena u dijelu 8 Zakona o aktivnostima operativnih pretraga za nadziranje nije podložna formalnim pretpostavkama nametnutim zakonom.

78. Sud je opetovano držao da kada je u pitanju nadzor komunikacija za potrebe policijske istrage „zakon mora biti dostatno jasan u svojim pojmovima da građanima omogući prikladnu uputu o okolnostima i uvjetima u kojima su javne vlasti ovlaštene pribjeći tajnim i potencijalno opasnom miješanju u pravo poštivanja privatnog života i korespondencije“ (vidjeti *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2. kolovoza 1984., § 67, Serija A, broj 82). Napose, da bi se poštovao zahtjev „kvalitete prava“, zakon koji određuje diskreciju mora odrediti opseg te diskrecije, iako detaljne procedure i uvjeti koji se moraju uvažavati ne moraju nužno biti inkorporirani u pravila materijalnog prava. Stupanj preciznosti „zakona“ u ovom pitanju će zavisiti o konkretnom slučaju. S obzirom na to da u u praksi implementacija mjera tajnog nadzora komunikacija nije podložna nadzoru pojedinca kojeg se tiče niti javnosti uopće, bilo bi oprečno načelu vladavine prava da pravna diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti – ili sucu – bude izražena u okvirima neograničene moći. Posljedično, zakon mora odrediti polje svake takve diskrecije prenesene na nadležne vlasti i način provođenja iste s dostatnom jasnoćom da pojedincu zajamči prikladnu zaštitu od arbitrarnog uplitanja (vidjeti, između ostalog, *Huvig protiv Francuske*, 24. travnja 1990., §§ 29 i 32, Serija A, broj: 176B; *Amann protiv Švicarske [GC]*, broj: 27798/95, § 56, ECHR 2000-II; i *Valenzuela Contreras protiv Španjolske*, 30. srpnja 1998., § 46, Izvješća o presudama i odlukama 1998-V).”

6. NAŠE STAJALIŠTE

Uzimajući u obzir sve prethodno navedeno može se zaključiti da pozitivno uređenje ZKP/97, ZKP/08 i ZKP/14 sadrži dvije temeljne vrste nezakonitih, odnosno pravno nevaljanih dokaza:

- 1) izravno pravno nevaljani dokazi – dokazi koji su *per se* nezakoniti, odnosno suprotni određenim kaznenoprocenim, drugim zakonskim, ustavnim ili međunarodnopravnim pravilima te

- 2) neizravno pravno nevaljani dokazi – dokazi koji sami po sebi nisu nezakoniti, odnosno pravno nevaljani, ali je način njihova pribavljanja suprotan određenim pravilima sadržanim u, Ustavu, međunarodnom ugovoru ili bitnim povredama ZKP-a.

Dokazne zabrane predstavljaju pravila po kojima se, s jedne strane, određena dokazna sredstva načelno isključuju od uporabe u kaznenom postupku te se neki izvori dokaza iz određenih razloga koji se svode bilo na njihovu neetičnost, striktnu zakonsku zabranjenost, odnosno njihov kriminalni karakter (primjerice, tortura, narkoanaliza i sl.), bilo na njihovu nedovoljno potvrđenu pouzdanost (primjerice, poligraf, odnosno detektor laži, hipnoza, i sl.), ne mogu rabiti za utvrđivanje činjenica u kaznenom postupku, niti se na njima može zasnivati odluka suda kojom se rješava predmet kaznenog postupka. S druge strane, isto vrijedi za dokazna sredstva i izvore dokaza koji su načelno, inače dopušteni u kaznenom postupku, ali njihovi rezultati zbog određenih propusta u njihovom dobivanju odnosno u korištenju tih dokaznih sredstava (ekscesna realizacija dokaznih sredstava), nemaju potreban dokazni kredibilitet i ne mogu poslužiti kao temelj za donošenje odluke o predmetu postupka.

Prva grupa dokaznih zabrana istovremeno su zabrane apsolutnog karaktera jer nikada određene metode ne mogu biti legalna dokazna sredstva pa se tako, primjerice, ni pod kojim uvjetima iskaz dobiven mučenjem ne može dokazno koristiti, a pored toga osoba koja je primijenila torturu, odnosno iznuđivala iskaz, morala bi i kazneno odgovarati.

Druga grupa zabrana je relativnoga karaktera, jer se tu radi inače o zakonom dopuštenim dokaznim sredstvima, ali se dokazi njima ostvareni ne smatraju podobnim za korištenje u kaznenom postupku te se u dokaznom smislu potpuno procesno isključuju, jer su tijekom njihova izvođenja, odnosno pribavljanja, napravljeni određeni teški propusti i pogreške, bilo da su one plod namjernog, odnosno nestručnog rada ili su, čak, proizašle iz nekih zlouporaba subjekata postupka. To bi, primjerice, bilo kada bi se osumnjičenik/optuženik u nekim od slučajeva obvezne stručne obrane, ispitao bez prisutnosti branitelja i u tom slučaju, njegov iskaz ne bi imao nikakav dokazni kredibilitet u kaznenom postupku.

U znanosti kaznenog postupovnog prava ne postoji sasvim jedinstvena terminologija o dokaznim zabranama, ali pod općim pojmom dokaznih zabrana, treba podrazumijevati sve pravne norme koje sadrže ograničenja za izvedbu određenih dokaza u kaznenom postupku, a one se mogu podijeliti na dvije temeljne grupe:

- 1) zabrana korištenja određenih dokaza i dokaznih sredstava;
- 2) zabrana vrednovanja određenih dokaza, odnosno zabrana korištenja rezultata nekih dokaznih sredstava.³¹

31 Berislav Pavišić *et al.*, Kazneno postupovno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 3. izd., Rijeka, 2010., str. 66. do 70, 274., 308. do 314. i 328. do 330.

Primjerice mučenje kao zabranjena metoda ili korištenje nekih kemijskih sredstava kojima se djeluje na volju osobe koja se saslušava, spadaju u zabranjena dokazna sredstva te su i dokazi pribavljeni tim dokaznim sredstvima zabranjeni. Za drugu grupu dokaznih zabrana karakteristično je da se oni mogu načelno uporabiti, ali se ne mogu dokazno vrednovati, odnosno na njima se ne može zasnovati sudska odluka.

Kazneno postupovna mjera (ili procesnopravna posljedica) zbog neuvažavanja zakonskih zabrana tijekom pribavljanja i izvođenja dokaza (ili zbog dobivanja iskaza na zakonom zabranjen način) je uvijek ista: na takvom iskazu (tj. dobivenom priznanju ili izjavi) ne može se zasnivati sudbena odluka.

Ovaj tipičan nedostatak dokaza koji je pribavljen i izvođen na zakonom zabranjen način prisutan je tijekom cijelog kaznenog postupka i nije moguća naknadna konvalidacija takvog dokaza. Zbog toga bi bila učinjena apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog postupka ako bi sud svoju odluku utemeljio na ovako pribavljenom dokazu.

Da bi neki dokaz bio nezakonit on mora biti pribavljen povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Republika Hrvatska ratificirala ili pribavljen važnim povredama procesnog zakona. Međutim, s nezakonitim dokazima izjednačeni su i dokazi koji su dobiveni na temelju nezakonitih dokaza. Do nezakonitosti u pribavljanju dokaza može se doći u bilo kojoj etapi postupka pribavljanja dokaza, tj. u bilo kojoj etapi dokazivanja. Navedene dokazne zabrane odnose se na sve vidove utvrđivanja činjenica, nezavisno o tome je li to utvrđivanje utemeljeno na iskazu ili opažanju (primjerice, o nezakonitom načinu pribavljanja dokaza govori se onda ako je očevid, koji se poduzima kada je za utvrđivanje neke važne činjenice u postupku potrebno izravno opažanje obavljen na tijelu osobe na način da teško vrijeđa njezino dostojanstvo).

Pojam nezakonitih dokaza otvara još jedno pitanje: smatra li kazneno-postupovno pravo nezakonitim svaki dokaz koji je pribavljen na nezakonit način kršenjem propisane forme prikupljanja i izvođenja dokaza. Odgovor mora biti negativan. Nezakonitim se smatraju samo oni dokazi kod prikupljanja ili izvođenja kod kojih je došlo do kršenja određenih procesnih formi koje znače zaštitu određenih temeljnih prava i sloboda građana, odnosno prava optuženog na obranu u kaznenom postupku, dakle, tzv. zaštitnih formi. Takav zaključak proizlazi iz definicije članka 10. stavak 2. ZKP/08 (ZKP/14). Drugo je pitanje je li ta zakonska definicija namjerno ili slučajno dala preuzak i neodređeni pojam nezakonitog dokaza, ostavljajući tako otvorenim neka teorijska i praktična pitanja te mogućnost izigravanja zabrane zasnivanja presude na nezakonitim dokazima.

7. ZAKLJUČNO

Međunarodni pravni akti, čini se opravdano, ne sadržavaju pravila po kojima bi se neki način pribavljanja dokaza mogao smatrati nezakonitim, već je to prepušteno isključivo domaćem pravu. U tom je smislu ESLJP postupajući na temelju odredaba EKZLJP-a pristupao rješavanju tog pitanja kazuistički. Ipak je postavio jedno čvrsto pravilo prema kojemu domaće kaznenopostupovno pravo, tijekom suđenja optuženom, mora jamčiti konkretno rješenje pitanja zakonitosti dokaza pribavljenih na nezakonit način ili povredom odredaba Konvencije. Prema tome, zakoniti dokazi su oni koji su autentični, pouzdani i relevantni, a odluku o tome donosi sud.

Konkretnije, a kada je u pitanju pravna valjanost (zakonitost) dokaza – tehničkih snimki s nadziranih uređaja u odnosu na treće osobe prema kojima ne postoji sudski nalog za primjenu posebnih mjera – oslanjajući se na prethodno izneseno, ali i standard (ne)zakonitosti uspostavljen pravorijecima ESLJP-a, komparativnom se analizom nameće zaključak kako je položaj hrvatskog kazneno – postupovnog sustava u istoj materiji bitno podnormiran.

Naime, iako je VSRH u tri citirane presude zauzeo stav o mogućnosti korištenja sadržaja tehničkih snimki prema trećima, ako su se našli u „sferi kriminalne aktivnosti“ osobe prema kojoj su mjere određene, a njihova kriminalna aktivnost koincidira bitnim obilježjima bića kaznenih djela iz kataloga inkriminacija za koje se posebne mjere mogu naložiti, odnosno u jednoj presudi bića kaznenog djela za koje je konkretna mjera naložena (što predstavlja znatno uži okvir primjene!), ostaje činjenica kako judikatura ESLJP-a od nacionalnih zakonodavstava, a ne nacionalnih sudova, zahtijeva jasno uređenje predmetne materije na način da se ne ostavljaju dvojbe ili vakumski prostori podložni tumačenjima u domeni očekivanog stupnja zaštite ljudskih prava, a između ostalih, i prava na privatnost uopće i privatnost općenja, u smislu odredbe članka 8. EKZLJPTS-a. Notorno jest da preciznije uređenje sadržaja, uvjeta i, što je najbitnije, dosega primjene posebnih mjera (posebnih izvida, posebnih dokaznih radnji), odredbe ZKP/97 i ZKP/08 (ZKP/14) jednostavno ne poznaju, slijedom čega se zakonodavna aktivnost u istom pravcu ukazuje nužnom, očekuje li se standard zaštite predviđen temeljnim nadnacionalnim aktima zaštite ljudskih prava.

Tako Stein³² zaključuje:

“Sudovi u Republici Hrvatskoj, čini se, nešto sporije recipiraju neke standarde interpretacije prava kakvi su određeni u razvijenim demokracijama zemalja Europske unije, a u ovom slučaju to se ponajprije odnosi na standarde interpretacije prava koji su izgrađeni kroz sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu u primjeni odredaba Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda usprkos činjenici da je Konvencija prema svojoj pravnoj snazi iznad hrvatskoga zakona.”

32 Stein, Josip, Rezultati prislušivanja kao nezakoniti dokaz u kaznenom postupku kroz praksu Europskog suda za ljudska prava, Novi Informator, br. 5903/10, Male stranice, Zagreb, 2. listopada 2010., str. 2.

U stručnoj javnosti, ali i u sudskim krugovima, najčešće se zanemaruje da je Republika Hrvatska potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju³³ prihvatila i pravnu obvezu usklađivanja domaćeg prava s europskom pravnom stečevinom.³⁴ Od 1. srpnja 2013. godine Republika Hrvatska je punopravna članica Europske unije te je obveza “*da nacionalni sud, koji je u okvirima svoje nadležnosti pozvan primijeniti odredbe prava Zajednice, ima obvezu priznati puni učinak tim odredbama (europskog prava - op. aut.), uskraćujući na vlastitu inicijativu, ako je potrebno, primjenu svake suprotne odredbe nacionalnog prava, čak ako je ona donesena i kasnije (od norme prava zajednice), te nije potrebno da sud traži ili čeka prethodno stavljanje izvan snage takve odluke zakona ili na drugi ustavom propisan način.*”³⁵

Ovdje moramo podsjetiti na odredbu članka 141. Ustava RH.³⁶

Hrvatski suci, prvenstveno, ali to se odnosi i na druge sudionike u pravosudnim postupcima, trenutkom članstva Republike Hrvatske u Europskoj uniji postaju i domaći suci, ali i europski suci te će se od njih očekivati da u svom radu poznaju i primjenjuju pravo Europske unije na identičan način na koji to čine njihove kolege suci država koje su već članice Europske unije. Stoga je vrlo važno da se suci već sada upoznaju s europskom pravnom stečevinom, ali i sa sudskom praksom ESLJP-a.

Dakle, ono što nas sve uskoro očekuje jeste da što prije prijedemo s tradicionalne (nacionalne) na europsku pravnu kulturu. Što prije to bolje - svima će nam biti lakše.

Ne upotrebljavajmo čekić tamo gdje možemo upotrijebiti odvijač!

33 Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/01, 1/05, 10/08, 1/10. Vidi i Rodin, Siniša, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 53. 3 - 4(2003), str. 591. do 613.

34 Vidi Glavu VI. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

35 Odluka Europskog suda pravde u predmetu Simmenthal II, predmet 106/77, dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=sl&jur=C,T,F&num=106/77&td=ALL> Vidi točku 24. odluke. Dakle, Sud je zauzeo stajalište da se valjanost prava Europske unije ne može ocjenjivati prema kriterijima nacionalnog prava, uključujući i kriterije temeljnih prava zajamčenih nacionalnim ustavima, već samo u kontekstu prava Europske unije kao neovisnog izvora prava.

36 “*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 su 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.*”

Summary

/NO/LEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS (SPECIAL REFERENCE TO MEASURES OF SECRET RECORDING OF TELEPHONE CONVERSATIONS AND THIRD IN THESE ACTIONS)

The paper deals with the issue of unlawful evidences within terms of Croatian criminal legal system providing brief overview of the basic principles and framework as defined by applicable legal sources, i.e. national procedural law, the Constitution and the European Convention. More precisely, it aims to analyse the validity of usage of contents gathered by means of covert recording of telephone conversation against the third party or the person against those specific measures have not been ordered, within the scope of the Art. 8. of European Convention and reasonable expectations in protection of basic rights of privacy and communication. These issues have been analysed through comparison of the national judiciary and basic rights protection standard brought by ECHR, concluding that certain changes in Croatian legislation (The Criminal proceedings act) will have to take place in order to comply with the highest standards developed.

Key word: *unlawful evidences, fruit of the poisonous fruit, measures secret taping, phone conversations, The Criminal proceedings act, The European Court of Human Rights, constitutional court, Supreme Court.*

Zusammenfassung

(IL)LEGALE BEWEISSICHERUNG IM STRAFVERFAHREN (SPEZIELLER BEZUG AUF DIE MASSNAHMEN DER GEHEIMEN AUFNAHME VON TELEFONGESPRÄCHEN UND EINES DRITTEN IN SOLCHEN HANDLUNGEN)

Diese Arbeit befasst sich mit der Frage der rechtswidrigen Beweise in Bezug auf das kroatische Strafprozessrecht. Ein kurzer Überblick wird über die Grundlagen und Rahmenbedingungen gegeben, die anhand geltender Rechtsquellen (des nationalen Verfahrensrechts, der Verfassung der Republik Kroatien und der Europäische Konvention) definiert sind. Der Zweck dieser Arbeit ist die Analyse der Gültigkeit der Inhaltsnutzung, die durch geheime Aufnahme von Telefongesprächen gegen einen Dritten gesammelt werden, d.h. eine Person gegen die eine solche spezifische Maßnahme ursprünglich nicht angeordnet wurde, und zwar im Rahmen der 8. Europäischen Konvention und den angemessenen Erwartungen über den Grundrechtsschutz des Privatlebens und der Kommunikation. Diese Fragen werden

anhand des Vergleichs der nationalen Justiz und des vom EGMR gebrachten Grundrechtsschutzstandards analysiert. Man gelingt zur Schlussfolgerung, dass bestimmte Änderungen in der kroatischen Gesetzgebung (der Strafprozessordnung) notwendig sind, wenn man die gesetzten Standards erreichen möchte.

Schlüsselwörter: *(Il)legale Beweissicherung, Früchte des giftigen Früchte, Massnahmen der geheimen Aufnahme, Telefongespräch, Strafprozessordnung, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Verfassungsgericht, Oberste Gerichtshof der Republik Kroatien.*

Riassunto

PROVE (IL)LEGALI NEL PROCEDIMENTO PENALE (UNO SGUARDO PARTICOLARE ALLE MISURE DI INTERCETTAZIONI TELEFONICHE SEGRETE ED AI TERZI IN TALI OPERAZIONI)

Il lavoro tratta delle questioni relative alle prove illegali nell'ambito del diritto processuale penale croato, illustrando brevemente i principi di base ed i fondamenti determinati dalle fonti giuridiche applicabili, ovvero dalla legislazione processuale, dalla Costituzione della Repubblica di Croazia e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali. In concreto, il senso del contributo è di analizzare la validità dell'utilizzo (utilizzabilità) dei contenuti raccolti mediante misure di intercettazioni telefoniche segrete nei confronti di soggetti terzi, ovvero persone nei confronti delle quali tali misure non erano inizialmente intraprese, e tutto ciò alla luce dell'articolo 8 della Convenzione europea ed alla luce delle giustificate aspettative di tutela del diritto fondamentale nell'ambito della vita privata e di relazione. Dette questioni sono state analizzate mediante la comparazione tra gli esiti dei giudizi nazionali e lo standard di base di tutela del diritto fondato sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, giungendo alla conclusione che si rende necessario intervenire sulla legislazione nazionale (Legge sul procedimento penale) ove s'intendano soddisfare i valori ivi stabiliti.

Parole chiave: *prove illegali, prodotto del frutto avvelenato, misure di intercettazione segreta, conversazioni telefoniche, Legge sul procedimento penale, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale, Corte suprema.*

NADLEŽNOST, NADLEŽNA TIJELA I POSTUPCI PREMA UREDBI (EU) BR. 650/2012 O NASLJEĐIVANJU

Dr. sc. Paula Poretti, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.65::061.1EU
Ur.: 18. ožujka 2016.
Pr.: 30. ožujka 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se iznose novine koje u području nasljeđivanja donosi provedba Uredbe br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju. Osobita se pažnja poklanja odredbama kojima je uređena nadležnost, tijela koja postupak provode kao i postupci koji će se provoditi u povodu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. U tom se smislu u prvom dijelu rada detaljno analiziraju odredbe koje vezano uz primjenu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju donose Provedbena uredba Komisije br. 1329/2014 od 9. prosinca 2014. o uspostavi obrazaca iz Uredbe br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju kao i odredbe hrvatskog Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. U drugom dijelu rada analizira se predmet C404/14 Matoušková v. Republika Češka te se upućuje na poteškoće u pogledu razgraničenja područja primjene Uredbe (EZ) br. 2201/2003 te Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju do kojih bi moglo doći u pojedinim predmetima s međunarodnim obilježjem.

Ključne riječi: nasljeđivanje, međunarodno obilježje, uredba o nasljeđivanju, javni bilježnik, postupak pred sudom, predmet C-404/14.

1. UVOD

Politika izgradnje Europske unije (dalje: EU) kao područja slobode, sigurnosti i pravde u kojem je osigurano slobodno kretanje osoba donošenjem mjera koje se odnose na pravosudnu suradnju u građanskim stvarima koje imaju prekogranične učinke, posebno kada su potrebne za ispravno funkcioniranje unutarnjeg tržišta u pozadini je odredbe čl. 81. st. 2. t. c Ugovora o funkcioniranju Europske unije¹

¹ Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćeni tekst), Službeni list C 326, 26.10.2012, str. 47-390.

(dalje: UFEU). U tom je smislu poduzimanje koraka k ostvarenju načela uzajamnog priznavanja presuda i drugih odluka pravosudnih tijela kao kamena temeljca pravosudne suradnje u građanskim stvarima naglašeno na sastanku Europskog vijeća u Tampereu 15. i 16. listopada 1999. godine, a provedba zacrtana Zajedničkim programom mjera Komisije i Vijeća za provedbu načela uzajamnog priznavanja sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima donesenima 30. studenoga 2000. godine. Tim je programom naglašen značaj izrade isprave koja se odnosi na oporuke i nasljeđivanje, što je i konkretizirano Haškim programom: jačanje slobode, sigurnosti i pravde u Europskoj uniji koji je donesen na zasjedanju Europskog vijeća u Bruxellesu 4. i 5. studenoga 2004. godine. S obzirom na zaključak Europskog vijeća da se uzajamno priznanje treba proširiti na područja poput nasljeđivanja, koji je sadržan u novom višegodišnjem Stockholmskom programu – otvorena i sigurna Europa u službi i zaštititi građana donesenom na sastanku u Bruxellesu 10. i 11. prosinca 2009. godine, radi uklanjanja prepreka slobodnom kretanju osoba koje se trenutačno susreću s poteškoćama u ostvarivanju svojih prava u kontekstu nasljeđivanja u predmetima s međunarodnim obilježjem donesena je Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju² (dalje: Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju). Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju primjenjuje se na sve građanskopravne aspekte nasljeđivanja, odnosno, sve oblike prijenosa imovine, prava i obveza zbog smrti, bilo dobrovoljnim prijenosom raspolaganjem imovinom zbog smrti, bilo prijenosom zakonskim nasljeđivanjem. U tu svrhu predviđene su odredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju ili, ako je to slučaj, prihvaćanju, izvršivosti i izvršavanju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju. Budući da bi se europskom potvrdom o nasljeđivanju koja je predviđena Uredbom br. 650/2012 o nasljeđivanju trebalo olakšati rješavanje nasljeđivanja s prekograničnim obilježjem na način da bi njome nasljednici, legatari, izvršitelji oporuke ili upravitelji ostavinom trebali moći na pojednostavljen način dokazati svoj status odnosno prava i ovlasti u drugoj državi članici, Provedbenom uredbom Komisije (EU) br. 1329/2014 od 9. prosinca 2014. o uspostavi obrazaca iz Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju³ uspostavljeni su obrasci kojima bi se trebala osigurati njezina

2 Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, Službeni list EU L 201, 27.7.2012, str. 107.–134. Posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19, vol. 010 str. 296 – 323.

3 Provedbena uredba Komisije (EU) br. 1329/2014 od 9. prosinca 2014. o uspostavi obrazaca iz Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, Službeni list L 359, 16.12.2014, str. 30-84.

ispravna, jednostavna i ujednačena primjena. Premda bi se Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju u hrvatskom pravu trebala izravno primjenjivati⁴, kao što je to slučaj i u drugim uredbama, i ovdje se na više mjesta upućuje na provedbene propise država članica, pa je u tom smislu donesen Zakon o provedbi Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju⁵ (dalje: Zakon o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). S aspekta postupovnog prava od osobitog su značaja odredbe Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju kojima je uređena nadležnost, nadležna tijela te postupci u povodu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. Stoga, prvi će se dio rada baviti analizom normativnog okvira u dijelu koji određuje nadležnost, nadležna tijela i postupke, a u drugom dijelu rada prezentirat će se predmet C404/14 *Matoušková v. Republika Češka*⁶ te s njim u vezi postavljeno pitanje Sudu pravde EU (dalje: CJEU) o tome treba li Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000⁷ (dalje: Uredba br. 2201/2003; Uredba Brisel II *bis*) tumačiti na način da je odobrenje sporazuma o raspodjeli nasljedstva koji za račun malodobnih potomaka sklopi skrbnik mjera koja se odnosi na izvršavanje roditeljske odgovornosti u smislu članka 1. st. 1. t. (b) Uredbe br. 2201/2003 i koja stoga potpada pod njezino područje primjene ili je takav postupak mjera koja se odnosi na nasljeđivanje u smislu članka 1. st. 3. t. (f) Uredbe br. 2201/2003, isključena iz njezina područja primjene, odnosno ulazi u područje primjene Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju.

2. NADLEŽNOST, NADLEŽNA TIJELA I POSTUPCI

2.1. Nadležnost

Sukladno odredbi čl. 4. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju opća nadležnost za odlučivanje o nasljeđivanju u cijelosti pripada sudovima države članice u kojoj je umrli imao svoje uobičajeno boravište u trenutku smrti. Države članice u smislu Preambule (82. i 83.) Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju su sve države osim Ujedinjenog Kraljevstva, Irske i Danske.

4 Usporedi čl. 288. st. 2. UFEU.

5 Zakon o provedbi Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, NN br. 152/14.

6 Predmet C404/14 *Matoušková v. Republika Češka*, ECLI:EU:C:2015:653.

7 Uredba Vijeća (EZ) br. 2201/2003 od 27. studenoga 2003. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću, kojom se stavlja izvan snage Uredba (EZ) br. 1347/2000, Službeni list L 338, 23/12/2003 P. 0001 – 0029.

Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju vodi računa o razlikama u uređenju pitanja nasljeđivanja u nacionalnom pravu država članica, osobito u pogledu ovlaštenja tijela nadležnih za postupanje. Stoga se pojam „sud“ kao tijelo nadležno za postupanje u pitanjima nasljeđivanja ima široko tumačiti kako bi se uz sudove obuhvatili i javni bilježnici, registarski uredi te drugi pravni stručnjaci koji u državama članicama odlučuju o pitanjima nasljeđivanja (arg. ex čl. 3. st. 2., Preambula 20). Budući da se pri određenju pojma „sud“ javne bilježnike, koji u određenim pitanjima nasljeđivanja vrše sudske funkcije ili u nekim državama vrše sudske funkcije kod nasljeđivanja na temelju prenesenih ovlasti od suda izjednačilo sa sudovima, opravdano se postavlja pitanje mogu li javni bilježnici sukladno odredbi čl. 267. st. 2. UFEU (bivši čl. 234. UEZ) podnijeti zahtjev za prethodnu odluku CJEU, ako se u postupku prilikom donošenja odluke pojavi pitanje vezano uz tumačenje europskog zakonodavstva. U ranijim je odlukama CJEU vezano uz to pitanje sugerirao da se ima preispitati udovoljavaju li javni bilježnici kriterijima utemeljenosti nadležnosti u odredbama zakona, stalnosti, nevisnosti, primjene zakona i djelovanja odluke *inter partes* te pretpostavkama koje predviđa odredba čl. 234. UEZ.⁸ Uzimajući navedeno u obzir moguće je zaključiti da bi javni bilježnici kao sudski povjerenici u smislu odredaba hrvatskog prava bili ovlašteni podnijeti zahtjev za prethodnu odluku CJEU, što proizlazi iz odredbe čl. 176. st. 1. i 4. Zakona o nasljeđivanju⁹ (dalje: ZN).¹⁰ U okviru predmeta C404/14 *Matoušková v. Republika Češka* nezavisna odvjetnica Kokott upozorila je na još jedan aspekt, vezan uz prirodu postupka, koji može dovesti u pitanje dopuštenost zahtjeva koji CJEU upućuje javni bilježnik koji postupa u ostavinskom postupku. Naime, postupak u okviru kojega se pojavilo pitanje radi kojega je upućen zahtjev za prethodnu odluku je ostavinski postupak koji se prema češkom pravu vodi prema pravilima izvanparničnog postupka. Premda se prema shvaćanju nezavisne odvjetnice Kokott radi o tzv. postupku „dobrovoljne nadležnosti“, okolnost da se zbog odbijanja Općinskog suda u Brnu (*Městský soud v Brně*) da se proglasi nenadležnim i odbijanja upućivanja predmeta Vrhovnom sudu (*Nejvyšším soudu*) pojavio spor u postupku opravdava donošenje odluke o dopuštenosti zahtjeva za prethodnu odluku koji je upućen.¹¹

Stoga bi, *argumentum per analogiam* trebalo zaključiti da bi i zahtjev za prethodnu odluku hrvatskoga javnog bilježnika ovlaštenog da vodi ostavinski postupak koji je sukladno odredbi čl. 175. ZN predviđen kao izvanparnični,

8 Predmet C-96/04 *Standesamt Stadt Niebül.* Usporedi predmet C-54/96 *Dorsch Consult* [1997] ECR I-4961.

9 Zakon o nasljeđivanju, NN br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15.

10 Za njemačko pravo izveden je istovjetan zaključak. Usporedi, Dutta, A., *Novo međunarodno nasljedno pravo Evropske unije - prvo čitanje Uredbe o nasljednom pravu*, Nova pravna revija, Sarajevo, 2/2013, str. 9-22, str. 10.

11 Usporedi Mišljenje nezavisne odvjetnice Juliene Kokott od 25. lipnja 2015. u predmetu C404/14 *Matoušková v. Republika Češka*, ECLI:EU:C:2015:428, t. 25-27.

nesporni, odnosno postupak tzv. „dobrovoljne sudbenosti“¹² (*jurisdictio non contentiosa*) također bio dopušten ako bi bio upućen u situaciji u kojoj zahtjevu javnoga bilježnika nije udovoljeno te je u pogledu toga nastao spor u postupku.

Uobičajeno boravište umrlog u vrijeme smrti sukladno odredbi čl. 4. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju kriterij je pomoću kojega se utvrđuje nadležnost suda za rješavanje nasljednih stvari s prekograničnim elementom. Pravila nacionalnog prava država članica primjenjuju se za utvrđivanje nadležnosti za rješavanje domaćih nasljednih stvari, s obzirom na to da odredba čl. 2. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju izričito predviđa da Uredba ne utječe na nadležnost tijela država članica za rješavanje o nasljednim stvarima. Pritom, iz tumačenja Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju nije jasno kako se određuje prekogranični element nasljednih stvari. Ako se slijedi shvaćanje iz pravne literature, potrebno je uzeti u obzir četiri određujuća elementa, sudove odnosno nadležna tijela, umrlu osobu, nasljedstvo te nasljednike.¹³

Ako se pođe od prakse CJEU vezano uz interpretaciju odredaba svih pravnih akata koji se temelje na odredbi čl. 81. UFEU te uzmu u obzir shvaćanja pravnih teoretičara, odredbe Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju se imaju tumačiti autonomno, odnosno na način da se odredbi ne učitava onaj sadržaj i smisao koji ona ima prema nacionalnom pravu nego imajući u vidu njezinu funkciju u postizanju onih zadaća radi kojih je donesen pojedini instrument europskog zakonodavstva.¹⁴ Tako je i izbor uobičajenog boravišta umrlog u trenutku smrti kao opće poveznice za potrebe utvrđivanja nadležnosti potrebno promatrati u kontekstu cilja kojega se usvajanjem Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju željelo ostvariti odnosno uklanjanja prepreka slobodnom kretanju osoba koje se trenutačno susreću s poteškoćama u ostvarivanju svojih prava u kontekstu nasljeđivanja koje ima prekogranične implikacije. Naime, napuštanje domicila (*lex domicilii*) i državljanstva (*lex patriae*), kao široko primjenjivanih kriterija unutar nacionalnih pravila o sukobu zakona i sukobu nadležnosti, podjednako, pravnih sustava *common law* i kontinentalnoeuropskog pravnog kruga dio je trenda imanentnog na EU razini, osobito izražen na području pravosudne suradnje u građanskim stvarima.¹⁵ Vezan je ponajprije uz procjenu da kriterij uobičajnog boravišta u većoj mjeri odgovara primjeni unutar EU, s obzirom na broj građana koji žive izvan države članice čiji

12 O pojmu dobrovoljne sudbenosti vidi Triva, S. i Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2004, str. 53. Usporedi Maganić, A. i dr., Izvanparnično pravo: s komentarom, primjerima obrazaca za praktičnu primjenu, sudskom praksom, bilješkama i zbirkom propisa, Zagreb, Vizura, 2015., 53-91.

13 Drličková, K. i Rohová, I., Habitual Residence as a Single Connecting Factor Under the Succession Regulation, u: Scientific Cooperations (ur.), Scientific Cooperations Workshops on Social Sciences, Ankara, Scientific Cooperations, 2015., str. 371-381., na str. 374.

14 Usporedi C-443/03 *Leffler*; C-386/05 *Color Drack*. Tako Dutta, A. op.cit., str. 9.

15 Usporedi Sturm, F. i Sturm, G., Das Europäische Nachlasszeugnis: Zum Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009., Zagreb, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, 1-2/2012, str. 331-358, na str. 340. Usporedi Atallah, M., The Last Habitual Residence of the Deceased as the Principal Connecting Factor in the Context of the Succession Regulation (650/2012), *Baltic Journal of European Studies*, vol. 5, 2/2015., str. 130-146., str. 135.

su državljani.¹⁶ Uobičajeno boravište, s obzirom na to da nije pravno definiran pojam, moguće je procjenjivati prema okolnostima svakog pojedinačnog slučaja te u tom smislu olakšava detekciju najprikladnijeg foruma za rješavanje spora te primjenu mjerodavnog prava. Uz to, pogodan je za slučajeve u kojima osobe imaju državljanstvo više država članica kao i slučajeve kada je riječ o osobama bez državljanstva, odnosno apatridima.¹⁷

U svrhu pojednostavljenja postupanja, osim za utvrđivanje nadležnosti, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđa kriterij uobičajenog boravišta za utvrđivanje mjerodavnog prava, uvodeći ga tako kao jedinstveni kriterij. Uobičajeno boravište najčešće se može uzeti i kao mjesto na kojemu se nalazi imovina umrlog ili barem njezin pretežiti dio. U tom je smislu za pretpostaviti da je europski zakonodavac uzeo u obzir iskustva dijela država članica koje za utvrđivanje prava mjerodavnog za nasljeđivanje primjenjuju kriterij mjesta gdje se nalazi imovina umrlog. O prednostima i nedostacima izbora uobičajenog boravišta kao kriterija za utvrđivanje mjerodavnog prava detaljnije će se govoriti u nastavku.

Vezano uz procjenu uobičajenog boravišta, iz Preambule (23) Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju proizlazi da će tijelo¹⁸ koje se bavi nasljeđivanjem biti u mogućnosti izvršiti ukupnu procjenu životnih okolnosti umrlog tijekom posljednjih godina njegovog života i u trenutku smrti, uzimajući u obzir sve relevantne činjenične elemente, posebno trajanje i stalnost prisutnosti umrlog u dotičnoj državi te uvjete i razloge za tu prisutnost. Na taj način utvrđeno uobičajeno boravište trebalo bi imati blisku i stabilnu vezu s dotičnom državom, uzimajući u obzir konkretne ciljeve Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. Očigledno, pri oblikovanja smjernica pomoću kojih se ima utvrđivati uobičajeno boravište imalo se u vidu presudu CJEU u predmetu C-523/07 A¹⁹ u kojoj je jasno podcrtano kako uobičajeno boravište nije moguće utvrditi isključivo na temelju fizičke prisutnosti osobe te je

16 Za razliku od Uredbe (EU) br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (preinačena), Službeni list EU, L 351, 20.12.2012, str. 1-32. (dalje: Uredba (EU) br. 1215/2012; Uredba Brisel I *bis*) koja još uvijek zadržava kriterij domicila pri određivanju nadležnosti, kriterij uobičajenog boravišta od početne primjene u okviru Haške konferencije o međunarodnom privatnom pravu (dalje: Haška konferencija) proširio se i na Uredbu br. 2201/2003, Uredbu (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze, Službeni list EU L 177, 4.7.2008., str. 109-119. (dalje: Uredba br. 593/2008; Uredba Rim I) te Uredbu Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja, Službeni list 7, 10.1.2009., str. 1-79. (dalje: Uredba br. 4/2009; Uredba o uzdržavanju).

17 Lamont, R. Habitual Residence and Brussels II *bis*: Developing Concepts for European Private International Family Law. *Journal of Private International Law*, vol. 3, 2/2007, str. 261-281., 263.

18 Nije posve jasno zbog čega se, primjerice, u Preambuli 23, 25 i 27 koristi pojam „tijelo“, a u Preambuli 26 i na drugim mjestima pojam „sud“, premda se govori o „tijelima koja se bave nasljeđivanjem“ za koja je odredbom čl. 3. st. 2. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđeno da su obuhvaćena pojmom „sud“.

19 Predmet C-523/07 A, ECLI:EU:C:2009:225.

u tom smislu ponudeno nekoliko kriterija, poput trajanja boravka u državi članici, uvjeta i razloga boravka, poznavanja jezika i drugog.

Istovremeno, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju vodi računa i o situacijama u kojima, unatoč predviđenim smjernicama, nije moguće bez poteškoća utvrditi uobičajeno boravište. Tako u Preambuli (24) za slučaj da je umrli zbog profesionalnih ili ekonomskih razloga otišao živjeti u inozemstvo kako bi tamo radio, ponekad dugo vremena, ali je zadržao blisku i stabilnu vezu sa svojom državom podrijetla, predviđeno je da bi se moglo i dalje smatrati, ovisno o okolnostima slučaja, da je umrli imao svoje uobičajeno boravište u svojoj državi podrijetla u kojoj je bilo središte interesa njegove obitelji i njegov društveni život. Drugi se primjer složenog slučaja tiče situacije u kojoj je umrli živio u nekoliko država naizmjenice ili je putovao iz jedne države u drugu, a da se nije stalno nastanio u bilo kojoj od njih. Sukladno Preambuli (24) ako je umrli bio državljanin jedne od tih država ili ako je imao svu svoju glavnu imovinu u jednoj od tih država, državljanstvo ili mjesto te imovine mogli bi biti poseban čimbenik u ukupnoj procjeni svih činjeničnih okolnosti.

Unatoč tome što se u okviru Preambule Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju nastojalo razriješiti potencijalne nejasnoće u interpretaciji kriterija uobičajenog boravišta, i dalje je potrebno uz prednosti, u usporedbi s primjenom kriterija domicila i državljanstva, imati na umu moguće nedostatke primjene kriterija uobičajenog boravišta, osobito ako se uzme u obzir neujednačenost u njegovu tumačenju država članica. Iz perspektive njemačkih pravnih teoretičara u čijem je pravnom sustavu uvriježena primjena kriterija domicila prilikom određivanja nadležnosti u prekograničnim sporovima u nasljednim stvarima, primjena kriterija uobičajenog boravišta suviše je nejasna te sudovima dodjeljuje značajan prostor za diskreciju odlučivanju.²⁰ Uz to, omogućuje oporučnom ostavitelju da namjerno promijeni boravište kako bi izbjegao primjenu prava koje bi trebalo biti primijenjeno. U isto vrijeme, pravo mjerodavno za nasljeđivanje kao pravo države uobičajenog boravišta ne mora nužno predstavljati pravo države s kojom je umrli bio u najvećoj mjeri povezan, čak suprotno može biti riječ o pravu kojega umrli nije niti poznavao.²¹

Nekoliko je argumenata moguće iznijeti kao odgovor na kritiku njemačkih teoretičara. U prvom redu, već spomenutu okolnost da se kriterij uobičajenog boravišta pri određivanju nadležnosti suda primjenjuje i u drugim europskim instrumentima na području pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Uz to, okolnost da uobičajeno boravište pretpostavlja određeni stupanj trajnije, kontinuirane povezanosti između umrlog i boravišta odnosno područja na kojemu se nalazi sud. Konačno, predviđeno osiguranje od zlorabe kriterija uobičajenog boravišta iz Preambule (25) Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju na način da se

20 Usporedi Dutta, A., op. cit. str. 10. Vidi još Kränzle, M., Heimat als Rechtsbegriff? Eine Untersuchung zu Domicile und gewöhnlichem Aufenthalt im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung, Mohr Siebeck, 2014., str. 271.

21 Usporedi Drličková, K. i Rohová, I., str. 378.

upozorava da se najbližoj vezi ne bi trebalo pribjegavati kao supsidijarnoj poveznici svaki put kada se utvrđivanje uobičajenog boravišta umrlog u vrijeme smrti pokaže složenim.²²

Uz opće pravilo, odredbom čl. 5. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđeno je pravilo o prorogaciji nadležnosti sukladno kojemu ako je umrli za uređenje svojeg nasljeđivanja u skladu s čl. 22. Uredbe br. 650/2012 izabrao pravo države članice čiji je državljanin, stranke na koje se to odnosi mogu se sporazumjeti da sud ili sudovi te države članice imaju isključivu nadležnost odlučivati o svim nasljednim stvarima. Iz toga proizlazi da se opće pravilo o nadležnosti suda uobičajenog boravišta umrlog neće primjenjivati samo ako se s izborom umrlog slože stranke u naknadnom postupku o nasljeđivanju te se pri tome sukladno odredbi čl. 5. st. 2. Uredbe br. 650/2012 o nadležnosti o prorogaciji sporazume u pisanom obliku, sporazum datiraju i potpišu, a jednakovrijedan pisani oblik jest i svako priopćenje elektroničkim sredstvima koja osiguravaju trajni zapis sporazuma. Pritom, trebalo bi uzeti da i priopćenja elektroničkim sredstvima trebaju zadovoljavati propisanu formu odnosno biti potpisana elektroničkim potpisom kako bi ih se smatralo jednakovrijednima.²³ Uredba br. 650/2012 o nadležnosti u pristupu slijedi ostale europske dokumente²⁴ koji strankama ostavljaju mogućnost izbora nadležnog suda. Istovremeno, osigurava da se primjenom ovog pravila ne narušava temeljna ideja prema kojoj sud države uobičajenog boravišta umrlog neće biti u poziciji da primjenjuje strano odnosno pravo druge države članice. Bitno je za napomenuti da *argumentum a contrario* iz odredbe čl. 5. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju proizlazi da je izbor mjerodavnog prava, od strane umrlog ograničen na pravo država članica te da izbor prava tzv. treće države neće biti od utjecaja na nadležnost suda. Hoće li i u kojoj mjeri odredba čl. 5. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju naići na primjenu u praksi ovisi u prvom redu o dostupnosti stranaka na početku postupka, ali i njihovoj spremnosti da postignu sporazum o prorogaciji.²⁵

Iz perspektive njemačke pravne teorije autonomija stranaka prilikom sporazumijevanja o nadležnosti u okviru Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju neprimjereno je ograničena idejom da prorogacija nadležnosti, kako to predviđa odredba čl. 5., treba poslužiti za onemogućavanje primjene stranog prava. Stoga, sugerira se šire tumačenje odredbe čl. 5. (i odredaba koje slijede) čime bi se odstupilo od ograničenja koje postavlja odredba čl. 22. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, a ako je umrli za života učinio izbor isključivo u pogledu dopuštenosti i materijalnopravne valjanosti raspolaganja u slučaju smrti sukladno odredbi čl. 24.

22 Ibid, str. 378-379.

23 Usporedi Popescu, D. A., Guide on international private law on succession matters, Alina Chițea - Onești: Magic Print, 2014, str. 34.

24 Usporedi mogućnosti izbora nadležnosti suda u drugim europskim instrumentima: odredba čl. 23. i 25. Uredbe br. 1215/2012 te odredba čl. 12 Uredbe br. 2201/2003.

25 Hess, B., Mariottini, C. i Camara, C., Regulation (EC) n. 650/2012 of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Brussels, European Parliament, 2012., str. 11.

st. 2. ili prema čl. 25. st. 3. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, i odstupanje od primjene kriterija uobičajenog boravišta.²⁶

U slučaju da je postupak započeo pred sudom nadležnim prema uobičajenom boravištu umrlog (arg. ex čl. 4.) ili sudom nadležnim sukladno pravilu o supsidijarnoj nadležnosti (arg. ex čl. 10.), a umrli je za uređenje svog nasljeđivanja izabrao pravo države članice u skladu s odredbom čl. 22., sud *može* odbiti nadležnost na zahtjev jedne od stranaka, ako ocijeni da su sudovi države članice izabranog prava u boljem položaju odlučivati o nasljeđivanju, uzimajući u obzir praktične okolnosti nasljeđivanja, poput uobičajenog boravišta stranaka i mjesta gdje se imovina nalazi (arg. ex čl. 6. t. a), a *mora* odbiti nadležnost ako su se stranke, sukladno pravilu o prorogaciji iz odredbe čl. 5., u postupku sporazumjele o prenošenju nadležnosti na sud ili sudove države članice izabranog prava (arg. ex čl. 6. t. b). Pravilom kojim se omogućuje sudu da odbije nadležnost u slučaju da je umrli izabrao pravo za uređenje svog nasljeđivanja ide se za tim da se održi temeljno pravilo o usklađenosti odnosno podudarnosti nadležnog suda i mjerodavnog prava.²⁷ Ono je osobito prikladno za situacije gdje umrli nije duže vrijeme živio u državi članici različitoj od države članice čiji je državljanin, a uz to vjerojatno je da se nasljednici umrlog nalaze u toj državi članici te da se nisu sporazumjeli o prorogaciji nadležnosti sukladno odredbi čl. 5. Uredbe br. 650/2012. No, istovremeno ne vodi računa o situacijama gdje je umrli kratko vrijeme živio u državi članici različitoj od države članice čiji je državljanin, a prije smrti nije izabrao pravo za uređenje svog nasljeđivanja, zbog čega će nasljednici umrlog koji žive u državi članici čiji je državljanin umrli postupak voditi u državi članici posljednjeg uobičajenog boravišta umrlog. U tom smislu, opravdana je primjedba da je izostanak odredbe o mogućnosti izravne suradnje između sudaca suda države članice uobičajenog boravišta i suda države članice čiji je državljanin umrli osjetan nedostatak jer bi se time značajno olakšala pravilna primjena odredaba čl. 6. i 8. Uredbe br. 650/2012.²⁸

U slučaju da je posljednje uobičajeno boravište umrlog bilo izvan država članica odnosno u tzv. trećoj državi, odredbom čl. 10. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđena je mogućnost uspostavljanja supsidijarne nadležnosti suda države članice u kojoj se nalazi imovina ostavine, ako je umrli imao državljanstvo te države članice u trenutku smrti (arg. ex čl. 10. st. 1. t. a) ili ako je umrli imao svoje prethodno uobičajeno boravište u toj državi članici, pod uvjetom da u trenutku

26 Dutta, A., op. cit., str. 12. Suprotno tome, Janzen, U., Die EU-Erbrechtsverordnung, Deutsche Notar – Zeitschrift, 7/2012, str. 484-493, str. 491.

27 Pravilo koje omogućuje da sud odbije nadležnost zbog procjene da je drugi sud prikladniji za vođenje postupka (forum *non conveniens*) imanentno je pravnim sustavima koji pripadaju *common law* pravnom krugu. Ipak, postupno pravilo svoju primjenu nalazi i u europskom zakonodavstvu iz područja pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Tako je odredbu u kojoj se primjenjuje pravilo forum *non conveniens* moguće pronaći i u odredbi čl. 15. Uredbe br. 2201/2003. Usporedi Hess, B., Mariottini, C. i Camara, C, loc. cit.

28 Usporedi Hess, B., Jayme, E. i Pfeiffer, T., Opinion on the proposal for a European regulation on succession law – Version 2009/157 (COD) of 16 January 2012, Brussels, European Parliament, 2012., str. 23.

kada je postupak pokrenut pred sudom nije proteklo više od pet godina od promjene tog uobičajenog boravišta (arg. ex čl. 10. st. 1. t. b). Ako se nadležnost suda u državi članici ne može uspostaviti sukladno odredbi čl. 10. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, sudovi države članice u kojoj se nalazi imovina ostavine svejedno imaju nadležnost odlučivati o toj imovini. Očigledno, kako bi se omogućilo da se za nasljednike umrlog postupak odlučivanja o nasljeđivanju provede u jednoj od država članica umjesto u tzv. trećoj državi i sukladno režimu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, odstupa se od kriterija uobičajenog boravišta za kojega se smatra da osigurava najbližu vezu između umrlog, suda i mjerodavnog prava te se kao relevantni kriterij za uspostavljanje nadležnosti uzima područje države članice gdje se nalazi imovina. Naime, iz dikcije odredbe jasno proizlazi da neovisno o tome što je umrli imao državljanstvo ili prethodno uobičajeno boravište u državi članici, nadležnost se neće uspostaviti ako na području te države članice nema imovine umrlog, bez obzira je li riječ o pokretnoj ili nepokretnoj imovini. Tome u prilog govori i okolnost da prilikom utvrđivanja nadležnosti, prednost se daje sudu države članice čije je državljanstvo umrli imao u trenutku smrti, *a tek ako to nije slučaj*. Nadležnost se uspostavlja prema prethodnom uobičajenom boravištu umrlog, uz uvjet da u trenutku kada je postupak pokrenut pred sudom nije proteklo više od pet godina od promjene tog uobičajenog boravišta ili ako za to nema uvjeta, prema mjestu gdje se nalazi imovina. No, dok u slučaju da se nadležnost uspostavlja prema državljanstvu ili prethodnom uobičajenom boravištu umrlog sudovi države članice u kojoj se nalazi imovina ostavine imaju nadležnost odlučivati o nasljeđivanju u cijelosti (tzv. potpuna nadležnost). Ako se uspostavlja prema mjestu gdje se nalazi imovina ostavine sudovi te države članice imaju nadležnost odlučivati isključivo o toj imovini, a ne o cjelokupnoj imovini ostavine (tzv. ograničena nadležnost) (arg. ex čl. 10.).²⁹

U slučaju da je umrli u trenutku smrti imao državljanstvo nekoliko država članica bit će potrebno utvrditi koji će sud biti nadležan za odlučivanje o ostavini, imajući u vidu praksu CJEU³⁰. Ako se ocijeni da više sudova udovoljava zahtjevima postavljenima odredbom čl. 10. st. 1. pa stranke istovremeno pokrenu postupak pred dva ili više sudova, odredba čl. 17. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđa da će svi sudovi, osim onog pred kojim je najprije započet postupak zastati s postupcima, po službenoj dužnosti, sve dok se ne utvrdi nadležnost suda koji je prvi započeo postupak.

Konačno, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđa pravilo o *forum necessitatis* kojim omogućuje da čak i u slučaju da se nadležnost sudova država članica ne može uspostaviti ni prema jednom od pravila Uredbe, sudovi države članice, u iznimnim slučajevima, mogu odlučivati o nasljeđivanju ako u trećoj državi s kojom je slučaj usko povezan postupak nije moguće pokrenuti ili provesti

²⁹ O tzv. potpunoj i ograničenoj nadležnosti u smislu odredbe čl. 10. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju vidi više Dutta, A., loc. cit., str. 11. Usporedi Adolphsen, Jens, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Springer Verlag, 2015., str. 309.

³⁰ Vidi više predmet C-168/08, Hadadi, ECLI:EU:C:2009:474.

u razumnim okvirima ili postupak u trećoj državi nije moguć (arg. ex čl. 11. st. 1.). Budući da slučaj mora u dovoljnoj mjeri biti povezan s državom članicom suda pred kojim je pokrenut postupak za pretpostaviti je da bi se i ovdje kao relevantan kriterij za uspostavljanje nadležnosti moglo uzeti državljanstvo ili prethodno uobičajeno boravište umrlog.

Ako se sukladno Uredbi br. 650/2012 o nasljeđivanju uspostavi nadležnost suda RH, mjesna nadležnost općinskog suda za provođenje ostavinskog postupka odredit će se primjenom odredaba ZN (arg. ex čl. 3. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). Iz toga slijedi da će mjesno nadležan biti sud na čijem je području ostavitelj u vrijeme smrti imao prebivalište (ostavinski sud) ili, ako ostavitelj u vrijeme smrti nije imao prebivalište u RH, sud na čijem je području ostavitelj u to vrijeme imao boravište (arg. ex čl. 177. st. 1. i 2. ZN). Ako ostavitelj u vrijeme smrti nije imao prebivalište ni boravište u RH, mjesno će biti nadležan sud na čijem se području nalazi pretežiti dio njegove ostavine u RH (arg. ex čl. 177. st. 3. ZN). U slučaju da se nijedan dio ostavine ne nalazi u RH mjesno je nadležan sud prema mjestu gdje je ostavitelj upisan u knjigu državljana (arg. ex čl. 177. st. 4. ZN)

U usporedbi s kriterijem domicila, nedvojbeno primjena kriterija uobičajenog boravišta postavlja više zahtjeve naspram suda da na temelju procjene svakog pojedinačnog slučaja odredi nadležnost.³¹

Nomotehničko rješenje predviđeno Uredbom br. 650/2012 o nasljeđivanju vodi računa da bi osnovno pravilo trebalo osigurati da nasljeđivanje uređuje predvidivo pravo koje je blisko povezano³² te u tom smislu usklađuje nadležni sud i mjerodavno pravo na način da bi, osim u slučajevima ako je umrli za pravo koje će uređivati njegovo nasljeđivanje odabrao pravo države članice čiji je bio državljanin, tijelo koje se bavi nasljeđivanjem trebalo bi primjenjivati vlastito pravo (arg. ex Preambula 27). Tako je odredbom čl. 21. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđeno da osim ako je drukčije predviđeno ovom Uredbom, pravo mjerodavno za nasljeđivanje u cijelosti pravo je države u kojoj je umrli imao svoje uobičajeno boravište u trenutku smrti.

U prilog ovako postavljenog rješenja uz razloge ekonomičnosti u postupanju, predvidivosti te pravne sigurnosti govori i izbjegavanje mogućnosti pribjegavanja primjeni odredbe čl. 35. Uredbe br. 650/2012 prema kojoj se djelovanje odredbe prava bilo koje države određene Uredbom može otkloniti ako bi to bilo očigledno nespojivo s javnim poretkom (*ordre public*) države suda.³³

31 Usporedi Driličková, K. i Rohová, I., loc.cit.

32 Vidi Preambula (37) Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju.

33 Ovo zakonodavno rješenje doprinosi olakšavanju pristupa sudu, naglašavajući jednostavnost i predvidljivost koje su temeljni ciljevi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. Okolnost da tijelo koje se bavi nasljeđivanjem primjenjuje vlastito pravo postupke čini jednostavnijim za vođenje, kratkotrajnijim i jeftinijim. Utvrđivanje i primjena stranog prava doprinosi odugovlačenju postupaka i povećava troškove. Hess, B., Mariottini, C. i Camara, C., op. cit., str. 14.

Kao izuzetak od općeg pravila, predviđeno je da ako je u trenutku smrti umrli bio očigledno bliže povezan s državom koja nije država čije bi pravo bilo mjerodavno kao pravo države u kojoj je umrli imao svoje uobičajeno boravište, pravo mjerodavno za nasljeđivanje je pravo te druge države (arg. ex čl. 21. st. 2.). Odstupanje od općeg pravila ovdje služi kako bi se osiguralo da se o nasljeđivanju odlučuje uz primjenu prava koje je najprikladnije, s obzirom na to da u određenim slučajevima primjena prava uobičajenog boravišta ne osigurava najbližu vezu umrlog i prava koje se ima primijeniti. To je osobito izraženo u onim slučajevima u kojima se umrli preselio u državu članicu neposredno prije smrti, premda je dugi niz godina živio u drugoj državi članici.³⁴

Pravo koje će u cijelosti urediti nasljedstvo osobe može sukladno njezinom izboru biti pravo države čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti (arg. ex čl. 22. st. 1.). Premda to ne mora nužno biti pravilo, za pretpostaviti je da će se u određenom broju slučajeva pravo države čiji je osoba državljanin u trenutku izbora biti istovjetno pravu države čiji je osoba državljanin u trenutku smrti. Premda se načelno poštuje autonomija volje osobe da prije smrti izabere pravo koje će u cijelosti urediti njezino nasljeđivanje, i tako odstupa od primjene općeg pravila o mjerodavnom pravu, izbor je ipak ograničen na pravo države čiji je osoba državljanin. Prema Preambuli (38) na taj način osim što se osigurava veza između umrlog i izabranog prava, ujedno se izbjegava da se pravo izabere s namjerom da se ne ostvare legitimna očekivanja osoba koja imaju pravo na nužni dio. U pravnoj literaturi to je protumačeno na način da se time omogućilo ostavitelju da izabere pravo države članice čiji je državljanin kod kojega uz ekonomsku vezanost bitan element čini i emocionalna komponenta.

Iz analize odredaba Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju kojima se uređuje nadležnost dade se zamijetiti još jedan značajni aspekt u pristupu europskog zakonodavca. Naime, Uredba koristi pojam „stranke“ koji je imanentan redovnom parničnom postupku, premda se dio pitanja nasljeđivanja u nacionalnim sustavima država članica rješava u izvanparničnoj proceduri. U smislu odredaba hrvatskog ZN, gdje je ostavinski postupak predviđen kao izvanparnični postupak, a strankama se smatraju nasljednici i zapisovnici te druge osobe koje ostvaruju pravo iz ostavine, to se ne čini problematičnim (arg. ex čl. 175. u vezi s čl. 179.). Ipak, hrvatska procesnopravna teorija razlikuje redovni parnični postupak od izvanparničnog postupka u pogledu sudjelovanja stranaka upravo na način da u parničnom postupku sudjeluju dvije stranke, a u izvanparničnom postupku može sudjelovati jedna stranka, ali i više sudionika. Za usporedbu, u njemačkom pravu, odredbom § 8 Nacrta izmjena postupaka u obiteljskim stvarima i stvarima izvanparnične sudbenosti³⁵ (dalje: Nacrt FGG-Reformgesetz) ne definira se pojam „stranke“ nego pojam „sudionici“ postupka. Negativnom definicijom predviđeno

³⁴ loc.cit.

³⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG), 16/6308, 07. 09. 2007.

je da se neće smatrati „sudionikom“ osoba koja se u postupku treba saslušati ili dati neku informaciju ako ne ispunjava opće zakonske preduvjete za sudionike.³⁶ Također, odredba § 345 Zakona o postupku u obiteljskim stvarima i stvarima izvanparnične sudbenosti³⁷ (dalje: FamFG), koja je smještena u dijelu općih odredaba kojima su regulirani postupci u pitanjima nasljeđivanja, umjesto pojma „stranke“ koristi pojam „sudionici“ u smislu odredbe § 7 Abs. 2. S. 1 istoga Zakona, uzimajući u obzir specifičnosti pitanja nasljeđivanja koja se, osim u parničnoj rješavaju i u izvanparničnoj proceduri. Imajući to u vidu, njemačka pravna teorija kritizira nekritičko preuzimanje pojmova iz Uredbe Brisel I procjenjujući kao neadekvatnu primjenu pojmova „stranke“ i „tuženi“. Problematičnost pa čak i neadekvatnost primijenjenog pristupa daje se uočiti kod odredaba poput one čl. 40. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, ako se tumači u kontekstu primjene u odnosu na privremenog skrbnika ostavine kojega se ne može smatrati „tužnikom“ nego isključivo sudionikom postupka.³⁸ U svjetlu navedenog, utemeljenom se može ocijeniti primjedba njemačke pravne teorije da se u Uredbi br. 650/2012 o nasljeđivanju ne razlikuje regulacija parničnog i izvanparničnog postupka.³⁹

2.2. Nadležna tijela

Kada je riječ o tijelima nadležnima za postupanje, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju u pristupu vodi računa o tome da se u postupovnom smislu sustavi nasljeđivanja država članica razlikuju, što i podcrtava u Preambuli (20). Stoga, pojam „sud“ pridaje široko značenje kako bi uz sudove pojam obuhvatio i tijela koja vrše sudske funkcije (javni bilježnici, registarski uredi) odnosno kod nasljeđivanja postupaju na temelju prenesenih ovlasti od suda (javni bilježnici, pravni stručnjaci). Iz pojma „sud“ isključena su ona tijela u državama članicama koja su sukladno nacionalnom pravu ovlaštena za pitanja nasljeđivanja, poput javnih bilježnika, ali ne vrše sudske funkcije (arg. ex Preambula 20). Prema odredbi čl. 3. st. 2. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju tijela država članica u postupanju trebala bi pružiti garancije prava na pravično suđenje, točnije kako je to predviđeno odredbom, garancije nepristranosti i prava svih stranaka na saslušanje. Protiv odluka koje takva tijela donesu trebalo bi biti moguće izjaviti pravni lijek (žalbu ili reviziju) te bi odluke trebale imati valjanost i učinak istovjetan odlukama pravosudnog tijela o istoj stvari (arg. ex čl. 3. st. 2. t. a i b). O tijelima i pravnim stručnjacima države članice će obavijestiti Komisiju na temelju čega će ona uspostaviti popis s relevantnim podacima (arg. ex čl. 3. st. 2. u vezi s čl. 79. st. 1.).

Imajući u vidu praksu u državama članicama vezano uz postupanja u stvarima nasljeđivanja, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju posebnu pažnju posvećuje

36 Usporedi Maganić i dr., op. cit., str. 79-80.

37 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), od 17. prosinca 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587).

38 Usporedi Dutta, A., op. cit. str. 19.

39 Vidi tako Dutta, A., ibid., str. 10. Usporedi Adolphsen, J., op. cit., str. 308.

postupanju javnih bilježnika. Tako se u Preambuli (21) pojašnjava da bi Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju trebala omogućiti svim javnim bilježnicima koji imaju ovlasti u nasljednim stvarima u državama članicama izvršavanje tih ovlasti. Konkretno, javni bilježnici u državi članici trebali bi biti vezani pravilima o nadležnosti ako u državi članici vrše sudsku funkciju, a njihove odluke trebale bi biti u optjecaju u skladu s odredbama o priznavanju, izvršivosti i izvršavanju odluka (arg. ex Preambula 22).

Budući da, kako je to već ranije spomenuto, uz općinski sud javni bilježnik kao povjerenik suda je tijelo nadležno za postupanje u ostavinskom postupku te poduzima sve radnje i donosi sve odluke osim onih za koje ZN propisuje drukčije, od toga se polazi i u Zakonu o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju te se u odnosu na postupanje javnog bilježnika kao sudskog povjerenika izravno upućuje na primjenu odredaba ZN (arg. ex čl. 11. st. 3.).

Ostavinski se postupak provodi kao izvanparnični postupak, a pritom odredbe Zakona o parničnom postupku ne primjenjuju se izravno, nego na odgovarajući način, odnosno na način da se vodi računa o specifičnostima toga postupka kao izvanparničnog postupka. Zakon o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, uz to što izrijekom predviđa koja su to nadležna tijela za vođenje određenih postupaka, precizira način na koji se ima postupati u pojedinim postupcima.

Za vođenje postupka u povodu zahtjeva za priznanje odluke donesene u drugoj državi članici u RH bit će nadležan općinski sud (arg. ex čl. 4. st. 1. Zakon o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). Premda odredba čl. 45. st. 1. predviđa da se zahtjev za proglašenje ovršnosti (izvršivosti) podnosi sudu ili nadležnom tijelu države članice izvršenja o kojima je ta država članica obavijestila Komisiju u skladu s čl. 78. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, iz diktije odredbe čl. 4. st. 2. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju gdje je predviđeno da će o zahtjevu u smislu čl. 45. st. 1., čl. 60. st. 1. i čl. 61. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju odlučivati općinski sud dade se zaključiti da je RH obavijestila Komisiju da je isključivo općinski sud (ne i nadležna tijela) ovlašten proglasiti ovršnost (izvršivost) odluka i javnih isprava donesenih odnosno sudskih nagodbi sklopljenih u drugoj državi članici.

Odredbom čl. 5. st. 1. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju uređena je nadležnost tijela za izdavanje ovjere odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi. Ovjeru za potrebe priznanja ili proglašenja ovršnosti (izvršivosti) odluke donesene u jednoj državi članici u drugoj državi članici kako to predviđa odredba čl. 46. st. 3. t. b Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju u RH izdaje općinski sud koji je odlučivao u prvom stupnju, odnosno javni bilježnik koji je donio odluku na koju se odnosi prijedlog za izdavanje ovjere. Kada je riječ o ovjeri javnih isprava sukladno odredbi čl. 59. st. 1. i čl. 60. st. 2. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju nadležan je sud, odnosno javni bilježnik koji je izdao javnu ispravu za koju se predlaže izdavanje ovjere. Za izdavanje ovjere sudske nagodbe iz čl. 61. st. 2. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju nadležan je sud pred kojim je sklopljena sudska nagodba.

Uz unificiranje pravila postupaka u stvarima nasljeđivanja, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju uspostavlja europsku potvrdu o nasljeđivanju koja

proizvodi učinke u državama članicama bez potrebe provođenja posebnog postupka. Njome se omogućuje nasljednicima, legatarima koji imaju izravna prava u nasljedstvu i izvršiteljima oporuka ili upraviteljima ostavinom koji se u drugoj državi članici moraju pozvati na svoj status ili izvršavati svoja prava kao nasljednici ili legatari i/ili svoje ovlasti kao izvršitelji oporuka ili upravitelji ostavinom da na temelju potvrde izdane na njihov zahtjev dokazuju svoj status ili pravo, pripadnost određene imovine koja čini dio ostavine nasljednicima ili legatarima te ovlasti za izvršavanje oporuke ili upravljanje ostavinom (arg. ex čl. 63. st. 1. i 2.). *A contrario*, od mogućnosti da podnesu zahtjev za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju isključeni su vjerovnici kojima bi ona mogla poslužiti za provođenje ovrhe nad imovinom ostavine. U njemačkoj doktrini još u vrijeme izrade konačnog teksta Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju sugerirano je da bi predviđeno rješenje trebalo dopuniti, a pritom su kao primjer uzete odredbe §§ 792 i 896 njemačkog Građanskog zakonika o procesnom redu⁴⁰ (dalje: ZPO) sukladno kojima je vjerovnik ostavitelja radi provođenja ovrhe nad imovinom iz ostavine nadležnom tijelu ovlašten podnijeti zahtjev za izdavanje potvrde o nasljedstvu.⁴¹

Budući da su sukladno odredbi čl. 7. st. 2. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju kao stranke u postupku povodom zahtjeva za izdavanje potvrde predviđene osobe navedene u čl. 63. st. 1. Uredbe (EU) br. 650/2012, iz čega slijedi da su i prema hrvatskom pravu od prava na podnošenje zahtjeva za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju isključeni vjerovnici, potrebno je preispitati ima li mjesta za proširenje kruga ovlaštenika na podnošenje zahtjeva za njezino izdavanje na način da se obuhvate i vjerovnici ostavitelja, kako to sugerira njemačka pravna teorija. Ako se pođe od toga da nasljednici, legatari koji imaju izravna prava u nasljedstvu i izvršitelji oporuka ili upravitelji ostavinom kao ovlaštenici na podnošenje zahtjeva za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju koriste Potvrdu kako bi dokazali određeno pravo (pravo na nasljedstvo, ovlasti za izvršavanje oporuke, upravljanje ostavinom) koje proizlazi iz njihova položaja u ostavinskom postupku, dvojbenim se čini isključenje vjerovnika od mogućnosti podnošenja zahtjeva za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju. Naime, prema shvaćanju hrvatske judikature „ostaviteljev vjerovnik, samo je sudionik u ostavinskom postupku, ali ne i stranka u ostavinskom postupku, premda je u njemu aktivno sudjelovao i to u povodu pravomoćno utvrđene novčane tražbine predlagatelja u odnosu prema ostavitelju. Naime, ostaviteljev vjerovnik (čl. 139. i 140. ZN), isto kao i izvršitelj oporuke (čl. 60. ZN), te skrbnik ostavine (čl. 128. ZN) i privremeni skrbnik ostavine (čl. 199. i 200. ZN), *nemaju položaj stranke u ostavinskom postupku, budući da isti ne ostvaruju nikakvo pravo na ostavinu* kao takvu jer ga niti nemaju, nego ostvaruju svoja prava i zahtjeve prema nasljednicima kao cjelini, koji su nastali u povodu pokretanja i vođenja ostavinskog postupka te sudjelovanja ovih osoba u nekim radnjama obavljenim u tijeku ostavinskog

40 Zivilprozessordnung od 5. prosinca 2005. (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), posljednje izmjene čl. 3. od 11. ožujka 2016. (BGBl. I S. 396).

41 Usporedi Sturm, F. i Sturm G., op. cit., str. 333.

postupka. Stoga, ovakvi sudionici u postupku su osobe različite od suda i stranaka, a koje u postupku ostvaruju neki svoj pravni interes sa zahtjevom da sud u njihovu korist, u povodu njihova sudjelovanja u postupku, donese neku određenu odluku. To bi bile u stvari tzv. treće posredno zainteresirane osobe kojima zbog postojanja nekog određenog interesa pripada pravo žalbe protiv onih odluka koje se na njih odnose.⁴² U svjetlu iznesenog shvaćanja, koje izjednačuje izvršitelje oporuke, privremene skrbnike ostavine i vjerovnike u pogledu svojstva u kojemu sudjeluju u ostavinskom postupku, nije posve jasno isključenje potonjih u mogućnosti podnošenja zahtjeva za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju.

Prema odredbi čl. 6. st. 1. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju nadležan je općinski sud ili javni bilježnik kao povjerenik suda. Pojedino će tijelo biti nadležno ako je pred njim u tijeku ili pravomoćno okončan ostavinski postupak. Pritom, za razliku od suda koji posjeduje izvorna ovlaštenja, ovlaštenje javnog bilježnika proizlazi iz povjerenog mu ovlaštenja za vođenje postupka i odlučivanje o zahtjevu za izdavanje potvrde suda (arg. ex čl. 6. st. 3. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju).

2.3. Postupci

U analizi dijela odredaba Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju kojima su regulirani postupci posebnu je pozornost potrebno posvetiti odredbama o novouvedenoj mogućnosti izdavanja europske potvrde o nasljeđivanju. Usprkos namjeri da se njezinim uvođenjem doprinese brzom, jednoobraznom, skladnom i učinkovitom rješavanju nasljeđivanja s prekograničnim elementom (arg. ex Preambula 67), podnošenje zahtjeva za izdavanje europske potvrde o nasljeđivanju predviđeno je kao mogućnost, a ne obveza stranaka. To jasno proizlazi iz Preambule (69) koja izjednačava europsku potvrdu o nasljeđivanju s drugim instrumentima predviđenima Uredbom, odnosno odlukom, javnom ispravom i sudskom nagodbom.

Budući da Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju upućuje na primjenu nacionalnih pravila u pogledu nadležnosti sudova i drugih tijela s nadležnošću u nasljednim stvarima, poput javnih bilježnika (arg. ex Preambula 70), sud odnosno javni bilježnik bit će ovlašteni za izdavanje Potvrde u hrvatskom pravnom sustavu (arg. ex čl. 6. st. 1. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). Strankama je podnošenja zahtjeva, a sudovima i javnim bilježnicima izdavanje Potvrde olakšano mogućnošću korištenja obrasca čije je uspostavljenje predviđeno u skladu sa savjetodavnim postupkom iz odredbe čl. 81. st. 2. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju (arg. ex čl. 65. st. 2. u vezi s čl. 67. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). Nakon primitka zahtjeva tijelo ga razmatra zajedno s dostavljenom dokumentacijom (izjave, isprave, dokaze). Uz obvezu obavještavanja stranaka o podnesenom zahtjevu sud odnosno javni bilježnik dužan je saslušati stranke, ako je

42 Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj Gžzp 317/2008-2 od 15. rujna 2009.

to potrebno za utvrđivanje elemenata koji se trebaju potvrditi, bilo koju uključenu osobu i bilo kojeg izvršitelja ili upravitelja i vrši javne objave radi davanje prilike drugim mogućim korisnicima za pozivanje na svoja prava (arg. ex čl. 66. st. 4. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). U hrvatskom pravu obavještanje i pozivanje stranaka javnom objavom provodit će se sukladno odredbama ZN o pozivanju oglasom, a rok za javljanje sudu, odnosno javnom bilježniku je dva mjeseca od objave oglasa u javnom glasilu »Narodne novine« (arg. ex čl. 7. st. 2. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju).

Ako su ispunjene pretpostavke za izdavanje Potvrde, općinski sud, odnosno javni bilježnik izdat će potvrdu na obrascu i dostavit će strankama ovjerenu presliku Potvrde. Pritom, izvornik ostaje kod općinskog suda ili javnih bilježnika. Specifičnim se čini ograničenje razdoblja u kojemu vrijedi ovjerena preslika Potvrde na šest mjeseci od njezinog izdavanja, nakon čega se može zatražiti produženje. Uz to, kao iznimka, predviđena mogućnost da općinski sud ili javni bilježnik odredi dulje razdoblje važenja (arg. ex čl. 70. st. 3.). To bi ograničenje trebalo poslužiti kao svojevrsna kontrola u primjeni Potvrde.⁴³

Ako je potvrdu izdao javni bilježnik dopušten je prigovor o kojem odlučuje općinski sud u postupku u kojemu se primjenjuju odredbe čl. 185. do 187. ZN o prigovoru protiv rješenja o nasljeđivanju. Također, zahtjev, zajedno sa spisom predmeta, javni bilježnik dostavit će općinskom sudu radi odlučivanja, ako utvrdi da nisu ispunjene pretpostavke za izdavanje potvrde. Javni bilježnik dužan je pisano obrazložiti zašto smatra da nisu ispunjene pretpostavke za izdavanje potvrde te izvijestiti podnositelja zahtjeva da je predmet upućen sudu (arg. ex čl. 7. st. 2., 3., 4. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju). Ako općinski sud odluči odbaciti ili odbiti zahtjev za izdavanje potvrde, rješenje o tome dostavit će se strankama (arg. ex čl. 7. st. 6. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju).

Sukladno odredbi čl. 7. st. 7. Zakona o provedbi Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju protiv Potvrde koju je izdao općinski sud, odnosno protiv rješenja općinskog suda kojim je odbacio ili odbio zahtjev za izdavanje Potvrde dopušteno je podnošenje žalbe. Županijski sud odlučivat će o žalbi uz primjenu odredaba čl. 188. i 189. ZN koje se odnose na postupak i odluke o žalbi protiv rješenja o nasljeđivanju.

Ostaje otvoreno može li općinski sud odnosno javni bilježnik ograničiti Potvrdu izdanu na temelju zahtjeva na imovinu unutar država članica na način kao što to može učiniti u postupku u kojem odlučuje o nasljeđivanju na zahtjev jedne od stranaka, ako se može očekivati da njegova odluka u pogledu tog dijela imovine neće biti priznata i, prema potrebi, proglašena izvršivom u trećoj državi (arg. ex čl. 12. u vezi s čl. 64. st. 1.). Doslovna interpretacija odredbe čl. 64. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju sugerira da općinski sud odnosno javni bilježnik to ne bi

⁴³ Usporedi Dutta, A., op. cit., str. 21. Isto tako Grubišić Đogić, N. Prekogranično pravo nasljeđivanja prema Uredbi broj 650/2012, Zagreb, Informator, br. 6370, str. 1-8., str. 7.

bili ovlašteni učiniti pri izdavanju Potvrde, a na istovjetan je način o tome zaključila i njemačka pravna teorija.⁴⁴

U praktičnom smislu nameće se pitanje kako će se razriješiti situacija ako se sudu istovremeno podnese javna isprava koju je sukladno pravilima nacionalnog prava izdalo tijelo u državi članici te Potvrda koju je izdalo tijelo u državi članici porijekla, a u ostalim državama članicama proizvodi istovjetan učinak, odnosno kojoj od isprava će sud dati prednost. Naime, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju uređuje izdavanje potvrde kao mogućnost, a ne obvezu pa u tom smislu niti ne propisuje da se prednost ima dati Potvrdi. Opravdano je za očekivati da će konačan odgovor na to pitanje dati CJEU, osobito ako se uzme u obzir podijeljenost stavova među pravnim teoretičarima i praktičarima, među kojima neki smatraju da bi svakako prednost imala Potvrda, prema drugima javna isprava tijela države članice, a neki čak smatraju da bi o tome koja bi isprava imala prednost trebalo prema okolnostima slučaja odlučiti tijelo pred kojim se postavilo pitanje autentičnosti navedenih isprava.⁴⁵ Među iznesenim shvaćanjima najprihvatljivijim se ipak čini prijedlog da se primjena Potvrde, u odnosu na javne isprave izdane u skladu s nacionalnim pravom država članica, primjenjuju isključivo u slučajevima odlučivanja o pitanjima nasljeđivanja s prekograničnim elementom, budući da bi se tako izbjegle dvojbe o tome kojoj bi se od isprava trebalo dati prednost.⁴⁶

3. PREDMET C404/14 MATOUŠKOVÁ V. REPUBLIKA ČEŠKA

S obzirom na to da je Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju među najnovijim europskim instrumentima iz područja pravosudne suradnje u građanskim stvarima te je u državama članicama u primjeni od 17. listopada 2015. godine, ne čudi da za sada CJEU još nije imao prilike razmatrati otvorena pitanja koja proizlaze iz tumačenja pojedinih odredaba Uredbe. Ipak, u kontekstu primjene Uredbe br. 650/2012 CJEU je značajnu odluku u povodu zahtjeva za prethodnu odluku donio u predmetu C404/14 *Matoušková v. Republika Češka*. U tom je predmetu CJEU postavljn zahtjev za prethodnu odluku u pogledu pitanja „je li odluka suda kojom odobrava sporazum o nasljeđivanju skrbnik maloljetne osobe za njezin račun da bi on bio valjan, iz perspektive CJEU, mjera u smislu čl. 1. st. 1. t. (b) ili mjera u smislu čl. 1. st. 3. t. (f) Uredbe br. 2201/2003 [...]?”.

Kako bi kontekst u kojemu je CJEU donio odluku u povodu zahtjeva za prethodnu odluku bio jasniji, potrebno je ukratko prikazati činjenice u glavnome

44 Usporedi Dutta, A., op. cit., str. 21.

45 Stav da bi prednost trebalo dati Potvrdi zastupa se u francuskoj pravnoj teoriji. Vidi Lagarde, P, *Les principes de bases dunouveaurèglement européen sur les successions*, RCDIP, br. 4/2012, str. 72. U rumunjskoj pravnoj teoriji zastupa se protivan stav, tako Olaru I., *Dreptul european al succesunilor internaționale*, Ghid practic, (ed.), Notarom, 2014., str. 154. Hrvatski pravni stručnjaci shvaćanja su da bi odluku o tome ipak trebalo povjeriti tijelu pred kojim se pojavilo pitanje autentičnosti navedenih isprava. Tako Grubišić Đogić, N., loc. cit.

46 Tako Hess, B., Mariottini, C. i Camara, C., op. cit., str. 23.

postupku. Ostavinski postupak M. Martinus, preminule 8. svibnja 2009. godine u Nizozemskoj pokrenut je pred Općinskim sudom u Brnu (Městský soud v Brně) dana 27. travnja 2010. godine. Javnom bilježniku M. Matouškovoj, bilo je povjereno izvršenje radnji u postupku u nasljednim stvarima u svojstvu sudskog povjerenika. U postupku je utvrđeno da je ostaviteljica bila češka državljanka, koja je u trenutku smrti imala boravište u Brnu u Češkoj Republici. Njezini nasljednici, suprug i njihovo dvoje maloljetne djece imali su boravište u Nizozemskoj. Djeci je u skladu s češkim pravom postavljen privremeni skrbnik radi zastupanja interesa u postupku. Dana 14. srpnja 2011. godine sklopljen je sporazum o raspodjeli nasljedstva među nasljednicima, a odlukom od 10. kolovoza 2011. godine Općinski sud u Brnu odredio je ukupnu vrijednost imovine ostaviteljice, iznos dugova i obračunsku vrijednost ostavine. Nove okolnosti u ostavinskom postupku nastupile su izjavom supruga ostaviteljice od 2. kolovoza 2012. godine da je ostaviteljica u trenutku smrti imala boravište Nizozemskoj, a da je u Češkoj Republici imala samo registrirano boravište koje u stvarnosti nije bilo tamo. Osim toga, izjavio je da je u Nizozemskoj već bio u tijeku ostavinski postupak o čemu je dostavio potvrdu s datumom od 14. ožujka 2011. godine. Nakon što je sud nadležan za skrbništvo, ne upuštajući se u meritum, vratio spis M. Matouškovoj koja mu ga je uputila, zbog toga što su malodobni potomci već dugo boravili izvan Češke Republike, pojasnivši da se ne može proglasiti nenadležnim kao i da ne može uputiti predmet Vrhovnom sudu (Nejvyšším soudu) radi utvrđivanja mjesno nadležnog suda, M. Matoušková se 10. srpnja 2013. godine izravno obratila Vrhovnom sudu zahtijevajući od njega da odredi koji je sud mjesno nadležan za odobravanje sporazuma o raspodjeli nasljedstva o kojemu je riječ u glavnom postupku. Vrhovni sud ocijenio je neophodnim da u svojoj odluci CJEU protumači ima li mjesta primjeni Uredbe br. 2201/2003 jer je odobrenje sporazuma o kojemu je riječ mjera namijenjena zaštiti interesa maloljetnika i može potpadati pod područje primjene te uredbe ili je opravdano kvalificirati ga kao mjeru koja se odnosi na nasljeđivanje u smislu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju te kao takva može biti isključena iz područja primjene Uredbe br. 2201/2003 na temelju njezina čl. 1. st. 3. točke (f).

Odobrenje sporazuma o raspodjeli nasljedstva mjera je donesena s obzirom na poslovnu sposobnost maloljetnika i s ciljem zaštite interesa djeteta te koja je, na temelju češkog prava, propisana za pravne radnje koje se odnose na upravljanje imovinom koja ne potpada pod tekuće upravljanje. Prema procjeni CJEU riječ je o mjeri koja se izravno odnosi na poslovnu sposobnost fizičke osobe (vidjeti analogijom presudu Schneider, C386/12, EU:C:2013:633, t. 26.) te po svojoj prirodi ulazi u okvir radnje čiji je cilj zadovoljiti potrebe zaštite i pružanja pomoći malodobnim potomcima. Budući da nezavisna odvjetnica u t. 41. svoga mišljenja tvrdi da poslovna sposobnost i povezana pitanja, primjerice pitanja postavljanja skrbnika malodobnim potomcima i nadzor izvršavanja njegovih radnji treba ocjenjivati prema vlastitim mjerilima, ne može se smatrati da je činjenica da se u okviru ostavinskog postupka zahtijeva odobrenje o kojemu je riječ u glavnom postupku odlučujuća za to da ta mjera potpada pod nasljedno pravo. Pretpostavka

ishođenja odobrenja suca nadležnog za skrbništvo izravna je posljedica stanja i sposobnosti malodobnih potomaka te je mjera zaštite djeteta povezana s upravljanjem, čuvanjem ili raspolaganjem njegovom imovinom u okviru izvršavanja roditeljske odgovornosti u smislu članka 1. st. 1. t. (b) i st. 2. točke (e) Uredbe br. 2201/2003.

Iz tumačenja Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju CJEU u prvom redu zaključuje da ona *ratione temporis* nije primjenjiva u glavnom postupku. Nadalje, za okolnosti postupka relevantnim je ocijenjeno da je donesena zbog toga da, u skladu s Preambulom (9), u nju budu uključeni svi građanskopravni aspekti nasljeđivanja zbog smrti, a istovremeno, sukladno odredbi čl. 1. st. 2. t. (b) iz njezina područja primjene isključena je poslovnu sposobnost fizičkih osoba. Uredba u biti čl. 23. st. 2. t. (c) uređuje samo posebne aspekte koji se odnose na sposobnost nasljeđivanja kao i sposobnost osobe koja raspolaže imovinom zbog smrti da ima takvu sposobnost, u skladu s čl. 26. st. 1. t. (a) Uredbe.

CJEU je prilikom tumačenja područja primjene Uredaba br. 2201/2003 i br. 650/2012 o nasljeđivanju uzeo u obzir vlastitu sudsku praksu u kojoj pokušava izbjeći sva preklapanja pravnih pravila koja one propisuju kao i sve pravne praznine (Nickel & Goeldner Spedition, C157/13, EU:C:2014:2145, t. 21. kao i navedenu sudsku praksu).

U razmatranju upućenog zahtjeva CJEU je pošao i od okolnosti da je Vrhovni sud također pitao nije li interes djeteta ugrožen podjelom postupka donošenja odluka u području nasljeđivanja između dviju različitih država članica, s jedne strane države u kojoj je pokrenut ostavinski postupak i, s druge strane, države u kojoj je uobičajeno boravište djeteta, podjelom koja je predviđena čl. 8. st. 1. Uredbe br. 2201/2003. Ipak, uporište za donošenje odluke CJEU je pronašao u odredbi čl. 12. st. 3. Uredbe br. 2201/2003 prema kojoj su sudovi države članice nadležni za roditeljsku odgovornost u postupcima, osim onih iz st. 1. tog članka ako, s jedne strane, postoji bitna veza djeteta i te države članice, posebno zbog činjenice da jedan od nositelja roditeljske odgovornosti ima uobičajeno boravište u njoj ili da je dijete njezin državljanin i, s druge strane, nadležnost sudova su izričito ili na neki drugi nedvosmisleni način prihvatile sve stranke u postupku u trenutku njegova pokretanja pred sudom, a to je i u interesu djeteta. U prilog tome ide i stav Komisije prema kojoj čl. 12. st. 3. Uredbe br. 2201/2003 može biti temelj za utvrđivanje nadležnosti suda pred kojim se vodi postupak u stvarima nasljeđivanja radi odobravanja sporazuma o raspodjeli nasljedstva premda taj sud nije u državi članici u kojoj dijete ima uobičajeno boravište, ako su ispunjene gore spomenute pretpostavke.

Stoga je CJEU zaključio da na postavljeno pitanje valja odgovoriti da Uredbu br. 2201/2003 treba tumačiti na način da je odobrenje sporazuma o raspodjeli nasljedstva koji za račun malodobnih potomaka sklopi skrbnik, mjera koja se odnosi na izvršavanje roditeljske odgovornosti u smislu članka 1. stavka 1. točke (b) te uredbe i koja stoga potpada pod njezino područje primjene, a ne mjera koja se odnosi na nasljeđivanje u smislu članka 1. stavka 3. točke (f) spomenute uredbe, isključena iz njezina područja primjene.

Ova odluka ilustrira poteškoće koje se mogu pojaviti u razgraničenju prilikom primjene instrumenata kod kojih se pojmovi međusobno nadopunjuju, kao što je to slučaj kod Uredbe 2201/2003 i Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. Premda je podjednako, u odnosu na svaku od Uredbi postojao naočigled nedvojben argument koji je otklanjao mogućnost njezine primjene, kao što je nezavisna odvjetnica Kokott u svome mišljenju pokazala, prije donošenja krajnjeg zaključka potrebna je detaljnija analiza. Tako se u odnosu na primjenu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju daje opravdano zaključiti da u trenutku vođenja češkog postupka u pogledu kojega je postavljen zahtjev za prethodnu odluku ona nije bila u primjeni, budući da se u državama članicama primjenjuje tek od 17. kolovoza 2015. godine. Podjednako, u odnosu na Uredbu 2201/2003 stoji primjedba da je iz područja njezine primjene odredbom čl. 1. st. 3. t. (f) izuzeto nasljeđivanje. No, kao što to nezavisna odvjetnica Kokott zaključuje, iako se Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju vremenski još ne može primijeniti na češki glavni postupak, ipak se prema njezinu materijalnom području primjene može izvesti zaključak o tome koji je opseg zakonodavac pridao kriteriju isključivanja „nasljeđivanja“ u Uredbi br. 2201/2003. Istovremeno, iz materijalnog područja primjene Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju, u skladu s njezinim čl. 1. st. 2. t. (b), izuzeta je „pravna sposobnost fizičkih osoba“, dakle upravo ona područja prava o kojima se radi u glavnom postupku u kojem je riječ o posebnom skrbništvu maloljetnika i sudskom odobrenju sporazuma koji je zaključio njihov posebni skrbnik, pa se ne može tumačiti na način da se protivi primjeni Uredbe 2201/2003 i restriktivnom tumačenju isključenosti „nasljeđivanja“ u smislu čl. 1. st. 3. t. (f).⁴⁷

4. ZAKLJUČAK

U namjeri da se u okviru europskog pravosudnog prostora stvore preduvjeti za ostvarivanje prava osoba u kontekstu nasljeđivanja koje ima prekogranične implikacije, Uredbom br. 650/2012 o nasljeđivanju predviđena je harmonizacija postupovnih pravila odnosno pravila država članica o sukobu nadležnosti i sukobu zakona iz toga područja. Stoga, Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju donosi pravila o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju ili, ako je to slučaj, prihvatanju, izvršivosti i izvršavanju odluka, javnih isprava i sudskih nagodbi i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju. Važnu komponentu čini i novi, moderniji pristup Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju uređenju pitanja nasljeđivanja s prekograničnim elementom, koji pak nije bio bez izazova. Njegovu okosnicu čini primjena uobičajenog boravišta kao jedinstvenog kriterija za određivanje nadležnosti suda i mjerodavnog prava za nasljeđivanja. No, predstavlja li uistinu novouvedeno rješenje, u usporedbi s tradicionalno primjenjivanim kriterijima državljanstva i domicila najpogodniji kriterij?

⁴⁷ Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott, t. 38 do 45.

U pravnoj literaturi u prilog primjeni kriterija uobičajenog boravišta ističe se da doprinosi uklanjanju prepreka slobodnom kretanju osoba koje se trenutačno susreću s poteškoćama u ostvarivanju svojih prava u kontekstu nasljeđivanja s prekograničnim elementom. Nadalje, za razliku od kriterija državljanstva koji naglašava vezanost osobe za određenu državu članicu, produbljujući time značaj suvereniteta država članica i primjene njezinog prava u odnosu na njezine državljane, kriterij uobičajenog boravišta svojom fleksibilnošću i neutralnošću odgovara percepciji državljana država članica kao ravnopravnih građana EU, u odnosu na koje se primjenjuje pravo država članica ujednačeno prema standardima EU. Ipak, kriterij uobičajenog boravišta, točnije način na koji je predviđen u Uredbi br. 650/2012 o nasljeđivanju očituje i određene manjkavosti.

Upravo okolnost da se određenje kriterija uobičajenog boravišta izbjegavalo u okviru pravnih instrumenata koji ga rabe, kako bi se izbjegla rigidnost te je tako njegova primjena ostala „otvorena“ u odnosu na veliki broj slučajeva, zaslužna je za to da se njegovo određenje iščitava iz pojedinačnih interpretacija CJEU, u odnosu na specifičnosti svakog pojedinog slučaja. No, to svakako ne pridonosi ujednačenosti u njegovoj primjeni niti pravnoj sigurnosti. Uz to, jača bojazni od *forum shopping-a*. U tom smislu, dvojbeno je mogu li u Preambuli (23) predviđene smjernice osigurati potrebnu „stabilnost“ kriterija uobičajenog boravišta, osobito ako se zna da se i njihovo porijeklo može vezati uz judikaturu CJEU (poput slučaja C-523/07 A). U svrhu funkcionalizacije odabranog kriterija stoga oportuno bi ipak bilo posegnuti za određenjem pojma uobičajenog boravišta.

U tom smislu, bilo bi potrebno pomiriti standarde judikature CJEU i smjernice iz Preambule (23) sa shvaćanjima kriterija uobičajenog boravišta u državama članicama. Hrvatska procesnopravna teorija uobičajeno boravište (*résidence habituelle*) definira kao mjesto za koje se iz okolnosti konkretnog slučaja može pretpostaviti da će se određeni subjekt u njemu duže vrijeme zadržavati. Za takve osobe područje trajnijeg boravišta pravno se izjednačuje s prebivalištem, pa je i sud na čijem području trajnije borave za njih (primarno elektivno) općemjesno nadležan.⁴⁸

U usporedbi, pravna literatura za potrebe određivanja uobičajenog boravišta u postupcima u stvarima nasljeđivanja s međunarodnim elementom na deskriptivan, i ne pretjerano formalistički način pojašnjava da „svaka osoba prije smrti mora imati uobičajeno boravište čak i ako u to vrijeme samo boravi, a nije riječ o trajnijem boravištu, na području na kojemu je umrla“.⁴⁹

Izazov iznalaženja definicije uobičajenog boravišta koja pruža dostatno prilagodljivosti potrebama osiguravanja slobodnog kretanja građana EU, poštuje volju osoba te cjelovito uvažava pojedinosti vezane uz odabir boravišta osobe (čak i okolnost da je osoba istovremeno vezana uz teritorij više država članica), tim je

48 Tako Triva, S. i Dika, M., op. cit., str. 273.

49 Hayton, D., *Determination of the objectively applicable law governing succession to deceaseds' estates*, DNotl, *Les Successions Internationales dans l'UE*, 2004, str. 359–370., str. 365.

veći, jer istovremeno treba težiti osiguranju ostvarenja načela pravne sigurnosti. Stoga, smjernice koje proizlaze iz komparativne analize određenja uobičajenog boravišta u državama članicama svakako trebale bi koristiti prilikom uobličavanja definicije koja bi odgovarala primjeni u postupcima u stvarima nasljeđivanja s međunarodnim elementom. Prema njima bi definicija trebala odražavati svojevrsnu mobilnost koncepta, intencije osobe o kojoj je riječ, komponentu „osobnog života“ umjesto „obiteljskog života“ osobe, okolnost da je osoba živjela u državi članici u kojoj se utvrđuje uobičajeno boravište osobe te određenu trajnost boravka osobe u državi članici.

Ipak, ne treba zanemariti okolnost da Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju ne ostavlja posve po strani kriterij državljanstva. Naime, njegova je primjena povezana uz autonomiju volje stranaka, konkretno pravo odabira prava mjerodavnog za nasljeđivanje, u prvom redu ostavitelja, ali i nasljednika, koja je naglašenu u tekstu Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. To treba pripisati specifičnostima uređenja nasljeđivanja, kod kojega se pri raspodjeli imovine ostavitelja respektira njegovo raspolaganje nasljedstvom za života, zbog čega je opravdano omogućiti ostavitelju i da učini izbor u pogledu prava koje će se primijeniti za uređenje njegovog nasljeđivanja. Uz to, za razliku od kriterija uobičajenog boravišta, kriterij državljanstva lako je primjenjiv te znatno postojaniji kriterij, budući da je i način na koji se utvrđuje u državama članicama prilično ujednačen.

Određene zamjerke mogu se uputiti i u odnosu na terminološke nepreciznosti u okviru Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju. One se mogu pripisati okolnosti da se nije posvetila osobita pažnja nužnom razlikovanju pravila postupaka koji se radi rješavanja pitanja nasljeđivanja provode u parničnoj odnosno izvanparničnoj proceduri. Poželjno bi tako uz pojam „stranke“ koji je imanentan parničnoj proceduri uvesti i pojam „sudionika“, koji bolje odgovara izvanparničnoj proceduri, u kojoj se provodi i ostavinski postupak. Nadalje, jasnoći odredaba ne pridonosi ni usporedna primjena pojma „sud“ te pojma „tijelo“, osobito ako se uzme u obzir da prema određenju kojega donosi Uredba br. 650/2012 o nasljeđivanju u čl. 3. st. 2. pojam „sud“ označava sva pravosudna tijela i sva ostala tijela koja postupaju u skladu s prenesenim ovlastima u postupcima u smislu Uredbe.

Konačno, budući da se ideja europske potvrde o nasljeđivanju smatra jednim od najznačajnijih priloga Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju olakšavanju rješavanja nasljeđivanja s prekograničnim elementom, okolnost da je njezina primjena opcijaska može se tumačiti dvojako. Može se shvatiti na način da podcrtava autonomiju volje stranaka, koja je izražena u Uredbi br. 650/2012 o nasljeđivanju. No, pritom treba imati na umu da prepuštanje na izbor osobama ovlaštenima sukladno odredbi čl. 63. st. 1. Uredbe br. 650/2012 o nasljeđivanju da odluče o podnošenju zahtjeva za izdavanje Potvrde može imati pozitivne, ali i negativne reperkusije na razinu njezine primjenjivosti u praksi. Istovremeno, nepropisivanju obveze korištenja Potvrde može se pripisati i drugo značenje. Može se tumačiti kao nepoklanjanje dostatnog povjerenja europskog zakonodavca u spremnost stranaka i država članica da se u prekograničnom pravnom prometu vezano uz pitanja nasljeđivanja služe europskom potvrdom o nasljeđivanju.

U odnosu na redakciju odredaba o europskoj potvrdi o nasljeđivanju treba spomenuti izostavljanje vjerovnika iz kruga osoba koje su ovlaštenici na podnošenje zahtjeva za izdavanje Potvrde. Argumenti koje je ponudila njemačka pravna teorija kao i analiza stava iznesenog u hrvatskoj judikaturi čine se dostatno uvjerljivima kako bi se otvorilo pitanje opravdanosti neuvrštanja vjerovnika u krug ovlaštenika na podnošenje europske potvrde o nasljeđivanju.

Unatoč uočenim nesavršenostima, Uredbu br. 650/2012 o nasljeđivanju treba cijeliti kao instrument koji će značajno unaprijediti rješavanje pitanja nasljeđivanja s prekograničnim elementom. Za očekivati je da će se, s obzirom na doprinos koji se očekuje da će imati u unaprjeđenju pravosudne suradnje u građanskim stvarima u EU na području nasljeđivanja, sve prepreke njezinoj učinkovitoj primjeni pokušati otkloniti, dijelom već u judikaturi CJEU, a dijelom i u budućim intervencijama europskog zakonodavca.

Summary

JURISDICTION, COMPETENT JUDICIAL AUTHORITIES AND PROCEEDINGS UNDER REGULATION (EU) NO 650/2012 ON SUCCESSION

Novelties in the field of matters of succession brought by implementation of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession are discussed in the paper. Especial emphasis is on jurisdiction, competent judicial authority and proceedings under Regulation on succession. In this sense, in the first part of the paper detailed analysis of provisions of Commission Implementing Regulation (EU) No 1329/2014 of 9 December 2014 establishing the Forms referred to in Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession and provisions of Croatian Law on implementation of Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession is provided. In the second part of the paper case C404/14 *Matoušková v. Republic of Czech* is presented and difficulties in determining whether the case at issue falls within the scope of Regulation (EC) No 2201/2003 or Regulation No 650/2012 on succession which could occur in matters of succession with cross-border implications are referred to.

Key words: *matters of succession, cross-border implications, Regulation on succession, notary public, court proceedings, case C-404/14.*

Zusammenfassung

ZUSTÄNDIGKEIT, ZUSTÄNDIGKEITSBEHÖRDEN UND VERFAHREN GEMÄß VERORDNUNG (EU) NR. 650/2012 ÜBER ERBSACHEN

Diese Arbeit stellt Neuigkeiten im Bereich des Erbrechts im Lichte der Verordnung Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4 Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses dar. Bestimmungen zur Zuständigkeit, zuständigen Behörden und Verfahren, welche nach der Erbrechtsverordnung durchgeführt werden, sind besonders unter die Lupe genommen. In diesem Sinne analysiert der erste Teil der Arbeit Bestimmungen, die in Bezug auf die Anwendung der Verordnung Nr. 650/2012, die Durchführungsverordnung der Kommission Nr. 1329/2014 vom 9 Dezember 2014 und zur Festlegung der Formblätter nach Maßgabe der Verordnung Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses verabschieden wurden, wie auch Bestimmungen des kroatischen Gesetzes über die Durchführung der Verordnung Nr. 650/2012. Im zweiten Teil folgt eine Analyse der Rechtssache C-404/14 Matoušková v. Republika Češka, die Schwierigkeiten einer Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Verordnung 2201/2003 von der Verordnung 650/2012 über Erbsachen, welche in einigen Erbsachen mit internationalen Elementen auftauchen können, hervorhebt.

Schlüsselwörter: *Vererben, internationales Element, Erbrechtsverordnung, Notar, Verfahren vor Gericht, Rechtssache C-404/14.*

Riassunto

COMPETENZA, ORGANI COMPETENTI E PROCEDIMENTI IN FORZA DEL REGOLAMENTO (UE) N. 650/2012 IN MATERIA DI SUCCESSIONI

Nel lavoro si espongono le novità che in materia di successioni comporta l'applicazione del Regolamento n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 sulla competenza, sul diritto applicabile, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni e sull'accettazione ed esecuzione dei documenti pubblici nelle questioni successorie, come pure sulla creazione del certificato successorio europeo. Particolare attenzione viene prestata alle disposizioni con le quali si regola la competenza, gli organi che conducono il procedimento, così come i procedimenti che verranno intrapresi in applicazione del Regolamento n. 650/2012 sulla successione. In tale senso nella prima parte del lavoro si analizzano dettagliatamente sia le disposizioni, che con riferimento all'applicazione del Regolamento n. 650/2012 sulla successione, vengono emanate dal Regolamento di esecuzione (UE) n. 1329/2014 della Commissione del 9 dicembre 2014 che istituisce i moduli di cui al regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, sia le disposizioni della legge croata di attuazione del Regolamento n. 650/2012 sulla successione. Nella seconda parte del lavoro si disamina il caso C404/14 Matoušková contro Repubblica Ceca e si rilevano le difficoltà di distinzione tra il campo di applicazione del Regolamento (CE) n. 2201/2003 e quello del Regolamento n. 650/2012 in materia di successione; difficoltà che potrebbero presentarsi in singoli casi aventi carattere di internazionalità.

Parole chiave: *successione, carattere di internazionalità, Regolamento in materia di successioni, notaio, procedimento giudiziario, caso C-404/14.*

UVJETI DOPUŠTENOSTI POKRETANJA POSTUPKA PRED EUROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA U STRASBOURGU

Dr. sc. Dinka Šago, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 341.174(4)EU
Ur.: 28. siječnja 2016.
Pr.: 21. ožujka 2016.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U ovom radu obrađeni su uvjeti dopuštenosti podnošenja zahtjeva Europskom sudu za ljudska prava s navođenjem pojedinih primjera, odnosno odluka o dopuštenosti koje je donio taj sud kako bi se pomoglo podnositeljima zahtjeva da, zbog formalnih propusta pri pokretanju postupka, ne izgube mogućnost ostvarivanja svojih prava pred tim sudom. Autorica nastoji ukazati na značaj mogućnosti pokretanja postupka pred tim sudom za ostvarivanje temeljnih ljudskih prava i sloboda građana Republike Hrvatske. Uvjeti dopuštenosti podnošenja zahtjeva propisani su čl. 33., čl. 34. i čl. 35. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Većina se zahtjeva odbacuje upravo zbog neispunjavanja tih uvjeta. Ispitivanje dopuštenosti često je odlučujuće za sudbinu zahtjeva, tim više što se odluka o nedopuštenosti ne može ni na koji način pobijati.

Ključne riječi: *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europski sud za ljudska prava, zahtjev, uvjeti dopuštenosti.*

1. UVOD

Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Konvencija)¹ štiti građanska i politička te ekonomska i socijalna prava. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda potpisalo je u Rimu 4. studenoga 1950. godine dvanaest država članica novoosnovanog Vijeća Europe, a na snagu je stupila 3. rujna 1953. godine. Odredbe Konvencije nekoliko su puta nadopunjavane dodatnim protokolima. Sve države članice Vijeća Europe stranke su Konvencije

1 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni ugovori – 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

te se od novih članica Vijeća zahtijeva njena ratifikacija. Hrvatska je Konvenciju i njene protokole ratificirala 5. studenoga 1997. godine postavši tako 40. država koja je to učinila.

Nadležnost Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) proteže se na sve predmete glede tumačenja i primjene Konvencije i dodatnih protokola kao što su pojedinačni zahtjevi i međudržavni sporovi. ESLJP može razmatrati samo zahtjeve koji se odnose na povredu jednog ili više prava navedenih u Konvenciji i protokolima. Zahtjevi za pokretanje postupka u kojima se traži zaštita prava koje nije utvrđeno Konvencijom ili se ne može podvesti pod neku od odredbi Konvencije ili njenih protokola Sud će odbaciti kao nespojive *ratione materiae*.

ESLJP nije prizivni sud u odnosu na domaće sudove te ne može poništiti ili izmijeniti njihove odluke.² Visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke. Konačna presuda Suda dostavlja se Odboru ministara, koji nadzire njezino izvršenje.³ Ako ESLJP ustanovi navedenu povredu, vratit će slučaj Odboru ministara kako bi razmotrio mjere koje treba poduzeti, a ako ustanovi da povrede nema vratit će slučaj Odboru ministara koji će zaključiti ispitivanje slučaja.

Sud može, na zahtjev Odbora ministara⁴, davati savjetodavna mišljenja o pravnim pitanjima glede tumačenja Konvencije i dodatnih protokola. Takva se mišljenja ne smiju odnositi na pitanja vezana uz sadržaj ili domašaj prava i sloboda određenih u odjeljku I. Konvencije⁵ i dodatnim protokolima, ili na bilo koje drugo pitanje koje bi ESLJP ili Odbor ministara mogli razmatrati na temelju nekog postupka koji je započeo u skladu s Konvencijom.

2 Vidi Omejec, J., Primjena Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u radu domaćih sudova, I. dio, Hrvatska pravna revija, rujan 2007., str. 3.

3 Ako Odbor ministara smatra da je nadzor nad izvršenjem konačne presude otežan nekim pitanjem tumačenja vezanim uz tu presudu, Odbor može predmet uputiti Sudu da odluči o tom pitanju. Odluka Odbora o upućivanju donosi se dvotrećinskom većinom predstavnika ovlaštenih sudjelovati u radu Odbora. Ako Odbor ministara smatra da se neka visoka ugovorna stranka odbija podvrgnuti konačnoj presudi u sporu u kojemu je stranka, Odbor može nakon službene obavijesti toj stranci, odlukom usvojenom dvotrećinskom većinom predstavnika ovlaštenih sudjelovati u radu Odbora, uputiti ESLJP-u pitanje je li ta stranka propustila ispuniti svoje obveze, odnosno podvrci se konačnoj presudi ESLJP-a u svakom sporu u kojem je stranka.

4 Odluke Odbora ministara da od ESLJP-a traži neko savjetodavno mišljenje donose se većinom glasova predstavnika koji imaju pravo djelovati u Odboru.

5 Pravo na život; zabrana mučenja; zabrana ropstva i prisilnog rada; pravo na slobodu i sigurnost; pravo na pošteno suđenje; nema kazne bez zakona; pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života; sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovjesti; sloboda izražavanja; sloboda okupljanja i udruživanja; pravo na brak; pravo na djelotvoran pravni lijek; zabrana diskriminacije.

2. UVJETI ZA PRISTUP SUDU

ESLJP-u mogu se obratiti bilo koje osobe ili grupe osoba koje smatraju da im je neka od država koje su prihvatile Konvenciju uskratila neko od prava koja su tom Konvencijom zajamčena. Svoje prigovore prema nekoj od država podnositelji upućuju ESLJP-u u obliku pismenog zahtjeva, čime započinje postupak pred ESLJP -om. Pravila postupka uređena su Poslovníkom Suda i Konvencijom.

Da bi se pojedinci mogli obratiti ESLJP-u i zatražiti zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potrebno je kumulativno ispuniti sljedeće pretpostavke: povrijeđeno je ljudsko pravo ili temeljna sloboda zaštićena Konvencijom ili dodatnim protokolima; povreda je učinjena odlukom javne vlasti; iscrpljena su sva pravna sredstva koja pruža državni poredak države članice (u protivnom će biti odbačena, Konvencija čl. 35. st. 1.); ako protiv pravomoćne presude postoji domaći pravni lijek, podnositelji zahtjeva mogu doći pred ESLJP tek po iscrpljivanju domaćih pravnih sredstava⁶; zaštitu je iznimno moguće dobiti i ako nije iscrpljen cijeli domaći pravni put, ako postoji povreda prava na pošteno suđenje, primjerice ako sud nije odlučio u razumnom roku; da se osoba koja zahtijeva otklanjanje povrede obratila ESLJP unutar predviđenog prekluzivnog roka od 6 mjeseci od konačne domaće odluke.

Država je dužna: a) zaustaviti povredu Konvencije *in concreto*; b) popraviti posljedice povrede (najčešće novčanom naknadom, obnova postupka)⁷; c) spriječiti ponavljanje sličnih povreda, ako treba i izmjenom zakonodavstva.

ESLJP može dosuditi pravičnu naknadu, ali za to moraju biti ispunjene određene pretpostavke: a) utvrditi povredu nekog od prava zaštićenih Konvencijom; b) mora postojati oštećenik; c) unutarnje pravo države omogućuje samo djelomičnu naknadu za posljedice povrede Konvencije utvrđene presudom; d) pravična naknada mora biti nužna (čl. 41. Konvencije).⁸

6 *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI.

7 Svako traženje pravične naknade treba iznijeti u pisanom očitovanju o osnovanosti zahtjeva, ili ako takvo pismeno očitovanje nije podneseno u posebnom dokumentu koji se podnosi najkasnije dva mjeseca nakon donošenja odluke o dopuštenosti zahtjeva. Tijekom postupka vijeće može pozvati svaku stranku da podnese primjedbe na traženje pravične naknade. U pravilu, podnositelji već pri podnošenju zahtjeva u njega uključuju i potraživanje naknade. ESLJP će pravičnu naknadu smatrati neophodnom onda kada postoji uzročna veza između pretrpljene štete i povrede Konvencije. Šteta koja je nastala iz drugih razloga, premda povezana s povredom, ne uzima se u obzir. Primjerice, u predmetu *Quranta protiv Švicarske* ESLJP je ustanovio povredu prava zajamčenog čl. 6. st. 2. u odnosu na podnositelja (pravo na besplatnog branitelja). Podnositelj je tražio naknadu materijalne štete zbog vremena provedenog u zatvoru. ESLJP je, međutim ustanovio da ne postoji uzročna veza između počinjene povrede i počinjene materijalne štete zbog boravka u zatvoru. Iako ESLJP nije detaljno obrazlagao svoj stav izgleda da je prihvaćen argument tužene države da se ne može tvrditi da bi ishod postupka za podnositelja bio povoljniji da mu je bila dodijeljena besplatna pravna pomoć. Vidi Cvrčić, R., *Djelovanje Europskog suda za ljudska prava s osvrtnom na presude protiv Republike Hrvatske*, Hrvatska pravna revija, 2003., br. 2., str. 9-10.

8 Kad postoji uzročna veza između pretrpljene štete i povrede Konvencije, npr. ako mu nije dodijeljen besplatni branitelj.

3. NADLEŽNOST SUDA RATIONE PERSONAE

Personalni kriterij daje odgovor na pitanje tko ima aktivnu legitimaciju odnosno tko se može obratiti ESLJP-u kao podnositelj predstave (aplikant). Postupak pred Sudom mogu pokrenuti fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povrede prava priznatih u Konvenciji ili njenim dodatnim protokolima koje je počinila neka od država ugovornica (čl. 34. Konvencije), kao i države ugovornice povodom navodne povrede neke odredbe Konvencije ili njenih protokola, koju je počinila neka druga država (čl. 33. Konvencije). Visoke ugovorne stranke obvezuju se da ni na koji način neće sprječavati djelotvorno vršenje toga prava.

Pri podnošenju zahtjeva podnositelje mogu, ali i ne moraju zastupati kvalificirani punomoćnici. Podnositelje može zastupati bilo koji odvjetnik registriran u bilo kojoj državi ugovornici. Odvjetnici bi morali voditi računa o tome da ESLJP ne priznaje aktivnu legitimaciju umrlim osobama,⁹ pa će stoga svaki zahtjev podnesen u ime umrle osobe, na temelju punomoći koju je ta osoba za života dala odvjetniku, biti odbačen. Dakle, ESLJP razlikuje situaciju u kojoj je podnositeljevom nasljedniku dopušteno ustrajati u zahtjevu koji je već pokrenut od situacije u kojoj bi nasljednik ustrajao u zahtjevu podnesenom u ime pokojnika jer pokojnik, zapravo nikad i nije sudjelovao u postupku pred ESLJP-om.¹⁰ Takvim postupanjem nanosi se šteta nasljednicima umrle osobe koji bi, ovisno o tome radi li se o prenosivom pravu, mogli biti aktivno legitimirani na podnošenje vlastitog zahtjeva.¹¹

ESLJP će zahtjev za pokretanje postupka proglasiti nedopuštenim zbog nespojivosti *ratione personae* s odredbama Konvencije u nekoliko slučajeva, ako zahtjev nije podnesen protiv države, već protiv neke organizacije ili pojedinca unutar države. Međutim, ESLJP smatra da se država ne može osloboditi svojih obaveza i odgovornosti prebacivajući ih na privatne institucije ili pojedince i na

9 Vidi odluku Dupin protiv Hrvatske, br. 3686/03. Zahtjev se ne može podnijeti u ime preminule osobe, budući da preminula osoba nije u mogućnosti, pa niti putem punomoćnika, podnijeti zahtjev Sudu (vidjeti *Yaşa protiv Turske*, br. 22495/93, izvješće Komisije od 8. travnja 1997., st. 88, Izvješća o presudama i odlukama 1998. VI). S obzirom na to da je neosporno da je g. Vladimir Dupin umro više od sedam mjeseci prije nego što su njegovi punomoćnici podnijeli zahtjev u njegovo ime, proizlazi da predmet nije pokrenula osoba koju se može smatrati podnositeljem zahtjeva u svrhu čl. 34. Konvencije (vidjeti, *mutatis mutandis*, *Post protiv Nizozemske* (odl.), br. 21727/8, od 20. siječnja 2009). Stoga je postojeći zahtjev, s obzirom na g. Vladimira Dupina, *nedopušten ratione personae* u skladu s odredbama Konvencije u smislu čl. 35. st. 3. te mora biti odbačen temeljem čl. 35. st. 4. (vidjeti *Gavrielidou i drugi protiv Cipra* (odl.), br. 73802/01, od 13. studenog 2003, *Gürleşen i drugi protiv Turske* (odl.), br. 15573/03, od 29. travnja 2008, *Eşkıkar i drugi protiv Turske* (odl.), br. 45095/05, od 21. listopada 2008., *Kaya i Polat protiv Turske* (odl.), br. 2794/05, 40345/05, od 21. listopada 2008.).

10 Vidjeti *Poznanski protiv Njemačke* (odl.), br. 25101/05, od 3. srpnja 2007. i, *mutatis mutandis*, *Karagiannis i drugi protiv Grčke* (revizija), br. 51354/99, st. 10, od 8. srpnja 2004.

11 Vidi Maričić, D., Aktivna legitimacija za podnošenje zahtjeva Europskom sudu za ljudska prava, Hrvatska pravna revija, god. 1., broj 8., str. 117-120.

taj način onemogućiti pokretanje postupka zbog povrede prava pred ESLJP-om.¹² ESLJP će zahtjev za pokretanje postupka proglasiti nedopuštenim *ratione personae* ako je zahtjev podnesen protiv države koja nije ratificirala Konvenciju ili protokole uz nju, kao i u slučajevima u kojima podnositelj zahtjeva nema status žrtve.

Svaka država može se naći pred Sudom kao tužena država samo za povrede EK počinjene nakon njenog pristupanja EK, a nikako za povrede učinjene ranije. Za povrede ljudskih prava učinjene prije pristupanja EK, oštećeni svoja prava može ostvariti samo pred nacionalnim institucijama, na način predviđen domaćim zakonima.¹³ To znači da se ne može podnijeti protiv države koja nije članica EK, a niti protiv neke fizičke ili druge pravne osobe.¹⁴

3.1. Državne predstavke

Osnovna intencija EK koja je izražena u Preambuli, je u tome da se ostvare jamstva za primjenu ljudskih prava koje sadrži. Riječ je o tzv. «kolektivnoj garanciji». U tom smislu su države koje su potpisale obvezu da će poštovati ljudska prava i da će prihvatiti «kolektivnu garanciju» pozvane da ukažu na svaku povredu ljudskih prava koju čini bilo koja druga članica EK. Ovdje je država pozvana da pokrene postupak za zaštitu ljudskih prava pred Sudom bez obzira o kojoj se državi radi i bez obzira radi li se o njenim državljanima ili državljanima drugih država. Preduvjet mogućnosti podnošenja tužbi u međudržavnim sporovima je ratifikacija EK od strane svih država koje su u sporu te država ne mora dokazivati niti imati pretpostavljeni posebni interes u sporu koji pokreće. Na ovaj način vidljivo je da između države koja podnosi predstavku Sudu i pojedinca kojem su navodno povrijeđena određena prava iz EK, ne mora postojati veza državljanstva. U tom smislu, riječ je o *actio popularis* kojom države pokreću sporove bez obzira na to kojoj državi pripada pojedinac čija su ljudska prava ugrožena. Na ovaj način se negira princip nemiješanja u poslove drugih država u unutrašnjem domenu.

Prema čl. 33. EK sve države potpisnice EK ovlaštene su na podnošenje predstavki Sudu na povrede ljudskih prava, kako bi ih Sud u propisanom postupku otklonio. Bitne karakteristike ove državne predstavke su da se radi o «objektivnoj»

12 U slučaju *Costello-Roberts protiv Velike Britanije* koji se odnosio na slučaj tjelesnog kažnjavanja u pojedinim britanskim privatnim školama o čemu je ESLJP raspravljao. U ovom slučaju ESLJP je utvrdio da država ima obavezu da djeci osigura pravo na obrazovanje, uključujući i odgovornost za sustav discipline u školama, kako privatnim tako i državnim školama, jer je čl. 1. Konvencije određeno da države ugovornice osiguravaju prava i slobode utvrđene Konvencijom svim osobama u svojoj nadležnosti.

13 Vidi Širić, M., *Organizaciona struktura i postupak pred Europskim sudom za ljudska prava*, Pravna misao, br. 5-6/06, Sarajevo, 2006., str. 100.

14 Sud je u djelomičnoj odluci o dopuštenosti zahtjeva *Multiplex i Smailagić protiv Hrvatske*, u dijelu gdje je podnositelj Smailagić prigovarao da je bio prisiljen napustiti svoj dom u Banja Luci, Bosna i Hercegovina i pozvao se na čl. 8. EK i čl. 3. st. 1. Protokola broj 4., našao da je taj dio zahtjeva nespojiv *ratione personae* s EK jer je usmjeren protiv Bosne i Hercegovine, koja tada još nije bila ugovorna stranka EK.

predstavci koju može podnijeti svaka država i u povodu svakoga kršenja odredbi EK. Ovdje se ne radi, dakle, o tome da države pokreću postupak kada su u pitanju njeni vlastiti interesi ili kršenja ljudskih prava koja se tiču nje same ili njenih državljana, nego se radi o predstavci koja ukazuje na povrede ljudskih prava bez obzira tko ih vrši i protiv koga. Nije, dakle, u pitanju primarni «državni interes» nego je u pitanju interes «europskog javnog poretka».

Druga karakteristika ove državne predstavke je da ona nije zasnovana na principu reciprociteta koji je uobičajen u klasičnim odnosima među državama. Da bi se pokrenuo postupak pred Sudom dovoljno je da postoji prekršaj ljudskih prava koji je počinila neka država koja je članica EK. Zahtjev se može podnijeti radi svake navodne povrede odredaba EK i dodatnih protokola od strane druge države potpisnice.¹⁵

Predstavke koje podnose države radi zaštite ljudskih prava, baš zbog ovog svog velikog značaja, ne podliježu ocjeni o prihvatljivosti od strane Komiteta, kao što je to slučaj s predstavkama koje podnose pojedinci (EK, čl. 28.). Državne predstavke, kao oznaka kolektivnih jamstava ljudskih prava i njihova objektivnog karaktera, automatski se registriraju i razmatraju pred odgovarajućim vijećem. U tom slučaju vijeće koje je konstituirano u tu svrhu, imenuje dva izvjestitelja iz reda svojih članova i raspravlja o prihvatljivosti određene državne predstavke (poslovnik Suda, čl. 35.).¹⁶

Razlika između međudržavnih žalbi u odnosu na individualne je u tome što se država protiv države može žaliti na zakonodavne mjere ili neku praksu apstraktno, ne dokazujući njihov štetni efekt po samu državu podnositelja žalbe. Pojedinaac, pak, mora dokazivati da ga određena mjera direktno i osobno pogađa, tj. onemogućava u korištenju prava i sloboda iz EK. Druga specifičnost međudržavne žalbe je što se ona dostavlja na odgovor tuženoj strani prije donošenja odluke o prihvatljivosti, dok kod individualnih žalbi to nije slučaj. U dosadašnjoj praksi ta vrsta zahtjeva bila je relativno rijetko korištena.

3.1.1. Međudržavni sporovi

Prema čl. 33., koji se odnosi na međudržavne sporove, svaka visoka strana ugovornica može ukazati Sudu na svaku povredu prava utvrđenih i zaštićenih

15 Na ovaj način vrijednost ovog principa je prvenstveno u novoj prirodi odnosa među državama, koja je označena u prvom redu u mogućnosti miješanja u poslove druge države, onda kada treba zaštititi ljudska prava koja su navedena u EK. Činjenica da se još uvijek pred Sudom nije pojavilo puno ovakvih predstavi, ništa ne umanjuje značaj ovog principa i napretka koji je ostvaren kako u zaštiti ljudskih prava, tako i u odnosu među državama, i u napretku samog međunarodnog prava.

16 Poslovnik Suda propisuje uvjete koje mora imati državna predstavka kao što su ime države na koju se ukazuje prekršitelja određenih ljudskih prava, kao i osnovne činjenice i navedene povrede ljudskih prava. Zatim, osnovne kriterije prihvatljivosti kao što su iscrpljenost drugih raspoloživih sredstava i da nije prošao rok od šest mjeseci, i najzad, smisao i cilj predstavke s gledišta prava.

Konvencijom ili njenim protokolima za koju smatra da se može pripisati nekoj drugoj visokoj strani ugovornici.¹⁷

Široko određena formulacija prava države na podnošenje predstavke protiv druge države ugovornice predstavlja bitno odstupanje od načela međunarodnog prava koje se odnosi na međudržavne aktivnosti. Država može podnijeti predstavku ESLJP-u ne samo protiv aktivnosti neke države kada je pravo te države u pitanju, nego se predstavka države protiv druge države ugovornice može podnijeti i kada je kršenje počinjeno protiv osoba koje nisu njeni državljani, ili protiv osoba koje nisu državljani neke od država ugovornica, ili su osobe bez državljanstva, ili čak u odnosu na kršenja Konvencije kada su u pitanju državljani odgovorne države. Države mogu podnijeti predstavke koje se odnose na neusklađenost domaćih zakona ili administrativnih postupaka jedne države s Konvencijom, bez potrebe navođenja konkretne osobe kao prekršitelja.

Slučajeve koji su se pred ESLJP-om pojavljivali povodom međudržavnih predstavki u načelu možemo podijeliti na: 1. slučajeve u kojima je država podnositelj tijesno povezana s individualnim žrtvama u kontekstu kroničnog političkog sukoba između država (slučajevi nestalih osoba, povrede imovinskih prava); 2. zaštita vlastitih građana od nezakonitih postupaka druge države; 3. generalna zaštita.¹⁸

Države ne pokreću postupke veoma često. Pokretanje postupka uvjetuju politički i ekonomski razlozi.¹⁹ Za razliku od pojedinačnog zahtjeva, zahtjev koji jedna država stranka podnosi Europskom sudu protiv druge države stranke: 1. može imati obilježja *actio popularis* jer se ne traži postojanje neposrednog pravnog interesa države podnositeljice zahtjeva koji bi bio povezan s predmetom spora (ne traži se utvrđenje da je država podnositeljica zahtjeva žrtva povrede Konvencije), 2. može biti usmjeren prema osporavanju nacionalnog zakona ili drugog propisa tužene države *in abstracto* pod uvjetom da navodna povreda izvire iz samog postojanja tog zakona ili drugog propisa koji uvodi, usmjerava ili dopušta mjere koje su nesuglasne sa zaštićenim konvencijskim pravima i slobodama. Prigovori koji su isticali samo činjenicu da tužena država u svom pravu nije izrijeком zabranila neku povredu još uvijek ne znači da postoji povreda Konvencije jer formalna pravna zabrana neke povrede nije jedina metoda kojom se štite konvencijska prava.²⁰ Međutim, ako sam

17 Pravilo 46. Pravilnika Suda određuje sadržaj zahtjeva za pokretanje postupka koje su podnijele države ugovornice (međudržavni zahtjev), i treba sadržavati: a) ime strane ugovornice protiv koje se zahtjev podnosi; b) izjavu o činjenicama; c) kratku izjavu o navodnom kršenju Konvencije i relevantnu argumentaciju koja se odnosi na to; d) izjavu o ispunjenosti uvjeta za dopuštenost zahtjeva; e) predmet zahtjeva za pokretanje postupka uz opće indikacije o zahtjevu za pravičnu satisfakciju za u ime navodno oštećene strane ili strana; f) ime i adresu imenovanog punomoćnika; g) kopije relevantnih dokumenata i odluka, sudskih ili drugih koje se odnose na predmet zahtjeva.

18 Tako Carić, S., *Evropski sistem ljudskih prava*, Fakultet za ekonomiju i inženjerski menadžment u Novom Sadu, 2011., str. 76.

19 Na žalost, vlade pokreću pitanja ljudskih prava u drugim zemljama samo ako su odnosi s njima ionako loši ili bar ako u njima ne vide važne saveznike ili nemaju privredne interese.

20 Tako Omejec, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Strasbourški *acquis*, Novi informator, Zagreb, 2013., str. 825. (dalje: Omejec, Konvencija).

osporeni zakon ili drugi propis nije „sročeni jezikom dovoljno jasnim i preciznim da povreda bude odmah vidljiva“, ESLJP mora ispitati „način na koji odgovorna država tumači i primjenjuje *in concreto* osporeni tekst ili tekstove“. U tom slučaju riječ je o ispitivanju zakonodavne ili upravne prakse u tuženoj državi.²¹

3.2. *Pojedinačni zahtjevi*

Temeljem čl. 34. EK Sud može primati zahtjeve bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije²² ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povrede prava priznatih u Konvenciji ili dodatnim protokolima što ih je počinila jedna visoka ugovorna stranka. Visoke ugovorne stranke obvezuju se da ni na koji način neće sprečavati djelotvorno vršenje toga prava.²³ Na temelju ove odredbe se kao stranka u sporu može pojaviti i pojedinac. On može podnijeti zahtjev protiv svake države ugovornice Konvencije koja ima nadležnost štiti prava i slobode po čl. 1. Konvencije.

Pravo na pojedinačnu tužbu predstavlja jedno od najučinkovitijih sredstava zaštite ljudskih prava i ujedno je bitni element nadzornog mehanizma koji je utvrđen EK.²⁴ Pravilo o nadležnosti Suda *ratione personae* ima dva posebna aspekta. Zahtjev je neusklađen *ratione personae* s odredbama EK: kad je podnesen protiv države koja nije stranka EK ili protiv privatne osobe ili kad podnositelj zahtjeva ne dokaže da bi mogao biti žrtvom povrede prava iz EK. Nije relevantno je li podnositelj žalbe državljanin države protiv koje se žali (ili pravna osoba koja pripada toj državi).²⁵ Najčešće je riječ o državi čiji je i sam državljanin. Pravo na podnošenje predstavke ograničava se ne samo na državljane države ugovornice nego i na sve osobe koje su bile unutar jurisdikcije država ugovornica gdje se navodno kršenje dogodilo.²⁶

Ako predstavku podnosi nevladina organizacija ili grupa pojedinaca, potpisuju je osobe ovlaštene za zastupanje te organizacije ili grupe.²⁷ Nadležno vijeće ili

21 *Loc. cit.*. To se ispitivanje po naravi stvari mora provoditi *in concreto*, ali ne pretpostavlja odlučivanje ESLJP-a o svakom pojedinačnom slučaju koji čini tu praksu.

22 Nevladine organizacije moraju biti privatne organizacije (novine, crkve, različite asocijacije).

23 Posljednjih godina javlja se pitanje značenja obveze država da „ni na koji način ne sprječavaju učinkovito vršenje“ prava na podnošenje pojedinačne tužbe temeljem čl. 34. EK. Sud je zauzeo stav da je bit ove odredbe u osiguranju da podnositelji zahtjeva ili potencijalni podnositelji zahtjeva mogu slobodno komunicirati sa Sudom bez bilo kakvog oblika pritiska vlasti da povuku ili izmjene svoje tužbe.

24 *Op. cit.* Gomien, D., *Kratki vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima*, Strasbourg, Vijeće Europe, 1995., str. 271.

25 Vidi Šaula, V., *Europski sud za ljudska prava – organizacija, nadležnost i postupak*, Pravna misao, godina XXXIII., br. 7-8/02, Sarajevo, 2002., str. 13.

26 Nedostatak poslovne sposobnosti ne utječe na pravo fizičke osobe da podnese predstavku. To se odnosi i na osobe koje su izgubile poslovnu sposobnost poslije smještaja u psihijatrijske ustanove.

27 Grupe koje mogu podnositi predstavke moraju biti propisno registrirane u skladu sa zakonodavstvom jedne od država ugovornica ili predstavka mora biti potpisana od strane svih osoba koje pripadaju toj grupi.

odbor procjenjuje jesu li osobe potpisnici predstavke na to ovlaštene (pravilo 45. st. 2. Poslovnika Suda). Oni predstavljaju zastupnike drugih, a ne žrtve navodne povrede Konvencije.²⁸ Dok države predstavke mogu podnositi *in abstracto*, pojedinci, nevladine organizacije i grupe osoba moraju tvrditi da su žrtve kršenja prava i sloboda iz Konvencije jedne od strana ugovornica. Pojedinaac ne može podnijeti *actio popularis* niti Sudu može podnijeti apstraktne predstavke.²⁹ Podnositelj predstavke mora biti direktna ili indirektna žrtva kršenja prava i sloboda iz Konvencije što ga je učinila država ugovornica koja tuži. Kao indirektna žrtve najčešće se pojavljuju srodnici direktne žrtve (djeca, roditelji, braća i sestre, braćni drug), a pravilo je da se oni pojavljuju pred ESLJP-om ako žrtva nije živa.³⁰ Ako u tijeku postupka pred ESLJP-om podnositelj predstavke umre predmet se ne okončava, već ga mogu nastaviti njegovi nasljednici ako dokažu da za to imaju pravni interes. Za prihvatljivost predstavke podnositelj ne mora dokazati da je žrtva kršenja Konvencije nego samo osoba koja tvrdi da je žrtva. Pojedinci, nevladine organizacije i grupe osoba mogu podnositi predstavke sami ili preko svojih zastupnika.³¹ Zahtjev Sudu ne može podnijeti punomoćnik u ime preminule osobe. U predmetu *Kolarić-Kišur Vesna protiv Hrvatske*³² Sud navodi da zahtjev ne može podnijeti punomoćnik u ime preminule osobe, budući da preminula osoba nije sposobna, čak ni putem punomoćnika podnijeti zahtjev Sudu.³³ S obzirom na to da je gospođa Kolarić-Kišur umrla više od pet mjeseci prije nego što je njen punomoćnik podnio zahtjev u njeno ime, proizlazi da predmet nije pokrenula osoba koju se može smatrati podnositeljem zahtjeva u smislu čl. 34. EK.³⁴ Stoga je predmetni zahtjev nespojiv *ratione personae* s odredbama EK u smislu čl. 35. st. 3. te mora biti odbačen temeljem čl. 35. st. 4.³⁵

28 Nevladine organizacije zbog svoje prirode ne mogu koristiti neka od zaštićenih prava (sloboda savjesti, podvrgavanje ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju).

29 Vidjeti presudu u predmetu *Klass i drugi protiv Njemačke* od 6. rujna 1978., Serija A, br. 28. str. 17.-18. st. 33.

30 Sud nalazi da uvjeti koji uređuju pojedinačne zahtjeve na temelju čl. 34. EK nisu nužno isti kao i nacionalni kriteriji koji se odnose na *locus standi*. Čak i u "skupnim" zahtjevima svaki pojedinac unutar skupine mora tvrditi da je žrtva. Međutim, pravna osoba, poput, primjerice registrirane udruge, može u odgovarajućim okolnostima podnijeti tužbu u ime svojih članova. Kroz sudsku praksu razvio se pojam «potencijalne žrtve», koji omogućuje pojedincima podnošenje individualnih zahtjeva i u slučajevima kada nisu osobno pogođeni određenim postupcima ili odredbama koje se primjenjuju u nekoj od država potpisnica EK. U tim slučajevima potrebno je učiniti vjerojatnim da samo postojanje takvih odredbi ili postupaka može dovesti do povrede zaštićenih prava u odnosu na konkretnog podnositelja.

31 Zastupnik podnositelja predstavke može biti odvjetnik koji ima pravo obavljati poslove odvjetništva u svakoj državi ugovornici i s boravištem na teritoriju jedne od njih, ali i svaka druga osoba uz odobrenje predsjednika vijeća (pravilo 36. st. 4. Poslovnika Suda).

32 *Kolarić- Kišur, Vesna protiv Hrvatske, Odluka o dopuštenosti* od 17. rujna 2009., br.: 17129/05.

33 Vidi *Yasav. Turkey*, br. 22495/93, izviješće Komisije od 8. travnja 1997., st. 88, *Izviješća o presudama i odlukama* 1998.

34 Vidi *Post v. Netherlands* (dec.), br. 21727/8, od 20. siječnja 2009.

35 Vidi *Dupin v. Croatia* (dec.), br. 36868/03, od 7. srpnja 2009.

Pojam „žrtva“, u kontekstu ovog članka nedovoljno je precizan. Točno je da se pojam „*victim*“ koji koristi ESLJP najčešće u našem jeziku prevodi sa „žrtva“, ali mišljenja smo da bi termin „oštećeni“ bio mnogo adekvatniji za tumačenje i primjenu, bliži pravom značenju, sadržaju i funkciji odredbe čl. 34. EK, pogotovo što uključuje i sve elemente i oznake koje podrazumijeva pojam „*victim*“. Status žrtve je preduvjet za prihvaćanja individualne predstavke ESLJP-a. Iako je utvrđivanje takvog statusa pojedinca kao podnositelja predstavke na prvi pogled jasno, brojni slučajevi povreda Konvencije otvaraju dvojbe kada se podnositelj predstavke nesporno može smatrati žrtvom. Sadržaj tog pojma određuje se kroz praksu ESLJP-a. Međutim, može doći do određene pojmovne odnosno suštinske zabune u odnosu na razgraničenje pojmova direktne i indirektno žrtve, u slučaju kada se ESLJP-u podnosi predstavka u ime preminulog, kao i u odnosu na gubitak statusa žrtve. Osnovni uvjet za podnošenje predstavke ESLJP-u je da podnositelj „tvrdi da je žrtva“. Postavlja se pitanje što će se desiti ako je žrtva mrtva. To bi značilo da sa smrću osobe kojoj je povrijeđeno neko pravo iz Konvencije nestaje mogućnost iznošenja te povrede pred ESLJP-om. S obzirom da bi to bilo nepravično uveden je pojam indirektno žrtve.

Sadržaj pojma direktne žrtve utvrdio je ESLJP odlučujući u predmetu *Eckle protiv Njemačke*.³⁶ Iz navedene odluke proizlazi da, kada je neka osoba direktno pogođena nekim štetnim događajem ili propuštanjem, nije potreban dodatni uvjet da bi se smatrala žrtvom. I nema dvojbe u odnosu na „direktno“ oštećenog pojedinca, a u smislu vidljivog postojanja posljedice koja je u jasnom i očiglednom odnosu s uzrokom. Međutim i u slučaju da je neka osoba posredno pogođena („*indirectly affected*“) ne može joj se osporiti da je žrtva i potrebno je utvrditi je li indirektna žrtva.

Sud priznaje pravo za podnošenje zahtjeva za pokretanje postupka i bliskim članovima obitelji i supružniku same žrtve, iako ove osobe nisu bile direktne žrtve, već je na njih indirektno utjecala povreda prava utvrđenih Konvencijom ili njenim protokolima, zbog bliskog odnosa sa žrtvom. Smatramo da bi u okviru pojma „indirektna žrtva“ bilo potrebno uvesti dodatne kriterije kako bi se oni slučajevi kada „posredno pogođenoj osobi“ treba omogućiti ostvarenje zaštite pred ESLJP-om, razgraničili od slučaja kada neka osoba pokušava putem predstavke pred ESLJP-om istaknuti zahtjev koji je zapravo *actio popularis*.³⁷ U praksi se otvara i pitanje koje se tiče stava o dopuštenosti podnošenja predstavki u ime preminulih osoba. U teoriji su prisutni stavovi po kojima je nedopušteno, odnosno izričito zabranjeno podnošenje predstavki u ime preminulih.³⁸ Međutim, ako pogledamo

36 *Eckle v Federal Republic of Germany* (series a, no 51, application no 8130/78) European court of human rights (1983) 5 ehh 1, 15 july 1982.

37 Kako bi ESLJP uvažio predstavku podnositelja koji je indirektna žrtva moraju se ESLJP-u pružiti nesporni i uvjerljivi dokazi o postojanju neposredne i direktne veze između opisane povrede određenog prava zaštićenog Konvencijom i događaja koji je tu povredu prouzrokovao. Opširnije Novaković, M., Pojam indirektno žrtve u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, Strani pravni život, br. 1., 2011., str. 261-269.

38 Lič, F., Obračanje Evropskom sudu za ljudska prava, Knjiga 1, Beograd, 2007, str. 120.

praksu ESLJP-a u nekim predmetima se daje izričiti i obrazložni odgovor na pitanje kada će ESLJP dozvoliti, odnosno odbaciti zahtjev podnesen u ime preminulog. To su predmeti *Kurt protiv Turske*³⁹ i *Sanles Sanles protiv Španjolske*.⁴⁰ U predmetu *Kurt protiv Turske*, podnositelj predstavke bila je majka turskog vojnika, koji je nestao u operacijama turske vojske. Ona je dugo vremena pred turskim organima bezuspješno pokušavala saznati što se dogodilo s njenim sinom. Kada se obratila ESLJP-u, to je učinila predstavkom podnijetom i u svoje ime (zbog povrede čl. 3. i 13. Konvencije), ali i u ime sina (zbog povrede čl. 2., 5., 14. i 17. Konvencije).

U predmetu *Sanles Sanles protiv Španjolske* podnošenju predstavke je prethodila okolnost da je teško oboljeli gospodin Sampedro u Španjolskoj vodio dugogodišnju pravnu bitku kako bi mu se omogućilo da umre „dobrovoljno i bezbolno“, a da izvršitelji tog „čina“ ne budu kažnjeni. Poslije neuspješne borbe da mu se odobri eutanazija, gospodin Sampedro okončava život na način na koji je i želio, a „pomagači“ nisu otkriveni. Njegova šogorica, gospođa Sanles, koju je ovlastio da nastavi pravnu borbu poslije njegove smrti podnijela je predstavku ESLJP-u u ime svog pokojnog zeta, zahtijevajući u ime svog vlastodavca da se na osnovu čl. 2., 3., 5., 6., 8., 9. i 14. Konvencije prizna pravo na dostojanstvenu smrt.

U prvom slučaju ESLJP je dopustio pokretanje postupka u ime preminule osobe, tj. sina podnositelja predstavke (gospođe Kurt), a u drugom slučaju ESLJP nije dopustio da se pokrene postupak u ime zeta gospođe Sanles, iako su u oba slučaja podnositelji predstavke bili ovlašteni pravni sljednici pokojnika. Ovdje vidimo dva kriterija: institut legitimnog interesa s jedne i okolnost da direktna žrtva nije u stanju podnijeti predstavku (preminula), s druge strane. Predstavka kojom je pokrenut postupak u predmetu *Kurt protiv Turske* ispunjava oba kriterija, jer je gospođa Kurt nesporno dokazala legitimni interes da podnese zahtjev u ime svog sina, s obzirom na to da on kao direktna žrtva, nije u stanju to učiniti sam. S druge strane, u slučaju *Sanles Sanles protiv Španjolske*, suci su zauzeli stav da nije zastupljen dovoljan legitiman interes, tj. da gospođa Sanles podnijetom predstavkom djeluje putem *actio popularis*. Odbor za ljudska prava, pred kojim se ovaj slučaj našao⁴¹ nije našao da se u odnosu na gospodina Sampedra može govoriti o statusu žrtve. Dakle, njegova smrt je nastupila 1998. godine, a šogorica je na osnovi ovlaštenja tek 2001. godine pokušala pred ESLJP-om „nastaviti“ borbu za pravo da se povodom „samoubojstva uz pomoć ostalih“ kazneno ne gone supočinitelji, za gospodina Ramona se nije moglo osnovano tvrditi da je bio žrtva povrede prava koja štiti Konvencija.

Ako bi se propisom ili praksom ESLJP-a onemogućilo pokretanje postupka pred ESLJP-om u ime umrlog došlo bi do apsurdne situacije koja je suprotna osnovnom cilju u kojem je ESLJP i ustanovljen. Ovdje se postavlja pitanje kako zaštititi pravo umrloga ako sama žrtva ne može pokrenuti postupak, a da se

39 *Kurt v. Turkey*, app. No. 24276/94.

40 *Sanles Sanles v. Spain*, app. No. 48335/99

41 <http://www.humanrights.is/thehumanrightsrproject/humanrightscasesandmaterials/cases/internationalcases/humanrightscommittee/nr/335>

ne ostavi prostor za predstavke koje će nastojati tu mogućnost zloupotrijebiti. Problem je što se u praksi ESLJP-a osoba koja pokreće postupak u ime umrloga smatra indirektnom žrtvom. Međutim, indirektna žrtva je ona koja je pogođena nekim propuštanjem koje nije usmjereno izravno na nju, ali ona trpi štetu. Osoba koja pokreće postupak u ime umrloga njegovom smrću nije postala indirektna žrtva kada pokreće postupak *u ime umrloga*, jer taj postupak pokreće zbog nemogućnosti umrloga da sam to učini. Dakle, osoba koja bi dokazala da je smrću njoj bliske osobe došlo do povrede njenog prava iz Konvencije i dokazala uzročnu posljedičnu vezu bila bi indirektna žrtva. Ali, i tada bi ta osoba tražila zaštitu svog prava u svoje ime i ukazivala bi na činjenicu iz koje je proizlazila povreda njenog prava, ali u svoje ime. Međutim, podnošenje predstavke u ime preminule osobe ne predstavlja takvu situaciju.⁴²

Iz prakse ESLJP-a proizilazi da će se gotovo uvijek dopustiti pokretanje ili nastavak postupka poslije smrti podnositelja predstavke, kada nasljednici kao sukcesori podnose predstavku ili stupaju u već pokrenuti postupak. Međutim, ima i slučajeva kada ESLJP to nije odobravao. U slučaju *Kurt protiv Turske* bila je riječ o predstavi u kojoj je majka poginulog vojnika, pored pozivanja na povredu prava iz čl. 3. i 13. Konvencije (u svoje ime), ukazivala i na povredu prava iz čl. 2., 5., 14. i 17. Konvencije (u ime svog sina). Za Sud je bilo nesporno postojanje povrede zabrane mučenja, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja iz čl. 3. Konvencije. Međutim, stav ESLJP-a u odnosu na povredu prava zaštićenih tim člankom i nije bio predmet osporavanja, jer je u odnosu na takva postupanja gospođa Kurt i bila direktna žrtva. Naime, ona se žalila na tretman koji je ona doživjela od policije i sudstva prilikom nastojanja da sazna šta se desilo njenom sinu. Međutim, ESLJP je usvojio i onaj dio predstavke u kojem je majka ukazivala na povredu prava njenog sina iz čl. 5. i 13. Konvencije.⁴³ Ovdje se ESLJP potvrdio da činjenica da neka osoba podnosi predstavku u ime umrloga nema nikakve veze sa tim je li ona sama žrtva.⁴⁴

Smatramo da bi aktivnu legitimaciju, odnosno priznati pravo na pokretanje postupak pred ESLJP-om u ime umrloga trebalo priznati podnositelju predstavke koji, pored ukazivanja na postojanje činjenice da direktna žrtva nije u stanju sama podnijeti predstavku, dokaže i pravni interes za obraćanje ESLJP-u u tuđe ime. Interes se dokazuje okolnostima bliske rodbinske veze ili činjenicom da je neka osoba nasljednik umrloga. Istovremeno, što se tiče statusa indirektna žrtve, ne osporava se ni mogućnost stjecanja tog „svojtva“ u osobi istog podnositelja uz

42 Razlog tome možemo naći u potrebi ESLJP-a da omogući zaštitu prava na život (čl. 2. Konvencije) a da ne prekrši čl. 34 Konvencije u kojem se inzistira da podnesak može podnijeti samo žrtva (ne navodi izričito je li riječ o direktnoj ili indirektnoj). Još jedan primjer za tzv. indirektna žrtve je predmet *Chahal protiv Velike Britanije*. Sudu se obratio gospodin Chahal kao direktna žrtva, ali su se Sudu obratili i njegova supruga i djeca pozivajući se na čl. 8 Konvencije, odnosno tvrdeći da im je povrijeđeno pravo na obiteljski život. *Chahal protiv Velike Britanije* 15.11.1996., para.68.

43 I to jednoglasno, za razliku od zahtjeva pozivom na povredu čl. 3. koje je usvojio sa 19 glasova za dok i ih je 5 bilo protiv.

44 Tako Novaković, M., *op.cit.* (bilj. 37.), str. 261-269.

uvjet da ta osoba dokaže takvo svojstvo iz okolnosti da je zaista pogođena nekom povredom Konvencije koja nije učinjena njoj osobno, ali i da dokaže da joj je s tim posredno povrijeđeno pravo zajamčeno Konvencijom. Nije moguće taksativno nabrojati sve slučajeve u kojima je neka osoba žrtva u smislu odredaba Konvencije. Trebalo bi težiti postavljanju jedne opće definicije koja bi formulirala okvirni pojam žrtve. To bi bio značajan putokaz potencijalnim podnositeljima predstavki, a istovremeno i doprinos učinkovitosti i ujednačavanju prakse ESLJP -a. Jedan slučaj iz prakse ESLJP-a je dao poseban doprinos tom nužnom preciziranju odnosno sužavanju pojma žrtve. U predmetu *Eckle protiv Njemačke*⁴⁵ ESLJP se nije bavio situacijama i pitanjima kada netko dobiva status žrtve, već onima kada se taj status gubi, što je za utvrđivanje postojanja i trajanje statusa žrtve podjednako važno.⁴⁶ Prema stajalištu ESLJP-a izraženom u tom predmetu, status žrtve u smislu Konvencije gubi se uslijed: priznanja statusa žrtve podnositelju predstavke; davanja obeštećenja podnositelju predstavke⁴⁷; konkludentnim radnjama uzetog u obzir kršenja prava podnositelja predstavke kao žrtve. Navedenim radnjama osoba ne prestaje biti žrtva uopće već prestaje biti žrtva za ESLJP.⁴⁸

Jedan od osnovnih principa na kojima počiva ESLJP je da će se njegova „uloga“ odnosno „status“ žrtve pred ESLJP-om aktivirati tek ako, i pored iscrpljenih svih domaćih pravnih lijekova, žrtva nije dobila nikakvu ili adekvatnu zaštitu od države.⁴⁹

U odnosu na zahtjev da je podnositelj žrtva prava zajamčenih EK ne traži se da podnositelj zahtjeva dokaže da je povreda zaista i nastupila. To je pitanje osnovanosti samog zahtjeva o kojem se odlučuje u presudi. Dovoljno je da iz okolnosti predmeta proizlazi da se radi o situaciji koja bi, ako su navodi podnositelja koji se odnose na činjenično stanje točni, mogla predstavljati povredu njegovih

45 *Eckle v. Germany*, app. No. 8130/78

46 Do gubitka statusa žrtve došlo je i u slučaju *Caraher protiv Velike Britanije* (*Caraher protiv Velike Britanije* 11.01.2000.) u kome je britansko Ministarstvo obrane u tijeku postupka pred ESLJP-om u vezi sa ubojstvom supruga podnositelja zahtjeva u Sjevernoj Irskoj isplatilo 50.000 britanskih funti podnositelju zahtjeva, zbog čega je ESLJP ustanovio da zahtjev nije dopušten, jer podnositelj zahtjeva više nije imao status žrtve po Konvenciji.

47 U određenim slučajevima da bi podnositelj zahtjeva izgubio status žrtve sama kompenzacija nije dovoljna, ako je ponašanje državnih vlasti kojim je povrijeđeno pravo zajamčeno Konvencijom ili njenim protokolima, suglasno zakonskim odredbama te države.

48 Primjenom navedenih kriterija stav ESLJP-a u slučaju *Moustaquim protiv Belgije* (*Moustaquim protiv Belgije* 19.02.1991. para. 31), koji se odnosio na deportaciju, iako je država ugovornica dopustila podnositelju zahtjeva da ostane u Belgiji, nedavanje naknade za petogodišnji strah koji je podnositelj zahtjeva pretrpio zbog patnje da će biti deportiran, ESLJP je tretirao kao povredu Konvencije i odbio tvrdnju Belgije da je svrha zahtjeva ostvarena time što mu je dopušten ostanak u državi.

49 Ali, ako „national authorities have acknowledged either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention“ (*Eckle v. Germany*, app. No. 8130/78, paragraph 66.), potreba za intervencijom ESLJP-a prestaje. ESLJP je u mnogim kasnijim slučajevima, potvrdio ovakav stav (*Dalban v. Romania*, app. No. 28114/95; *Chevrol v. France*, app. No. 49636/99.).

prava zajamčenih EK.⁵⁰ Sud smatra da čl. 34. EK pojedincima omogućuje tvrditi kako neki zakon njihova prava krši sam po sebi, i onda kad nema pojedinačnih mjera provedbe, ako su oni izloženi riziku da njime budu izravno pogođeni.⁵¹

4. NADLEŽNOST SUDA RATIONE MATERIAE

Države mogu podnijeti predstavku o svakom navodnom kršenju odredaba EK koje je počinila druga visoka ugovornica, a ne samo onih odredaba iz odjeljka 1. EK dok pojedinci mogu uspješno podnijeti predstavku samo po pravima određenim EK, što znači da se njihove pritužbe mogu odnositi samo na članke iz odjeljka 1. EK i članke Protokola koji sadrže dodatna prava. Dio 1. EK sadrži sljedeća prava i slobode: pravo na život, sloboda od mučenja, neljudskog ili ponižavajućeg postupka, sloboda od ropstva i prinudnog ili obveznog rada, pravo na slobodu i sigurnost ličnosti, pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku, sloboda od retroaktivne primjene kaznenog zakonodavstva, pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života, doma i prepiske, sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti, sloboda izražavanja, sloboda okupljanja i udruživanja i pravo na sklapanje braka

50 Primjerice u predmetu *Mladenić protiv Hrvatske* Vlada je prigovarala da zahtjev nije sukladan *ratione persone* s odredbama EK, jer je postupak pred Ustavnim sudom obustavljen zbog propusta podnositelja zahtjeva da obavijesti Ustavni sud o svojoj novoj adresi, da stoga podnositelj zahtjeva nije žrtva nikakve povrede prava zajamčenih EK, jer je do obustave postupka na koji prigovara došlo njegovom krivnjom. Sud, je međutim, našao da je zahtjev podnesen protiv države koja je ratificirala EK i protiv odluke Ustavnog suda da obustavi postupak u povodu ustavne tužbe podnositelja zahtjeva. Nadalje, podnositelj zahtjeva može tvrditi da je žrtva povrede prava zajamčenih EK, jer navodi da je činjenica da je postupak pred Ustavnim sudom obustavljen bez donošenja odluke o osnovanosti njegove tužbe i da je povrijeđeno njegovo pravo na pristup sudu, a što će Sud ispitati na temelju čl. 6. st. 1. EK. Sud je zahtjev proglasio nedopuštenim, ali iz drugih razloga. Vidi Perić, M., Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu, magistarski znanstveni rad, Mostar, 2010., str. 160-161. (dalje: Perić, Uvjeti dopuštenosti).

51 Vidjeti presudu u predmetu *Johnston i drugi protiv Irske* od 18. prosinca 1986., Serija A, br. 112, str. 21., st. 42. i presudu u predmetu *Marckx protiv Belgije* od 13. lipnja 1979., Serija A., br. 31, str. 13., st. 27. U ovom predmetu zakon koji je predmet prigovora nije nikad primijenjen na podnositelja zahtjeva - njegov je zahtjev u naravi bio *actio popularis* kojim je on tražio *in abstracto* preispitivanje osporenog zakona u svjetlu EK ... Čak i predmnijevajući da potencijalni korisnici prava koja proizlaze iz osporavanog zakona imaju pravo na zaštitu koju jamči čl. 1. Protokola broj 1., Sud primjećuje da je podnositelj zahtjeva propustio dokazati da bi on sam na bilo koj i način mogao biti pogođen osporanim zakonom. Njegov je glavni prigovor taj da se tim zakonom krši pravo na vlasništvo kao takvo. Sud primjećuje da nema dovoljno izravne povezanosti između podnositelja zahtjeva kao takvog i povrede za koju tvrdi da ju je pretrpio zbog navodnog kršenja EK. U vezi s time, Sud podsjeća da osoba koja nije u mogućnosti dokazati da je osobno pogođena primjenom zakona kojeg kritizira ne može tvrditi da je žrtva kršenja EK (vidjeti br. 9939/82 Odluka od 4. 7.1983., Zbirka odluka i izvješća br. 34., str. 213.). Iz tih razloga, podnositelj zahtjeva se ne može smatrati žrtvom povrede prava utvrđenih EK.

i zasnivanje obitelji.⁵² Osobitu pažnju valja obratiti na čl. 6. EK, koji jamči pravo na pošteno suđenje u postupcima u kojima se odlučuje o podnositeljevim pravima i obvezama građanske prirode ili ako imaju obilježja kaznenog postupka.⁵³ Čl. 6. EK ne odnosi se na postupke u kojima se odlučuje samo o troškovima nekog postupka, kao o glavnoj stvari te na postupke koji se odnose na procesna pitanja (npr. postupak u kojem je tužba ili žalba odbačena radi procesnih nedostataka, kao što je nedostatak valjane punomoći za zastupanje ili nepravovremenost podneska, nadalje ne odnosi se na postupak u povodu zahtjeva za ponavljanjem parničnog postupka - ali ako se ponavljanje odobri, čl. 6. EK se primjenjuje na taj novi postupak, jer je to jedan redoviti parnični postupak, te se odnosi niti na porezne postupke).^{54 55}

5. NADLEŽNOST SUDA RATIONE TEMPORIS

Nadležnost Suda obuhvaća sve akte i propuste države ugovornice učinjene poslije stupanja na snagu Konvencije. Tako da odredbe Konvencije ne obvezuju ugovornu stranku u odnosu na bilo koji akt ili činjenicu koji su se dogodili ili na bilo koju situaciju koja je prestala postojati prije datuma stupanja na snagu Konvencije, činjenica koje datiraju iz razdoblja kad tužena država nije bila u položaju predvidjeti

52 Protokol 1. dodaje sljedeća prava: pravo na mirno uživanje imovine, pravo na obrazovanje i slobodan izbor obrazovanja i pravo na slobodne izbore tajnim glasovanjem. Protokol 4. uključuje sljedeća prava i slobode: zabrana lišavanja slobode po osnovu nemogućnosti ispunjenja ugovornih obveza, sloboda kretanja i sloboda izbora boravišta unutar zemlje, zabrana protjerivanja državljana i pravo državljana da uđu na teritorij države čiji su državljani i zabrana skupnog protjerivanja stranaca. Protokolom 6. uz EK od 28. travnja 1983. smrtna kazna je ukinuta. Ipak, ostavljena je mogućnost da država zadrži smrtnu kaznu za vrijeme rata ili neposredne ratne opasnosti. Konačno, Protokolom 13. uz EK od 3. svibnja 2002. smrtna kazna je ukinuta u svim okolnostima. Protokol 7. sadrži sljedeća prava i slobode: proceduralna jamstva u slučaju protjerivanja stranaca koji zakonito borave na teritorij ujedne države, pravo na preispitivanje kaznenih predmeta pred višim sudom, pravo na naknadu osobi osuđenoj za kazneno djelo, ako neka nova ili novootkrivena činjenica pokaže da se radilo o sudskoj pogrešci, zabrana novog kaznenog postupka za djelo za koje je osoba već pravomoćno oslobođena ili osuđena i jednakost supružnika u pravima i obvezama.”

53 Više Grdinić, E., *Pravo na pošteno suđenje u postupcima građanskopravne prirode zajamčeno čl. 6. st.1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, rujna, 2005., str. 7-16.

54 Sud je donio 19. travnja 2007. godine presudu kojom je izmijenio svoju dosadašnju praksu u pogledu primjene čl. 6. st. 1. EK (prava na pravično suđenje) na sporove koje državni službenici pokreću protiv svog poslodavca. Od tada, da bi se isključila zaštita iz čl. 6. EK moraju biti ispunjena dva uvjeta. Kao prvo, država mora u svom domaćern pravu izričito isključiti pristup sudu za to radno mjesto ili kategoriju zaposlenika. Kao drugo, isključenje mora biti opravdano objektivnim razlozima državnog interesa. Sama činjenica da podnositelj radi u sektoru koji sudjeluje u izvršavanju ovlasti dodijeljenih javnim pravom nije sama po sebi odlučna. Prema tome, u pravilu ne može biti opravdanja za isključenje jamstava iz čl. 6. EK za obične radne sporove, kao što su oni koji se odnose na plaće, dodatke i slična prava.”

55 Čl. 6. EK se ne odnosi na: postupke u povodu stjecanja državljanstva, ekstradicijske postupke ili postupke u kojima se odlučuje o boravku stranog državljanina u nekoj zemlji.

međunarodnu odgovornost ili pravni postupak kome su ove činjenice mogle biti uzrokom u odnosu na tu stranku. Taj datum ovisi o državi protiv koje se podnosi zahtjev, ovisno o tome odnosi li se zahtjev na pravo navedeno u samoj Konvenciji ili u jednom od protokola. Sud je zauzeo stajalište da je Konvencija prema pojedinim članicama mjerodavna samo za događaje koji su se dogodili nakon što je ona za njih stupila na snagu (vidi *Multiplex*⁵⁶ i *Kastelić v. RH*⁵⁷). Sud nije nadležan ispitati zahtjeve za pokretanje postupka protiv države ako su navodne povrede zasnovane na činjenicama koje su se dogodile prije odlučnog datuma, osim ako učinjena povreda nema trajni karakter.⁵⁸ Kada su događaji na koje se odnosi zahtjev dogodili prije stupanja Konvencije na snagu u odnosu na predmetnu državu, a nastavljeni su i nakon tog datuma, Sud će uzeti kao relevantne samo događaje nakon stupanja na snagu Konvencije.⁵⁹

U predmetu *Stamoulakatos v. Greece*⁶⁰ podnositelj zahtjeva je prigovorio protiv sudskih presuda donesenih protiv njega *in absentia* od strane grčkih sudova prije datuma kojeg je Grčka prihvatila pravo na pojedinačne zahtjeve na temelju bivšeg čl. 25. Konvencije.⁶¹ Međutim, podnositelj je žalbe protiv tih sudskih presuda,

56 *Multiplex protiv Hrvatske* (Odluka od 26.9.2002., zahtjev br. 58112/00). Sud u ovom predmetu nalazi da je, premda je zakonodavno miješanje nastupilo nakon što je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Hrvatsku, ono bilo u toj mjeri povezano sa događajima koji su dali povod zahtjevu podnositeljice da bi njihovo razdvajanje vodilo davanju retroaktivnog učinka Konvenciji koje bi bilo suprotno općim načelima međunarodnog prava. U isto vrijeme to bi učinilo Hrvatsku izjavu kojom se priznaje nadležnost Suda za zaprimanje pojedinačnih zahtjeva ništavom (vidi *Stamoulakatos protiv Grčke*, presuda od 30. rujna 1993., Serija A br. 271, str. 14, § 33).

57 *Kastelić protiv Hrvatske* (Odluka od 07.11.2002., zahtjev br. 60533/00). Sud podsjeća da je Hrvatska priznala nadležnost Suda da prima zahtjeve od "bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povrede prava priznatih u ovoj Konvenciji počinjene od Hrvatske bilo kojim aktom, odlukom ili događajem nastalim nakon 5. studenog 1997." U skladu s navedenim, Sud nije nadležan ispitati ovaj zahtjev u onom dijelu u kojem on upućuje na činjenice koje su nastale prije dana ratifikacije Konvencije.

58 Bečka Konvencija o pravu međunarodnih ugovora iz 1969., čl. 28. predviđa da ugovori nemaju retroaktivno djelovanje.

59 Pri procjeni razumnog trajanja dužine postupka pred domaćim organima, Sud će uzeti u obzir samo vrijeme nakon stupanja Konvencije na snagu, ali će imati i na umu i koliko je postupak trajao i prije stupanja na snagu Konvencije, kao i okolnosti koje su utjecale na njegovu dužinu kao u slučaju *Vajagić protiv Hrvatske*. *Vajagić protiv Hrvatske* 16.10.2008.

60 *Stamoulakatos v. Greece*, 26. 10. 1993. para. 32-33.

61 U presudi *Stamoulakatos protiv Grčke* u odnosu na tri presude koje su grčki sudovi donijeli prije ratifikacije EK, Sud je jasno našao da je svaki zahtjev koji bi se odnosio na povredu konvencijskih prava u tim postupcima izvan vremenske nadležnosti Suda. U odnosu, pak na žalbene postupke protiv tih presuda, koji su se odvijali nakon ratifikacije EK od strane Grčke Sud je naveo: «U pogledu žalbenih postupaka protiv tih presuda, podnositelj se žali isključivo u smislu da mu nije putem tih žalbenih postupaka bilo i omogućeno novo ispitivanje merituma njegovog predmeta pred sudom prvog stupnja, a s obzirom da mu se sudilo u odsutnosti. Stoga, iako je podnositelj pokrenuo žalbene postupke nakon «kritičnog» datuma, 19. studenoga 1985. (datum kada je Grčka ratificirala EK), ti postupci usko su vezani s postupkom koji je doveo do osude podnositelja ... Rastavljati žalbene postupke od događaja koji su ih uzrokovali bi, u okolnostima ovog predmeta, bilo jednako negiranju grčke Deklaracije o ratifikaciji i EK.

koje su bile nakon toga odbijene, uložio nakon tog datuma. ESLJP je presudio da su te žalbe, iako su bile podnesene nakon mjerodavnog datuma, povezane s postupkom koji je doveo do njegovih presuda.⁶² Sud je smatrao da bi rastavljanje odluka domaćih sudova donesenih nakon ratifikacije, od događaja koji su doveli do sudskog postupka bilo ravno poništenju izjave Grčke kojim prihvaća pravo pojedinačnih zahtjeva i da bi značilo davanje retroaktivnog djelovanja Konvenciji, što bi bilo protiv općih načela međunarodnoga prava. Sud je ovaj zahtjev proglasio nespojivim s Konvencijom *ratione temporis*.⁶³

Kada Sud razmatra razumni rok, stajališta je da on nikako ne može početi teći prije stupanja na snagu EK s obzirom na tuženu državu. Sukladno navedenom, zahtjevi koji se odnose na događaje koji su nastupili prije datuma ratifikacije EK od strane pojedine države nisu u nadležnosti Suda. Takvo stajalište Sud je izrazio u nizu svojih odluka. Kod ispitivanja vremenske nadležnosti Suda treba razlikovati dvije situacije. Prva je ona u kojoj navodna povreda prava zajamčenih EK predstavlja **trenutni** akt, kao što su primjerice, otkaz s posla ili čin uništenja nečije imovine. Ako se taj akt dogodio prije ratifikacije EK Sud, neće biti nadležan iako su se možebitne odluke domaćih sudova koje se odnose na tu situaciju donijele nakon ratifikacije.⁶⁴ Druga situacija je ona koja predstavlja **kontinuirano** kršenje prava zajamčenih EK. Najčešći primjer takve situacije su zahtjevi koji se odnose na povredu prava na suđenje u razumnom roku. Naime, i postupci koji su započeli prije ratifikacije EK, ako je njihovo trajanje nastavljeno nakon ratifikacije, ulazit će u vremensku nadležnost Suda. Pritom će Sud detaljno razmotriti tijek postupka nakon ratifikacije, ali će ipak uzeti u obzir ukupnu duljinu trajanja postupka, kao i stanje predmeta nakon ratifikacije. U situacijama koje su se dogodile prije stupanja na snagu u odnosu na predmetnu državu Sud će obratiti posebnu pažnju na to je li

62 U predmetu *Zana v. Turkey* (*Zana v. Turkey* 25. 11. 1997. para. 42.) podnositelj zahtjeva je prigovorio da mu je povrijeđeno pravo utvrđeno čl. 10. Konvencije, jer je domaći sud donio sudsku presudu protiv njega 26. ožujka 1991. godine zbog izjave koju je dao novinarima u kolovozu 1987. godine. Turska je prihvatila obveznu nadležnost Suda samo u odnosu na činjenice i događaje koji su se dogodili poslije 22. siječnja 1990. godine, odnosno nakon dana kada je dostavila svoju izjavu. Sud nije prihvatio tvrdnju turske vlade da je mjerodavna glavna činjenica za uspostavu nadležnosti *ratione temporis* bila izjava podnositelja zahtjeva novinarima. Naprotiv, glavna je činjenica bila sudska presuda protiv podnositelja zahtjeva, time što je ta presuda predstavljala povredu prava podnositelja zahtjeva na osnovu čl. 10. Sud je prema tome odbacio prethodni prigovor Vlade na temelju nenadležnosti *ratione temporis*.

63 *Blečić protiv Hrvatske*, 08.03.2006. para. 92.

64 U predmetu *Juravić protiv Hrvatske* podnositelj zahtjeva bio je zaposlen u poduzeću E. od 19. srpnja 1994. godine do 4. veljače 1995. godine kad je dobio otkaz. Kako bi osporio svoj otkaz, pokrenuo je dva postupka: upravni postupak i građanski postupak. «Glede poštenosti upravnog postupka, Sud primjećuje da je on okončan 1995. godine, dok je EK stupila na snagu u odnosu na Hrvatsku 5. studenog 1997. godine. Glede poštenosti građanskog postupka, Sud primjećuje da je postupak još u tijeku i da je taj prigovor stoga preuranjen. Slijedi da su ovi prigovori: (a) nesukladeni *ratione temporis* s odredbama EK u smislu čl. 35. st. 3. i (b) nedopušteni na temelju čl. 35. st. 1. zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava, tim redom».

riječ o događaju koji ima trajni karakter.⁶⁵

Zahtjev mora biti **podnesen unutar razdoblja od šest mjeseci** od dana donošenja konačne odluke najvišeg nadležnog domaće suda ili organa. Razdoblje od šest mjeseci računa se od datuma kada je konačna odluka u redovitom sudskom postupku dostavljena stranci ili odvjetniku, a ne od datuma eventualnog kasnijeg odbijanja zahtjeva za ponavljanjem postupka ili bilo kojeg drugog zahtjeva nekom od organa koji nema utjecaja na ishod spora.⁶⁶ Razdoblje od šest mjeseci prekida se u trenutku kada ESLJP primi prvi dopis u kojem je jasno iznesen predmet zahtjeva koji se želi podnijeti ili ispunjeni obrazac zahtjeva.⁶⁷

Svrha je pravila o šest mjeseci promicati pravnu sigurnost i osigurati da se s predmetima, u kojima postoje sporna pitanja vezano uz Konvenciju, postupka u razumnom roku te da se zaštiti vlast i druge osobe kojih se to tiče od svake neizvjesnosti kroz produljeno vremensko razdoblje.⁶⁸

Datum od kojeg vremensko ograničenje počinje teći ne odnosi se samo na datum na koji je odluka domaćih sudova donesena, nego i na vrijeme od kojeg je podnositelj zahtjeva bio obaviješten o rezultatu postupka i stoga bio u rangučnosti podnijeti tužbu Sudu. U praksi se računa od dana kad je podnositelj, odnosno njegov odvjetnik primio tu odluku. Ako je datum dostave znatno kasniji od dana donošenja odluke potrebno je o tome priložiti dokaz. Da bi počelo teći razdoblje od šest mjeseci, naknadna obavijest o punom tekstu u kojoj se daju razlozi presude može biti odlučujuća. Ako je odluka donesena za vrijeme javne rasprave na kojoj je podnositelju bilo dopušteno sudjelovati, kao datum konačne odluke domaćih sudova smatra se datum rasprave. Ako pak odluka nije donesena na raspravi, meritoran je datum proglašenja presude. Stupanjem na snagu Pakta o građanskim i političkim pravima i Fakultativnog protokola uz taj Pakt, pružena je mogućnost zaštite prava onim pojedincima kojima je prošao ovaj rok za podnošenje tužbe Sudu.

65 U slučaju trenutnih događaja van vremenskih okvira EK, predstava će uvijek biti proglašena neprihvatljivom *ratione temporis*. U predmetu *Pilipović protiv Hrvatske* Sud ponavlja da se odgovornost države za ovrhu pravomoćnih presuda protiv privatnih osoba ne proteže dalje od sudjelovanja državnih tijela u ovršnom postupku. Nakon što je ovršni postupak završen u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, odgovornost države prestaje. U ovom predmetu Sud smatra utvrđenim da je ovršni postupak o kojemu se radi okončan 04. veljače 1993. godine, dakle prije stupanja na snagu EK u odnosu na Hrvatsku 5. studenog 1997. godine. Uzimajući naprijed navedeno u obzir, Sud smatra da neuspješni pokušaji podnositelja zahtjeva da nakon 1999. godine nastavi ovršni postupak koji je već bio okončan - mogućnost koja ne postoji prema mjerodavnom domaćem zakonodavstvu - ne mogu taj postupak dovesti u vremensku nadležnost Suda.

66 Vezano uz datum podnošenja zahtjeva Sudu, Sud je već utvrdio da se datum poštanskog pečata kojim se evidentira dan kad je zahtjev upućen smatra datumom podnošenja zahtjeva, a ne datum primitka označen pečatom na zahtjevu (vidi, na primjer, *Kipritić protiv Turske*, br. 14294/04, stavak 18., 3. lipnja 2008.)

67 Ako se dopisom samo zatraže informacije od ESLJP-a, time se ne prekida rok od šest mjeseci koji je potrebno poštovati.

68 Vidi *Kelly protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 10626/83, Odluka Komisije od 7. svibnja 1985., Odluke i izvješća (DR) 42, str. 205 i *Baybora i drugi protiv Cipra* (odl.), br. 77116/01, 22. listopada 2002.

Fakultativni protokol daje pojedincima pravo podnošenja pritužbe Odboru za prava čovjeka u Genevi, zbog kršenja tog Pakta od neke države stranke. Pritom će Odbor razmatrati samo priopćenja osoba koje su iscrpile sva raspoloživa unutarnja pravna sredstva, i to pod uvjetom da taj isti predmet nije već podvrgnut nekom drugom međunarodnom postupku. Dakle, ne traži se vremensko ograničenje kao jedan od uvjeta dopuštenosti tužbe.

U predmetima u kojima ne postoji pravo žalbe na odluku ili akt javne vlasti, rok počinje teći od trenutka kada odluka ili akt postanu pravomoćni. Kada se zahtjev odnosi na primjenu pravnog propisa koji za posljedicu ima trajnu povredu prava, ne postoji nikakav mogući «početak» za računanje roka. U slučaju da postoje izuzeci od iscrpljivanja pravnih lijekova (npr. nedjelotvornost ili nedostupnost pravnog lijeka) predstavka se podnosi u roku od šest mjeseci od trenutka kada se navodno kršenje prava dogodilo. Ako je riječ o više nepovezanih događaja za koje podnositelj ukazuje da predstavljaju kršenje, najsigurnije za njega je uzeti u obzir prvi događaj. Međutim, ako su događaji međusobno povezani tako da čine jedan jedinstveni događaj, za primjenu pravila od šest mjeseci relevantan je posljednji događaj u nizu. Rok od šest mjeseci ne vrijedi za kontinuirane situacije kršenja prava zajamčenih EK- tipičan primjer je zahtjev radi suđenja u razumnom roku - zahtjev se može podnijeti sve dok postupak traje pa i kad završi, ali tada, unutar roka od šest mjeseci od završetka postupka.⁶⁹

Vremensko ograničenje od šest mjeseci neće se primijeniti ako je riječ o povredi koja ima trajni karakter.⁷⁰ Drugi slučaj kada se pravilo od šest mjeseci neće primijeniti odnosi se na korištenje nedjelotvornog pravnog sredstva. U tom slučaju rok od šest mjeseci teći će od trenutka kada je uporabljeno djelotvorno pravno sredstvo, tj. od trenutka samog događaja ako nije bilo djelotvornog pravnog sredstva. Ako postoji bilo kakva sumnja o djelotvornosti nekog pravnog sredstva za podnositelje predstave bilo bi važno da Sudu u roku od šest mjeseci od posljednjeg pravomoćne odluke domaćih tijela podnesu jedno uvodno pismo. Ako je podnositelj zahtjeva koristio pravne lijekove koji nisu bili dopušteni, onda se njihovo korištenje ne može smatrati prekidom tijeka roka od šest mjeseci predviđenog. Za pitanje je li

69 Nemoguće je unaprijed okvalificirati pojedino razdoblje kao razumno odnosno nerazumno, ali je dosadašnja praksa Suda odredila kada taj rok počinje teći i kada završava. U građanskim postupcima vrijeme počinje teći kada je stvar iznesena pred nadležni sud, ali nikada ne može početi teći prije stupanja na snagu EK s obzirom na tuženu državu. Sud mora voditi računa o tome do kojeg stupnja se postupak razvio u tom prethodnom razdoblju. U građanskom kao i u kaznenom postupku vremensko razdoblje prestaje teći kad zadnja sudska odluka koja je donesena u domaćem pravnom poretku postane *res iudicata*, bez obzira na razinu u sudskoj piramidi na kojoj je odluka donesena.

70 U praksi Suda bilo je više situacija koje je Sud kvalificirao kao trajne povrede. To se odnosilo na razdoblje provedeno u pritvoru, postojanje izvjesnih zakona kojima se krši EK, odbijanje plaćanja naknade zbog eksproprijacije ili nacionalizacije, koje same po sebi predstavljaju trenutne akte, odbijanje vlade da podnositelju pruži informacije u vezi s testiranjem kemijskog oružja nad njim dok je bio vojnik šezdesetih godina, kontinuirano ograničavanje slobode izražavanja kao posljedica osude za izdaju tijekom Drugog svjetskog rata, neprovođenje odluke o načinu održavanja kontakta s djetetom itd.

predstavka podnesena pravovremeno - relevantni datum je onaj kada je potvrđeno da je predstavka stigla u «Glavno tajništvo». U praksi, Komisija kao odlučujući trenutak uzima datum prvog pisma podnositelja u kojem on izražava želju za podnošenjem zahtjeva i daje neku naznaku naravi svoje pritužbe.⁷¹

6. UVJETI DOPUŠTENOSTI IZ ČL. 35. KONVENCIJE

Konvencijom je propisano da Sud može razmatrati 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 te Sud neće razmatrati niti jedan pojedinačni zahtjev podnesen na temelju čl. 34. EK koji je: anonimn ili u osnovi isti kao neki predmet što ga je sud već ispitivao, ili koji je već podvrgnut nekom drugom međunarodnom postupku istrage ili rješavanja te ako ne sadrži nikakve nove relevantne činjenice.

6. 1. *Iscrpljivanje domaćih pravnih lijekova*

Podnositelj zahtjeva mora iskoristiti sve unutarnje pravne lijekove koji su mu na raspolaganju, redovne i izvanredne, administrativne ili sudske.⁷² Tužitelj mora

71 Kao primjer podnošenja zahtjeva izvan roka od šest mjeseci nalazimo u predmetu *Modrić protiv Hrvatske* gdje se navodi da je podnositeljica zahtjeva išla baciti smeće kad joj je iznenada pristupio njen susjed, određeni B.L., ošamario je i navodno je počeo daviti zaprijetivši joj da će je ubiti. Uspjela je pobjeći i prijaviti ga policiji. Policija je Prekršajnom sudu u Splitu podnijela prijavu protiv B.L.-a te je pred tim sudom pokrenut postupak protiv B.L. ... «U ovom predmetu Sud primjećuje da je 14. prosinca 2004. godine vijeće Županijskoga suda u Splitu sastavljeno od tri suca odbilo zahtjev za provođenje istrage koji je podnositeljica zahtjeva podnijela istražnome sucu Županijskoga suda u Splitu. Podnositeljica zahtjeva je nakon toga podnijela nekoliko daljnjih žalbi koje su sve odbačene, jer nisu propisane Zakonom o kaznenom postupku. Ustavni sud je 24. studenog 2005. donio odluku o nedopuštenosti u odnosu na te žalbe. Zahtjev Sudu je podnesen 26. travnja 2006. godine, dakle manje od šest mjeseci od dana donošenja odluke Ustavnoga suda, ali više od šest mjeseci nakon dana donošenja odluke Županijskoga suda u Splitu, kojom je odbijen zahtjev podnositeljice za provođenjem istrage. Podnositeljica zahtjeva je mogla pokušati podnijeti ustavnu tužbu protiv odluke Županijskoga suda u Splitu od 14. prosinca 2004. godine, kojom je odbijen njen zahtjev za provođenjem istrage. Suprotno tome, ustavna tužba podnesena u odnosu na postupovne odluke kojima se žalbe podnositeljice zahtjeva odbacuju jer nisu propisane mjerodavnim pravom, nije pravno sredstvo koje treba iscrpiti u smislu čl. 35. st. 1. EK. Stoga pravna sredstva koja je pokušala iskoristiti podnositeljica zahtjeva nakon odluke Županijskoga suda u Splitu od 14. prosinca 2004. godine ne mogu prekinuti tijekom roka od šest mjeseci iz čl. 35. st. 1. EK. Sud tako dolazi do zaključka da je rok od šest mjeseci započeo teći najkasnije 14. prosinca 2004. godine, kad je vijeće Županijskoga suda u Splitu odbilo zahtjev podnositeljice zahtjeva za provođenjem istrage. Zahtjev je podnesen 26. travnja 2006. godine, više od šest mjeseci nakon toga. Slijedi da je zahtjev podnesen prekasno, te ga treba odbiti u skladu s čl. 35. st. 1. EK».

72 Tako prigovor podnesen Sudu treba prvo biti podnesen odgovarajućim nacionalnim sudovima, u skladu s formalnim zahtjevima domaćega prava i u propisanim rokovima. Drugačije

dokazati ESLJP-u da je htio da se slučaj riješi, iznoseći sve argumente u prilog povoljnog rješenja slučaja pred domaćim tijelima, a ne da je njegov postupak ulaganja žalbe bio samo da bi se zadovoljio formalni zahtjev korištenja unutarnjih pravnih lijekova. Domaćim nadležnim organima uvijek treba dati mogućnost da „isprave“ povredu prava zaštićenih Konvencijom,⁷³ prije nego ga ESLJP uzme u razmatranje.⁷⁴ Ovo pravilo pretpostavlja postojanje određenih uvjeta koji su neophodni za njegovu primjenu: a) postojanje i dostupnost pravnih lijekova; b) djelotvornost pravnih lijekova i da su dovoljni u ostvarivanju zaštite prava te c) postojanje općih uvjeta za normalnu realizaciju unutarnjih pravnih lijekova.⁷⁵

Ipak, obveza iscrpiti domaća pravna sredstva zahtijeva samo da podnositelj na uobičajen način upotrijebi pravna sredstva koja su djelotvorna, dostatna i na raspolaganju u odnosu na njegove pritužbe na temelju Konvencije.⁷⁶ Postojanje pravnih sredstava mora biti dostatno izvjesno, u praksi kao i u teoriji, jer će im u suprotnom nedostajati potrebna dostupnost i učinkovitost.⁷⁷ Pravna sredstva koja su dostupna stranci na domaćoj razini smatraju se učinkovitima ako sprječavaju navodnu povredu ili njezino nastavljanje, ili ako pružaju primjerenu zadovoljštinu za bilo koju povredu do koje je već došlo.⁷⁸ U suprotnom podnositelj zahtjeva mora dokazati da bi takva sredstva bila nedjelotvorna.⁷⁹

stajalište značilo bi udvostručivanje domaćega procesa i postupka pred Sudom, što bi se teško moglo smatrati spojivim sa supsidijarnim značajem Konvencije. Vidi predmet *Gavril Yosifov protiv Bugarske*, br. 74012/01, stavak 42., 6. studeni 2008.

73 Vidi, primjerice, predmet *Hentrich protiv Francuske*, 22. rujna 1994., st. 33., serija A, br. 296-A te predmet *Remli protiv Francuske*, 23. travnja 1996., st. 33., Izvješća 1996.-II.

74 Ovo se pravilo temelji na predmnjevi koja je izražena u čl. 13. Konvencije, a s kojim je blisko povezana, kako je u domaćem sustavu na raspolaganju učinkovito sredstvo u odnosu na navodnu povredu, bez obzira na to jesu li odredbe Konvencije preuzete u nacionalnom pravu ili ne. To je važan vid načela prema kojem je mehanizam zaštite uspostavljen Konvencijom supsidijaran nacionalnim sustavima kojima se štite ljudska prava. Vidi presudu *Handyside v. United Kingdom*, od 7. prosinca 1976., Serija A, br. 24, str. 22, st. 48. i presudu *Aksoy v. Turkey* od 18. prosinca 1996., Reports of Judgments, Judgments and Decisions 1996-VI, str. 2275, 2276, st. 51.

75 Međutim, ima situacija u kojima se iscrpljivanje unutarnjih pravnih lijekova neće postavljati kao neophodan uvjet za prihvatljivost zahtjeva za pokretanje postupka. To su slučajevi vezani za povredu čl. 6. st. 1. Konvencije, odnosno povredu prava na suđenje u razumnom roku, kao i slučajeve vezane za čl. 33. Konvencije, koji se odnosi na međudržavne sporove. Djelotvornost pravnih lijekova se naročito procjenjuje kada riječ o slučajevima dugotrajnih postupaka pred domaćim organima i ako ESLJP utvrdi da se radi o povredi prava na suđenje u razumnom roku, podnositelj zahtjeva će biti oslobođen obveze iscrpljivanja unutarnjih pravnih lijekova. Više Krapac, D., Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske, Ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzor, Narodne novine, 2014., str. 60 – 66.

76 Vidi predmete *Balogh protiv Mađarske*, br. 47940/99, stavak 30., 20. srpnja 2004. i *John Sammut i Visa Investments Limited protiv Malte* (odluka), br. 27023/03, 28. lipnja 2005.).

77 Vidi predmet *Aksoy protiv Turske*, 18. prosinca 1996., stavci 51. - 52., *Izvješća o presudama i odlukama* 1996-VI te predmet *Barta protiv Mađarske*, br. 26137/04, stavak 45., 10. travnja 2007.

78 Vidi predmet *Mifsud protiv Francuske* (odl.) [VV], br. 57220/00, stavak 17., ESLJP 2002-VIII.

79 Vidi, među ostalim izvorima, *Akdivar i drugi protiv Turske*, 16. rujna 1996., stavci 65. i 68., *Izvješća o presudama i odlukama* 1996-IV.

Pravilo o iscrpljivanju domaćih pravnih sredstava nije apsolutno, niti se može primijeniti automatski. Pri ispitivanju je li bilo poštovano, bitno je uzeti u obzir određene okolnosti svakoga pojedinog predmeta.⁸⁰ To znači da se mora uzeti u obzir postojanje formalnih pravnih sredstava u pravnom sustavu ugovorne stranke i sveukupni pravni i politički kontekst unutar kojeg one djeluju te osobne prilike podnositelja zahtjeva.⁸¹

Kada je riječ o dostupnosti pravnog lijeka, da bi bio dostupan potrebno je da podnositelj zahtjeva ima pravo direktnog obraćanja domaćem nadležnom organu, administrativnom ili sudskom. ESLJP navodi da se u primjenu ovoga pravila mora uzeti u obzir kontekst.⁸² Za ESLJP nije dovoljno da država tvrdi da je osigurala postojanje pravnih lijekova, već može zahtijevati od države iznošenje primjera slučajeva u kojima je pravo na pravni lijek uspješno iskorišteno.⁸³

Teret dokazivanja da nisu iscrpljeni svi unutarnji lijekovi uvijek je na državi protiv koje je podnesen zahtjev za pokretanje postupka, odnosno na Vladi koja se poziva na neiscrpljivanje unutarnjih pravnih lijekova i koja je dužna uvjeriti ESLJP da je pravni lijek bio djelotvoran i na raspolaganju podnositelju zahtjeva, da je mogao pružiti pravnu zaštitu u odnosu na prigovore podnositelja zahtjeva te da je davao razumne izgleda za uspjeh. Međutim, kada se razrješi pitanje tereta dokaza, na podnositelju zahtjeva je da dokaže da je pravno sredstvo na koje se poziva Vlada bilo iscrpljeno ili je iz nekoga razloga bilo nedostatno i nedjelotvorno ili su postojale posebne okolnosti zbog kojih je on bio oslobođen tog uvjeta.

ESLJP će smatrati da pravni lijek nije dostupan ako zavisi o diskrecijskoj ocjeni samog suda.⁸⁴ U slučaju *Horvat protiv Hrvatske*⁸⁵ ESLJP nije prihvatio argumente hrvatske Vlade da nisu iscrpljeni svi unutarnji pravni lijekovi predviđeni

80 Vidi presudu *Van Oosterwijck v. Belgium* od 6. studenog 1980., Serija A, br. 40, str. 18, st. 35.; presudu *Cardot v. France* od 19. ožujka 1991., Serija A br. 200, str. 18, st. 34. U predmetu *Immobiliare Saffi protiv Italije* ESLJP je zaključio da obraćanje Ustavnom sudu u Italiji nije pravno sredstvo koje je podnositelj zahtjeva trebao iscrpiti, zbog toga što se pravo direktnog obraćanja sudu nije odnosilo na Ustavni sud.

81 Vidi presudu *Akdivar and Others v. Turkey* od 16. rujna 1996., Reports of Judgements and Decisions 1996-IV, str. 1210-1211, st. 65-68.

82 Dostupnost pravnog lijeka ESLJP ocjenjuje i na osnovu okolnosti samog slučaja, ako je nemogućnost korištenja pravnog lijeka prouzrokovana slabim materijalnim stanjem osoba, ako mu nije priznato pravo na besplatnu pravnu pomoć u slučajevima u kojima nije obavezna obrana ili u složenijim slučajevima, i na osnovu ovih okolnosti ESLJP može pravni lijek proglasiti nedostupnim.

83 ESLJP je utvrdio da pravni lijekovi nisu bili dostupni, uzimajući u obzir okolnosti, u predmetu *Conka protiv Belgije* gdje je ESLJP uzeo da su podnositelji zahtjeva obaviješteni o mogućnosti upotrebe pravnog lijeka tek u policijskoj stanici, na jeziku koji nisu razumjeli, jer je samo jedan prevoditelj bio na raspolaganju velikom broju romskih obitelji, kao i da su nadležne vlasti propustile da ih blagovremeno upoznaju sa pravom na branitelja. Zbog ovih okolnosti nije bilo potrebno ispunjavanje uvjeta iscrpljivanja svih unutrašnjih pravnih lijekova.

84 Vidi presudu *Vernillo v. France* od 20. veljače 1991., Serija A, br. 198, str. 11-12, st. 27., i *Dalia v. France*, br. 26102/95, st. 38., ECHR 1998-I.

85 *Horvat protiv Hrvatske*, presuda od 26.07.2001., zahtjev br. 51585/99.

pravom RH zato što se podnositelj zahtjeva nije obratio Ustavnom sudu RH, jer je ESLJP istaknuo da pravni lijek ne predstavlja dostupno pravno sredstvo ako zavisi o diskrecijskoj ocjeni samog suda.^{86 87} U određenim slučajevima ESLJP je zauzeo stav da, ako postoji više mogućih unutarnjih pravnih lijekova, podnositelj zahtjeva ih nije obavezan sve iscrpiti ili čak iskoristiti više od jednog, ako sa istim ne bi postigao nešto više i ako u državi postoji ukorijenjeno pravno mišljenje o tome da nema izgleda za uspjeh.

Zahtjev da su prethodno iscrpljeni svi raspoloživi domaći pravni lijekovi proizlazi iz načela supsidijarnosti EK kao međunarodnopravnog instrumenta. Nacionalna prava određuju koja pravna sredstva trebaju biti iscrpljena. Tamo gdje ih postoji nekoliko, podnositelj zahtjeva mora razumnim argumentima objasniti zašto se odlučio za određeni pravni lijek. Podnositelj zahtjeva je dužan iscrpiti samo one pravne lijekove koji su mu dostupni kao pravo, a ne kao privilegij. Ako su neki pravni lijek odbacila domaća tijela iz procesnih razloga kao što su nepravovremenost, neurednost podneska, nedopuštenost itd., tada domaći pravni lijekovi nisu uredno iscrpljeni. Država mora imati priliku prije svega sama ispraviti situaciju povrede konvencijskih prava, a da bi to mogla, pretpostavka je da je njezinim tijelima upućen zahtjev za popravkom kršenja ljudskih prava.⁸⁸

Pravilo iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova ne vrijedi za međudržavne pritužbe koje se odnose na zakonodavne mjere ili administrativnu praksu druge države, a da pritužba nije povezana za jednu ili više osoba koje su žrtve takve zakonodavne ili administrativne prakse. U tim slučajevima nema pojedinaca koji moraju iscrpiti domaće pravne lijekove, dok se od same države ne može očekivati da pokrene postupak pred vlastima odgovorne države. Iscrpljivanje unutarnjih pravnih lijekova se neće postavljati kao neophodan uvjet ni u slučaju povrede čl. 6. st. 1. EK, tj. povrede prava na suđenje u razumnom roku. Pravni lijek mora biti efikasan i adekvatan.

Podnositelj zahtjeva pred domaćim sudovima ne mora se pozvati na EK kada se poziva na domaće pravne propise čiji je sadržaj u bitnom sličan. Međutim, mora se pozvati na EK kada ona predstavlja jedinu pravnu osnovu za njegov tužbeni zahtjev pred domaćim sudom. Lijek se ne mora tražiti ako postoji jasno ustanovljena sudska praksa koja pokazuje da ne nudi realnu šansu za uspjeh. Međutim, u tom slučaju podnositelj mora dati neki dokaz da takva sudska praksa postoji. Pravni lijek

86 U ovom predmetu ESLJP primjećuje kako se smatra da je postupak na temelju članka 59. stavka 4. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu pokrenut samo ako Ustavni sud, nakon prethodnog ispitivanja tužbe, odluči da je dopusti. Tako, iako osoba o kojoj se radi može podnijeti ustavnu tužbu izravno Ustavnom sudu, formalno pokretanje takvog postupka ovisi o diskrecijskoj ocjeni tog suda.

87 Također, u slučaju *Öcalan protiv Turske* po ocjeni ESLJP-a zbog specifičnih okolnosti podnositelj zahtjeva je bio oslobođen obaveze da iscrpi unutrašnje pravne lijekove, time što je bio onemogućen jer je neprestano držan u potpunoj izolaciji od strane državnih vlasti i nije imao prilike da se konzultira sa svojim braniteljem, a sam nije imao pravno obrazovanje.

88 Vidi Perić, M., *Uvjeti dopuštenosti podnošenja zahtjeva građana Bosne i Hercegovine Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu*, Pravna misao, br. 7-8, 2011., str. 61-64.

nije u potpunosti djelotvoran ako nadležni sud nije u potpunosti nezavisan. Komisija je prihvatila mogućnost da, u skladu s općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, mogu postojati posebne okolnosti u kojima efikasni i adekvatni lijekovi mogu ostati neiskorišteni. To su: sumnja podnositelja u djelotvornost relevantnog lijeka, njegovo nepoznavanje (postojanja) određenog lijeka, neprihvatanje žalbe jer je podnositelj napravio procesnu pogrešku, loše zdravstveno stanje podnositelja, starost podnositelja, loša financijska situacija podnositelja ili visoki troškovi postupka, nedostatak besplatne pravne pomoći, strah od posljedica, pogreške ili pogrešan savjet pravnog zastupnika ili vlasti, dva podnositelja podnose istu pritužbu dok je samo jedan iscrpio domaće pravne lijekove.⁸⁹ Djelotvornost pravnih sredstava posebno se procjenjuje u slučajevima predugog trajanja postupka pred domaćim tijelima.

Što se tiče Republike Hrvatske, većina prava i sloboda zajamčenih EK zajamčena je i Ustavom RH. Stoga će u pravilu, prije podnošenja zahtjeva Sudu, biti potrebno obratiti se Ustavnom sudu RH. Pritom je potrebno u ustavnoj tužbi istaknuti iste navode na koje će se podnositelj kasnije pozivati pred Sudom. Međutim, nije potrebno pozivanje na odredbe EK u postupcima pred domaćim sudovima, već je dovoljno da su povrede u suštini jednake.

6.2. Anoniman i sadržajno isti zahtjev

Sud neće razmatrati niti jedan pojedinačni zahtjev podnesen na temelju čl. 34. koji je: anonimn,⁹⁰ ili u osnovi isti kao neki predmet što ga je Sud već ispitivao; ili koji smatra inkompatibilnim s odredbama Konvencije i dodatnih protokola, očito neosnovanim ili zloupotrebom prava na podnošenje zahtjeva. Zahtjev može biti i „neanoniman“. Riječ je o nepotpisanim zahtjevima (*unsigned application*)⁹¹ i zahtjevima podnesenim pod izmišljenim imenima (*fictitious names*)⁹².

89 Za sada se u sudskoj praksi posebne okolnosti koje opravdavaju ne iscrpljivanje potvrđuju sarno izuzetno. Važno je napomenuti da odbacivanje zahtjeva zbog toga što domaća pravna sredstva nisu iscrpljena predstavlja samo privremenu prepreku. Sud može ponovno razmotriti isti zahtjev kada ga podnositelj podnese nakon što iscrpi raspoloživa domaća pravna sredstva. Vidi Perić, M., *Uvjeti dopuštenosti*, str. 172.

90 U predmetu gdje su se dvije organizacije liječnika i medicinskih sestara žalile na neopravdano i diskriminirajuće ometanje prava njihovih članova, liječnika i sestara, na poštovanje privatnih života, Komisija je primijetila da oni sami nisu žrtve kršenja EK. Kada su izjavili da oni predstavljaju različite pojedince, koji su time postali podnositelji, postalo je neophodno da asocijacija identitizira te pojedince i da pokaže da je od svakog od njih primila konkretne upute. Budući da to nije učinjeno, ostatak zahtjeva morao je biti odbijen kao anonimn.

91 Nepotpisan zahtjev jest onaj koji sadržava sve osobne podatke podnositelja dostatne da se eliminiira svaka sumnja o njegovu identitetu, a iza kojeg slijedi uredna korespondencija podnositeljeva pravnog savjetnika, vlastoručno potpisana. Takav zahtjev ESLJP ne smatra anonimnim. Na toj je osnovi ESLJP odbacio prethodnu primjedbu ruske vlade o nedopušteno anonimnosti zahtjeva u predmetu *Kuznetsova protiv Rusije* (2006.).

92 Zahtjev podnesen pod izmišljenim imenima jest onaj u kojemu se pojedinci koriste pseudonimima, najčešće obrazlažući ESLJP-u da ih kontekst oružanog sukoba koji traje u

Svaki zahtjev za pokretanje postupka podnesen ESLJP mora sadržavati određene osobne podatke o podnositelju zahtjeva i podatke koji su potrebni za njegovu identifikaciju. Zahtjev za pokretanje postupka koji ne ispunjava ovaj uvjet će biti proglašen nedopuštenim.⁹³ U zahtjevu koji podnosi Suda, podnositelj mora navesti svoje ime i prezime kao i druge osobne podatke te zahtjev mora, na kraju, vlastoručno potpisati. Sve odluke Suda su javne te se objavljuju pod imenom i prezimenom podnositelja. Znači podnositelj zahtjeva mora otkriti svoj identitet, tj. zahtjev ne smije biti anonimn. Zahtjev koji ne zadovoljava ovaj uvjet bit će proglašen nedopuštenim.⁹⁴

Pravilo sadržano u pretpostavci, da Sud neće razmatrati isti zahtjev ponovno, sadržano je u načelu *ne bis in idem*. Tako, Sud neće razmatrati zahtjev koji je već prije razmotren pred tim sudom, ali ni zahtjeve koje je razmotrilo neko drugo međunarodno tijelo. Iznimka od tog pravila su zahtjevi koji sadržavaju nove relevantne činjenice. Nove činjenice moraju biti od takvog značenja da bi mogle utjecati na odluku Suda o tome je li došlo do povrede EK. Mora se raditi o činjenicama koje podnositelju nisu bile poznate u vrijeme kad je Sud prvi put odlučivao o njegovu zahtjevu. Zahtjev treba biti podnesen u roku šest mjeseci od saznanja za nove činjenice ili od posljednje nove domaće odluke. Pojam «novih relevantnih činjenica» odnosi se samo na činjenice koje nisu bile poznate u trenutku podnošenja prethodnog zahtjeva ili su nastale nakon što je Sud već donio odluku.⁹⁵

Zahtjev koji je suštinski isti sa zahtjevom koji je Sud već razmatrao i koji ne sadrži neke nove činjenice relevantne za predmetni slučaj Sud će proglasiti nedopuštenim. To će se svakako odnositi na zahtjev koji je podnio isti podnositelj i koji se tiče istog predmeta o kome je Sud već odlučivao. Međutim, ako je u istoj stvari došlo do promjene podnositelja ili ako isti podnositelji podnesu zahtjev koji je zasnovan na drugim činjenicama od ranijeg zahtjeva, suštinski nije riječ o istom zahtjevu.⁹⁶ Može se zaključiti da riječi «suštinski isto pitanje» uključuju i predstavku koja je identična, ali ju je podnio drugi podnositelj. Ovakva odredba ne

njihovoj zemlji odnsono na području tužene države na kojem oni žive, prisiljava da ne otkriju svoja prava imena jer samo tako mogu zaštititi članove svojih obitelji i prijatelje. U odluci *Shamayev i drugi protiv Gruzije i Rusije* (2003.), a poslije i u *presudi Shamayev i drugi protiv Gruzije i Rusije* (2005.), ESLJP nije ih ocijenio nedopuštenima zbog anonimnosti. Tako Omejec, J., Konvencija, str. 573 – 574.

- 93 Identitet podnositelja zahtjeva se po pravilu ne krije, ali u opravdanim slučajevima predsjednik sudskog vijeća može odobriti mjere za zaštitu identiteta podnositelja zahtjeva ako ga on prethodno zatraži navodeći razloge za anonimnost. Ako Sud odobri ovakav zahtjev podnositelja, podnositelj zahtjeva se može služiti svojim inicijalima. (Poslovnik Suda, pravilo 47. st. 3.).
- 94 Ovaj uvjet omogućava zabranu predstavljanja koje su podnesene iz čisto političkih ili propagandnih razloga, iako se mogu zamisliti predmeti u kojima jedan pojedinačni podnositelj želi ostati anonimn iz straha od posljedica.
- 95 Riječ je o novim činjenicama i u slučaju da za danu državu ugovornicu iz EK proizlaze nove obveze.
- 96 Međutim, promjena pravne argumentacije u zahtjevu, pri istom činjeničnom stanju, dovest će do toga da zahtjev bude proglašen neprihvatljivim.

može se tumačiti u smislu da je usmjerena samo protiv identičnih zahtjeva istog podnositelja.⁹⁷

U slučaju da je Sud prethodno ustanovio da zahtjev nije dopušten jer nisu bila iscrpljena sva pravna sredstva predviđena unutarnjim pravom, nakon iscrpljivanja pravnih sredstava domaćeg prava na koja je ukazao Sud, ako bi podnositelj ponovo podnio zahtjev Sudu, on ne bi bio proglašen nedopuštenim zbog njegove suštinske istovjetnosti sa zahtjevom koji je ranije podnesen Sudu. Ovaj je uvjet obuhvaćen općim načelom sudskog postupka, koje sprječava *litispedencija*. To znači da onaj koji podnosi zahtjev Sudu, ne smije to učiniti i prema nekom drugom tijelu za zaštitu ljudskih prava.⁹⁸ Ovakav temelj za neprihvatljivost ne odnosi se na državne zahtjeve.

6.3. Očito neosnovan zahtjev

Unajvećem broju odluka o dopuštenosti Sud proglašava zahtjeve nedopuštenima, jer utvrđuje da su neosnovani.⁹⁹ Uvjet prihvatljivosti važi samo za pojedinačne predstavke. Naime, malo je vjerojatno da međudržavne predstavke, koje se podnose tek nakon detaljnih diskusija i koje pripremaju stručni pravni savjetnici vlade, mogu biti očigledno neutemeljene. Komisija ne isključuje primjenu općeg pravila koje omogućava proglašavanje predstavke neprihvatljivom. Tako će zahtjev biti očito neosnovan ako su navodi o povredama EK nedovoljno objašnjeni. To znači da se već na prvi pogled vidi da nema temelja za tvrdnju da je EK prekršena. Tim se uvjetom dopuštenosti omogućava Sudu da ne mora ulaziti u meritum zahtjeva kad on, temeljem prethodnog razmatranja, ne upućuje na povredu EK. Zahtjev će se u ranoj fazi razmatranja predmeta proglasiti očito neosnovanim samo kad je temeljem ispitivanja zahtjeva nemoguće uočiti povredu EK.¹⁰⁰

97 Ne bi bilo u skladu sa svrhom EK da pojedincu da pravnu zaštitu, ako predstavka osobe X, koja smatra da je žrtva kršenja EK, ne bi bila prihvaćena na osnovu činjenice da identično kršenje vezano za osobu Y ispituje, ili je već ispitano. Kako se vidi iz njene sudske prakse, Komisija nije imala ništa protiv identičnih predavki različitih podnositelja, iako je onda, ako je to moguće, takve predmete spajala. Ako je predstavka i u činjenicama i zakonski (skoro) identična predmetu koji je već bio pred Komisijom, naravno da nije moguće takav predmet spojiti s nekim ranijim, ali se takav zahtjev rješavao po skraćenom postupku.

98 Pitanja vezana uz uvjet da nisu podnesena nekim drugim međunarodni tijelima nisu bila od velike važnosti kada se EK počela tek primjenjivati, ali su postal značajna zbog osnivanja drugih međunarodnih tijela koja se bave ljudskim pravima (Pakt Ujedinjenih naroda o građanskim i političkim pravima i njegov Fakultativni protokol). Sud neće postupati po pojedinačnom zahtjevu podnijetom na temelju čl. 34. EK ako je on već podnijet nekoj drugoj međunarodnoj instanci radi ispitivanja, odnosno rješavanja, a ne sadrži nove relevantne činjenice (EK, čl. 35., st. 2b).

99 Vidi Grdinić, E., *Pretpostavke dopuštenosti zahtjeva podnesenih Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu*, Informator, br. 5300 – 5303, Zagreb, 22, 25. i 29. prosinca 2004. i 1. siječnja 2005., str. 7.

100 Tako Gomien, D., *Kratki vodič kroz Europsku konvenciju o ljudskim pravima*, Strasbourg, Vijeće Europe, 1995., str. 276.

U praksi se predstavke proglašavaju očigledno neosnovanim ako činjenice u odnosu na koje se podnosi pritužba, očito ne predstavljaju kršenje EK, ili ako se te činjenice nisu dokazale ili su očigledno netočne. Što se tiče ovog drugog, traži se od podnositelja davanje *prima facie* dokaza o činjenicama koje predočava. Nije uvijek moguće jasno razlučiti između očigledne neosnovanosti i nekompatibilnosti s EK. Postoji nekompatibilnost *ratione materiae*, ako se predstavka odnosi na kršenje prava koje nije zaštićeno EK. U tom slučaju, predstavka je u potpunosti izvan opsega EK i nije moguće ispitivanje merituma. Predstavka je očito neosnovana i ako se odnosi na pravo koje je zaštićeno EK, ali se ispitivanjem predočenih činjenica utvrdi da ni na koji način ne mogu opravdati tvrdnju o postojanju kršenja, tako da je ispitivanje merituma nepotrebno.¹⁰¹

Predstavka je očito neosnovana kada njen sadržaj ne upućuje na postojanje bilo kakvog oblika prava od strane tužene države na koji se podnositelj predstavke poziva. Postavlja se pitanje odnosa čl. 35. st. 1. EK, kao procesne pretpostavke dopuštenosti zahtjeva za pokretanje postupka i čl. 13. EK. O dopuštenosti Sud odlučuje svojom odlukom. Ako nađe da je zahtjev dopušten, o njegovoj osnovanosti odlučuje presudom. Međutim, ako je pitanje zahtjeva tijesno vezano s pitanjem osnovanosti zahtjeva, Sud može spojiti odlučivanje o oba pitanja i o oba odlučiti presudom.¹⁰² Tako Sud u slučaju individualnih zahtjeva spaja odlučivanje o dopuštenosti zahtjeva i osnovanosti zahtjeva. U praksi Suda veliki broj predstavki je okončan na ovaj način, tako da prethodno ispitivanje dopuštenosti predstavke predstavlja jednu vrstu filtra za sve predstavke koje nisu dovoljno utemeljene. Za takvu odluku potrebna je jednoglasnost članova odbora koji je odlučivao o dopuštenosti predstavke, ali predstavka može biti po ovoj osnovi proglašena nedopuštena u kasnijoj fazi, kada je o njoj obaviještena vlada države respodenta.¹⁰³

U predmetu *Uglešić protiv Hrvatske*¹⁰⁴ podnositeljica se žalila i na duljinu parničnog postupka pred domaćim sudovima. Međutim, Sud je zahtjev našao očito

101 Primjerice kada podnositelj predstavke propusti pružiti dokaz u prilog navoda iz predstavke.

102 Tako može postupiti kada se pitanje pravnih lijekova postavi pred njim kao prigovor države na dopuštenost zahtjeva, s jedne strane, i kao sam zahtjev koji pred njega iznosi pojedinac. Ovaj odnos Sud razmatra u slučaju *Hartman protiv Češke (Hartman protiv Republike Češke, presuda od 10. srpnja 2003.)* Protokolom 14. uz EK od 13. svibnja 2004. godine.

103 U toj fazi odluka se donosi većinom glasova članova vijeća i mora se obrazložiti. Npr. u predmetu *Mladenić protiv Hrvatske* podnositelj se žalio da mu je povrijeđeno pravo na pristup sudu, prigovarajući da je Ustavni sud obustavio postupak u povodu njegove ustavne tužbe, budući da je pogrešno smatrao da ju je on povukao. On, nadalje, navodi da je zbog obustave postupka pred Ustavnim sudom lišen mogućnosti da se ispitaju navodi o povredama njegovih ustavnih prava. Zahtjev je proglašen nedopuštenim kao očito neosnovan: «Sud smatra da se od podnositelja zahtjeva moglo razumno očekivati da Ustavnom sudu dostavi svoju novu adresu kako bi mogao primati pismena adresirana na njega, osobito s obzirom na to da je podnio ustavnu tužbu te je očekivao da će doći do daljnjeg dopisivanja s Ustavnim sudom. Vlasti se ne mogu smatrati odgovornima za sprečavanje njegovog pristupa sudu zato što podnositelj zahtjeva nije poduzeo nužne korake da osigura prijam svoje pošte te se tako nije mogao pridržavati zahtjeva Ustavnog suda da dostavi kopiju pobijane odluke».

104 *Uglešić protiv Hrvatske*, odluka o dopuštenosti zahtjeva od 11. listopada 2001. g., br. 50941/99.

neosnovanim iz razloga: “Sud primjećuje kako je u razdoblju koje se uzima u obzir, iako se čini da predmet ne podrazumijeva nikakvu pravnu i činjeničnu složenost, postupak prvenstveno ometalo ponašanje podnositeljice zahtjeva”.¹⁰⁵ Zahtjevi u kojima se podnositelji pozivaju na povredu čl. 6. EK uglavnom se odnose na nezadovoljstvo ishodom postupka pri čemu se žale na pogrešno utvrđeno činjenično stanje ili nepravilnu ocjenu dokaza.¹⁰⁶ Takvi zahtjevi odbacuju se kao očito neosnovani jer Sud nije Sud redovitog sudovanja već isključivo Sud koji se bavi pitanjem povrede ljudskih prava. U tom je smislu Komisija već vrlo rano utvrdila praksu prema kojoj je čl. 6. EK jedno isključivo postupovno jamstvo poštenog suđenja.¹⁰⁷ Iscrpno obrazloženje koje sadrži pravilo da Sud nije sud redovitog sudovanja (“sud četvrte instance”) dano je u djelomičnoj odluci o dopuštenosti zahtjeva *Blečić protiv Hrvatske*.¹⁰⁸ U onoj mjeri koliko se zahtjev podnositelja

105 Čini se da je Općinski sud u Zagrebu ročišta zakazivao u pravilnim vremenskim razmacima. Međutim, šest je ročišta odgođeno zbog izostanka podnositeljice zahtjeva. Nadalje, iako je podnositeljica zahtjeva od suda zatražila da izvrši očevid, dva je puta od suda tražila da odgodi zakazani posjet prostorima. Osim toga, dana 20. travnja 1999. sama je podnositeljica zahtjeva izričito obavijestila sud da odbija dalje sudjelovati u postupku. Odbijala je također i preuzimati bilo kakve obavijesti ili odluke koje joj je slao sud. Kao zaključak, Sud nalazi da se odugovlačenja do kojih je došlo nakon stupanja EK na snagu u odnosu na Hrvatsku mogu pripisati podnositeljici zahtjeva, Iz toga proizlazi da je ovaj prigovor očito neosnovan i da se mora odbiti u skladu s čl. 35., st. 3. i 4. EK».

106 U predmetu *Ljubičić protiv Hrvatske* (Ljubičić protiv Hrvatske, Odluka o dopuštenosti od 10. svibnja 2007., broj: 17338/05.) podnositeljica zahtjeva je 14. srpnja 1998. podnijela Zemljišnoknjižnom odjelu Općinskog suda u Zagrebu prijedlog radi uknjižbe prava vlasništva na novoizgrađenom tavanu i garaži u zemljišne knjige. Podnositeljica zahtjeva je između ostalog podnijela zahtjev Sudu na temelju čl. 6. st. 1. EK zbog duljine postupka. Glede ponašanja podnositeljice zahtjeva, Sud primjećuje kako ona nije udovoljila pozivu Općinskog suda za dostavu potrebnih dokumenata te je tako onemogućila sudu da nastavi postupak po njenom prijedlogu. Sud stoga utvrđuje da je postupak ometan prvenstveno zbog ponašanja podnositeljice zahtjeva. Zaključno, Sud utvrđuje da je za zastoje u postupku isključivo odgovorna podnositeljica zahtjeva. Slijedi da je ovaj prigovor očito neosnovan te mora biti odbačen u skladu s čl. 35. st. 3. i 4. EK.

107 U predmetu *Ryder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* Komisija navodi: “Komisija nalazi da je objekt čl. 6. EK nužno ograničen na postupovna jamstva poštenog suđenja”. Sud je primjerice u predmetima *Stromberg protiv Danske* i *Pedersen protiv Danske* naveo: «Sud podsjeća da je njegova jedina uloga u odnosu na čl. 6. EK da ispituje navodne postupovne povrede u postupcima pred domaćim sudovima te da na temelju toga, sagledavajući postupak, kao jedinstvenu cjelinu, ocijeni je li postupak bio vođen na način koji podnositelju osigurava pošteno/pravično suđenje». *Stromberg protiv Danske*, Odluka o dopuštenosti od 20. lipnja 2002., broj: 57211/00. *Pedersen protiv Danske*, Odluka o dopuštenosti od 12. lipnja 2003., broj: 68693/01.

108 U konkretnom predmetu Sud ne nalazi da bi bilo što ukazivalo da je ocjena činjenica i dokaznog materijala od strane redovitih sudova bila protivna čl. 6. EK. Podnositeljica je bila u mogućnosti prezentirati argumente pred sudovima, osporavati navode protivnika, svi bitni dokazi bili su izvedeni u postupku, u prvom stupnju provedena je javna rasprava te su odluke sudova bile zadovoljavajuće obrazložene. Sud također primjećuje da je podnositeljica bila u mogućnosti uložiti žalbu na prvostupanjsku odluku, kao i reviziju pred Vrhovnim sudom. U tim okolnostima Sud nalazi da predmetni zahtjev ne ukazuje ni na koji način na povredu prava na pošteno suđenje zajamčenog čl. 6. EK. Slijedi da je taj dio zahtjeva očito neosnovan

odnosi na ocjenu dokaza i ishod postupka pred domaćim sudovima, Sud naglašava da je njegova uloga, prema čl. 19. EK, osigurati poštivanje prava zajamčenih EK. Posebno ističe da uloga Suda nije da ispituje jesu li činjenično stanje pogrešno utvrdili domaći sudovi niti je li došlo do pogrešne primjene prava, osim u mjeri u kojoj su takve pogreške dovele do povrede prava zajamčenih EK.¹⁰⁹

6.4. Zahtjev koji predstavlja zlouporabu prava na podnošenje zahtjeva

Članak 35. st. 3. EK daje ovlast Sudu da proglasi neprihvatljivom pojedinačnu predstavku kojom se vrši zlouporaba prava na podnošenje zahtjeva.⁷³⁷ Zahtjevom koji podnosi Sudu podnositelj ne smije zloupotrijebiti to svoje pravo. Međutim, ovaj razlog nedopuštenosti zahtjeva se iznimno rijetko javlja u odlukama Suda. To je vjerojatno zbog činjenice da je vrlo teško ustanoviti zlouporabu, pošto se ne mogu lako ustanoviti motivi podnositelja, u svakom slučaju ne u raznim fazama ispitivanja. Ovdje se prije svega misli na zahtjeve u kojima pojedincu nije cilj zadovoljenje pravde i poštovanje ljudskih prava, nego publicitet i propaganda. Zahtjev koji navodno nema nikakvog pravnog osnova, i koji je podnesen iz propagandnih razloga, ne mora se odbiti kao zahtjev koji predstavlja zlouporabu prava na podnošenje zahtjeva, osim ako nije sasvim jasno zasnovan na netočnim izjavama ili činjenicama.¹¹⁰ Ne isključuje se mogućnost da i zahtjevi država budu odbijeni, ali na temelju općeg pravnog principa da se pravo pokretanja pred međunarodnim tijelom ne smije zloupotrijebiti, mada ne treba pretpostaviti da će u praksi olako doći do takvog zaključka. Sud će odbaciti svaki takav zahtjev i takva odluka može biti donesena u bilo kojem stadiju postupka.¹¹¹

te mora biti odbačen sukladno čl. 35. st. 3. i 4. EK». Odluka o dopuštenosti od 6. prosinca 2001., broj 56773/00.

109 U čl. 6. EK koji jamči pravo na pošteno suđenje, nisu propisana nikakva posebna pravila o dokazivanju u postupcima pred sudovima, te je stoga ova materija prvenstveno stvar regulacije domaćeg zakonodavstva, odnosno domaćeg sudovanja. Vidjeti presude *Schenk protiv Austrije*, 12. srpanj 1988., Serija A br. 140, str. 29, §§ 45-46 i *Garcia Ruiz protiv Španjolske*, br. 30544/96, Zbirka presuda i odluka 1999-1, § 28.

110 Zlouporaba prava na podnošenje zahtjeva najčešće se manifestira kao svjesno iznošenje neistinitih ili neosnovanih optužbi, uporabu uvredljivog i pogrdnog jezika za vladu protiv koje je zahtjev upućen, te zlonamjerno kršenje pravila povjerljivosti u sudskom postupku. Taj pojam korišten je i kada podnositelj zahtjeva nije odgovorio na nekoliko upita u vezi s razmatranjem svog zahtjeva, i kada je, na primjer, davao uvredljive izjave na račun predstavnika tužene države. Namjerno prikrivanje ili izostavljanje relevantnih informacija od Suda, falsificiranje relevantnih dokumenata i svjesno iznošenje netočnih činjenica također može utjecati na odluku Suda da zahtjev proglasi neprihvatljivim. Činjenica da podnositelj zahtjeva nije obavijestio Komisiju o tome da je, nakon podnošenja predstavke, na temelju istih činjenica pokrenuo postupak pred domaćim sudom, nije se smatrala zlouporabom prava na pritužbu.

111 Vidi Perić, M., *op. cit.* (bilj. 88.), str. 71-71.

7. ZAKLJUČAK

Suvremeni razvoj prava i sloboda rezultirao je lakoćom donošenja, odnosno usvajanja mnogobrojnih deklaracija o slobodama i pravima, ali i čestim kršenjem i nepoštovanjem tih istih sloboda i prava. Međutim, nije dovoljno imati dobre zakone, usklađene s međunarodnim standardima, već je važno osigurati njihovo ostvarivanje u praksi odnosno zaštitu prava i slobode pojedinca bez razlike u pristupu. Smatramo posebno značajnirn provoditi edukaciju stanovništva kako bi se u dovoljnoj mjeri razvila svijest o ljudskim pravima i temeljnim slobodama i potrebi njihovog poštovanja u praksi. Osobito je važno razvijati svijest kod svih onih koji svakodnevno provode zakone u praksi, izvršnu vlast i pravosudna tijela, o značaju jednakog pristupa za sve u primjeni zakona i zaštiti temeljnih ljudskih prava na jednak način prema svima, kroz stručna usavršavanja, ali i stvaranjem takvog zakonodavnog okvira gdje nije moguće drukčije postupanje, odnosno u kojem će svako drugačije postupanje biti sankcionirano. Treba težiti da standardi zaštite iz EK postanu realnost u Republici Hrvatskoj i osigurati minimalne ekonomske preduvjete da bi se oni realizirali u praksi.

Da bi se mogao podnijeti zahtjev Sudu potrebno je ispuniti određene uvjete. Sud je strogo formalni sud koji vrlo temeljito ispituje uvjete dopuštenosti. Statistika suda jasno pokazuje da se većina zahtjeva odbacuje upravo radi neispunjavanja tih uvjeta. Uvjeti dopuštenosti služe Sudu kao filter kojim se nastoji zaštititi od toga da postane neka vrsta suda četvrtog stupnja. Upravo stoga faza ispitivanja dopuštenosti često je i odlučujuća za sudbinu zahtjeva, posebice zato jer se odluka Suda o nedopuštenosti ne može ni na koji način pobijati.¹¹² Međutim, iako je odluka Suda ograničena na ocjenu formalnih uvjeta dopuštenosti njezin je učinak daleko značajniji. Nju ne treba promatrati samo u kontekstu procesne odluke suda kojom su odbačeni prigovori tužene države i kojom se Sud proglasio nadležnim za odlučivanje o meritumu predmeta. Naime, bez obzira na to kakva će biti presuda, svojom odlukom Sud je napravio važan iskorak u području zaštite ljudskih prava. Da bi se shvatilo značenje odluke potrebno je imati na umu karakter postupka pred Sudom. Sud ispituje pojedinačne slučajeve i njegove presude nemaju snagu obvezujućeg presedana, ali su postavile standarde zaštite ljudskih prava, i to glede sadržaja pojedinog prava i granica do kojih je državi dopušteno miješanje u pojedino pravo. Države protiv kojih su donesene presude morale su mijenjati svoje zakone, ustave i pravnu praksu. U nekim od svojih presuda Sud je dao revolucionarne interpretacije ljudskih prava s dalekosežnim učincima. Možemo zaključiti da je poznavanje pravnih standarda koje državama ugovornicama naznačuje praksa Suda iznimno važno za sve koji sudjeluju u pravosudnom sustavu pojedine države ugovornice. Jedinu način da se ti standardi upoznaju i primjene je proučavanje prakse Suda.

Međutim, efikasna zaštita ljudskih prava osigurava se prvenstveno na temeljnoj razini, u tijelima uprave, sudovima i odvjetničkirn uredima. Suradnja domaćih

¹¹² Vidi Maričić, D., Odluka Europskog suda za ljudska prava o dopuštenosti zahtjeva, Informat, broj: 5240 – godina LII, 2004., str. 3.

sudova, osobito Ustavnog suda, sa Sudom u zaštiti prava čovjeka sastavni je dio cjelovitog sustava zaštite ljudskih prava. Kad bi sudovi primjenjivali EK na način kako to čini Sud i češće se pozivali na njegove presude, to bi svakako predstavljalo važan iskorak u razvoju zaštite ljudskih prava. Stoga je iznimno važno poznavanje i praćenje prakse Suda u svim institucijama u kojima dolazi do interakcije između pojedinca i vlasti. Idealno bi bilo unaprijed uočiti situacije koje su u suprotnosti s EK i usklađivati i zakonodavstvo i praksu, a ne čekati da Sud u konkretnom predmetu utvrdi da je došlo do povreda EK.

Summary

THE CONDITIONS OF ADMISSIBILITY OF THE APPLICATION TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

This paper analyzed the conditions of admissibility of the application to the European Court of Human Rights stating the specific examples and decisions about admissibility adopted by the Court that in order to assist applicants that, due to formal flaws in the proceedings, do not lose their ability to realize their rights in the court. The author seeks to emphasize the importance of possibility of proceedings in the court to realize fundamental human rights and freedoms of the citizens of Croatia. Conditions of admissibility of the application are regulated in Art. 33, Art. 34 and Art. 35 of European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and most requests are rejected due to their failure in those requirements. The admissibility stage of testing is often decisive for the fate of the request, the more so as the decision of inadmissibility cannot be disputed in any way.

***Key words:** European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights, the application, the conditions of admissibility.*

Zusammenfassung

BEDINGUNGEN DER EINLEITUNGSZULÄSSIGKEIT EINES PROZESSES VOR DEM EUROPÄISCHEN GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE IN STRASBOURG

In dieser Arbeit werden die Bedingungen der Einleitungszulässigkeit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bearbeitet, mit Anführung einiger Beispiele, bzw. Beschlüsse von der Zulässigkeit, die dieser Gerichtshof gebracht hat, um den Antragstellern zu helfen, nicht wegen Formfehlern während der Prozesseinleitung die Möglichkeit ihrer Rechteerzielung vor dem Gericht nicht verlieren. Die Autorin bemüht sich auf die Bedeutung der Möglichkeit der Prozesseinleitung vor diesem Gericht für die Erzielung der Grundmenschenrechte und Freiheiten der Bürger von Republik Kroatien hinzuweisen. Die Bedingungen der Zulässigkeit der Antragsstellung wurden mit Art. 33, Art. 34 und Art. 35 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten normiert. Die Mehrheit der Anträge wird gerade wegen der Nichterfüllung dieser

Bedingungen abgeworfen. Die Zulässigkeitsbefragung ist für den Antragschicksal oft von entscheidender Bedeutung, desto mehr weil der Beschluss der Nichtzulässigkeit auf keine Weise abgeworfen werden kann.

Schlüsselwörter: *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Antrag, Zulässigkeitsbedingungen.*

Riassunto

CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DELL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO DINNANZI ALLA CORTE EUROPEA PER I DIRITTI UMANI DI STRASBURGO

Nel presente lavoro si analizzano le condizioni di ammissibilità di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo con l'indicazione di alcuni esempi, ovvero di alcune decisioni circa l'ammissibilità prese da tale Corte, al fine di aiutare i ricorrenti a non perdere, a causa di lacune formali al momento dell'avvio della procedura, la possibilità di realizzare i propri diritti dinnanzi a tale Corte. L'autrice cerca di porre in rilievo la portata della possibilità di avvio della procedura dinnanzi a tale corte per la soddisfazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo dei cittadini della Repubblica di Croazia. Le condizioni di ammissibilità dell'avvio della procedura sono regolate agli articoli 33, 34 e 35 della Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali. La maggiore parte dei ricorsi viene rigettata proprio a causa del mancato rispetto di tali condizioni. L'analisi dell'ammissibilità sovente è determinante per il destino del ricorso; a maggiore ragione in quanto la decisione di inammissibilità non può in alcun modo essere impugnata.

Parole chiave: *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso, condizioni di ammissibilità.*

KRETANJE U LOKALNOJ SLUŽBI

Dr. sc. Alen Rajko, predsjednik suda
Upravni sud u Rijeci

UDK: 352.075
Ur.: 28. prosinca 2015
Pr.: 2. veljače 2016.
Stručni rad

Sažetak

Analizirana je važeća hrvatska regulacija kretanja u službi u upravnim tijelima jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Navedeno obuhvaća institute premještaja po potrebi službe, premještaja po zamolbi službenika, napredovanja, posebnih vrsta premještaja (kao stegovne kazne, slijedom negativne ocjene te premještaja za vrijeme raspolaganja), imenovanja i razrješenja pročelnika upravnih tijela, kao i promjena radnog mjesta do kojih dolazi u postupku preustroja upravnih tijela lokalne jedinice (preuzimanje i raspoređivanje službenika), uz dodatni osvrt na posebnosti vezane uz položaj pročelnika upravnih tijela i namještenika. Razmotren je i postupovni kontekst navedene materije, vezan uz primjenu upravnog postupka i upravnog spora. Ujedno je ponuđena pravna interpretacija u rješavanju dvojbi do kojih u praksi dolazi prilikom primjene spomenutih službeničkopravnih instituta.

Ključne riječi: *kretanje u službi, službenici i namještenici, upravna tijela, lokalna i područna (regionalna) samouprava, premještaj, napredovanje, raspored, preuzimanje, imenovanje, razrješenje.*

1. UVOD

Mada je pojam kretanja u službi često korišten u okviru razmatranja službeničkih odnosa, nije riječ o terminu normiranom službeničkim zakonodavstvom. Za potrebe ovog rada, kretanje u lokalnoj službi obuhvaća sve vrste promjena rasporeda službenika upravnih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (u nastavku teksta: lokalni službenici, lokalna služba, odnosno lokalne jedinice) do kojih dolazi u razdoblju između početnog rasporeda slijedom prijma u službu i prestanka službe¹, tj. sljedeće institute:

¹ Ova raščlamba ne obuhvaća ni položaj službenika stavljenih na raspolaganje, što ne predstavlja neki od oblika kretanja u službi.

- regulirane Zakonom o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi² (u nastavku teksta: ZSN) – premještaj (čl. 98.-102., uključujući napredovanje kao podvrstu premještaja, ali i posebne vrste premještaja normirane u čl. 65., čl. 97. i čl. 108.) te preuzimanje i raspored nakon preustroja upravnih tijela lokalne jedinice (čl. 103. i čl. 105.),

kao i

- imenovanje pročelnika upravnog tijela iz reda službenika lokalne jedinice, te raspored pročelnika nakon razrješenja, što je uređeno odredbama članka 53.a Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi³ (u nastavku teksta: ZLPS).⁴

Kao i o drugim pravima i obvezama lokalnih službenika, o njihovu kretanju u službi odlučuje se rješenjem – upravnim aktom (čl. 5. st. 1. ZSN-a). Stoga se u procesnom segmentu ovdje primarno primjenjuju mjerodavne odredbe ZSN-a, kao posebnog zakona, a podredno norme Zakona o općem upravnom postupku⁵ (u nastavku teksta: ZUP).

Prema članku 5. stavku 2. i 3., te članku 6. i 7. ZSN-a, spomenuta rješenja:

- u odnosu na službenike koji nisu pročelnici, u prvom stupnju donosi pročelnik upravnog tijela, a u drugom stupnju općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan (u nastavku teksta: izvršno tijelo);

- u odnosu na pročelnike, u prvome i jedinom stupnju donosi izvršno tijelo;

- u odnosu na sve kategorije lokalnih službenika sudska zaštita osigurana je u okviru upravnog spora.

Predmeti kretanja u službi najvećim dijelom rješavaju se u jednostranačkim upravnim postupcima. Među prethodno navedenim vrstama upravnih stvari na ovom području, samo imenovanje pročelnika je izrijeком regulirano kao konkurencijska stvar, koja po prirodi stvari može biti višestranačka. Ipak, u određenim okolnostima višestranački karakter se ne može odreći niti postupcima rasporeda nakon preustroja, kada se, doduše, radna mjesta ne popunjavaju putem internog oglasa ili sličnog postupka, ali može postojati faktična konkurencija pri popuni smanjenog broja dostupnih radnih mjesta, pa odluka o popuni može utjecati na prava ili pravne interese drugih službenika (uzgredna stranka, u smislu čl. 4. st. 1. ZUP-a⁶).

2 Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN br. 86/08. i 61/11.

3 Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 36/09., 125/08., 36/09., 150/11., 144/12., 19/13. i 137/15.

4 U privatnom sektoru, te kod javnopravnih poslodavaca s općim radnopravnim režimom, gdje radni odnos ima karakter ugovornog odnosa, do promjene radnog mjesta radnika u pravilu dolazi izmjenom ugovora o radu ili otkazom ugovora o radu s ponudom izmijenjenog ugovora.

5 Zakon o općem upravnom postupku, NN br. 47/09.

6 Više o tipologiji stranaka u upravnom postupku v. npr. u: Đerđa, D., Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Inženjerski biro, 2010., 86.-93. str.

Svako kretanje u službi, po prirodi stvari, razumijeva popunjavanje slobodnoga radnog mjesta, sistematiziranog pravilnikom o unutarnjem redu⁷, u okviru važećega klasifikacijskog sustava.⁸

Rješenja koja se donose o kretanju u lokalnoj službi podliježu upravnome i inspekcijskom nadzoru.⁹

2. PREMJEŠTAJ

Vrste premještaja u lokalnoj službi mogu se sistematizirati na više načina.

Po kriteriju normativne kategorizacije premještaja, razlikujemo:

- 1) premještaj po potrebi službe,
- 2) premještaj po zamolbi službenika,
- 3) napredovanje,
- 4) posebne vrste premještaja (premještaj kao stegovna kazna, premještaj slijedom negativne ocjene te premještaj za vrijeme raspolaganja).

Premještaj po potrebi službe može biti trajni ili privremeni, dok ostale vrste premještaja razumijevaju trajnu promjeru rasporeda službenika.

Prema načinu pokretanja postupka premještaja, može se raditi:

a) o premještaju o kojem se odlučuje u upravnom postupku pokrenutom po službenoj dužnosti (npr. premještaj po potrebi službe, odnosno slijedom negativne ocjene);

b) o premještaju o kojem se odlučuje u postupku pokrenutom na zahtjev stranke (premještaj po zamolbi službenika);

c) o premještaju o kojem se odlučuje u postupku koji može biti pokrenut kako po službenoj dužnosti, tako i na zahtjev stranke (primjerice, napredovanje ili premještaj za vrijeme raspolaganja).

Postupak pokrenut po službenoj dužnosti može biti okončan donošenjem rješenja o premještaju/napredovanju, ili, pak, rješenja o obustavi upravnog postupka (čl. 46. st. 5. ZUP-a). Po službenoj dužnosti postupak se pokreće kad je to propisano zakonom ili je nužno radi zaštite javnog interesa (čl. 42. st. 1. ZUP-a).

Postupak pokrenut po zahtjevu stranke može biti dovršen donošenjem rješenja o premještaju/napredovanju, donošenjem rješenja o odbijanju zahtjeva službenika za premještaj/napredovanje te donošenjem rješenja o obustavi upravnog postupka (čl. 46. st. 1.-3. ZUP-a).

Nadalje, u odnosu na neposredno prethodeći raspored, službenik premještajem može biti statusno i materijalno stavljen:

7 O pravilniku o unutarnjem redu prije svega v. čl. 4. ZSN-a.

8 Pored općih odredbi čl. 78. i čl. 79. ZSN-a, glavni pravni izvor na ovome području čini Uredba o klasifikaciji radnih mjesta u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (NN br. 74/10. i 125/14., u nastavku teksta: Uredba o klasifikaciji).

9 V. čl. 119. st. 3. t. d) ZSN-a, te čl. 2. st. 1. i čl. 11. t. 3. Zakona o upravnoj inspekciji (NN br. 63/08.).

- u povoljniji položaj, kod napredovanja;
- u jednaki položaj, primjerice kod premještaja po potrebi službe i po zamolbi službenika;
- u nepovoljniji položaj, ponekad kod premještaja po potrebi službe i po zamolbi službenika, uvijek kod premještaja kao stegovne kazne.

Regulacija ni jedne od vrsta premještaja/napredovanja ne razumijeva subjektivno pravo stranke (službenika) na premještaj/napredovanje, neovisno o ispunjavanju uvjeta za premještaj/napredovanje, već je uvijek riječ o ovlasti pročelnika upravnog tijela, izvršnog tijela ili nadležnog tijela u stegovnom postupku.

U nastavku raščlanjujemo pojedine vrste premještaja, prema normativnoj sistematizaciji sadržanoj u tekstu ZSN-a.¹⁰

2.1. Premještaj po potrebi službe

Temeljne odredbe ovog instituta sadržane su u čl. 98. ZSN-a, koji glasi:

Službenika se može po potrebi službe premjestiti na drugo radno mjesto u istom ili drugom upravnom tijelu iste lokalne jedinice, u istom ili drugom mjestu rada, ali samo na radno mjesto unutar iste stručne spreme, iste ili približne složenosti poslova.

Službenik se premješta u drugo upravno tijelo na temelju pisanog sporazuma pročelnika upravnog tijela u kojem je zaposlen i pročelnika upravnog tijela u koje se premješta, uz prethodni pristanak službenika.

Potreba službe mora biti obrazložena.

Iznimno od odredbe stavka 1. ovoga članka, službenika se uz njegov pristanak može premjestiti na radno mjesto niže složenosti poslova za koje ispunjava propisane uvjete.

Službenika se ne može premjestiti iz jednog u drugo mjesto rada bez njegove suglasnosti ako ima više od 20 godina radnog staža ili ako bi se premještajem bitno pogoršale njegove obiteljske prilike.

Složenost poslova radnih mjesta (čl. 98. st. 1. i 4. ZSN-a) uspoređuje se sukladno klasifikacijskom sustavu. Stručna sprema u smislu članka 98. ZSN-a razumijeva stupanj obrazovanja, sukladno Uredbi o klasifikaciji, i to:

- stupanj magistra struke ili stručnog specijalista,
- stupanj sveučilišnog prvostupnika struke ili stručnog prvostupnika struke,
- stupanj srednje stručne spreme,
- stupanj niže stručne spreme, odnosno završene osnovne škole.

Stoga smatramo da premještaj na radno mjesto unutar iste stručne spreme razumijeva premještaj na radno mjesto za koje je utvrđen jednaki stupanj obrazovanja, a da premještaj na radno mjesto iste ili približne složenosti poslova razumijeva premještaj na radno mjesto unutar iste potkategorije.¹¹ Također smo

10 Bazična interpretacija pojedinih normi ZSN-a prema: Rajko, A., *Službenički odnosi, platni i klasifikacijski sustav u lokalnim jedinicama*, Zagreb, TEB – Poslovno savjetovanje, 2010.

11 V. čl. 5. i 7. Uredbe o klasifikaciji.

mišljenja da je sintagmu „složenost poslova“ u tekstu ZSN-a potrebno promatrati u ukupnosti klasifikacije radnih mjesta, a ne samo kao samo jedan od elemenata standardnih mjerila za klasifikaciju koji nosi naziv „složenost poslova“.¹²

Kod premještaja unutar istoga upravnog tijela službeniku je prije donošenja rješenja potrebno omogućiti sudjelovanje u postupku¹³, tj. da se izjasni ne samo o tome je li suglasan s premještajem već i o razlozima za premještaj koji mu se predoče, ali u ovoj varijanti premještaja izjašnjenje službenika ne obvezuje donositelja rješenja. Ipak, u slučaju da izostane suglasnost službenika za premještaj po potrebi službe unutar istoga upravnog tijela, povećava se razina potrebnog obrazloženja odluke o premještaju. K tome, iako bi obveza obrazlaganja potrebe službe proizlazila i iz opće norme članka 98. stavka 5. ZUP-a, zakonodavac je tu obvezu dodatno naglasio specijalnom odredbom članka 98. stavka 3. ZSN-a. Razlozi koji govore u prilog postojanja potrebe službe navedeni u obrazloženju rješenja o premještaju ne smiju biti drukčiji niti širi od razloga o kojima je službeniku omogućeno izjašnjenje u postupku donošenja rješenja.¹⁴ Izrekom rješenja o premještaju unutar istoga upravnog tijela utvrđuje se, prije svega, stručna sprema (stupanj obrazovanja) i struka službenika, ukupni radni staž i radno iskustvo na odgovarajućim poslovima¹⁵, (ne)položenost državnoga stručnog ispita, postojeći raspored, dan premještaja, novi raspored nakon premještaja, upozorenja o dužnosti javljanja na rad na novo radno mjesto naznačenog dana te o posljedicama odbijanja postupanja po rješenju (v. *infra* vezano uz čl. 99. ZSN-a), elementi za obračun plaće (koeficijent, osnovica i uvećanje plaće za godine navršenoga radnog staža, eventualno uz dodatne primjenjive elemente), te naznaka da žalba ne odgađa izvršenje rješenja (v. *infra* uz čl. 100. ZUS-a). Po potrebi, izreka sadržava i ostale sastojke izreke rješenja o rasporedu propisane u članku 27. stavku 2. ZSN-a¹⁶.

12 V. osobito čl. 3. i 4. Uredbe o klasifikaciji.

13 Spomenuto razumijeva davanje mogućnosti službeniku da se izjasni. Ako službenik ne iskoristi tu mogućnost, nema zapreke za dovršenje upravnog postupka. Nasuprot tome, rješenje o premještaju u drugo upravno tijelo ne može biti doneseno bez prethodnog pristanka službenika (v. *infra*).

14 Potreba službe u pravilu se očituje u objektivnim razlozima, ali sudska praksa ponekad je vezuje i uz razloge subjektivne naravi. Npr. presudom Visokoga upravnog suda Republike Hrvatske, posl. br. 1555/15-2 od 30. rujna 2015. zauzeto je stajalište da za postojanje potreba službe relevantni mogu biti i međuljudski odnosi, suradnja i povjerenje između nadređenoga i subordiniranog službenika te moguće implikacije navedenog na kvalitetno obavljanje službe. Pintar Gotal, referirajući se na praksu Upravnog suda u Zagrebu (presuda, posl. br. UsI-2662/13 od 26. ožujka 2014.), ističe (doduše, iz perspektive državne službe, što primjenjivim smatramo i u odnosu na lokalnu službu), da razlog potreba službe ne smije biti obrazložen na općenit način, primjenjiv bilo na koju osobu, već točno konkretiziran, jasno upućujući na nužnost premještaja upravo odabranog službenika – Pintar Gotal, S., Primjena službeničkog zakonodavstva u praksi Odbora za državnu službu, u: Hercigonja, J. – Kuzmić, M. (ur.), Aktualnosti upravne prakse i upravnoga sudovanja, Zagreb, Inženjerski biro, 2015., 184.-185. str.

15 Radno iskustvo na odgovarajućim poslovima definirano je u čl. 13. st. 1.-3. ZSN-a.

16 Odredba čl. 27. st. 2. ZSN-a ponajprije se odnosi na sadržaj rješenja o rasporedu koje se donosi nakon prijma u službu, ali je *mutatis mutandis* primjenjiva i na sadržaj rješenja

Odredba čl. 98. st. 2. ZSN-a očito je pisana iz perspektive državne službe, tj. upravnih organizacija koje su znatno brojnije u odnosu na upravna tijela lokalnih jedinica. Međutim, postojeća formulacija ne dopušta premještaj u drugo upravno tijelo po potrebi službe bez prethodnog pristanka službenika. Kod premještaja u drugo upravno tijelo vrijede odredbe stavka 1. navedenoga članka koje se odnose na mjesto rada, te na stručnu spremu i složenost poslova radnog mjesta. Nakon pribavljanja pristanka službenika, sklapa se sporazum između pročelnikâ obaju upravnih tijela. Na temelju sporazuma, pročelnik upravnog tijela iz kojeg se službenik premješta donosi rješenje o premješčaju, dok pročelnik upravnog tijela u koje se službenik premješta donosi rješenje o rasporedu. Mišljenja smo da izreke navedenih triju vrsta akata koje se donose kod premještaja u drugo upravno tijelo sadržavaju barem sljedeće bitne elemente:

1) sporazum o premješčaju – stručna sprema (stupanj obrazovanja) i struka službenika, ukupni radni staž i radno iskustvo na odgovarajućim poslovima, postojeći raspored, dan premještaja, novi raspored nakon premještaja, razlozi koji govore u prilog postojanja potreba službe, utvrđenje da službenik ispunjava uvjete novoga radnog mjesta, naznaka donošenja rješenja o premješčaju i rješenja o rasporedu na temelju sporazuma;

2) rješenje o premješčaju – sastojke rješenja o premješčaju unutar istoga upravnog tijela (iznesena *supra*), prilagođene premješčaju u drugo upravno tijelo;

3) rješenje o rasporedu – elemente propisane u članku 27. stavku 2. ZSN-a.

Suglasnost službenika iz članka 98. stavka 5. ZSN-a odnosi se na premještaj po potrebi službe unutar istoga upravnog tijela, budući da premještaj u drugo upravno tijelo ionako nije moguće bez prethodnog pristanka službenika. Ovo ograničenje propisano je alternativno. Izostanak suglasnosti službenika uvijek je zapreka za premještaj ako je riječ o službeniku s više od 20 godina radnog staža (neovisno na kojim poslovima i kod kojeg poslodavca), dok se eventualno pogoršanje njegovih obiteljskih prilika u slučaju premještaja utvrđuje u svakom slučaju ponaosob. Po naravi stvari, potonje bi češće moglo predstavljati realnu zapreku za premještaj kod službenika županijskih, negoli gradskih i općinskih upravnih tijela.

Pristanak, odnosno suglasnost službenika iz članka 98. stavka 2., 4. i 5. ZSN-a može biti dan pisano ili usmeno na zapisnik¹⁷.

Odredbama članka 98.a ZSN-a¹⁸ uređen je privremeni premještaj. Spomenute odredbe glase:

Službenika se po potrebi službe može privremeno premjestiti u drugo upravno tijelo iste jedinice lokalne ili područne (regionalne) samouprave najduže na godinu dana, odnosno do povratka odsutnog službenika kojeg premješteni službenik zamjenjuje.

o rasporedu koje se donosi u drugim situacijama propisanim ZSN-om, kao i na sadržaj rješenja koja obuhvaćaju i elemente rješenja o rasporedu, poput rješenja o premješčaju unutar istoga upravnog tijela.

17 O zapisniku v. čl. 76. ZUP-a.

18 Navedeni članak u tekst ZSN-a uvršten je (zasad jedinom) novelom ZSN-a iz 2011. godine.

Kod premještaja iz stavka 1. ovoga članka službenik ima pravo na plaću koja je za njega povoljnija.

Službenik koji je privremeno premješten u drugo upravno tijelo ostvaruje sva prava iz službe u upravnom tijelu iz kojeg je premješten.

Privremeni premještaj koristan je institut, ali, nažalost, zasad predviđen samo u odnosu na premještaj u drugo upravno tijelo lokalne jedinice, a ne i unutar istoga upravnog tijela. U provedbi privremenog premještaja donosi se sporazum, rješenje o privremenom premještaju, te rješenje o privremenom rasporedu.¹⁹

Nadalje, kada god u odnosu na pojedino pitanje vezano uz premještaj posebnom odredbom nije drukčije propisano, primjenjuju se norme članka 99. i 100. ZSN-a.

Prema članku 99. ZSN-a, službenik se mora javiti na rad na novo radno mjesto dana naznačenog u rješenju o premještaju (st. 1.), a ako odbije postupiti po rješenju o premještaju, prestaje mu služba danom kada je trebao početi raditi na radnom mjestu na koje je premješten (st. 2.).

Navezano na potonju odredbu, u članku 115. stavku 1. točki l) ZSN-a propisano je da službeniku prestaje služba po sili zakona ako se po premještaju neopravdano ne javi na dužnost u zakonskom roku – danom kojim se morao javiti na dužnost, što se utvrđuje deklaratornim rješenjem o prestanku službe. Ovdje nije potrebno čekati protek pet uzastopnih radnih dana izostanka s posla, što čini zasebnu osnovu za prestanak službe iz članka 115. stavka 1. točke f) ZSN-a, ali je prije donošenja rješenja o prestanku službe zbog neopravdanog nejavljanja na dužnost po premještaju oportuno službeniku pružiti mogućnost izjašnjenja o razlozima nejavljanja.²⁰

U čl. 100. ZSN-a propisano je da protiv rješenja o premještaju službenik može podnijeti žalbu u roku od 15 dana od dana dostave rješenja, pri čemu žalba ne odgađa izvršenje rješenja (st. 1.), a izvršno tijelo je o žalbi dužno odlučiti u roku od 15 dana od dana primitka žalbe (st. 2.).

Nesuspenzivost žalbe navodi se u izreci i obrazloženju rješenja o premještaju, kako je to propisano u članku 98. stavku 3. i 5. ZUP-a. Žalba protiv prvostupanjskog rješenja o premještaju ne odgađa izvršenje rješenja, pa prvostupanjsko rješenje postaje izvršno danom dostave rješenja stranci/službeniku (čl. 133. st. 2. ZUP-a). Rok za odlučivanje o žalbi je instruktivan.

Datum premještaja, tj. datum javljanja na rad na novo radno mjesto, sastavni je dio izreke rješenja o premještaju. Taj datum ne smije biti raniji od dana dostave rješenja, niti jednak tome danu. Stoga je nadnevak premještaja potrebno odrediti

¹⁹ Na sadržaj spomenutih triju vrsta akata na odgovarajući je način primjenjivo razmatranje *supra* koje se odnosi na akte koji se donose kod trajnog premještaja u drugo upravno tijelo.

²⁰ Pri tome je korisno imati na umu da je rok za donošenje rješenja o prestanku službe iz čl. 111. st. 1. ZSN-a instruktivne, a ne prekluzivne naravi.

Ako službenik u svojem izjašnjenju valjano ne opravda izostanak s posla prvog dana s kojim je premješten, na donošenje rješenja o prestanku službe nije eventualna spriječenost službenika u danima koji slijede nakon prvoga dana.

tako da nedvojbeno ostavlja dovoljni vremenski razmak između očekivanog dana dostave rješenja i dana prelaska na novo radno mjesto, ili tako da ne bude formuliran određeno već određivo – npr. kao dan (ili tri dana, pet dana, i sl.) nakon dostave rješenja.

2.2. Premještaj po zamolbi službenika

Po prirodi stvari, premještaj po zamolbi službenika podliježe manjim ograničenjima negoli premještaj po potrebi službe.

Prema članku 101. ZSN-a, službenika se može po njegovoj zamolbi premjestiti na drugo radno mjesto u istom ili drugom upravnom tijelu iste lokalne jedinice, u istom ili drugom mjestu rada, ali samo na radno mjesto unutar iste stručne spreme, iste ili približne složenosti poslova²¹ (st. 1.), a može ga se uz njegov pristanak premjestiti na radno mjesto niže složenosti poslova, za koje ispunjava propisane uvjete (st. 2.).

Zamolba se podnosi pisano ili usmeno na zapisnik. Tijekom postupka službenik može odustati od zahtjeva (čl. 46. st. 1.-3. ZUP-a).

Službenik ni po vlastitoj zamolbi ne može biti premješten na radno mjesto za koje ne ispunjava propisane uvjete, makar se radilo o radnome mjestu niže složenosti poslova.²²

Vrste i sadržaj akata koje se donose kod premještaja po potrebi službe (ovisno o varijanti premještaja unutar ili izvan upravnog tijela) na smisleni način primjenjivi su i kod premještaja po zamolbi službenika.²³

2.3. Napredovanje

Riječ je o institutu kretanja u službi koji nosi zasebni naziv, ali je strukturiran u okviru poglavlja ZSN-a o premještajima, a po svojim bitnim pravnim obilježjima predstavlja premještaj (prelazak) na bolje plaćeno radno mjesto. Napredovati se ne može primjenom odredbi o premještaju po potrebi službe, niti o premještaju po zamolbi službenika, već se kretanjem u službi bolja plaća može ostvariti samo napredovanjem ili imenovanjem postojećeg službenika na pročelničku dužnost, a ponekad (indirektno) i slijedom rasporeda nakon preustroja (o potonjim dvjema varijantama više *infra*).

Također, napredovanjem ne može biti popunjeno radno mjesto pročelnika upravnog tijela, koje se popunjava isključivo imenovanjem na temelju javnog natječaja (čl. 53.a st. 1. ZLPS-a).

21 O stručnoj spremi i složenosti poslova radnog mjesta v. *supra* pod 2.1.

22 U praksi zapreku za takav premještaj može činiti, primjerice, neodgovarajuća struka službenika (o struci v. čl. 12. st. 2. i 3. te čl. 13. st. 3. ZSN-a, te čl. 30. st. 5. Uredbe o klasifikaciji).

23 Ovdje, primjerice, nije potrebno obrazlagati postojanje potreba službe.

Napredovanje je regulirano u članku 102. ZSN-a, koji glasi:

Službenik može napredovati rasporedom na radno mjesto s višim koeficijentom za izračun plaće od onog na koje je do tada bio raspoređen, u istom ili drugom upravnom tijelu iste lokalne jedinice, u istom ili drugom mjestu rada, ako:

a) postoji slobodno radno mjesto propisano pravilnikom o unutarnjem redu, na koje se službenik napredovanjem raspoređuje,

b) ispunjava uvjete za raspored na radno mjesto,

c) njegov rad je najmanje dva puta uzastopno ocijenjen kao »odličan« ili »vrlo dobar«,

d) je službenik dao svoj pristanak na raspored.²⁴

Kriterij primjene instituta napredovanja nije, dakle, stručna sprema ni složenost poslova radnog mjesta, već viši koeficijent za izračun plaće. Premda se platni sustav bazira na klasifikacijskom sustavu (čl. 78. st. 2. ZSN-a), pa veća plaća slijedi veću složenost poslova²⁵, kod odlučivanja o napredovanju uspoređuje se koeficijenti za izračun plaće, u smislu odredbi članka 8. i 10. Zakona o plaćama u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi²⁶.

Pretpostavke iz čl. 102. ZSN-a propisane su kumulativno.

Pretpostavka iz točke c) toga članka odnosi se na posljednje dvije godišnje ocjene utvrđene izvršnim rješenjem.²⁷

Procesno, na napredovanje rasporedom u drugo upravno tijelo primjenjuju se odredbe o premještanju u drugo upravno tijelo (čl. 98. st. 2. ZSN-a).

Prema našem mišljenju, odredbe o napredovanju sadržane u čl. 102. ZSN-a primjenjuju se i kod rasporeda iz članka 18. stavka 2., odnosno članka 22. stavka 2. Uredbe o klasifikaciji. Spomenutim normama propisana je mogućnost rasporeda bez obavljanja vježbeničke prakse službenika koji tijekom službe steknu viši stupanj obrazovanja na radna mjesta u početnim potkategorijama pojedinog stupnja obrazovanja (tj. u potkategorijama višega stručnog suradnika i višeg referenta), uz propisane dodatne pretpostavke za to.²⁸

2.4. Posebne vrste premještaja

Uvodno pod 2. ovog rada već je spomenuto da pojedine vrste premještaja nisu uređene u okviru X. poglavlja ZSN-a, koje nosi naslov „Premještaja“. Radi se o premještanju kao stegovnoj (disciplinskoj) kazni, premještanju slijedom negativne ocjene te premještanju za vrijeme raspolaganja.

24 O načinima davanja pristanka službenika v. *supra* pod 2.1.

25 O tome v. npr. čl. 9. st. 5. Uredbe o klasifikaciji.

26 Zakon o plaćama u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, NN br. 28/10.

27 Ocjenjivanje službenika uređeno je odredbama čl. 94.-97. ZSN-a.

28 O mogućim usklađenjima regulacije napredovanja u državnoj službi i lokalnoj službi v.: Pipunić, S., Službenički odnosi u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi – otvorena pitanja, u: Kuzmić, M. – Pičuljan, Z. (ur.), Aktualnosti primjene propisa upravnog prava jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, Zagreb, Inženjerski biro, 2013., 197.-220. str.

2.4.1. Premještaj kao kazna za teške povrede službene dužnosti

Premještaj na radno mjesto niže složenosti poslova, unutar iste stručne spreme, jedna je od kazni predviđenih za službenike koji počine neku od teških povreda službene dužnosti (čl. 65. st. 1. t. 2., vezano uz čl. 46. ZSN-a).²⁹ Prema članku 65. stavku 3. ZSN-a, kazna premještaja na radno mjesto niže složenosti poslova može se izreći samo ako postoji slobodno radno mjesto u upravnom tijelu u kojem je službenik zaposlen ili u drugome upravnom tijelu iste lokalne jedinice.

Radi se o kazni putem statusnoga i materijalnog degradiranja službenika, ali samo unutar upražnjenih radnih mjesta iste stručne spreme odnosno stupnja obrazovanja (o tome v. *supra* pod 2.1.). Iako to nije izrijeком propisano, smatramo da službenik za kojeg je utvrđeno da je počinio tešku povredu službene dužnosti ne može biti premješten na radno mjesto za koje ne ispunjava uvjete.

Ako stegovno rješenje pored odluke o kazni ujedno ne sadržava i elemente rješenja o rasporedu, na temelju izvršnog rješenja o izricanju kazne premještaja na radno mjesto niže složenosti poslova, rješenje o rasporedu na novo radno mjesto donosi pročelnik upravnog tijela u koje je službenik premješten. Dan rasporeda jednak je danu nastupa izvršnosti stegovnog rješenja, ako u izreci tog rješenja nije određen drugi datum, kasniji u odnosu na dan nastupa izvršnosti.

2.4.2. Premještaj slijedom negativne ocjene službenika

Posljedice negativne ocjene uređene su u članku 97. ZSN-a. Službenika koji je ocijenjen ocjenom „ne zadovoljava“³⁰, upućuje se na dodatno stručno osposobljavanje ili se premješta na drugo radno mjesto (st. 1.).³¹ Službeniku koji je dva puta uzastopce ocijenjen ocjenom „ne zadovoljava“ prestaje služba po sili zakona danom izvršnosti zadnjeg rješenja o ocjenjivanju (st. 2.).

Mjere iz stavka 1. navedenoga članka nisu kaznene naravi, već su usmjerene na poboljšanje službenikove osposobljenosti (kada je to izgledno moguće), odnosno na usklađivanje službenikova rasporeda s njegovim sposobnostima, a u oba slučaja ujedno kao prevencija druge uzastopne negativne ocjene, odnosno prestanka službe po sili zakona.

Rješenje o premještaju slijedom negativne ocjene u pravilu se donosi po službenoj dužnosti, pri čemu već sama činjenica postojanja izvršnog rješenja o negativnoj ocjeni najčešće može opravdati potrebu službe za premještajem.

29 Iznimku čine stegovne povrede koje imaju obilježja korupcije, u odnosu na koje se obvezno izriče kazna prestanka službe (čl. 65. st. 6. ZSN-a).

U pogledu teških povreda službene dužnosti v. i sljedeće odredbe ZSN-a: čl. 44., čl. 46., čl. 47. st. 3., čl. 54.-56., čl. 57. st. 2.-3., čl. 58.-61., čl. 62. st. 2.-3., čl. 63., čl. 65. i čl. 66.

30 Ocjena „ne zadovoljava“ donosi se ukoliko je rad i učinkovitost službenika ispod minimuma standarda kvalitete te nije dovoljan da osigura pouzdano i prihvatljivo obavljanje službe (čl. 96. st. 1. t. e/ ZSN-a).

31 Stipulacija čl. 97. st. 1. ZSN-a upućuje na obvezu pročelnika upravnog tijela (odnosno izvršnog tijela u odnosu na pročelnika) da primijeni jednu od dvije mjere propisane navedenom normom (upućivanje na dodatno stručno osposobljavanje ili premještaj).

Međutim, nema pravne zapreke da zbog navedenoga razloga premještaj zatraži sâm službenik.

U nedostatku dodatnih posebnih odredbi kojima bi bila razrađena ova vrsta premještaja, primjenjuju se ograničenja iz članka 98. ZSN-a (kod premještaja po potrebi službe), odnosno iz članka 101. toga Zakona (u slučaju premještaja po zamolbi službenika), kao i bitni sastojci rješenja o premještaju u spomenutim inačicama.

2.4.3. Premještaj za vrijeme raspolaganja

O kretanju u službi slijedom preustroja više riječi će biti pod točkom 3. ovoga rada. Jedan od mogućih ishoda preustroja je stavljanje dijela službenika na raspolaganje, kada postoji i opcija premještaja za vrijeme raspolaganja.

Institut premještaja za vrijeme raspolaganja reguliran u članku 108. ZSN-a, koji glasi:

Za vrijeme trajanja raspolaganja službenika se može trajno premjestiti na radno mjesto u okviru njegove stručne spreme, u drugo upravno tijelo iste lokalne jedinice ili u upravno tijelo druge lokalne jedinice, odnosno na radno mjesto u ustanovi ili drugoj pravnoj osobi čiji je vlasnik ili osnivač lokalna jedinica, ako mjesto rada nije udaljeno više od 50 kilometara od mjesta stanovanja službenika.

Za vrijeme trajanja raspolaganja, službenika se može uz njegov pristanak trajno premjestiti u drugo mjesto rada, neovisno o udaljenosti od mjesta stanovanja.

Ako službenik odbije premještaj iz stavka 1. ovoga članka, prestaje mu služba na dan kad je trebao početi raditi na novom radnom mjestu sukladno rješenju o premještaju.

Trajni premještaj za vrijeme raspolaganja je posebna vrsta premještaja službenika u postupku koji se vodi po službenoj dužnosti (kao i redoviti postupak premještaja po potrebi službe).

Službeniku na raspolaganju prijeti skori prestanak službe istekom roka raspolaganja³², pa su i ograničenja za ovu vrstu premještaja nužno blaža u odnosu na opće odredbe o premještaju po potrebi službe. Premještaj za vrijeme raspolaganja u odnosu na opće odredbe o premještaju po potrebi službe ima sljedeće specifičnosti:

a) primjenjiv je samo u odnosu na službenike koji su izvršnim rješenjem stavljeni na raspolaganje;

b) premještaj je moguć na radno mjesto u drugo upravno tijelo iste lokalne jedinice ili u upravno tijelo druge lokalne jedinice, odnosno na radno mjesto u ustanovi ili drugoj pravnoj osobi čiji je vlasnik ili osnivač lokalna jedinica, ako mjesto rada nije udaljeno više od 50 kilometara od mjesta stanovanja službenika, a uz pristanak službenika neovisno o udaljenosti od mjesta stanovanja;

c) premještaj je moguć u okviru službenikove stručne spreme (stupnja obrazovanja) te

d) nema ograničenja vezanih uz pristanak/suglasnosti službenika iz članka 98. stavka 2., 4. i 5. ZSN-a.

32 V. čl. 109. st. 1. ZSN-a.

U pogledu pretpostavki za donošenje rješenja o premještanju, premještanje za vrijeme raspolaganja je, iz pozicije poslodavca, dakle, znatno fleksibilniji institut u odnosu na redoviti premještanje po potrebi službe, jer premještanje za vrijeme raspolaganja nije vezan uz suglasnost službenika, nije ograničen samo na radna mjesta u upravnim tijelima odnosno lokalne jedinice, nije ograničen na radno mjesto iste ili slične složenosti poslova, niti postoji ograničenje vezano za premještanje u drugo mjesto rada, već samo limit udaljenosti od mjesta službenikovog stanovanja.

Ovdje je važno upozoriti da odredba članka 108. ZSN-a ne može biti primijenjena u odnosu na službenika u odnosu na kojega nije doneseno rješenje o stavljanju na raspolaganje, niti u odnosu na kojega je to rješenje doneseno, ali nije postalo izvršno, kao ni u odnosu na osobu kojoj je istekao rok raspolaganja pa joj je služba prestala po sili zakona.

Primjena odredbi članka 108. ZSN-a, kada su za to ispunjene propisane pretpostavke, ovlast je poslodavca, a ne subjektivno pravo službenika na raspolaganju.

Kod premještanja za vrijeme raspolaganja podredno su primjenjive opće odredbe o žalbi protiv rješenja o premještanju iz članka 100. ZSN-a.

S normom članka 108. stavka 3. ZSN-a komplementarna je odredba članka 115. stavka 1. t. 1) toga Zakona, kojom je uređen prestanak službe po sili zakona.³³

3. KRETANJE U SLUŽBI VEZANO UZ PREUSTROJ UPRAVNIH TIJELA LOKALNE JEDINICE

Za potrebe ove analize, pojam preustroja obuhvaća jednu ili više organizacijskih promjena iz članka 103.-105. ZSN-a.³⁴

³³ V. *supra* pod 2.1.

³⁴ Odredbe čl. 103.-105. ZSN-a glase:

Ukidanje upravnog tijela – članak 103.

Kad se ukida upravno tijelo lokalne jedinice službenike preuzima upravno tijelo koje preuzima poslove ukinutoga upravnog tijela.

Do donošenja pravilnika o unutarnjem redu i rasporeda na radna mjesta prema tom pravilniku, preuzeti službenici iz stavka 1. ovoga članka obavljaju poslove koje su do tada obavljali, odnosno druge poslove po nalogu pročelnika upravnog tijela, a pravo na plaću i ostala prava iz službe ostvaruju prema dotadašnjim rješenjima.

Preuzeti službenici koji se po donošenju pravilnika o unutarnjem redu ne mogu rasporediti, jer nema slobodnih radnih mjesta za koje ispunjavaju stručne i druge uvjete za raspored, stavlja se na raspolaganje.

Rješenja o rasporedu na radna mjesta ili rješenja o stavljanju na raspolaganje donose se najkasnije u roku od dva mjeseca od stupanja na snagu pravilnika o unutarnjem redu iz stavka 2. ovoga članka.

Promjena djelokruga upravnog tijela – članak 104.

Ako dio poslova upravnog tijela prelazi u djelokrug drugoga upravnog tijela, to tijelo preuzima i službenike koji su zatečeni na preuzetim poslovima.

Na preuzete službenike iz stavka 1. ovoga članka primjenjuju se odredbe ovoga Zakona koje se odnose na ukidanje upravnog tijela čije poslove preuzima drugo upravno tijelo.

U segmentu koji se odnosi na kretanje u službi, proces preustroja prije svega je relevantan:

1) kod preuzimanja službenika ukinutoga upravnog tijela ili dijela upravnog tijela što se odnosi na poslove koje prelaze u djelokrug drugoga upravnog tijela;

2) u pogledu rasporeda zatečenih službenika slijedom novoga/izmijenjenog pravilnika o unutarnjem redu.³⁵

Obje vrste rješenja donose se po službenoj dužnosti.

Odredbama ZSN-a nije izrijekom propisano donošenje rješenja o preuzimanju službenika. Međutim, držimo da je takvo rješenje potrebno donijeti primjenom opće odredbe članka 5. stavka 1. toga Zakona o odlučivanju o pravima i obvezama službenika, te da je tim rješenjem potrebno nedvojbeno utvrditi (deklarirati) status zatečenog službenika u razdoblju do novoga rasporeda ili do stavljanja na raspolaganje.

Kod preuzimanja službenika ne dolazi do promjene u sadržaju poslova koje obavljaju, niti do promjene u pravima koja ostvaruju iz službe, ali do kretanja u službi dolazi u mjeri u kojoj mijenjaju upravno tijelo u kojem obavljaju te poslove.

Rješenje o preuzimanju službenika donosi pročelnik upravnog tijela koje preuzima odnosne poslove. Dan preuzimanja je dan s kojim je na temelju (re) organizacijskih općih akata lokalne jedinice ukinuto pojedino upravno tijelo, odnosno dan s kojim su određeni poslovi prešli u djelokrug drugoga upravnog

Donošenje pravilnika o unutarnjem redu – članak 105.

Kad se donese pravilnik o unutarnjem redu, službenici se raspoređuju na radna mjesta, sukladno tom pravilniku, vodeći računa o poslovima koje su do tada obavljali.

Ako se pravilnikom ukidaju pojedine ustrojstvene jedinice upravnog tijela, pojedina radna mjesta u upravnom tijelu ili se smanjuje potreban broj izvršitelja na pojedinim radnim mjestima, službenici koji su do tada bili raspoređeni na ta radna mjesta, odnosno u ustrojstvene jedinice koje se ukidaju, raspoređuju se na druga radna mjesta za koja ispunjavaju uvjete. Prednost kod rasporeda na radno mjesto ima službenik koji ima bolje ocjene dosadašnjeg rada i učinkovitosti.

Ako nema odgovarajućega radnog mjesta u upravnom tijelu, na koje se službenik može rasporediti, donosi se rješenje o stavljanju na raspolaganje.

Rješenje o rasporedu na radno mjesto odnosno rješenje o stavljanju na raspolaganje, sukladno odredbama stavka 1. – 3. ovoga članka, donosi se u roku od dva mjeseca od stupanja na snagu novog pravilnika o unutarnjem redu.

Do donošenja rješenja iz stavka 4. ovoga članka, službenici nastavljaju obavljati poslove koje su obavljali na dotadašnjim radnim mjestima, odnosno druge poslove po nalogu pročelnika upravnog tijela, a pravo na plaću i ostala prava iz službe ostvaruju prema dotadašnjim rješenjima.

Na razriješenog pročelnika upravnog tijela odgovarajuće se primjenjuju odredbe stavaka 2. – 5. ovoga članka.

35 Šire o postupku preustroja v. npr. u: Kasabašić, Š., Donošenje rješenja o rasporedu ili stavljanju na raspolaganje lokalnih službenika, u: Foretić, D. (ur.), Aktualnosti u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi i državnoj službi, Zagreb, Novi informator, 2014., 117.-137. str.; Kasabašić, Š., Pravni okvir za donošenje rješenja u postupku prijma lokalnih službenika i stavljanju na raspolaganje nakon promjene ustrojstva upravnog tijela, u: Foretić, D. – Žalud, H. (ur.), Radni odnosi prema novelama zakona iz 2011., Zagreb, Novi informator, 2011., 131.-163. str.

tijela.³⁶ Taj se dan utvrđuje u izreci deklaratornog rješenja o preuzimanju službenika, te se službenik kojem je rješenje dostavljeno preuzetim smatra s tim danom, neovisno o tome kada mu je rješenje dostavljeno te je li rješenje osporavao žalbom.³⁷ Rješenje o preuzimanju može biti doneseno neposrednim rješavanjem (čl. 49. t. 1. ZUP-a).

U užoj varijanti preustroja - unutar pojedinoga upravnog tijela, bez ukidanja upravnih tijela i promjene njihova djelokruga, te bez preuzimanja službenika u drugo upravno tijelo – moguće je da novi pravilnik o unutarnjem redu ne donosi promjene u strukturi ustrojstvenih jedinica i radnih mjesta odnosno u broju izvršitelja na njima. No postoje i situacije u kojima se ukidaju pojedine ustrojstvene jedinice ili pojedina radna mjesta, ili se, pak, smanjuje potreban broj izvršitelja na pojedinim radnim mjestima. Također, može doći do promjene u uvjetima za raspored na pojedino radno mjesto.

U sljedećem koraku – barem što se tiče službenika koji dobivaju novi raspored – donošenjem rješenja o rasporedu slijedom preustroja nerijetko dolazi do kretanja u službi, ali ne nužno, jer dio službenika upravnog tijela koje nastavlja djelovati u biti zadržava raniji raspored, neovisno o donošenju novog rješenja o rasporedu (smatramo da je u tom slučaju dopušteno neposredno riješiti upravnu stvar, iako nema zapreke za provedbu ispitnog postupka³⁸).

U dijelu u kojem dolazi do kretanja u službi, to kretanje – u pogledu statusa i plaće službenika – za službenika može biti povoljnije, neutralno ili nepovoljnije. Kod preustroja poslodavac ima veću slobodu intervencije u raspored službenika u odnosu na institut premještaja, prije svega u pogledu strukture radnih mjesta i uvjeta za njihovu popunu, ali donekle i u odnosu na novo (drukčije) raspoređivanje službenika. Zbog toga se preustroj ponekad zlorabi za kadrovske promjene koje inače ne bi bile dopuštene. Stoga na važnosti dobivaju kriteriji novog rasporeda službenika u okviru preustroja³⁹, te njihova pravila primjena.

36 V. čl. 35. t. 4. ZLPS-a i čl. 4. ZSN-a.

U pravilu se radi o danu stupanja na snagu referentnoga općeg akta.

37 Spomenuto je primjer posebnosti deklaratornih rješenja, kojima se utvrđuje već postojeći pravni odnos i pravna situacija, a koja posebnost se ogleda, između ostalog, u tome što nerijetko djeluju unatrag, neovisno o općem režimu nastupa izvršnosti rješenja propisanog u čl. 133. ZUP-a.

Više o podjeli upravnih akata na konstitutivne i deklaratorne v. npr. u: Borković, I., *Upravno pravo*, VII. izmij. i dop. izd., Zagreb, Narodne novine, 2002., 367.-370. str.

38 Usp. čl. 48. i 49. sa čl. 51. ZUP-a.

39 Kriteriji za raspored primarno su propisani odredbama čl. 105. st. 1. i 2. ZSN-a, a podredno normama čl. 115. st. 2. i 3. Zakona o radu (NN br. 93/14.).

4. PROČELNICI UPRAVNIH TIJELA

Pročelnici upravnih tijela su lokalni službenici imenovani na neodređeno vrijeme, koji upravljaju upravnim tijelima u lokalnim jedinicama.

Ovdje do kretanja u službi može doći:

- imenovanjem osobe koja već ima status službenika u odnosnoj lokalnoj jedinici na dužnost pročelnika upravnog tijela, nakon provedenoga javnog natječaja (čl. 53.a st. 1. ZLPS-a)⁴⁰,

ili

- prestankom obavljanja dužnosti pročelnika, uz istodobno zadržavanje statusa službenika u lokalnoj jedinici.

Tipični primjer potonje varijante razrješenja je pročelnika, uređeno u članku 53.a stavku 2. ZLPS-a.⁴¹ Prema stavku 3. navedenoga članka, razriješeni pročelnik rasporedit će se na drugo slobodno radno mjesto u jedno od upravnih tijela lokalne jedinice. S time je povezana i odredba članka 105. stavka 6. ZSN-a, citirana *supra* pod 3.⁴²

Međutim, na umu je potrebno imati i da razrješenje pročelnika (čl. 53.a st. 2. ZLPS-a) nije jedini mogući način prestanka obavljanja pročelničke dužnosti, niti svaki prestanak obavljanja dužnosti pročelnika razumijeva i razrješenje pročelnika. Naime, odredbom članka 53.a stavka 3. ZLPS-a propisano je da se na prava, obveze i odgovornosti kao i druga pitanja u svezi s radom pročelnika koja nisu uređena tim

40 Spomenimo i opciju privremenog imenovanja službenika lokalne jedinice na pročelnički položaj, u situacijama u kojima dolazi do ustrojstvenog diskontinuiteta u odnosu na ranije upravno tijelo, odnosno kada unatoč kontinuitetu upravnog tijela zatečeni pročelnik više ne ispunjava uvjete za raspored na radno mjesto. Važeće zakonodavstvo izriječno ne predviđa imenovanje privremenog pročelnika, ali se ovlast izvršnog tijela da iz redova postojećih službenika lokalne jedinice koji ispunjavaju uvjete za raspored na odnosno radno mjesto imenuje privremenog pročelnika može izvesti iz šire ovlasti imenovanja „trajnog“ pročelnika, te iz nužnosti da upravno tijelo u svakom stadiju svojeg djelovanja ima službenika s upravljačkim ovlastima. Imenovanje privremenog pročelnika korisno je odrediti prijelaznim i završnim odredbama općeg akta lokalne jedinice koji čini temelj za preustroj.

41 Pročelnik može biti razriješen samo kada je ispunjena neka od pretpostavki taksativno propisanih u čl. 53.a st. 2. ZLPS-a, među kojim razlozima nije potreba službe (npr. presuda Upravnog suda u Rijeci, posl. br. UsI-1132/12 od 26. kolovoza 2013.).

Čl. 53.a st. 2. ZLPS-a glasi:

Općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan može razriješiti pročelnike iz stavka 1. ovoga članka: 1. ako pročelnik sam zatraži razrješenje; 2. ako nastanu takvi razlozi koji po posebnim propisima kojima se uređuju radni odnosi dovode do prestanka radnog odnosa; 3. ako pročelnik ne postupa po propisima ili općim aktima jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ili neosnovano ne izvršava odluke tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ili postupa protivno njima; 4. ako pročelnik svojim nesavjesnim ili nepravilnim radom prouzroči jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave veću štetu, ili ako zanemaruje ili nesavjesno obavlja svoje dužnosti koje mogu štetiti interesima službe u obavljanju poslova jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave.

42 Pravo rasporeda na drugo radno mjesto, ako su za to ispunjeni propisani uvjeti, pripada i pročelniku koji sam zatraži razrješenje, ako pri tome ne zatraži i prestanak službe.

Zakonom, primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuje radni odnos službenika i namještenika u tijelima lokalne jedinice, tj. odredbe ZSN-a.

Stoga do kretanja pročelnika u službi može doći i premještajem na drugo radno mjesto koje nije pročelničko (mjesto pročelnika popunjava se isključivo imenovanjem putem javnog natječaja). Takvo drugo radno mjesto nužno je mjesto niže složenosti poslova, pa je za premještaj potreban pročelnikov pristanak iz članka 98. stavka 4. ZSN-a, odnosno njegova zamolba i pristanak iz članka 101. stavka 1. i 2. navedenoga Zakona.

Premještaj pročelnika po potrebi službe na drugo radno mjesto približne složenosti poslova (dakle, na radno mjesto unutar iste potkategorije – glavni rukovoditelj, koje mjesto nije pročelničko), u kojem slučaju nije potreban njegov pristanak, jest premještaj na radno mjesto voditelja jedinice za unutarnju reviziju.⁴³

Rješenje o premještanju pročelnika unutar istoga upravnog tijela donosi izvršno tijelo. Ako se pročelnik premješta u drugo upravno tijelo, sporazum o premještanju sklapaju izvršno tijelo lokalne jedinice i pročelnik upravnog tijela u koje se dotadašnji pročelnik premješta. Na temelju sporazuma, rješenje o premještanju donosi izvršno tijelo, a rješenje o rasporedu pročelnik upravnog tijela u koje se premješta dotadašnji pročelnik.

Pročelnik može bez svojeg pristanka biti premješten na radno mjesto niže složenosti poslova izricanjem takve kazne u postupku zbog teže povrede službene dužnosti.⁴⁴ Kada je pročelniku u stegovnom postupku izrečena druga kazna zbog povrede službene dužnosti koja razumijeva neku od radnji/propuštanja iz članka 53.a stavka 2. t. 3.-4. ZLPS-a, takva kazna može biti podloga za razrješenje pročelnika, u kojem slučaju se nastavno postupi prema članku 53.a stavku 3. ZLPS-a i članku 105. stavku 6. ZSN-a.

Po prirodi stvari, pročelnik upravnog tijela ne može napredovati. U pogledu premještanja pročelnika slijedom negativne ocjene vrijede opća ograničenja iznesena *supra* pod 2.4.2. Nakon stavljanja na raspolaganje službenik više ne može imati status pročelnika, pa nema mjesta posebnom razmatranju primjene premještanja za vrijeme raspolaganja u odnosu na pročelnike.

Nadalje, u kontekstu preustroja do kretanja u službi prestankom pročelničke dužnosti dolazi samo u slučaju prestanka ustrojstvenog kontinuiteta odnosnoga upravnog tijela, tj. ako se upravno tijelo ukida ili mu se bitno (u većoj mjeri) mijenja djelokrug. U tom slučaju u odnosu na pročelnika postupi se jednako kao prema ostalim zatečenim službenicima koji se preuzimaju, a potom dobivaju novi raspored ili ih se stavlja na raspolaganje (ni kod preuzimanja pročelnika, kao ni kod njegova premještanja, nema potrebe ni pravne osnove prethodno razriješiti pročelnika). Rješenje o preuzimanju pročelnika ne donosi izvršno tijelo, već pročelnik (ili privremeni pročelnik) upravnog tijela koji preuzima službenike prijašnjeg tijela, a pročelnička dužnost prestaje danom prestanka postojanja prijašnjeg tijela, sukladno preustrojstvenim općim aktima lokalne jedinice.

43 V. Popis radnih mjesta uz Uredbu o klasifikaciji, te s time povezan čl. 31. Uredbe o klasifikaciji.

44 Dodatno o toj vrsti premještanja v. *supra* pod 2.4.1.

Iz prethodnog proizlazi da do nekih od vrsta kretanja pročelnika u službi može biti odlučeno u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti (npr. raspored nakon razriješenja), dok kod dijela instituta (npr. razriješenje i premještaj) postupak može biti pokrenut bilo po službenoj dužnosti, bilo na zahtjev stranke. Kod kretanja pročelnika u službi upravni akti se donose u ispitnom postupku, a neposredno rješavanje je dopušteno samo kod preuzimanja pročelnika slijedom preustroja.

5. NAMJEŠTENICI

Prema članku 116. stavku 1. ZSN-a, na prijam, prava, obveze i odgovornosti namještenika odgovarajuće se primjenjuju odredbe toga Zakona o prijmu, pravima, obvezama i odgovornosti službenika, osim odredaba o vježbeničkom stažu i obvezi polaganja državnoga stručnog ispita te odredaba o raspolaganju.

Stoga je prethodno izlaganje o kretanju u službu na odgovarajući način primjenjivo i u odnosu na namještenike, osim u dijelu koji se tiče raspolaganja (u slučaju nemogućnosti rasporeda nakon preustroja, namještenicima se utvrđuje otkazni rok, kombiniranom primjenom ZSN-a i odredbi općega radnog zakonodavstva na području poslovno uvjetovanog otkaza). Također, u odnosu na namještenike ne može biti primijenjen institut premještaja za vrijeme raspolaganja (čl. 108. ZSN-a).

6. OSNOVNO O UPRAVNOM SPORU U PREDMETIMA KRETANJA U SLUŽBI

Nakon dvostupanjskoga upravnog postupka (u odnosu na pročelnike upravnih tijela jednostupanjskog), odnosno u slučaju propuštanja donošenja rješenja u propisanom roku, sudska zaštita prava službenika u predmetima kretanja u službi osigurana je u okviru upravnog spora.⁴⁵ Predmet upravnog spora najčešće je ocjena zakonitosti konačne pojedinačne odluke (upravnog akta), ponekad šutnja uprave.

U upravnim sporovima u službeničkim stvarima u pravilu se primjenjuje opći kriterij mjesne nadležnosti iz članka 13. stavka 1. i 2. Zakona o upravnim sporovima⁴⁶ (u nastavku teksta: ZUS) - za rješavanje u sporu mjesno je nadležan upravni sud na području kojeg tužitelj ima prebivalište, odnosno sjedište.⁴⁷ Ako se

45 Generalno o predmetima povezanim s državnom i lokalnom službom u upravnom sporu v. npr. u: Rajko, A., *Zaštita prava službenika pred upravnim sudovima*, u: Hercigonja, J. – Kuzmić, M. (ur.), op. cit., 213.-273. str.

Šire o službeničkim odnosima u lokalnim jedinicama v. npr. u: Pičuljan, Z., *Propisi službeničkog i upravnog prava – primjena u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, u: Kuzmić, M. – Pičuljan, Z. (ur.), op. cit., 96.-119. str.

46 Zakon o upravnim sporovima, NN br. 20/10., 143/12. i 152/14.

47 O razgraničenju područjâ nadležnosti upravnih sudova v. čl. 9. Zakona o područjima i sjedištima sudova (NN br. 128/14.).

tijekom spora promijene okolnosti na kojima je utemeljena nadležnost suda (npr. promjena prebivališta tužitelja), sud koji je bio nadležan u vrijeme podnošenja tužbe zadržava nadležnost za vođenje spora (čl. 24. st. 3. ZUS-a).

Stranke u upravnom sporu su tužitelj (ili više njih), tuženik (samo jedan u pojedinoj stvari), te eventualno jedna ili više zainteresiranih osoba (čl. 16.-19. ZUS-a). U službeničkim stvarima povezanim uz kretanje u lokalnoj službi tužitelj može biti službenik o čijem kretanju se odlučuje. Položaj tuženika ima izvršno tijelo, kao javnopravno tijelo u smislu članka 2. stavka 2. i članka 18. ZUS-a (označava se kao naziv funkcije, ne kao osobno ime izvršnog čelnika). Svojstvo zainteresirane osobe može imati, primjerice, kandidat u postupku imenovanja pročelnika upravnog tijela.⁴⁸

Prema čl. 89.a Zakona o parničnom postupku⁴⁹, vezano uz čl. 21. st. 2. ZUS-a, tužitelja i zainteresiranu osobu u upravnom sporu kao opunomoćenik može zastupati odvjetnik, osoba koja je s njome u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna⁵⁰, te srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug – ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadriparstvom. U službeničkopравnim upravnim sporovima mjerodavna je i odredba članka 169. stavka 2. Zakona o radu, kao posebnog zakona, kojom je propisano da udruga (sindikata) može u radnim sporovima kod poslodavca, pred sudom, u mirenju i arbitraži te pred državnim tijelima zastupati svoje članove. U pogledu poduzimanja radnji za tuženika u sporu vrijede opća ograničenja iz članka 20. stavka 3. ZUS-a.

Tužba nema odgodni učinak, osim kad je to zakonom propisano (čl. 26. st. 1. ZUS-a). Prema stavku 2. navedenoga članka, sud može odlučiti da tužba ima odgodni učinak ako bi se izvršenjem pojedinačne odluke ili upravnog ugovora tužitelju nanijela šteta koja bi se teško mogla popraviti, ako zakonom nije propisano da žalba ne odgađa izvršenje pojedinačne odluke, a odgoda nije protivna javnom interesu. Odgodni učinak tužbe je, dakle, institut koji se iznimno primjenjuje, koji ne predstavlja subjektivno pravo stranke već ovlast suda (kada su za to ispunjene tri kumulativne pretpostavke iz čl. 26. st. 2. ZUS-a). Također, odgodni učinak tužbe, po naravi stvari, ne može biti određen u odnosu na rješenje koje se ne može prisilno izvršiti (ne može se prisilno izvršiti, primjerice, negativni upravni akt – tj.

48 O strankama u upravnim postupcima povezanim s kretanjem u službi v. *supra* pod 1.

U višestranačkim službeničkim predmetima može doći do konkurencije mjesne nadležnosti kada upravne sporove radi ocjene zakonitosti istog rješenja pokrene više tužitelja s prebivalištem na područjima mjesne nadležnosti dvaju ili više upravnih sudova. Stoga je drugom novelom ZUS-a (Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, NN br. 152/14.) normiran kriterij atrakcije nadležnosti na način da je mjesno nadležan upravni sud na području kojeg javnopravno tijelo koje je donijelo odluku u prvom stupnju ili je postupilo ima sjedište (čl. 13. st. 3. ZUS-a). Spomenuti kriterij primjenjuje se samo kada je u istoj stvari tužbe podnijelo više tužitelja s prebivalištem na područjima različitih sudova.

49 Zakon o parničnom postupku, NN br. 53/01., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 84/08., 123/08., 57/11., 148/11. – proć. tekst, 25/13. i 89/14.

50 Uz ograničenje iz čl. 91. Zakona o parničnom postupku, primjenjivo u sporovima procjenjive vrijednosti.

akt kojim je odbijen zahtjev stranke). S druge strane, eventualna suglasnost tuženika s određivanjem odgovnog učinka tužbe (do čega ponekad dolazi u praksi) realno ublažava potrebu za strogošću kod primjene ovog instituta, a tuženik je – neovisno o vođenju upravnog spora – ovlašten odgoditi izvršenje svoje odluke do njezine pravomoćnosti primjenom norme članka 140. stavka 1. ZUP-a.

Na području službeničkih odnosa – primjerice, čak ni u pogledu prestanka službe kao odluke s najnepovoljnijim posljedicama po stranku (službenika) - prestanak primanja plaće u razdoblju do ishoda upravnog spora Upravni sud u Rijeci u svojoj praksi ne smatra teško popravljivom štetom u smislu članka 26. stavka 2. ZUS-a, jer je izvjesno da će se tužitelj, u slučaju uspjeha u sporu, po toj osnovi uspjeti naplatiti od tuženika – javnopravnog tijela (*vice versa*, manja je vjerojatnost uspješne naplate tuženika u slučaju određivanja odgovnog učinka tužbe i kasnijeg odbijanja tužbenog zahtjeva). Navedeno stajalište dodatno umanjuje izglednost usvajanja prijedloga za određivanje odgovnog učinka tužbe u predmetima povezanim s kretanjem u službi.

A priori je isključena mogućnost određivanja odgovnog učinka tužbe u stvarima u kojima žalba stranke izjavljena protiv prvostupanjskog rješenja donesenog u upravnom postupku nema odgovni učinak. U takvom je režimu npr. rješenje o premještanju (čl. 100. st. 1. ZSN-a). Određivanje odgovnog učinka tužbe specijalni je institut vezan uz odgodu izvršenja izvršne odluke donesene u upravnom postupku, pa odgoda izvršenja – bez obzira na formulaciju kojom bi bila „zamaskirana“ – ne može biti određena primjenom instituta privremene mjere (čl. 47. ZUS-a).⁵¹

Činjenice na kojima temelje svoju argumentaciju te dokazne prijedloge tome u prilog stranke su dužne iznijeti već u tužbi odnosno u odgovoru na tužbu (čl. 34. st. 1. ZUS-a).

Unatoč široko uvriježenom mišljenju, koje svoju podlogu prije svega ima u regulaciji i praksi parničnog postupka, radni predmeti u upravnom sporu nemaju generalno propisano svojstvo hitnosti, jer se u upravnom sporu ne primjenjuju odredbe članka 434. stavka 1. Zakona o parničnom postupku (potreba hitnog rješavanja radnih sporova), niti članka 122. stavka 2. Sudskog poslovnika⁵², kojom normom su radni sporovi uvršteni među predmete koji se u parničnom postupku prvenstveno uzimaju u rad. U upravnom sporu hitni su samo oni radni predmeti za koje je to određeno posebnim propisom. Velika većina službeničkih predmeta je, dakle, izvan režima hitnosti, uključujući predmete vezane uz kretanje u službi.

Prema članku 16. stavku 1. točki 3. Zakona o sudskim pristojbama⁵³, plaćanja sudskih pristojbi u upravnom sporu oslobođeni su radnici i namještenici u radnim

51 Više o odgovnom učinku tužbe i privremenoj mjeri u upravnom sporu v. npr. u: Staničić, F., Učinak vođenja upravnog spora na izvršnost upravnih odluka: Privremene mjere i odgovni učinak tužbe, Split, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, br. 1/15, 159.-173. str.; Rostaš-Beroš, L., Odgovni učinak tužbe i privremene mjere u upravnom sporu, u: Hercigonja, J. – Kuzmić, M. (ur.), op. cit., 94.-100. str.

52 NN br. 37/14., 49/14., 8/15., 35/15. i 123/15.

53 NN br. 74/95., 57/96., 137/02., 26/03. – proć. tekst, 125/11., 112/12., 157/13. i 110/15.

sporovima i službenici u upravnim sporovima u vezi s ostvarivanjem njihovih prava iz službeničkih odnosa. K tome, pristojbena obveza u upravnom sporu nastaje tek u slučaju odbijanja tužbenog zahtjeva ili odbacivanja tužbe (čl. 5. st. 1. Zakona o sudskim pristojbama). Stoga se, neovisno o možebitnim predmetnim i personalnim oslobođenjima, pristojba u upravnom sporu ne plaća u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva, niti kada sud obustavi spor.⁵⁴

U dijelu materije kretanja u službi vezane uz preustroj značajna može biti i ocjena zakonitosti općih akata lokalnih jedinica (čl. 3. st. 2. i čl. 83.-88. ZUS-a), koji čine podlogu za reorganizaciju upravnih tijela lokalne jedinice.⁵⁵

7. ZAKLJUČAK

Lokalni službenici kreću se u službi premještajem, napredovanjem, preuzimanjem, rasporedom, te imenovanjem službenika na pročelnički položaj i razrješenjem pročelnika upravnog tijela. U najvećoj mjeri, navedeno je primjenjivo i u odnosu na namještenike.

Sukladno općoj orijentaciji hrvatskoga službeničkog zakonodavstva, odlučivanje o kretanju u službi predstavlja upravnu stvar, koja se rješava u upravnom postupku, uz sudsku zaštitu u upravnom sporu. Postupci rješavanja navedenih stvari razlikuju se po načinu pokretanja, broju stranaka, povoljnosti mogućih ishoda po stranku, i dr.

Regulacija kretanja u lokalnoj službi postavljena je na način koji istodobno pokušava osigurati dovoljnu mjeru mobilnosti službenika i ostvarivanja javne funkcije lokalne službe, s jedne strane, te zaštite službenikâ od zlouporaba poslodavaca, s druge strane.

Odlučivanje o kretanju u službi treba biti usmjereno na postizanje legitimnih ciljeva, a ne ciljeva protivnih interesu lokalne službe kao javnom interesu.

⁵⁴ Razlozi za obustavu upravnog spora propisani su u čl. 46. ZUS-a.

⁵⁵ Više o tome v. npr. u: Vezmar Barlek, I., Upravnosudska kontrola zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, u: Kuzmić, M. – Pičuljan, Z. (ur.), op. cit., 40.-54. str.

Summary

MOVEMENT WITHIN THE LOCAL CIVIL SERVICE SYSTEM

The author analyzes the current Croatian regulation of movement within the local and regional civil service system. This includes the institutes of transfer, promotion, appointment and removal of the heads of administrative bodies, as well as changes in the workplace that may occur in the process of reorganization of the administrative bodies, with additional references to the particularities related to the position of heads of administrative bodies and employees. The procedural context of these issues, related to the implementation of administrative procedure and administrative dispute, is also discussed. The author offers legal interpretation to resolve doubts arising in the practice of implementation of the mentioned civil service institutes.

Key words: *movement within the civil service system, civil servants and employees, administrative bodies, local and regional self-government, transfer, promotion, deployment, appointment, removal.*

Zusammenfassung

VERSETZUNG IM LOKALEN DIENST

Der Autor analysiert die aktuelle kroatische Regulierung der Mobilität innerhalb der Verwaltungsorgane des lokalen und regionalen Staatsdienstes. Sie umfasst das Institut der Versetzung aus dienstlichen Gründen, Versetzung aus persönlichen Gründen, Beförderung, spezielle Arten von Versetzung (als disziplinarische Maßnahme im Anschluss an eine negative Beurteilung und Versetzung während des Dienstes), Ernennung und Entlassung der Leiter der Verwaltungsstellen, sowie Veränderungen in der Arbeitswelt, die im Laufe der Umstrukturierung der lokalen Verwaltungsorgane (Übernahme und Anordnung von Beamten) auftreten. Dabei werden auch die Besonderheiten der Position der Leiter der Verwaltungsorgane und Mitarbeiter betont. Der Verfahrenskontext dieses Bereiches ist im Zusammenhang mit der Anwendung des Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsrechtsstreits in Betracht genommen, wobei die rechtliche Auslegung der Zweifel angegeben wird, zu denen es in der Praxis während der Veränderungen der oben genannten beamtensrechtlichen Institute kommt.

Schlüsselwörter: *Mobilität im Dienst, Führungskräfte und Mitarbeiter, Verwaltungsorgane, lokale und regionalen Regierungen, Versetzung, Beförderung, Zeitplan, Übernahme, Ernennung, Abberufung.*

Riassunto

**MOBILITÀ ALL'INTERNO DELL'AMMINISTRAZIONE
PUBBLICA LOCALE**

Viene analizzata la disciplina vigente in Croazia relativa alla mobilità all'interno dell'amministrazione pubblica locale e regionale. Ciò comprende i casi di trasferimento per esigenze dell'ufficio, di trasferimento su richiesta del funzionario, di avanzamento, di particolari ipotesi di trasferimento (in seguito a sanzioni disciplinari oppure a valutazioni negative e trasferimenti per il tempo della disponibilità), di nomine o di destituzioni dei dirigenti degli uffici amministrativi, come pure i casi di variazione del posto di lavoro dovuto alla riorganizzazione dell'apparato della pubblica amministrazione locale (assorbimento e redistribuzione dei funzionari). Ancora si tratta delle particolarità connesse alla posizione dei dirigenti degli organi amministrativi e dei dipendenti.

Viene altresì disaminato il contesto procedurale di tale materia in applicazione del procedimento amministrativo e del contenzioso amministrativo.

Al contempo si offre un'interpretazione giuridica quanto alla soluzione delle questioni che sorgono nella prassi in occasione dell'applicazione di tali strumenti giuridici.

Parole chiave: *mobilità interna, funzionari e dipendenti, organi amministrativi, amministrazione pubblica locale e regionale, trasferimento, avanzamento, distribuzione, assorbimento, nomina, destituzione.*

ZAKUP KAO INSTITUT OBVEZNOG I STVARNOG PRAVA

Damir Kontrec, mag. iur., sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.25
Ur.: 26. veljače 2016.
Pr.: 10. ožujka 2016.
Stručni rad

Sažetak

Ugovor o zakupu često se pojavljuje u praksi i spada među ugovore o privremenom prijenosu i korištenju dobara. Opće uređenje ugovora o zakupu propisuje Zakon o obveznim odnosima, dok s druge strane postoji niz posebnih propisa koji uređuju ugovore o zakupu posebnih vrsta stvari (poljoprivredno zemljište, poslovni prostor, brod). U radu se posebno ukazuje na sudsku praksu koja se bavi institutom zakupa, a posebno se govori o zakupu kao institutu stvarnog (zemljišnoknjižnog) prava.

Ključne riječi: *Zakup, najam, ugovor o zakupu, poslovni prostor, poljoprivredno zemljište, zakup broda, obveze zakupodavca i zakupnika, upis zakupa u zemljišnu knjigu.*

1. UVOD

Ugovor o zakupu je, uz ugovor o prodaji (kupoprodaji), vjerojatno jedan od najčešćih ugovora koji se pojavljuju u praksi, pri čemu prema pravnoj teoriji spada u ugovore o privremenom prijenosu i korištenju dobara.¹ Neki drugi autori stvrstavaju navedeni ugovor u ugovore o uporabi i korištenju stvari². Iako se radi o teoretskim razlikama činjenica je da se zakupni odnosi nalaze svugdje oko nas, pa nam se čini bitnim obraditi ovaj institut kako s gledišta obveznoga prava, tako i s gledišta stvarnog prava i njegovih stvarnopravnih učinaka.

Zakupne odnose regulira cijeli niz propisa. Opće uređenje ugovora o zakupu propisuje Zakon o obveznim odnosima³, a posebna uređenja propisuju Zakon o

1 Vilim Gorenc, Loris Belanić, Hrvoje Momčinović, Ante Perkušić, Andrea Pešutić, Zvonimir Slakoper, Mario Vukelić, Branko Vukmir, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 869-908.

2 Petar Klarić, Martin Vedriš, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 515.

3 Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, dalje ZOO.

zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora⁴, Zakon o poljoprivrednom zemljištu⁵, Pomorski zakonik⁶, s time da neke odredbe o zakupu cestovnog zemljišta sadrži i Zakon o cestama⁷.

Posebno poglavlje posvećeno je zakupu kao institutu stvarnog, posebice zemljišnoknjižnog prava, s obzirom na to da se zakup kada je vezan uz nekretninu može upisati u zemljišnu knjigu.

2. OPĆE UREĐENJE ZAKUPA PREMA ZAKONU O OBVEZNYM ODNOSIMA

2.1. Pojam i osnovne karakteristike ugovora o zakupu

Opće uređenje ugovora o zakupu propisano je odredbama čl. 519. do 549., s time da se prema odredbi čl. 520. ZOO-a opće odredbe ZOO-a o ugovoru o zakupu neće primjenjivati na posebne vrste zakupa, osim podredno. To zapravo znači da će se odredbe ZOO-a o zakupu primjenjivati na posebne vrste zakupa ako posebnim propisima nije što drugo propisano.

Prema odredbi čl. 519. ZOO-a ugovor o zakupu je ugovor kojim se jedna ugovorna strana – zakupodavac obvezuje drugoj ugovornoj strani – zakupniku predati određenu stvar (treba tumačiti i pravo) na korištenje, a ta druga ugovorna strana dužna je za to plaćati naknadu – zakupninu. Iz navedene odredbe vidljivo je da su ugovorne strane ugovora o zakupu zakupodavac i zakupnik, da je predmet ugovora predaja određene stvari zakupodavca na korištenje zakupniku, te da postoji obveza zakupnika da zakupodavcu za to korištenje plaća određenu naknadu (zakupninu).

Prema različitim kriterijima ugovor o zakupu je:

- imenovani (nominatni) ugovor – naziv, sadržaj ugovora je određen i propisan (u konkretnom slučaju ZOO-om, ali i drugim propisima)
- naplatni (onerozni) ugovor – za činidbu (davanje stvari na korištenje) daje se određena protučinidba (zakupnina),
- dvostrani obvezni ugovor – obveza nastaje kako za zakupodavca (predaja stvari na korištenje), tako i zakupnika (plaćanje zakupnine),
- komutativni ugovor – da je već u vrijeme sklapanja ugovora poznat sadržaj činidbe i protučinidbe,
- neformalni ugovor – za uvjet valjanosti ugovora nije propisan poseban oblik ugovora,
- konsenzualni ugovor – prava i obveze stranaka nastaju njihovim sporazumom,

4 Narodne novine, br. 125/11, 64/15, dalje ZZKPP.

5 Narodne novine, br. 39/13, 48/15, dalje ZPZ.

6 Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15, dalje PZ.

7 Narodne novine, br. 84/11, 22/13, 54/13, 148/13, 92/14, dalje ZC.

- ugovor s trajnom obvezom – obveza traje dulje ili kraće vrijeme (ugovor o zakupu se sklapa na određeno ili neodređeno vrijeme),
- kauzalni ugovor – iz samog ugovora vidljiva je svrha sklapanja samog ugovor (korištenje određene stvari ili prava).⁸

Iz do sada iznesenog može se jasno zaključiti da su bitni sastojci ugovora o zakupu predmet zakupa i visina zakupnine, pa ugovor nastaje kada se ugovorne strane o tim bitnim elementima sporazumiju.

Predmet samog ugovora o zakupu može biti nekretnina, pokretnina, ali i pravo. Kod toga pojam nekretnine, odnosno pokretnine propisuje Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁹ u čl. 2. st. 3. i 4. i čl. 9.¹⁰ Kod toga nije nužno da zakupodavac bude i vlasnikom predmeta zakupa, budući da je u sudskoj praksi zauzeto shvaćanje „da pravo vlasništva zakupodavca na stvari koju daje u zakup nije uvjet valjanosti ugovora o zakupu“¹¹.

S druge pak strane kada se govori o zakupnini tada je u pravilu zakupnina određena u mjesečnom iznosu, ali moguće ju je odrediti i u drugim vremenskim razdobljima (tromjesečno, polugodišnje, godišnje ili kraće dnevno, tjedno). Kod toga visina zakupnine može biti i određiva, na temelju elementa koje su stranke ugovorile, a isto tako moguće je ugovoriti da će se visina zakupnine mijenjati, primjerice ovisno o kretanju cijena na malo, o visini stope inflacije i slično. U praksi ipak najčešće nailazimo na slučajeve da se visina zakupnine točno odredi, u točno određenom novčanom iznosu, pri čemu se zna primijeniti valutna klauzula (protuvrijednost domaće valute u odnosu na euro). Vezano uz to u sudskoj praksi se ističe da „kad je obveza zakupnika na plaćanje zakupnine za poslovni prostor ugovorena uz valutnu klauzulu, zakupodavac ima potraživanje u stranoj valuti koji se ispunjava u domaćoj valuti“.¹²

Jedna od bitnih karakteristika ugovora o zakupu kao ugovora o privremenom prijenosu korištenja stvari je da zakupnik na predmetu zakupa ne stječe pravo vlasništva, za razliku primjerice od zajma gdje isti stječe pravo vlasništva na

8 Vilim Gorenc, Hrvoje Kačer, Hrvoje Momčinović, Zvonimir Slakoper, Branko Vukmir, Loris Belanić, *Obvezno pravo, Posebni dio I., Pojedini ugovor*, Novi informator, Zagreb, 2012., str. 152.-181.

9 Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, dalje ZV.

10 Čl. 2. st. 3. i 4. ZV glasi: Nekretnine su čestice zemljine površine, zajedno sa svime što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drukčije određeno (3). Pokretnine su stvari koje se mogu premjestiti s jednoga mjesta na drugo, a da im se ne povrijedi bit (supstanca). Stvari koje su po svojoj naravi pokretne stvari smatraju se u pravnom smislu nepokretnima ako su pripadak nepokretne stvari ili iz zakon izjednačuje s nekretninama (4).

Čl. 9. st. 1. ZV glasi: 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.

11 VSRH, Rev-663/98 – www.sudskapraksa.vsrh.hr/supra

12 VSRH, Rev 3112/07-2 od 29.IV.2009. – www.ingbiro.com.

pozajmljenim stvarima. Isto tako činjenica da je zakupnik dobio u posjed neku stvar znači da je isti neposredni posjednik stvari (čl. 10. st. 2. ZV), ali je s druge strane nesamostalni posjednik stvari (čl. 11. ZV). Stoga zakupnik kao nesamostalni posjednik nema uvjeta da bi dosjelošću stekao vlasništvo na predmetu zakupa¹³.

Uz plaćanje zakupnine moguća je situacija da zakupnik snosi i neke druge troškove, primjerice troškove poreza, zajedničke pričuve, no da bi to bila obveza zakupnika tada to mora biti ugovoreno.

U praksi se glede predmeta zakupa nalazi odluka prema kojoj „se na odnose stranaka iz ugovora o zakupu otvorenog sajmenog prostora ne primjenjuju odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora“.¹⁴ Jednako tako na ugovor o zakupu zemljišta ne primjenjuje se isti zakon, neovisno o tome što je na zemljištu postavljen montažni objekt¹⁵, već se u tim slučajevima primjenjuje odredbe ZOO-a.

2.2. Oblik ugovora o zakupu

ZOO polazi od načelne neformalnosti ugovora, pa te opće odredbe vrijede i za ugovor o zakupu. Posebnim propisima o zakupu poslovnog prostora određena je pisana forma ugovora. U nekim slučajevima se zahtijeva i da su potpisi ugovornih stranaka ovjereni. Kod toga treba razlikovati pisani oblik od ovjere potpisa jer pisani oblik predstavlja uvjet pravne valjanosti ugovora kada je to propisano, a ovjera potpisa je, primjerice, potrebna da bi se ugovor o zakupu mogao uknjižiti u zemljišnoj knjizi, kao posebna pretpostavka za upis, uz poseban uglavak kojim se dopušta uknjižba prava zakupa u zemljišnoj knjizi.¹⁶

2.3. Obveze zakupodavca i zakupnika

Već je rečeno da je ugovor o zakupu dvostranoobvezni ugovor, što znači da postoje obveze na obje ugovorne strane.

Kada se govori o osnovnim obvezama zakupodavca, tada se može reći da su to:

- obveza predaje predmeta zakupa zakupniku,
- obveza održavanja predmeta zakupa,
- obveza suzdržavanja od izmjena predmeta zakupa.

13 Čl. 159. ZV glasi: Dosjelošću se stječe vlasništvo stvari samostalnim posjedom te stvari ako taj ima zakonom određenu kakvoću i neprekidno traje zakonom određeno vrijeme, a posjednik je sposoban da bude vlasnikom te stvari (1). Samostalni posjednik čiji je posjed pokretne stvari zakonit, istinit i pošten, stječe je dosjelošću u vlasništvo protekom tri godine, a takav posjednik nekretnine protekom deset godina neprekidnoga samostalnog posjedovanja (2). Samostalni posjednik pokretne stvari kojemu je posjed barem pošten stječe je dosjelošću u vlasništvo protekom deset godina, a takav posjednik nekretnine protekom dvadeset godina neprekidnoga samostalnog posjedovanja (3).

14 VSRH, Rev 3123/99 od 29.1.2002. – www.ingbiro.com

15 VSRH, Rev 90/00 od 15.1.2002. – www.ingbiro.com

16 Gorenc, bilješka 8, str. 159.

Prva i najznačajnija obveza zakupodavca je da predmet zakupa preda zakupniku i to u ispravnom stanju (stanju u kojem zakupnik taj predmet može koristiti u svrhu radi koje je zakup sklopljen), zajedno sa svim pripadcima.¹⁷ Ako predmet zakupa ne bi bio predan zakupniku u ispravnom stanju, tada bi zakupodavac odgovarao zakupniku za materijalne nedostatke stvari. Ugovor o zakup djeluje između ugovornih strana, a ukoliko se radi o zakupu nekretnine (poslovnog prostora i slično) tada se učinak *erga omnes* postiže uknjižbom ugovora o zakupu u zemljišnoj knjizi. U sudskoj praksi je rečeno „da davanje u zakup dijela krova zgrade predstavlja posao redovite uprave, o čemu odlučuju suvlasnici većinom glasova“.¹⁸ No s druge strane „davanje poslovnog prostora u zakup, posao je izvanredne uprave za koji je potrebna suglasnost svih suvlasnika, pa je suvlasnik koji nije dao potrebnu suglasnost ovlašten tražiti iseljenje zakupnika“.¹⁹

Daljnja obveza zakupodavca je da predmet zakupa održava u ispravnom stanju, stanju koje je podobno za ugovoreni način korištenja predmeta zakupa. Kod toga je zakupodavac dužan zakupniku nadoknaditi troškove koje je isti imao u svezi s održavanjem predmeta zakupa, a koje bi i inače trebao učiniti sam zakupodavac. Ako se radi o troškovi sitnih popravaka izazvanih redovitim korištenjem stvari, takvi troškovi padaju na teret zakupnika (primjerice troškove izmjene žarulja za struju i slični troškovi). No, u svakom slučaju je zakupnik o potrebi popravka dužan obavijestiti zakupodavca.²⁰

Isto tako zakupodavac se dužan suzdržavati od vršenja bilo kakvih izmjena na predmetu zakupa, a zbog kojih bi zakupnik bio ometan u uporabi ili korištenju tog predmeta. No, ako bi izmjenama, na koje je zakupnik pristao, bila smanjena mogućnost korištenja predmeta zakupa, tada bi zakupnik imao pravo na smanjenje zakupnine u odgovarajućem razmjeru.²¹

S druge strane temeljne obveze zakupnika su:

- obveza korištenja predmeta zakupa u skladu s ugovorom,
- obveza snošenja troškova redovite uporabe predmeta zakupa,
- obveza snošenja troškova sitnih popravaka predmeta zakupa,
- obveza plaćanja zakupnine,
- obveza vraćanja predmeta zakupa,
- obveza obavješćivanja zakupodavca o nepredviđenim opasnostima.

Potpuno je jasno da zakupnik ima pravo koristiti stvari u skladu s ugovorom i to kao dobar gospodarstvenik, odnosno kao dobar domaćin, ovisno o svojstvima zakupnika. Zakupnik koji obavlja registriranu djelatnost, obrtnik mora koristiti predmeta zakupa kao dobar gospodarstvenik, dakle s povećanom pažnjom, dok se za ostale osobe zahtijeva korištenje u skladu s pažnjom dobrog domaćina, dakle onako kako bi se zakupnik koristio da se koristi vlastitom stvari. Bitno je da zakupnik stvar

17 Čl. 521. ZOO.

18 ŽS Zagreb, Gž-246/02 od 21.X.2003. – www.ingbiro.com

19 VSRH, Rev 619/98 – www.sudskapraksa.vsrh.hr/supra

20 Čl. 522. st. 2., 3. i 4. ZOO.

21 Čl. 524. ZOO.

koristi u skladu s ugovorenom namjenom, pa ako bi koristio stvar protivno namjeni ili protivno ugovoru pa nekome nastane šteta, za istu odgovara zakupnik.²²

Isto tako potpuno je razumljivo da troškove korištenja predmeta zakupa, primjerice troškove energije koja se koristi u poslovnom prostoru ili trošak goriva u zakupljenom vozilu, snosi zakupnik, jednako kao što isti snosi i troškove sitnih popravaka. Je li neki popravak sitan ili ne, činjenično je pitanje (*questio facti*) svakog konkretnog slučaja. Tu bi uvijek trebalo imati na umu kolika je visina zakupnine, koliki je iznos troškova popravka, koja je važnost popravka za nastavak ugovora o zakupu i slično.

Vjerojatno najznačajnija obveza zakupnika je plaćanje zakupnine i to u rokovima određenim ugovorom ili zakonom, odnosno ako njima to nije ugovoreno, tada kako je to uobičajeno u mjestu gdje je stvar predana zakupniku. ZOO sadrži dispozitivne odredbe i daje mogućnost da ako nije drugačije ugovoreno ili nije uobičajeno, da se tada zakupnina plaća polugodišnje kad je stvar dana u zakup za jednu ili više godina, a ako je dana za kraće vrijeme, tada se zakupnina plaća nakon isteka tog vremena.²³ Neplaćanje zakupnine ujedno predstavlja razlog za otkaz ugovora o zakupu.

Daljnja obveza zakupnika je da vrati predmet zakupa zakupodavcu i to neoštećen, s time da se vraćanje vrši u mjestu u kojem je predmet zakupa bio predan zakupniku.²⁴ Kod toga zakupnik ne odgovara za uobičajenu istrošenost predmeta zakupa koja je nastala redovitom uporabom, kao ni za oštećenja koja potječu do dotrajalosti. Iz navedenog bi se moglo zaključiti da je obveza zakupnika da čuva predmet zakupa tijekom cijelog trajanja zakupa sve dok predmet zakupa ne bude ponovno vraćen zakupodavcu. Pravo je zakupnika da odnese određene dodatke predmeta zakupa, koji se od njega mogu odvojiti bez da uništi predmet zakupa ili isti ošteti. Primjerice ako je zakupnik u automobil ugradio navigacijski uređaj, taj uređaj zakupnik ima pravo uzeti nakon prestanka ugovora o zakupu, s time da zakupodavac može to zadržati ako zakupniku naknadi vrijednost takvog dodatka u vrijeme vraćanja. Kod toga „bespravno korištenje tuđeg zemljišta nakon prestanka zakupa daje pravo vlasniku na naknadu izmakle koristi“.²⁵ No s druge strane „osobi koja je na zakupljenom neizgrađenom građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu postavila kiosk, kao privremeni objekt, i koja je po isteku zakupa dužna ukloniti taj objekt, ne pripada pravo na naknadu ulaganja u svezi s postavljanjem kioska“.²⁶

Zadnja bitna obveza zakupnika je da zakupodavca obavijesti o nedostacima i opasnostima. Tako je zakupnik dužan zakupodavca obavijestiti o svakom nedostatku zakupljene stvari i to bez odgađanja, osim ako za taj nedostatak zakupodavca zna. Isto vrijedi ako postoji neka nepredviđena opasnost koja bi prijetila zakupljenoj

22 Čl. 532. ZOO.

23 Čl. 534. ZOO.

24 Čl. 536. ZOO.

25 VSRH, Rev-638/06-2 od 28.VI.2006. – www.ingbiro.com.

26 VSRH, Rev-638/06-2 od 28.VI.2006. – www.ingbiro.com.

stvari, kako bi zakupodavac mogao poduzeti na vrijeme radnje kojima bi tu opasnost otklonio. Ako zakupnik ne bi obavijestio zakupodavca o uočenom nedostatku ili o nastaloj opasnosti, za koje zakupodavac nije znao, tada zakupnik gubi pravo na naknadu štete koju bi pretrpio zbog postojanja nedostatka ili nastale opasnosti, a ujedno bi zakupnik bio dužan naknaditi štetu zakupodavcu.

2.4. Odgovornost za nedostatke

Kada se govori o zakupodavčevoj odgovornosti za pravne nedostatke, tada valja istaknuti da se na odgovornost za pravne nedostatke na odgovarajući način primjenjuju pravila o odgovornosti prodavatelja za pravne nedostatke prodane stvari (čl. 430. do 437. ZOO). O pravnom nedostatku predmeta zakupa govorimo kada netko treći na zakupljenoj stvari ili na nekom njezinom dijelu polaže neko pravo. U tom slučaju ako se treći sa svojim zahtjevom obrati zakupniku ili ako samovlasno oduzme predmet zakupa od zakupnika, zakupnik je o tome dužan izvijestiti zakupodavca, osim ako zakupodavac to zna. U protivnom ta treća osoba može odgovarati za štetu.²⁷

Ako bi se utvrdilo da trećemu pripada neko pravo koje sasvim isključuje zakupnika od korištenja stvari koja je bila predmetom zakupa, tada dolazi do raskida ugovora o zakupu *ex lege*, a zakupodavac je dužan u tom slučaju naknaditi štetu zakupniku. Ako pravo trećeg samo ograničava zakupnikovo pravo, tada isti može, po svom izboru, ili raskinuti ugovor o zakupu ili zahtijevati sniženje zakupnine, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete ako je nastala. U praksi je tako navedeno da „okolnost da je ugovor o zakupu poslovnog prostora kao zakupodavac neovlašteno sklopila osoba koja nije vlasnik, nije razlog ništavosti ugovora, već odgovornosti za pravne nedostatke“.²⁸

Moguća je situacija da predmet zakupa ima neki materijalni nedostatak. U tom slučaju ako u času predaje zakupljena stvar ima neki nedostatak koji se ne može otkloniti, zakupnik ima pravo po svom izboru ili raskinuti ugovor ili zahtijevati sniženje zakupnine. Ako je u pitanju nedostatak koji se može otkloniti bez nekih većih nezgoda za zakupnika, a predaja stvari o roku nije bitan sastojak ugovora, tada zakupnik ima pravo zahtijevati od zakupodavca otklanjanje nedostatka u primjerenom roku ili sniženje zakupnine. Ako zakupodavac ne bi otklonio nedostatak u naknadnom primjerenom roku, tada bi zakupnik imao pravo raskinuti ugovor o zakupu ili zahtijevati sniženje zakupnine, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete. Ova se pravila primjenjuju i kada nedostatak nastane za vrijeme trajanja ugovora o zakupu, kao i kad stvar nema neko svojstvo koje je po ugovoru trebala imati ili je to izgubila tijekom zakupa.

²⁷ Čl. 531. ZOO.

²⁸ VSRH, Rev 885/07-2 od 19.XII.2007. – www.ingbiro.com.

2.5. Posljedice neizvršavanja ili neurednog izvršavanja ugovornih obveza

Vjerojatno najčešći razlog neizvršavanja ugovornih obveza kod ugovora o zakupu u praksi predstavlja neplaćanje zakupnine, odnosno neuredno plaćanje zakupnine. Da bi zbog neplaćanja zakupnine došlo do otkaza ugovora o zakupu potrebno je da zakupodavac prethodno pozove zakupnika da plati dospjelu neplaćenu zakupninu, pa ako to zakupnik ne učini niti u roku od 15 dana od dana poziva na plaćanje, tada zakupodavac ima pravo otkazati ugovor o zakupu. No, niti u tom slučaju neće doći do otkaza ako bi zakupnik platio dospjele iznose zakupnine prije nego što mu bude priopćen otkaz ugovora o zakupu.²⁹

Drugi slučaj neurednog izvršavanja ugovornih obveza predstavlja kada zakupnik koristi predmet zakupa protivno ugovoru, odnosno protivno namjeni same stvari (predmeta zakupa). U tim slučajevima zakupodavac ima pravo otkazati ugovor o zakupu te tražiti eventualno naknadu štete, ako je ista nastala.

Jednako tako i zakupnik ima pravo jednostrano otkazati ugovor o zakupu. Tako ako je potrebno vršiti popravke na predmetu zakupa i ti popravci ometaju zakupnika u korištenju predmeta zakupa u znatnoj mjeri i dulje vrijeme, zakupnik ima pravo raskinuti ugovor, ali isto tako ima pravo tražiti razmjerno sniženje zakupnine.³⁰

2.6. Podzakup

Temeljno je pravilo da zakupnik može zakupljenu stvar dati u podzakup, ako nije drugačije ugovoreno, ali samo ako se time ne nanosi šteta zakupodavcu. U slučaju podzakupa zakupnik jamči zakupodavcu da će podzakupnik koristiti stvar prema ugovoru o zakupu.³¹ Iz tako stilizirane odredbe jasno proizlazi da kada je ugovorom o zakupu zabranjeno davati stvar u podzakup (ili je to zabranjeno propisom) tada davanje stvari u podzakup od strane zakupnika predstavlja razlog za raskid ugovora o zakupu.³² U tom slučaju zakupodavac ugovor o zakupu može jednostrano raskinuti ugovor o zakupu izjavom o otkazu ugovora o zakupu.

Ako je stvar dana u podzakup, zakupodavac ima pravo radi naplate svojih potraživanja koje ima prema zakupniku nastalih iz ugovora o zakupu zahtijevati neposredno od podzakupnika isplatu iznosa koje bi podzakupnik trebao platiti zakupniku na temelju podzakupa.³³

No, u svakom slučaju podzakup prestaje kada prestane ugovor o zakupu.³⁴ O tome se potpuno jasno izjasnila i sudska praksa da „prestankom ugovora o zakupu prestaje i ugovor o podzakupu.“³⁵ S druge strane „zakupodavac je ovlašten radi

29 Čl. 535. ZOO.

30 Čl. 523. ZOO.

31 Čl. 537. ZOO.

32 Čl. 538. ZOO.

33 Čl. 539. ZOO.

34 Čl. 540. ZOO.

35 VSRH, Rev 1383/07-2 od 18.III.2008. – www.ingbiro.com.

naplate svojih potraživanja od zakupnika nastalih iz zakupa, zahtijevati neposredno od podzakupnika isplatu iznosa koje ovaj duguje zakupniku po osnovi podzakupa³⁶.

2.7. Založno pravo i pravo zadržanja

Kod ugovora o zakupu ne predviđa se da bi zakupodavac imao pravo zalog, odnosno pravo retencije (zadržanja) kako je to propisano kod ugovora o najmu u čl. 565. ZOO-a. U sudskoj praksi se tako navodi „da pravo zadržanja automobila ne pripada zakupodavcu na temelju ugovora koji mu ne daje pravo na posjed automobila³⁷“.

2.8. Otuđenje predmeta zakupa

Kada se govori o otuđenju predmeta zakupa, mogu se razlikovati dvije situacije: prva, da je do otuđenja predmeta zakupa došlo nakon predaje stvari u zakupu i druga, da je do otuđenja došlo prije predaje predmeta zakupa zakupniku.

U prvom slučaju ako do otuđenja predmeta zakupa dođe nakon što je zakupniku predan predmet zakupa, pribavitelj (novi stjecatelj predmeta zakupa) stupa na mjesto zakupodavca i nakon toga prava i obveze iz zakupa nastaju između njega i zakupnika. Pribavitelj nema pravo tražiti od zakupnika da mu preda stvar prije protoka vremena na koje je zakup ugovoren, ako trajanje zakupa nije određeno ni ugovorom ni zakonom, onda ne prije isteka otkaznog roka. Pritom za pribaviteljeve obveze iz zakupa prema zakupniku odgovara prenositelj kao solidarni jamac.³⁸ Iz navedenog je jasno vidljivo da se u tom slučaju štiti zakupnik i njegov pravni položaj.

U slučaju kada do otuđenja zakupljene stvari dođe prije predaje predmeta zakupa zakupniku, dakle kada je predmet zakupa predan prije pribavitelju nego zakupniku, i u tom slučaju pribavitelj stupa na mjesto zakupodavca i preuzima sve njegove obveze prema zakupniku, ako je u trenutku sklapanja ugovora o otuđenju znao za postojanje ugovora o zakupu. Dakle, bitno je, je li pribavitelj znao da je sklopljen ugovora o zakupu ili ne. Ako je znao, tada se štiti zakupnik i pribavitelj stupa u pravni položaj zakupodavca. Ako pribavitelj u trenutku sklapanja ugovora nije znao za postojanje ugovora o zakupu, tada isti nije dužan predati predmet zakupa zakupniku, znači štiti se pribavitelj, a zakupnik ima jedino pravo tražiti naknadu štete od zakupodavca. I u ovom slučaju za pribaviteljeve obveze iz zakupa prema zakupniku odgovara prenositelj kao solidarni jamac.³⁹

U sudskoj praksi je tako odlučeno da „ako nakon otuđenja nekretnine dane u zakup novi vlasnik, koji stupa u prava i obveze iz ranije zaključenog ugovora o zakupu, i zakupac te nekretnine nisu izmijenili odredbu (dopuštenu) ugovora o

36 VTSRH, Pž-2453/92 od 11.V.1993. – www.ingbiro.com.

37 VSRH, Rev 2454/95 od 6.V.1999. – www.ingbiro.com.

38 Čl. 542. ZOO.

39 Čl. 543. ZOO.

načinu plaćanja zakupnine u naturi (isporukom 5 tona kukuruza u zrnu), onda novi zakupodavac nije ovlašten od zakupca tražiti ispunjenje njegove obveze isplatom novčanog iznosa – vrijednosti ugovorene količine kukuruza.⁴⁰

Pravo je zakupnika da u slučaju otuđenja predmeta zakupa otkáže ugovor o zakupu, poštujući pritom zakonske otkazne rokove.⁴¹

2.9. Prestanak ugovora o zakupu

Kada se govori o prestanku ugovora o zakupu, tada razlikujemo sljedeće načine prestanka:

- protekom vremena,
- otkazom,
- propašću predmeta zakupa.

Već je rečeno da postoji ugovor o zakupu na određeno vrijeme, pa takav ugovor prestaje protekom vremena na koje je ugovor o zakupu sklopljen. Stoga nakon isteka ugovora o zakupu na određeno vrijeme u parnici radi isplate zakupnine, zakupnina se više ne bi mogla tražiti nakon proteka vremena na koje je ugovor o zakupu sklopljen, već bi se nakon toga vremena mogla samo tražiti naknada u visini zakupnine.

Većano uz ugovor o zakupu na određeno vrijeme je i pitanje prešutnog obnavljanja zakupa. Naime, ako nakon proteka vremena za koje je ugovor o zakupu sklopljen zakupnik nastavi koristiti stvar, a zakupodavac se tome ne usprotivi, smatra se da je prešutno sklopljen novi ugovor o zakupu, ali sada na neodređeno vrijeme, pod istim uvjetima kao i raniji ugovor koji je istekao. Ako su treće osobe za raniji ugovor o zakupu dale kakvo osiguranje, tada osiguranja prestaju kada prestane ranije ugovor o zakupu.⁴² Većano uz prešutno obnavljanje ugovora o zakupu u sudskoj praksi je izraženo shvaćanje „iako se prema čl. 546. ZOO ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme smatra prešutno obnovljenim na neodređeno vrijeme ako zakupac nastavi koristiti stvar, a zakupodavac se tome ne protivi, takav prešutno obnovljeni ugovor nema svojstvo ovršne isprave“.⁴³

Drugi način prestanka ugovora o zakupu propisan je za ugovor o zakupu čije trajanje nije određeno niti se može odrediti iz okolnosti ili mjesnih običaja. U tim slučajevima ugovor o zakupu prestaje otkazom, pri čemu je zakupodavac taj koji mora dati otkaz zakupnik i kod toga poštuivati otkazni rok. Glede duljine trajanja otkaznog roka ugovorne strane imaju pravo same odrediti isti, no ako duljina trajanja otkaznog roka nije određena ugovorom niti zakonom ili mjesnim običajima, tada otkazni rok traje osam dana, s time da se otkaz ne može dati u nevrjeme. O tome je li otkaz dan u nevrjeme činjenično je pitanje i ovisi o okolnostima svakog

40 ŽS Bjelovar, Gž-2776/11-2 od 24.V.2012. – www.ingbiro.com.

41 Čl. 544. ZOO.

42 Čl. 546. ZOO.

43 ŽS Dubrovnik, Gž-1567/08 od 25. IX.2008. – www.ingbiro.com.

konkretnog slučaja.⁴⁴ „Kad se otkazuje ugovor o zakupu zbog neplaćanja zakupnine potrebno je poštovati otkazni rok“.⁴⁵

Treći način prestanka ugovora o zakupu je propast stvari, s time da se kod ugovora o zakupu mora raditi o propasti stvari uslijed više sile. Tako u slučaju da stvar (predmet zakupa) bude uništena u potpunosti, ugovor o zakupu prestaje, a ako stvar bude djelomično uništena ili samo oštećena, pravo je zakupnika da u tom slučaju raskine ugovor o zakupu ili da dalje ostane u zakupnom odnosu i zahtijeva sniženje zakupnine.⁴⁶

Smrt bilo zakupnika, bilo zakupodavca ne utječe na postojanje ugovora o zakupu, jer se zakup nastavlja s nasljednicima jedne ili druge strane, osim ako u samom ugovoru o zakupu ne bi bilo što drugo ugovoreno.⁴⁷

„Za suđenju u sporu iz trgovačkog ugovora o zakupu između osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost nadležan je trgovački sud.“⁴⁸

3. POSEBNA UREĐENJA ZAKUPA PREMA POSEBNIM PROPISIMA

3.1. Zakup poslovnog prostora

Posebne odredbe o zakupu i to poslovnih prostorija sadrži Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora^{49,50}. Prema odredbi čl. 2. st. 3. ZZKPP-a poslovnim se prostorom u smislu toga Zakona smatraju poslovna zgrada, poslovna prostorija, garaža i garažno mjesto. U st. 4. istog članka definirano je da se poslovnom zgradom smatra zgrada namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti ako se pretežitim dijelom i koristi u tu svrhu. Prema st. 5. poslovnom prostorijom smatra se jedna ili više prostorija u poslovnoj ili stambenoj zgradi namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti koja, u pravilu, čini samostalnu uporabnu cjelinu i ima zaseban glavni ulaz. Garaža je prostor za smještaj vozila (st. 6.), dok je garažno mjesto prostor za smještaj vozila u garaži (st. 7.).

Naime, ako se govori o poslovnoj prostoriji, garaži ili garažnom mjestu, tada se u tom slučaju mora raditi o posebnom dijelu nekretnine i ako je taj poseban dio nekretnine upisan u zemljišnu knjigu, tada bi se zakup mogao upisati kao teret tog određenog posebnog dijela nekretnine. Odredbom čl. 66. st. 1. ZV-a propisano je

44 Čl. 547. ZOO.

45 ŽS Dubrovnik, Gž-1216/04 od 16.VI.2005. – www.ingbiro.com.

46 Čl. 548. ZOO.

47 Čl. 549. ZOO.

48 VSRH, Gr1 356/07-2 od 24.IX.2007. – www.ingbiro.com

49 Kontrec Damir, Novine u zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991), v. 33, br. 1, str. 461-483.

50 O ranijem Zakonu o zakupu i prodaji poslovnog prostora i sudskoj praksi uz taj Zakon, vidi u: Brežanski Jasna, Barjaktar Biljana, Đikandić Desanka – Najam stanova i zakup poslovnog prostora u praksi, Novi informator, Zagreb, 2006.

da vlasništvo određenoga posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim dijelom (idealnim dijelom) nekretnine na kojem je uspostavljeno. U st. 3. je određeno da vlasništvo posebnoga dijela može biti uspostavljeno na odgovarajućem suvlasničkom dijelu nekretnine koja se sastoji od zemljišta sa zgradom ili od prava građenja sa zgradom. U čl. 67. st. 1. i 2. ZV-a određeno je da vlasništvo posebnoga dijela može biti uspostavljeno glede dijela suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti, kao što je stan ili druga samostalna prostorija, a u druge samostalne prostorije osobito spadaju samostalne poslovne prostorije, samostalne garaže ili jasno omeđena mjesta u zgradi namijenjena ostavljanju motornih vozila.⁵¹

Novi ZZKPP iz 2011. godine uređuje zasnivanje i prestanak zakupa poslovnog prostora te međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupnika, kao i kupoprodaju poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, županije, Grada Zagreba, grada ili općine - jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave⁵². Pod kupoprodajom poslovnoga prostora podrazumijeva se i prodaja suvlasničkog dijela na određenom poslovnom prostoru, odnosno predmetom kupoprodaje mogu biti i poslovni prostori, koji u smislu Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara⁵³ imaju svojstvo kulturnog dobra, pod uvjetima propisanim u tom Zakonu. Treba dodati da se na zakupne odnose koji nisu uređeni ovim zakonom primjenjuju opći propisi obveznoga prava o zakupu, dok se odredbe Zakona ne primjenjuju na slučajeve privremenoga korištenja poslovnoga prostora ili dijela poslovnoga prostora radi održavanja sajмова, priredaba, predavanja, savjetovanja, skladištenja i čuvanja robe ili u druge slične svrhe, a koje korištenje ne traje duže od 30 dana.

S obzirom na navedeno može se zaključiti da ZZKPP dosljedno prati određenje ZV-a o tome što može biti poseban dio nekretnine.

51 Potrebni nam se čini ukazati na nepravilnu praksu, gdje se kao samostalne uporabne cjeline, kao samostalne etaže utvrđuju i parkirna mjesta na otvorenom, takva parkirna mjesta na otvorenom znaju se prodavati osobama koje nemaju vlasništvo posebnog dijela u zgradi koja se nalazi na toj parceli, a što je u potpunosti u protivnosti s određenjem etažnog vlasništva odnosno vlasništva posebnog dijela nekretnine prema odredbama ZV-a. Prema odredbi čl. 67. st. 3. ZV-a uz stan odnosno drugu samostalnu prostoriju, vlasništvo posebnoga dijela nekretnine može se protezati i na sporedne dijelove kao što su otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanske prostorije, kućni vrtovi, mjesta za ostavljanje najviše do dva motorna vozila po pojedinom stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji.

52 Čl. 1. st. 1. ZZKPP.

53 Narodne novine, br. 66/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11. U smislu čl. 2. st. 2. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, pod kulturnim dobrima u smislu tog Zakona su:
- pokretne i nepokretne stvari od umjetničkoga, povijesnoga, paleontološkoga, arheološkoga, antropološkoga i znanstvenoga značenja,
- arheološka nalazišta i arheološke zone, krajolici i njihovi dijelovi koji svjedoče o čovjekovoj prisutnosti u prostoru, a imaju umjetničku, povijesnu i antropološku vrijednost,
- nematerijalni oblici i pojave čovjekova duhovnog stvaralaštva u prošlosti kao i dokumentacija i bibliografska baština i
- zgrade, odnosno prostori u kojima se trajno čuvaju ili izlažu kulturna dobra i dokumentacija o njima.

Gradska skupština Grada Zagreba, odnosno gradsko ili općinsko vijeće imaju ovlast svojom odlukom propisati da se poslovni prostor u zgradama u vlasništvu Grada Zagreba, grada ili općine, a koje se nalaze u određenim ulicama, dijelovima ulica ili na određenim trgovima može koristiti za obavljanje samo određenih djelatnosti. Ako se radi o tradicijskim ili deficitarnim zanimanjima, tada nadležna skupština odnosno vijeće prije donošenja odluke treba pribaviti mišljenje udruženja obrtnika ili područne obrtničke komore⁵⁴. Namjera je zakonodavca da se sačuvaju određena tradicijska ili deficitarna zanimanja, pri čemu se ograničenje odnosi na poslovne prostore u vlasništvu Grada Zagreba, općine ili grada.

Zakup poslovnog prostora zasniva se ugovorom o zakupu (čl. 4. st. 1. ZZKPP), pri čemu ugovor mora biti sastavljen u pisanom obliku (st. 3. istog članka). Zbog problema u praksi i činjenice da su prostori u zakupu osoba koje ne ispunjavaju svoje obveze prema državnom proračunu, odnosno jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, zakonodavac je u čl. 4. st. 2. propisao da ugovor o zakupu poslovnog prostora Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ne može sklopiti s fizičkom ili pravnom osobom koja ima dospjelu nepodmirenu obvezu prema državnom proračunu i jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, osim ako je sukladno posebnim propisima odobrena odgoda plaćanja navedenih obveza, pod uvjetom da se fizička ili pravna osoba pridržava tih rokova. U slučaju ako je zakupodavac Republika Hrvatska odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, tada ugovor o zakupu mora biti potvrđen (solemniziran) po javnom bilježniku (st. 3.). Posljedica da je ugovor o zakupu sklopljen protivno gore navedenim ograničenjima iz st. 2. i 3. predstavlja ništetan ugovor.⁵⁵

54 Čl. 3. ZZKPP.

55 O ništetnim ugovorima ZOO propisuje:

Čl. 322. ZOO glasi: Ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva ništetan je, osim ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku druge pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo (st. 1.) Ako je sklapanje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor je valjan ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povrijedila zakonsku zabranu snosit će odgovarajuće posljedice (st. 2.).

Čl. 323. ZOO: U slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takva ugovora, a ako to nije moguće, ili se narav onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje (st. 1.). Ugovaratelj koji je kriv za sklapanje ništetnog ugovora odgovoran je svome suugovaratelju za štetu koju trpi zbog ništetnosti ugovora ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti (st. 2.).

Čl. 324. ZOO: Ništetnost neke odredbe ugovora ne povlači ništetnost ugovora ako on može postati bez ništetne odredbe i ako ona nije bila ni uvjet ugovora niti odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor sklopljen (st. 1.). Ali će ugovor ostati valjan čak i ako je ništetna odredba bila uvjet ili odlučujuća pobuda ugovora u slučaju kad je ništetnost ustavljena upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i vrijedio bez nje (st.2.).

Čl. 325. ZOO: Kad ništetan ugovor udovoljava pretpostavkama za valjanost nekog drugog ugovora, onda će među ugovarateljima vrijediti taj drugi ugovor, ako bi to bili u suglasnosti s

U svakom slučaju obveza je zakupodavca da primjerak ugovora o zakupu dostavi nadležnoj poreznoj upravi.

Ugovorom o zakupu poslovnog prostora obvezuje se zakupodavac predati zakupniku određeni poslovni prostor na korištenje, a zakupnik se obvezuje platiti mu za to ugovorenu zakupninu.⁵⁶ Ugovor o zakupu mora sadržavati:

1. naznaku ugovornih strana,
2. podatke o poslovnom prostoru,
3. djelatnost koja će se obavljati u poslovnom prostoru,
4. odredbe o korištenju zajedničkih uređaja i prostorija u zgradi,
5. rok predaje poslovnoga prostora zakupniku,
6. vrijeme na koje je ugovor sklopljen,
7. iznos zakupnine,
8. pretpostavke i način izmjene zakupnine,
9. mjesto i vrijeme sklapanja ugovora.

Bez obzira što u ZZKPP više nema odredbe koja regulira pitanje rokova plaćanja zakupnine, odnosno naknade za korištenje zajedničkih uređaja zgrade, čini nam se da to bilo potrebno unijeti u ugovor o zakupu. Tim više što ugovor o zakupu, kada ga sklapa Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave mora biti solemniziran⁵⁷ po javnom bilježniku. Isto

ciljem koji su ugovaratelji imali na umu kad su ugovor sklopili i ako se može uzeti da bi oni sklopili taj ugovor da su znali za ništetnost svog ugovora.

Čl. 326. ZOO: Ništetan ugovor ne postaje valjan kad uzrok ništetnosti naknadno nestane (st.1.). Ali ako je uzrok ništetnosti bila zabrana manjeg značenja, a ugovor u cijelosti ispunjen, ništetnost se ne može isticati (st. 2.).

Čl. 327. ZOO: Na ništetnost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svaka zainteresirana osoba (st. 1.). Pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti ima i državni odvjetnik (st. 2.).

Čl. 328. ZOO: Pravo na isticanje ništetnosti ne gasi se.

56 Čl. 5. ZZKPP.

57 Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, dalje ZJB, u čl. 59. propisuje potvrda (solemnizaciju) privatnih isprava: Ako nisu u pitanju pravni poslovi iz čl. 53. ovoga Zakona, sudionici u pravnom poslu, svi ili neki od njih, mogu isprave o pravnom poslu potvrditi kod javnog bilježnika. Za zasnivanje osiguranja tražbine uređene zakonom, dovoljno je da privatnu ispravu potvrdi obveznik. Potvrđena isprava ima snagu javnobilježničkog akta, a ako je sastavljena po propisima članka 54. ovoga Zakona ima snagu i ovršnog javnobilježničkog akta (st. 1.). Javni će bilježnik privatnu ispravu ispitati u skladu s odredbama članka 34., 57. i 58. ovoga Zakona i ako za to ne nađe zapreke potvrdit će je (st. 2.). Ako privatna isprava odgovara po svom obliku propisima javnobilježničke isprave (čl. 43. do 48.) i propisima o sadržaju javnobilježničkog akta (čl. 69. st. 1. tč. 2., 4. i 6.), te ako su ju potpisali sudionici iz članka 69. stavka 1. točke. 2. ovoga Zakona, ona će se potvrditi bez sastavljanja posebnog javnobilježničkog akta na taj način što će se na ispravu staviti posvjedočenja navedena u čl. 69. točki 1., 3. i 5. Zakona (st. 3.). Ako privatna isprava po svom obliku i sadržaju ne odgovara zahtjevima iz stavka 3. ovoga članka, potvrda će se izvršiti stavljanjem posebnog javnobilježničkog akta. Privatna se isprava u tom slučaju mora proći s javnobilježničkim aktom, i smatrat će se sastavnim dijelom i dopunom javnobilježničkog akta. U tom slučaju privatnu ispravu potpisuje i javni bilježnik i svjedoci (st. 4.).

tako, nema nikakve zapreke da se ugovor o zakupu solemnizira i u slučaju ako zakupodavac nije osoba javnoga prava, čak štoviše čini nam se da bi to bilo korisno, neovisno o troškovima koji nastaju kod javnog bilježnika. U svezi s tim se u praksi navodi „da kada se radi o obavezi plaćanja zakupnine u ugovorenom mjesečnom iznosu, potvrdu o ovršnosti po prirodi stvari javni bilježnik ne može dati već u vrijeme nastanka takve isprave nego tek onda kad utvrdi je li i u kojem dijelu, odnosno za koji iznos tražbina iz ovršne isprave dospjela“.⁵⁸

Daljnja specifičnost kod zasnivanja zakupa odnosi se na zakupu poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba u njihovu vlasništvu ili pretežitom vlasništvu. U tom slučaju obvezatan je javni natječaj⁵⁹, s time da su predviđeni i određeni izuzetci od tog pravila. No u praksi se navodi „da na davanje u zakup poslovnog prostora ne dolazi do primjene odredbe Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja“.⁶⁰

Tako javni natječaj nije potreban ako ugovor o zakupu poslovnog prostora sklapaju međusobno Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu Republike Hrvatske odnosno pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pod uvjetom da je to u interesu i cilju općega, gospodarskog i socijalnog napretka njezinih građana. Druga iznimka od potrebe provođenja javnog natječaja za davanje u zakup poslovnog prostora postoji kada sadašnji zakupnik u potpunosti izvršava svoje obveze iz ugovora o zakupu. U tom slučaju zakupodavac je dužan takvom zakupniku najkasnije 60 dana prije isteka roka na koji je ugovor sklopljen ponuditi sklapanje novog ugovora o zakupu na određeno vrijeme, ali ne dulje od 5 godina. Pod sadašnjim zakupnikom podrazumijeva se zakupnik koji sada koristi poslovni prostor na temelju valjanoga ugovora o zakupu. Zakupnik ima pravo podnijeti zakupodavcu zahtjev za davanje ponude najkasnije 90 dana prije isteka roka na koji je ugovor sklopljen. Ako sadašnji zakupnik ne bi prihvatio ponudu u roku od 30 dana, tada bi zakupni odnos prestao istekom roka na koji je ugovor sklopljen. U tom slučaju zakupodavac je dužan za taj poslovni prostor raspisati javni natječaj za davanje u zakup tog poslovnog prostora u kojem početni iznos zakupnine ne može biti manji od iznosa zakupnine koji je bio ponuđen sadašnjem zakupniku, pod uvjetom da će se u prostoru nastaviti obavljati ista djelatnost. Postupak natječaja provodi i odluku o najpovoljnijoj ponudi donosi Državni ured za upravljanje državnom imovinom, župan, gradonačelnik Grada Zagreba, gradonačelnik ili općinski načelnik, odnosno od njih ovlašteno tijelo, a za pravne osobe u njihovu vlasništvu ili pretežitom vlasništvu nadležno tijelo utvrđeno aktima te pravne osobe. Najpovoljnijom ponudom smatrat će se ona ponuda koja uz ispunjenje uvjeta iz natječaja sadrži i najviše iznos zakupnine. Prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu imaju osobe iz Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji ukoliko ispunjavaju uvjete iz natječaja

58 ŽS Dubrovnik, Gž-660/05 od 10.VI.2005. – www.ingbiro.com.

59 Čl. 6. ZZKPP.

60 US RH, Us-6699/01 od 3.XI.2005. – www.ingbiro.com.

i ako prihvate najviši ponudeni iznos zakupnine. U praksi se tako navodi „da je dopušteno zahtijevati utvrđenje ništavosti ugovora o zakupu poslovnog prostora, ali ne i postupka provedbe javnog natječaja za davanje poslovnog prostora u zakup“.⁶¹ No, isto tako „tužbom se ne može zahtijevati utvrđenje da je tužitelj najpovoljniji ponuditelj na natječaju objavljenom radi davanja u zakup poslovnog prostora“.⁶²

S obzirom na opće poznato stanje zemljišnih knjiga, kao i činjenicu da Republika Hrvatska, ali i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave još uvijek nisu upisale vlasništvo u svoju korist na velikom broju nekretnina, dobro je da se zakonodavac odlučio da propiše da se gore navedena pravila odnose i na poslovni prostor koji je još uvijek upisan u zemljišnim knjigama kao društveno vlasništvo na kojem Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i druge pravne osobe imaju pravo raspolaganja ili korištenja. Kada to ne bi bio slučaj, te kada bi se tražilo da se za davanje u zakup poslovnog prostora uvijek mora imati sređeno zemljišnoknjižno stanje, tada jedan dio poslovnih prostora, zbog nesređenog zemljišnoknjižnog stanja, ne bi uopće mogao biti dan u zakup.

Ugovorne strane ugovora o zakupu su zakupodavac i zakupnik te svaka ugovorna strana ima određena prava i obveze.

Obveza je zakupodavca da preda zakupniku poslovni prostor u roku utvrđenom ugovorom, s time da ukoliko zakupodavac ne bi zakupniku predao poslovni prostor u ugovorenom roku, tada zakupnik svoje pravo može ostvariti tužbu, dakle tražiti predaju u posjed poslovnog prostora, odnosno raskinuti ugovor, a isto tako zakupnik ima pravo na naknadu štete.⁶³ Kod toga „okolnost da se u poslovnom prostoru nalazi treća osoba – raniji zakupnik (koji se poziva na svoje pravo zadržanja), zakupodavca ne oslobađa ugovorne obveze predaje poslovnog prostora sadašnjem zakupniku“.⁶⁴ Vežano uz rok predaje u praksi se nalazi i shvaćanje „da kad ugovorom o zakupu u vezi s obvezom zakupodavca na predaju u posjed poslovnog prostora nije ugovoren poseban uvjet ili rok, da tada treba smatrati da se zakupodavac obvezao predati ga u posjed zakupniku odmah“.⁶⁵

Daljnja obveza zakupodavca je da zakupniku preda poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom, no ako ugovorom nije utvrđeno u kakvom stanju zakupodavac predaje zakupniku poslovni prostor tada se smatra da je poslovni prostor predan u stanju prikladnom za obavljanje djelatnosti predviđene ugovorom. Izuzetno bitnim nam se čini da se pri samom činu primopredaje poslovnog prostora zakupodavca zakupniku sastavi zapisnik u koji se unose podatci o stanju poslovnog prostora⁶⁶. Upravo predmetni zapisnik često puta je vrlo koristan dokaz u sudskom sporu radi otkaza ugovora o zakupu, odnosno raskida ugovora o zakupu.

61 VSRH, Rev 312/07-2 od 29.IV.2009. – www.ingbiro.com.

62 VSRH, Rev-317/05-2 od 26.IV.2005. – www.ingbiro.com.

63 Čl. 7. ZZKPP.

64 VSRH, Gzz 18/06-2 od 12.X.2006. – www.ingbiro.com.

65 VSRH, Gzz 18/06-2 od 12.X.2006. – www.ingbiro.com.

66 Čl. 8. i 9. ZZKPP.

Ukoliko zakupodavac ne bi zakupniku predao poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom, tada je pravo zakupnika da raskine ugovor o zakupu, ili da traži razmjerno sniženje zakupnine, ili da na teret zakupodavca sam dovede poslovni prostor u takvo stanju, pod uvjetom da to nije učinio zakupodavac nakon što ga je zakupnik na to pozvao i ostavio mu za to primjeren rok. Primjerenim rokom smatra se rok u kojem se određeni radovi mogu izvesti uzimajući u obzir pripreme, mjesto i prilike pod kojima se radovi moraju izvesti. I u ovom slučaju zakupnik ima pravo na naknadu štete⁶⁷.

Pravo je zakupnika da, ako za to postoji potreba, traži od zakupodavca da izvrši popravke na poslovnom prostoru koji padaju na teret zakupodavca. Zakupnik u tom slučaju mora pisano obavijestiti zakupodavca i odrediti mu primjereni rok za te popravke. Ukoliko zakupodavac ne bi u roku izvršio popravke koje je dužan, zakupnik ima pravo sam izvršiti popravke na teret zakupodavca ili raskinuti ugovor. Za zakupnika je izuzetno bitno da pisano obavijesti zakupodavca o potrebi popravaka i da mu za to odredi primjereni rok, jer ako to ne bi učinio, tada zakupnik, ako bi sam izvršio popravak, ne bi imao pravo tražiti naknadu za izvršene radove, a uz to bi odgovarao za štetu zakupodavcu koju bi on zbog toga trpio, osim u slučaju hitnih popravaka.⁶⁸

Za vrijeme trajanja popravka radi održavanja poslovnog prostora u stanju u kojem ga je zakupodavac dužan održavati i koji padaju na teret zakupodavca, kao i radova na javnim površinama, pročelju i krovu zgrade, a zbog kojih zakupnik nije mogao koristiti poslovni prostor, zakupnik nije dužan plaćati zakupninu. No, zakupnik ne bi u tom slučaju imao pravo na izmaklu dobit, a ako bi poslovni prostor mogao samo djelomično koristiti ili postoji djelomična ograničenost u obavljanju poslovne djelatnosti, tada je zakupnik dužan plaćati razmjerni dio zakupnine. Ova pravila ne vrijede u slučaju ako se radi o slučajevima neznatnog ometanja, primjerice ako je zakupnik spriječen u korištenju poslovnog prostora nekoliko sati ili nekoliko dana po sat, dva i slično, ako je primjerice stavljena građevinska skela radi nekog popravka, a radi te skele je zaklonjen ulaz u poslovni prostor ili izlog poslovnog prostora i slično.⁶⁹

Zakupodavac ima pravo za vrijeme trajanja zakupa izvršiti radove radi uređenja prostora ili snižavanja troškova energije i održavanja. U tom je slučaju zakupodavac dužan najkasnije dva mjeseca prije početka radova pisano obavijestiti zakupnika o vrsti, početku i opsegu radova, roku trajanja radova, kao i novoj visini zakupnine. Pravo je zakupnika u tom slučaju, da u roku od mjesec dana od dana primitka obavijesti, raskine ugovor i u istom roku o tome obavijesti zakupodavca, kojem je u daljnjem roku od 15 dana od poslano obavijesti dužan prostor predati u posjed. U slučaju bilo kakve zlouporabe prava zakupodavac odgovara zakupniku za pretrpljenu štetu⁷⁰. Zakupnik nije dužan raskinuti ugovor o zakupu zbog radova.

67 Čl. 10. ZKPP.

68 Čl. 11. ZKPP.

69 Čl. 12. ZKPP.

70 Čl. 13. ZKPP.

U tom slučaju ima pravo plaćati razmjerni dio zakupnine, ili uopće ne plaćati zakupninu, ali nema pravo na naknadu štete zbog izmakle dobiti. Pravo na izmaklu dobit zakupnik bi mogao ostvariti tek ako zakupodavac ne bi završio radove u roku navedenom u obavijesti, osim ako radovi nisu završeni zbog okolnosti za koje zakupodavac ne odgovara.⁷¹ „Za suđenje u odštetnoj parnici zbog uporabe poslovnog prostora nakon isteka ugovora o zakupu sklopljenog između dvaju trgovačkih društava nadležan je općinski sud“.⁷²

U sudskoj praksi relativno su česti sporovi zbog izvršenih preinaka poslovnog prostora od strane zakupnika odnosno ulaganja koja je zakupnik vršio u poslovni prostor. Zakupnik ne smije bez izričite pisane suglasnosti zakupodavca činiti preinake poslovnog prostora kojima se mijenja konstrukcija, raspored, površina, namjena ili vanjski izgled poslovnoga prostora. Ako bi zakupnik to radio unatoč protivljenju zakupodavca, tada bi zakupodavac imao pravo raskinuti ugovor, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete⁷³. No isto tako „kad su ugovorom o zakupu ugovorena ulaganja zakupnika kao i način vraćanja tih ulaganja za cijelo vrijeme trajanja zakupa kroz smanjenje zakupnine, radi se o ugovornom odnosu, na koji se ne primjenjuju pravila o stjecanju bez osnove“.⁷⁴

Osnovna je obveza zakupnika da plati ugovorom utvrđeni iznos zakupnine u roku utvrđenom ugovorom. Ukoliko je zakupodavac Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave zakupnik je dužan plaćati zakupninu mjesečno unaprijed i to najkasnije do desetog dana u mjesecu. Zakupnina se prema tome slobodno može ugovarati. U slučaju kada je zakupodavac Republika Hrvatska, odnosno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave zakupnina je onaj iznos koji je postignut na javnom natječaju, kao najpovoljnija ponuda. Zakupnina bi se trebala plaćati mjesečno unaprijed i to najkasnije do desetog u mjesecu.⁷⁵

Zakupnik je dužan plaćati naknadu za troškove korištenja zajedničkih uređaja i obavljanja zajedničkih usluga u zgradi u kojoj se nalazi poslovni prostor po njihovom dospijeću, pri čemu se smatra da naknada za te troškove nije uračunata u zakupninu, ukoliko to ugovorom nije izričito ugovoreno.⁷⁶

U sudskoj praksi je tako zauzeto shvaćanje da „nije ništava odredba ugovora o zakupu poslovnog prostora kojom se zakupac obvezao plaćati, pored zakupnine, iznos poreza koji inače tereti zakupodavca.“⁷⁷

Troškove tekućeg održavanja, a pod čime se misli na troškove čišćenja, soboslikarskih radova, sitnijih popravaka na instalacijama, snosi zakupnik, ako nije drukčije ugovoreno. Isto tako zakupnik je sam dužan o svom trošku izvršiti

71 Čl. 14. ZVKPP.

72 ŽS Dubrovnik Gž-2299/07 od 13.III.2008. – www.ingbiro.com.

73 Čl. 15. ZVKPP.

74 VSRH, Rev 516/07-2 od 12.IX.2007. – www.ingbiro.com.

75 Čl. 16. ZVKPP.

76 Čl. 17. ZVKPP.

77 VSRH, Rev-2886/99 od 14. siječnja 2003., Izbor odluka 1/2003, sentenca 38.

popravke oštećenja poslovnog prostora koja je sam prouzročio ili su ih prouzročile osobe koje se koriste poslovnim prostorom zakupnika. Zakupnik ne odgovara za pogoršanje stanja poslovnog prostora, uređaja i opreme koje je nastalo zbog redovitog korištenja.⁷⁸

Jednako kao što zakupnik nema pravo vršiti preinake u poslovnom prostoru bez izričite suglasnosti zakupodavca, također nije ovlašten poslovni prostor ili dio prostora dati u podzakup, pri čemu se na ugovor o podzakupu na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakona koje se odnose na zakup poslovnoga prostora. Bitno je naglasiti da osobe koje su sklopile ugovor o zakupu poslovnog prostora na temelju prvenstvenog prava na temelju Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihove obitelji, ne mogu dati poslovni prostor u podzakup⁷⁹.

Daljnja je obveza zakupnika da nakon prestanka ugovora o zakupu preda zakupodavcu poslovni prostor u stanju u kojem ga je primio, ako nije drukčije ugovoreno ili propisano. Čini nam se korisnim da i u tom slučaju ugovorene strane sačine zapisnik kojim bi se konstatiralo stanje u kojem se poslovni prostor vraća zakupodavcu. U ovom slučaju zakupnik ima pravo odnijeti uređaje koje je ugradio u poslovni prostor, ako ne oštećuje poslovni prostor i ako mu to ulaganje zakupodavac nije priznao kroz smanjenje visine zakupnine.⁸⁰

Kada se govori o prestanku ugovora o zakupu, tada se razlikuju ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme i ugovor o zakupu na određeno vrijeme. Ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koji je sklopljen⁸¹. To znači da nakon isteka ugovorenog vremena zakupa, zakupni odnos prestaje, pa ako bi nakon tog vremena zakupnik i nadalje ostao u posjedu prostora, tada bi isti poslovni prostor koristio bez valjane osnove.

S druge strane ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje otkazom. Taj ugovor ne može na temelju otkaza prestati prije isteka jedne godine od dana sklapanja, ako ugovorom nije drukčije određeno.⁸² ZZKPP daje mogućnost da ugovorne strane ugovore pojedine odredbe drukčije nego što je to propisano.⁸³ Tako se u sudskoj praksi navodi „da ako su stranke sklopile ugovor o zakup za određeno vrijeme, u kojem su ugovorile da bilo koja ugovorna stranka ima pravo raskinuti taj ugovor u vremenu trajanja ugovora, uz otkazni rok od 30 dana, onda je moguć jednostrani raskid takvog ugovora u svako dobra, budući da Zakon o zakupu poslovnog prostora ne propisuje takvu mogućnosti, ali je niti ne zabranjuje, iz kojeg razloga se u konkretnom slučaju primjenjuje načelo dispozitivnosti propisano odredbom čl. 10. ZOO“.⁸⁴

78 Čl. 18. ZZKPP.

79 Čl. 19. ZZKPP.

80 Čl. 20. i 21. ZZKPP.

81 Čl. 22. ZZKPP.

82 Čl. 23. ZZKPP.

83 „Ugovor o zakupu poslovnog prostora ne može se raskinuti prostom izjavom.“ (Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1485/96 od 18. travnja 2000., Izbor odluka 2/2000, sentenca 29).

84 ŽS Varaždin, Gž-1341/05-2 od 3.XI.2005. – www.ingbiro.com.

Dok ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koje je sklopljen, ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje danom isteka otkaznog roka.⁸⁵ Otkazni je rok vrijeme između dana dostave otkaza protivnoj stranci i dana kad prestaje zakupu. Otkazni rok je 30 dana, s time da ugovorne strane imaju mogućnost ugovoriti i drugi vremenski period, a ako nije drukčije ugovoreno, otkaz se može dati samo prvoga ili petnaestoga dana u mjesecu.⁸⁶

Ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme otkazuje se pisanim otkazom koji se dostavlja poštom preporučeno, a putem javnog bilježnika kada je ugovor potvrđen (solemniziran) po javnom bilježniku. Kada se otkaz daje putem javnog bilježnika, tada javni bilježnik sastavlja zapisnik o tome i poduzima sve radnje propisane zakonom te taj zapisnik ima snagu ovršne isprave. Ovrha se u tom slučaju može tražiti na temelju ugovora o zakupu i zapisnika koji je sastavio javni bilježnik.⁸⁷

Zakupodavac ima pravo otkazati ugovor o zakupu u svako doba, bez obzira na ugovorne ili zakonske odredbe o trajanju zakupa u tri slučaja:

1. ako zakupnik i poslije pisane opomene zakupodavca koristi poslovni prostor protivno ugovoru ili mu nanosi znatniju štetu koristeći ga bez dužne pažnje,
2. ako zakupnik ne plati dospjelu zakupninu, u roku od 15 dana do dana priopćenja pisane opomene zakupodavca,
3. ako zakupodavac, zbog razloga za koje on nije odgovoran, ne može koristiti poslovni prostor u kojem je obavljao svoju djelatnost pa zbog toga namjerava koristiti prostor koji drži zakupnik.⁸⁸

S druge strane zakupnik može otkazati ugovor o zakupu u svako doba, bez obzira na ugovorne ili zakonske odredbe o trajanju zakupa, ako zakupodavac u primjerenom roku koji mu je zakupnik za to ostavio ne dovede poslovni prostor u stanje u kojemu ga je dužan predati, odnosno održavati. I zakupodavac i zakupnik mogu u svako doba otkazati ugovor o zakupu (sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme) ako druga ugovorna strana ne izvršava svoje obveze utvrđene ugovorom ili Zakonom.⁸⁹

U sudskoj praksi je tako izraženo shvaćanje da je „otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora zbog neplaćanja zakupnine pravno valjan i proizvodi učinke i onda kad prethodna pismena opomena o neplaćanju zakupnine nije bila uručena zakupcu, kad dužnu dospjelu zakupninu zakupac ne plati ni nakon uručenja pismenog otkaza, a ni nakon primitka tužbe za iseljenje podnesene po proteku

85 Nakon stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnih prostorija (Narodne novine, br. 91/96) sud više nije nadležan za provođenja postupka za otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija, pa takav otkazni nalog valja odbaciti na temelju odredbe čl. 16. st. 3. ZPP. (ŽS Koprivnica, Gž-322/98 od 17. svibnja 1998., Izbor odluka 1/1998, sentenca 182).

86 Čl. 24. ZVKPP.

87 Čl. 25. ZVKPP.

88 Čl. 26. ZVKPP.

89 Čl. 27. i 28. ZVKPP.

otkaznog roka⁹⁰. Isto tako „tražbina zakupoprimca s naslova izvršenih ulaganja u poslovni prostor zastarijeva u općem zastarnom roku od 5 godina, a počinje teći iseljenjem zakupoprimca⁹¹. Oko istog pitanja je rečeno da „potraživanje zakupnika s naslova ulaganja koje je izvršio u poslovni prostor zastarijeva u roku od pet godina, a rok počinje teći pravog dana nakon što je zakupnik prestao koristiti poslovni prostor⁹². „Kad je zakupac poslovnog prostora i nakon povrata prostora ranijem vlasniku po Zakonu o naknadi nastavio plaćati zakupninu ranijem zakupodavcu, nije riječ o stjecanju bez osnove na štetu vlasnika jer njegova imovina nije prešla u imovinu ranijeg zakupodavca niti je on upotrebljavao vlasnikovu stvar. Vlasnik i raniji zakupodavac nisu ni u kakvom pravnom odnosu kad je u pitanju zakup.⁹³ Nadalje „kada tužitelj traži naknadu za korištenje poslovnog prostora kojeg tuženik nakon isteka ugovora o zakupu bespravno koristi, ne radi se o zakupnini, već o naknadi koristi koju tuženi ima od uporabe tuđe stvari pa nema primjene odredaba o zastari samog prava i to potraživanje zastarijeva u općem zastarnom roku od pet godina⁹⁴. Sudska praksa govori o pravu na razmjerni dio zakupnine, pa se tako navodi da „suvlasnica poslovnog prostora, koji u cijelosti bez pravne osnove koristi tuženik, ima pravo potraživati od tuženika razmjerni dio zakupnine koji odgovara njenom suvlasničkom omjeru, iako nije osporila vršenje obrtničke djelatnosti tuženika u poslovnom prostoru⁹⁵. Glede izvršenih ulaganja nalazimo i odluku prema kojoj „iako se zakupnik obvezao urediti poslovni prostor o svom trošku, povodom sporazumnog raskida ugovora (nakon 10 mjeseci) prije ugovorenog roka (od 10 godina) zakupodavac mu duguje naknadu za korist koju je stekao tim ulaganjima⁹⁶. Također „zakupniku ne pripada pravo uskratiti plaćanje zakupnine zbog nedostataka i neizvršavanja popravaka poslovnog prostora osim ako je zakupnik sam izvršio popravke i s tim u svezi imao troškove⁹⁷.

I pri vraćanju poslovnog prostora zakupnika zakupodavcu, dakle kod prestanka ugovora o zakupu, predviđeno je da se sastavi zapisnik o stanju u kojem se prostor nalazi, no ako se pri vraćanju zapisnik ne bi sačinio, tada se smatra da je poslovni prostor predan u ispravnom stanju⁹⁸.

Do prestanka zakupa ne dolazi kada poslovni prostor kupnjom ili po nekoj drugoj osnovi stekne treća osoba, u kom slučaju treća osoba stupa u prava i obveze zakupodavca. Isto tako do prestanka zakupa ne dolazi niti u slučaju ako umre zakupnik, ili se pak promijeni pravni položaj zakupnika, u kom slučaju nasljednici, odnosno pravni sljednici stupaju u prava i obveze zakupnika⁹⁹.

90 ŽS Bjelovar, Gž-1130/11-2 od 9.VI.2011. – www.ingbiro.com.

91 VSRH, Rev x-146/09-2 od 26.V.2009. – www.ingbiro.com.

92 VSRH, Rev 559/07-2 od 12.XII.2007. – www.ingbiro.com.

93 ŽS Dubrovnik, Gž-957/07 od 18. III.2010. – www.ingbiro.com.

94 ŽS Dubrovnik, Gž-567/08 od 21.VIII.2008. – www.ingbiro.com.

95 ŽS Varaždin, Gž-91/07 od 30.IV.2007. – www.ingbiro.com.

96 VSRH, Rev 1000/06-2 od 11.VII.2007. – www.ingbiro.com.

97 VSRH, Rev 102/05-2 od 1.III.2005. – www.ingbiro.com.

98 Čl. 29. ZZKPP.

99 Čl. 30. i 31. ZZKPP.

Za rješavanje sporova između zakupodavca i zakupnika propisana je sudska nadležnost, a ti su postupci hitne naravi¹⁰⁰.

Glede sudske nadležnosti u sporovima iz zakupnih odnosa zauzeto je shvaćanje „da je za suđenje u sporu iz zakupnog odnosno najamnog odnosa koji proizlazi iz trgovačkih ugovora i vodi se između osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost, a nad jednom od stranaka je otvoren stečajni postupak, nadležan je trgovački sud¹⁰¹“. Nadalje „za suđenje u sporu iz trgovačkog ugovora o najmu motornih vozila između osoba koje obavljaju trgovačku djelatnost stvarno je nadležan trgovački sud¹⁰²“.

Također u praksi nalazimo „da kad zakupnik po isteku ugovora o zakupu nije vratio poslovni prostor zakupodavcu, već ga je dao u podzakup, da tada mora platiti naknadu za njezino korištenje“.¹⁰³

„Ustupanjem ugovora o zakupu poslovnog prostora od strane zakupnika trećoj osobi, koje je odobrio zakupodavac, na treću osobu prešla su sva prava i obveze zakupnika“.¹⁰⁴

3.2. *Zakup poljoprivrednog zemljišta*

Sada važeći ZPZ također propisuje u čl. 2. st. 1. da je poljoprivredno zemljište dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu. Isto tako nositelji prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu ne mogu biti strane pravne i fizičke osobe, osim ako međunarodnim ugovorom i posebnim propisima nije što drugo određeno. No, st. 3. istog članka propisano je da strane fizičke i pravne osobe mogu stjecati pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu nasljeđivanjem.¹⁰⁵

U čl. 7. st. 1. ZPZ-a propisana je obveza fizičke ili pravne osobe da prati stanje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države koje koriste na temelju ugovora o zakupu, zakupu zajedničkog pašnjaka i zakupu za ribnjake.

Čl. 14. st. 1. ZPZ-a propisano je da se neizgrađeno građevinsko zemljište u vlasništvu države koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište daje u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi za poljoprivredne namjene. To zemljište Agencija za poljoprivredno zemljište (dalje Agencija) daje u zakup uz suglasnost Državnog ureda za upravljanje državnom imovinom, putem javnog poziva na rok od 10 godina, s ugovornom klauzulom o raskidu ugovora nakon završetka vegetativne sezone, odnosno nakon dobivanja akta kojim se odobrava građenje, potvrde glavnog projekta ili rješenja o izvedenom stanju, do privođenja tog zemljišta namjeni utvrđenoj prostornim planom, odnosno do pravomoćnosti rješenja o povratu

100 Čl. 32. ZZKPP.

101 VSRH, Gr1 333/05-2 od 23.V.2005. – www.ingbiro.com.

102 VSRH, Gr1 672/04-2 od 20.V.2005. – www.ingbiro.com.

103 ŽS Zagreb, Gž-3754/04 od 29.XI.2005. – www.ingbiro.com.

104 VSRH, Rev-1346/01 od 5.II.2002. – www.ingbiro.com.

105 Vidi opširnije Damir Kontrec, *Pravni status i raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u Republici Hrvatskoj, povijesni prikaz, de lege lata, de lege ferenda*, Radovi 25, HAZU, Zavod za znanstveni rad Varaždin, 2015. str. 69-95.

sukladno posebnom propisu. I na davanje u zakup neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je po uporabnom svojstvu poljoprivredno zemljište na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 27. do 45. ZPZ-a.

Poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske može se raspolagati:

- zakupom,
- zakupom za ribnjake,
- zakupom zajedničkih pašnjaka,
- privremenim raspolaganjem,
- zamjenom,
- prodajom izravnom pogodbom,
- davanjem na korištenje bez javnog poziva,
- razvrgnućem suvlasničke zajednice,
- osnivanjem prava građenja,
- odnosno osnivanjem prava služnosti.¹⁰⁶

Prema odredbi čl. 27. st. 1. ZPZ-a poljoprivredno zemljište u vlasništvu države daje se u zakup i zakup za ribnjake putem javnog poziva na rok od 50 godina. Odluku o raspisivanju javnog poziva za dodjelu zakupa i zakupa za ribnjake donosi Agencija. Poziv za zakup raspisuje se ponajprije za katastarske čestice koje čine proizvodno-tehnološke cjeline, površine najviše do 100 hektara. Ako Agencija utvrdi da se poljoprivredno zemljište nalazi unutar područja ekološke mreže, poziv na zakup i zakup za ribnjake sadrži i posebne uvjete zaštite prirode koje na zahtjev Agencije utvrđuje središnje tijelo državne uprave nadležno za poslove zaštite prirode. Samo iznimno se može raspisati poziv za zakup i za površine veće od 100 hektara, ako tu proizvodno-tehnološku cjelinu čini jedna katastarska čestica. Isto tako iznimno se može u javnom pozivu odrediti vrsta poljoprivredne proizvodnje za koju se poljoprivredno zemljište u vlasništvu države daje u zakup, s obzirom na specifične agroklimatske potencijale pojedine regije. Iznimno se također može poziv za zakup raspisati za katastarsku česticu na kojoj je izgrađena građevina u vlasništvu države, odnosno za tu česticu i susjedne katastarske čestice koje s njom čine proizvodno-tehničku cjelinu.

Samu odluku o dodjeli zakupa i zakupa za ribnjake donosi Agencija na prijedlog Povjerenstva za dodjelu zakupa na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno Povjerenstva za dodjelu zakupa na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske za ribnjake.

Jedinice lokalne samouprave dostavljaju Agenciji zahtjev za raspisivanje javnog poziva i dokumentaciju potrebnu za raspisivanje javnog poziva za zakup i zakup za ribnjake. Dokumentacija i zahtjevi podnose se prvenstveno za proizvodno-tehnološke cjeline poljoprivrednog zemljišta ili ribnjaka. Zahtjev za prikupljanje dokumentacije za raspisivanje javnog poziva za zakup i zakup za ribnjake jedinici lokalne samouprave može podnijeti zainteresirana fizička ili pravna osoba. No, isto

¹⁰⁶ Čl. 25. st. 2. ZPZ.

tako i Agencija može sama donijeti odluku o raspisivanju javnog poziva za zakup i zakup za ribnjake, ako je sama pribavila potrebnu dokumentaciju za raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države, pri čemu je sama dokumentacija propisana podzakonskim aktima.¹⁰⁷

Na javni poziv za zakup i zakup za ribnjake mogu se javiti nositelji obiteljskog poljoprivrednog gospodarstva, zadruge koje se bave poljoprivrednom djelatnošću, odnosno djelatnošću akvakulture ili čiji su zadrugari poljoprivredni proizvođači i druge fizičke ili pravne osobe, a koje su do isteka roka za podnošenje ponuda platile sve obveze s osnova korištenja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države, odnosno sve druge obveze s osnova koncesije, naknadu za vodu za ribnjake, naknadu za korištenje vode za navodnjavanje, te protiv kojih se ne vodi postupak radi predaje u posjed poljoprivrednog zemljišta. Izriječno je propisano da se na javni poziv ne mogu javiti osobe kojima je ranije bilo dodijeljeno poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, a koje su to zemljište dale u podzakup, odnosno koje su tim zemljištem neovlašteno raspolagale. Isto tako nevažeća je i zajednička ponuda ponuditelja na pozivu za zakup i zakup za ribnjake. Ako je sudionik javnog poziva za zakup i zakup za ribnjake zadruga koja se bavi poljoprivrednom djelatnošću, tada je nevažeća ponuda sudionika koji je član te zadruge. Također je ponuda nevažeća ako ponuđena zakupnina na pozivu za zakup i za zakup za ribnjake ponuditelja koji ispunjava pozive uvjete prelazi dvostruki iznos početne zakupnine.

Ponuda za zakup i ponuda za zakup za ribnjake moraju se podnijeti odvojeno. Sastavni dio ponude obrazac je Gospodarskog programa korištenja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države.

Prema čl. 30. ZPZ-a pravo prvenstva na pozivu za zakup imaju nositelji obiteljskog poljoprivrednog gospodarstva, zadruge koje se bave poljoprivrednom djelatnošću ili čiji su zadrugari poljoprivredni proizvođači i druge fizičke ili pravne osobe koje su sudjelovale u pozivu i ostvarile najviši zbroj bodova od ukupno mogućih 100 bodova. Pritom je samo bodovanje propisano na način:

¹⁰⁷ Tako su doneseni posebni podzakonski akti:

- Pravilnik o početnoj zakupnini poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske za zakup i zakup za ribnjake, Narodne novine, br. 107/13;
- Pravilnik o dokumentaciji potrebnoj za raspisivanje javnog poziva za zakup, zakup za ribnjake i zamjenu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 84/13, 45/14;
- Pravilnik o postupku javnog nadmetanja za utvrđivanje najpovoljnijeg ponuditelja na javnom pozivu za dodjelu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske u zakup i zakup za ribnjake, Narodne novine, br. 120/13, 98/15;
- Pravilnik o načinu vođenja evidencije o promjeni namjene poljoprivrednog zemljišta, Narodne novine br. 149/13;
- Pravilnik o načinu vođenja registra zajedničkih pašnjaka u vlasništvu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 18/14;
- Pravilnik o načinu i uvjetima za podnošenje zahtjeva za raspisivanje javnog poziva te kriterijima za dodjelu u zakup zajedničkih pašnjaka u vlasništvu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 68/15.

- da se Gospodarski program ocjenjuje s najviše 60 bodova,
- činjenica da je dosadašnji posjednik bio u mirnom posjedu na temelju valjano provedenog natječaja najviše 20 bodova,
- činjenica da je dosadašnji posjednik bio u mirnom posjedu najviše 10 bodova,
- te činjenica ako je nositelj obiteljskoga poljoprivrednog gospodarstva koji je mlađi od 40 godina, upisan u Upisnik poljoprivrednih gospodarstava više od jedne godine i nema u zakupu poljoprivredno zemljište u vlasništvu države najviše 10 bodova,
- visina ponuđene zakupnine do najviše 10 bodova,
- prebivalište, sjedište najmanje dvije godine na području jedinice lokalne samouprave odnosno Grada Zagreba, najviše 10 bodova.

Pravo prvenstva na pozivu za zakup za ribnjake imaju nositelji obiteljskog poljoprivrednog gospodarstva, zadruge koje se bave poljoprivrednom djelatnošću, odnosno djelatnošću akvakulture ili čiji su zadrugari poljoprivredni proizvođači i druge fizičke ili pravne osobe koje su sudjelovale u pozivu i ostvarile najviše zbroj mogućih bodova od ukupno mogućih 100 bodova. U ovom slučaju bodovanje se vrši na način:

- da se Gospodarski program boduje s najviše 60 bodova,
- dosadašnji posjednik ako je u mirnom posjedu temeljem ugovora o privremenom korištenju ili ugovora o koncesiji za korištenja voda prema posebnom propisu najviše 20 bodova,
- te visina zakupnine do najviše 20 bodova.

Početnu visinu zakupnine posebnim pravilnikom propisuje ministar poljoprivrede. Ako je više osoba izjednačeno prema broju bodova, tada se najpovoljniji ponuditelj utvrđuje javnim nadmetanjem, koji postupak također propisuje pravilnikom nadležni ministar.

Na temelju odluke o izboru najpovoljnije ponude na pozivu za zakup i zakup za ribnjake ravnatelj Agencije u ime Republike Hrvatske i podnositelj ponude sklapaju ugovor o zakupu i ugovor o zakupu za ribnjake u pisanom obliku, pri čemu je pisani oblik uvjet pravne valjanosti takvog ugovora. Ponuditelj treba prije sklapanja ugovora dostaviti dokaz da je namirio sve obveze s osnove korištenja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države. Gospodarski program sastavni je dio navedenih ugovora o zakupu. Zakupnik je dužan podnositi godišnje izvješće Agenciji o ispunjavanju ciljeva Gospodarskog programa. U slučaju potrebe može se kasnije sklopiti aneks ugovora o zakupu i to nakon proteka roka od pet godina od sklapanja ugovora o zakupu i zakupu za ribnjake. Vezano uz oblik ugovora u sudskoj praksi je zauzeto shvaćanje „da pisani oblik za ugovor o zakupu nekretnine kao pretpostavku valjanosti takvog pravnog posla propisuje Zakon o poljoprivrednom zemljištu za poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, što znači da se navedena pretpostavka valjanosti pravnog posla ne odnosi i na ugovor o zakupu nekretnine (poljoprivrednog zemljišta) u vlasništvu drugih fizičkih i pravnih osoba“.¹⁰⁸

Agencija je dužna primjerak ugovora o zakupu i zakupu za ribnjake dostaviti nadležnom katastarskom uredu i zemljišnoknjižnom sudu i to u roku od 30 dana od dana sklapanja, sve u svrhu upisa navedenog ugovora u evidencije o nekretninama. Primjerak ugovora o zakupu i ugovora o zakupu za ribnjake dostavlja se i jedinici lokalne samouprave na čijem se području nekretnina nalazi, a ugovor o zakupu za ribnjake se dostavlja i Hrvatskim vodama. U praksi nalazimo shvaćanje prema kojem „kad je ostavitelj koristio zemljište na temelju ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta sklopljenog s njim kao hrvatskim braniteljem, posjed zemljišta ne prelazi na nasljednike. S obzirom na karakter ugovora, on prestaje časom smrti zakupnika, pa je posjed koji proizlazi iz tog ugovora nenasljediv“.¹⁰⁹

Na osnovi sklopljenog ugovora o zakupu i ugovora o zakupu za ribnjake zakupnika se uvodi u posjed. To čini Povjerenstvo u roku od 30 dana od dana sklapanja ugovora, odnosno skidanja usjeva ranijeg posjednika, s time da članove Povjerenstva imenuje Agencija.

Zakupnina se plaća godišnje, a za prvu godinu zakupnina se plaća u roku od 15 dana od dana uvođenja u posjed u visini razmjernoj razdoblju koje je preostalo do isteka godine, a za svaku sljedeću godinu zakupnina i naknada za vodu plaćaju se do kraja lipnja tekuće godine. U slučaju kašnjenja s plaćanjem zakupnik je dužan platiti i zateznu kamatu. Prema ranijoj sudskoj praksi „općini je pripadao do zakonu dio zakupnine iz ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta koji je sklopila Republika Hrvatska kao vlasnik tog zemljišta s fizičkom osobom neovisno o tome kako su stranke nazvale taj ugovor“.¹¹⁰

Poljoprivredno zemljište dano u zakup ili zakup za ribnjake ne može se dati u podzakup, niti zakupnik može svoja prava iz ugovora o zakupu prenijeti na drugu osobu, pri čemu su iznimke propisane u čl. 35. st. 3. do 11. ZPZ-a.

U čl. 36. ZPP-a propisano je koje sve odredbe mora sadržavati ugovor o zakupu i ugovor o zakupu za ribnjake, pa je tako propisano da ti ugovori sadrže:

- predmet zakupa,
- vrijeme trajanja zakupa,
- visinu i rok plaćanja zakupnine,
- prava i obveze zakupnika,
- namjenu korištenja zakupljenog zemljišta,
- odustanak od ugovora,
- razloge za raskid ugovora,
- dopustivost postavljanja gospodarskih objekata, pomoćnih uređaja i objekata za iskorištavanje zemljišta,
- Gospodarski program,
- uvjete zaštite prirode ako se poljoprivredno zemljište u cijelosti ili djelomično nalazi unutar područja ekološke mreže i
- usklađivanje katastarskog i zemljišnoknjižnog stanja.

Malo je nejasno na koji način bi ugovor o zakupu sadržavao odredbe o usklađivanju katastarskog i zemljišnoknjižnog stanja, budući da su posebnim pravilima zemljišnoknjižnog prava propisani način sređivanja nesređenog zemljišnoknjižnog stanja. Čini nam se da se ovdje primarno trebalo raditi da se u slučaju neslaganja katastarskih i zemljišnoknjižnih podataka o nekretninama u samom ugovoru o zakupu i ugovoru o zakupu za ribnjake navedu i jedne i druge oznake kako ne bi bilo dvojbe o tome što je predmet zakupa.

Sklapanjem ugovora o zakupu za ribnjake zakupnik stječe pravo korištenja kopnenih voda radi uzgoja ribe i drugih vodenih organizama pogodnih za gospodarski uzgoj za sve vrijeme trajanja zakupa.

Detaljno je propisano i kako prestaju ugovor o zakupu odnosno ugovor o zakupu za ribnjake. Tako je određeno da ti ugovori prestaju protekom vremena na koje su sklopljeni. Isto tako sporazumno ti ugovori mogu prestati u svako vrijeme.

Do raskida ugovora o zakupu i ugovora o zakupu za ribnjake dolazi ako:

- poljoprivredno zemljište prestane biti poljoprivredno zbog promjene namjene,
- ako se zemljište koristi suprotno odredbama ugovora,
- ako zakupnik ne plati zakupninu do kraja rujna tekuće godine, osim u slučaju više sile ili drugih nepredviđenih okolnosti koje nisu krivnja zakupnika,
- ako zakupnik ne koristi poljoprivredno zemljište u vlasništvu države kao dobar gospodar,
- ako zakupnik ne ostvaruje ciljeve Gospodarskog programa koji čini sastavni dio ugovora o zakupu i to dvije godine uzastopce, osim u slučaju više sile,
- ako zakupnik obrađuje poljoprivredno zemljište suprotno odredbama ugovora,
- ako daje zakupljeno zemljište u podzakup,
- ako zakupnik obavlja aktivnosti suprotno propisima o zaštiti prirode ili radnje koje imaju negativan utjecaj na bogatstvo ili stanje prirodnog područja te ako na bilo koji način ugrožava opstanak prirodnih vrijednosti,
- ako zakupnik ne iskrči poljoprivredno zemljište u vlasništvu države koje nije u funkciji poljoprivredne proizvodnje ili je obraslo višegodišnjim raslinjem u roku od dvije godine od dana uvođenja u posjed.

Zakupodavac će raskinuti ugovor o zakupu za ribnjake ako se zakupnik ne pridržava posebnih uvjeta korištenja voda, odnosno ako nakon otvaranja stečajnog postupka zakupnik kao stečajni dužnik ne nastavi s korištenjem poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države. Glede ugovora o zakupu ribnjaka od neovlaštenog zakupodavca u praksi je zauzeto shvaćanje da „Republici Hrvatskoj pripada pravo na naknadu štete iako kao vlasnik nekretnine na temelju Zakona o poljoprivrednom zemljištu nije stupila na mjesto ranijeg zakupodavca odnosno nije poduzela radnje i tražila ispunjenja koja je prema zaključenom ugovoru o zakupu mogla tražiti“.¹¹¹

Sam ugovor o zakup smatra se raskinutim danom dostave obavijesti o raskidu ugovora zakupniku. U obavijesti mora biti navedeno do kojeg roka zakupnik ima pravo ubrati plodove odnosno skinuti usjeve. I obavijesti o prestanku ugovora o zakupu treba dostaviti katastru i zemljišnoj knjizi, kako bi se brisao upis zakupa na toj nekretnini.

Ako su se na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države na dan sklapanja ugovora o zakupu nalazili trajni nasadi, objekti i uređaji kojima se za vrijeme trajanja zakupa smanjila vrijednost krivnjom zakupnika, tada zakupodavac ima pravo na naknadu za umanjenu vrijednost istih, odnosno naknadu za njihovu vrijednost ako su isti od strane zakupnika uklonjeni.

U roku od šest mjeseci od raskida zakupnik ima pravo uzeti one dijelove objekata i uređaja koje je podigao, ukloniti trajne nasade te može tražiti naknadu neamortizirane vrijednosti trajnih nasada.

Ako se radi o miniranom poljoprivrednom zemljištu, tada vrijede sljedeća pravila. Kod zakupa takvog zemljišta zakupnina se umanjuje razmjerno troškovima razminiranja koje snosi zakupnik. Zakupnik je dužan takvo zemljište razminirati u roku od dvije godine od sklapanja ugovora o zakupu i ne može ga obrađivati dok ga ne razminira. Ako se u tom roku ne bi provelo razminiranje, tada je za to razdoblje dužan platiti zakupninu. Isto tako ako je poljoprivredno zemljište u vlasništvu države izvan funkcije ili je obraslo višegodišnjim raslinjem, tada je u slučaju sklapanja ugovora o zakupu zakupnik dužan takvo zemljište iskrčiti o vlastitom trošku, također u roku od dvije godine. Ako to ne bi učinio u tom roku, tada je zakupnik dužan zakupodavcu platiti zakupninu za te dvije godine.

Odredbom čl. 46. i 47. ZPZ-a propisan je zakup zajedničkih pašnjaka. Zajednički pašnjak je proizvodno-tehnološka cjelina poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države koje je u naravi pašnjak, livada, sjenokoša i neplodno zemljište namijenjeno zajedničkoj ispaši stoke i peradi, a može se nalaziti unutar ili izvan područja ekološke mreže. Zajednički pašnjak daje se u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi putem javnog poziva na rok od pet godina. Agencija vodi Registara zajedničkih pašnjaka. Agencija donosi i odluku o dodjeli zakupa zajedničkog pašnjaka, te se na osnovi odluke o dodjeli zakupa sklapa ugovor o zakupu zajedničkog pašnjaka u pisanom obliku.

Poljoprivredno zemljište u vlasništvu države za koje nisu sklopljeni ugovor o zakupu i zakupu za ribnjake Agencija može sklopiti ugovor o privremenom korištenju s fizičkim ili pravnim osobama i to na zahtjev:

- posjednika kojima su istekli ugovori o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države i koji su mirnom posjedu istoga,
- posjednicima koji su koristili poljoprivredno zemljište u vlasništvu države bez ugovora i u mirnom su posjedu istog.

Te su osobe dužne podmiriti sve obveze s osnove korištenja poljoprivrednog zemljišta, a sam ugovor o privremenom korištenju se sklapa na rok od pet godina, odnosno do sklapanja ugovora o zakupu ili zakupu za ribnjake, ili nekog drugog oblika raspolaganja poljoprivrednim zemljištem.

3.3. Zakup broda

PZ sadrži određena pravila koja se odnose na zakup broda. Za pomorske brodove postoji upisnik trgovačkih brodova, upisnik ribarskih brodova i upisnik javnih brodova. Za brodove u gradnji postoji poseban upisnik brodova u gradnji, dok za jahte postoji poseban upisnik jahti. Jednako tako postoji i poseban upisnik za upisnik jahti u gradnji, zatim za plutajuće objekte, kao i plutajuće objekte u gradnji, kao i za nepomične odobalne objekte i nepomične odobalne objekte u gradnji.¹¹²

Zakup se upisuje u list C uložka glavne knjige upisnika, u koji se između ostalog upisuju stvarna prava kojima je pomorski objekt ili njegov dio opterećen, prava stečena na tim pravima, zakup broda ili drugog pomorskog objekta, brodarski ugovor na vrijeme za cijeli brod, pravo prvokupa, te druga ograničenja raspolaganja pomorskim objektom kojima je podvrgnut vlasnik opterećenog pomorskog objekta, zabrane opterećivanja i otuđivanja, te sve druge zabilježbe za koje nije propisano da se negdje drugdje upisuju.¹¹³

Sam zakup broda detaljnije je uređen odredbama čl. 658. do 672. PZ-a.

Tako su ugovorne strane ugovora o zakupu broda zakupodavatelj i zakupoprimalatelj, pri čemu zakupodavatelj daje zakupoprimalatelju brod na uporabu radi obavljanja plovidbene djelatnosti, a zakupoprimalatelj se obvezuje zakupodavatelju plaćati zakupninu.

Ugovor o zakupu broda mora biti sklopljen u pisanoj formi, pa ugovor koji ne bi bio sklopljen u toj formi nema pravni učinak. Obveza je zakupodavatelja da preda zakupoprimalatelju brod u takvu stanju da se može iskoristavati prema ugovorenoj ili uobičajenoj namjeni, s time da se u pravilu brod predaje bez posade. Takva odredba znači da je moguće dati u zakup brod i s posadom, pod pretpostavkom da to bude tako ugovoreno. Obveza je zakupoprimalatelja da snosi troškove pogona broda, da održava brod za vrijeme trajanja ugovora i da nakon proteka ugovorenog razdoblja zakupa vrati brod u stanju i mjestu u kojem ga je primio. Kod toga zakupoprimalatelj ne odgovara za redovno trošenje broda, ne snosi troškove popravka broda potrebnih za uklanjanje skrivenih mana broda, niti snosi štetu za gubitak broda zbog djelovanja više sile. Za štetu nastalu zbog mana broda koje brod čine nesposobnim ili smanjuju njegovu sposobnost za ugovoreno ili uobičajeno iskorištavanje, a koje su postojale u vrijeme predaje broda zakupoprimalatelju, odgovara zakupodavatelj, osim ako dokaže da te mane nije mogao otkriti niti dužnom pažnjom.

Pravo je zakupoprimalatelja da mijenja posadu, posada je inače dužna izvršavati naloge zakupoprimalatelja.

U slučaju sumnje je li sklopljen ugovor o zakupu ili brodarski ugovor smatra se da je sklopljen brodarski ugovor.

Zakupnina se plaća mjesečno unaprijed, računajući od dana kada zakupnina počinje teći. Zakupodavatelju zakupnina ne pripada dok je zakupoprimalatelj spriječen rabiti brod krivnjom zakupodavatelja ili zbog skrivene mane broda koja je postojala u trenutku predaje broda.

112 Čl. 196. PZ.

113 Čl. 201. PZ.

Ako zakupoprimatelj ne plati zakupninu od dopjelosti, zakupodavatelj ima pravo odmah zatražiti naplatu zakupnine za cijelo ugovoreno razdoblje ili odustati od ugovora, a isto tako ima pravo i na naknadu štete.

Ugovor o zakupu broda može se sklopiti na određeno ili na neodređeno vrijeme, za jedno ili za više putovanja. Glede nadležnosti za suđenje u postupku povodom ugovora o zakupu broda u praksi je zauzeto shvaćanje „da spor o vraćanju akontacije iz ugovora o zakupu broda je spor iz zakupnih odnosa te je za suđenje u tom sporu isključivo mjesno nadležan sud na čijem se području vodi upisnik u kojem je brod upisan, te zbog isključive mjesne nadležnosti stranke ne mogu postići sporazum da im u tom sporu sudi neki drugi stvarno nadležan sud“.¹¹⁴

Ako je ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme, isti se može produljiti samo pisanim sporazumom, dok se ugovor o zakupu broda na neodređeno vrijeme može otkazati samo pisanim putem i to najkasnije tri mjeseca unaprijed. Iz navedene odredbe vidljivo je da je pisana forma bitan sastojak ugovora o zakupu broda.

Do prestanka ugovora o zakupu dolazi u slučaju propasti broda, njegove trajne nesposobnosti za iskorištavanje i u slučaju više sile koja onemogućuje iskorištavanje broda za vrijeme zakupa. Ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom tog vremena. Zakupoprimatelj može odustati od ugovora o zakupu ako popravci broda koje snosi zakupodavatelj traju predugu ili se predviđa da će trajati predugo.

Propisane su i obveze ako zakupoprimatelj ne bi vratio zakupodavatelju brod nakon prestanka ugovora o zakupu. U tom slučaju zakupoprimatelj je dužan za prekoračeno vrijeme platiti zakupodavatelju naknadu u visini dvostruke zakupnine, a ako je zakupoprimatelj kriv za zakašnjenje u vraćanju broda, tada i isti odgovara i za svaku štetu iznad svote koja prelazi tu dvostruku zakupninu.

Određeno je da nagrada za spašavanje koje je obavljeno zakupljenim brodom za vrijeme trajanja zakupa pripada zakupoprimatelju.

Zakupoprimatelj ima pravo dati brod u podzakup samo na temelju pisanog pristanka zakupodavatelja. Kod toga u sudskoj praksi je zauzeto shvaćanje „da ugovor o podzakupu broda proizvodi pravne učinke samo uz zakupodavčev pisani pristanak.“¹¹⁵

3.4. Zakup zrakoplova

Zakon o zračnom prometu¹¹⁶ ne sadrži posebne odredbe o ugovoru o zakupu zrakoplova, pa se na tu vrstu zakupa primjenjuju opće odredbe ZOO-a. U čl. 48. Zakona o zračnom prometu propisane su jedino obveze upisa zrakoplova u Registar zrakoplova. Tako je st. 1. navedenoga članka propisano da se inozemni zrakoplov koji je u zakup uzela fizička osoba s prebivalištem u Republici Hrvatskoj, odnosno pravna osoba sa sjedištem u Republici Hrvatskoj mora upisati u Registar najkasnije

114 VTSRH, Pž-982/06 od 28.XII.2006. (TS Zagreb P-2823/05 od 18.X.2005.) – www.ingbiro.com.

115 VTSRH, Pž-2410/06 od 18.II.2009. (TS Split P-1293/04 od 28.XI.2005.) – www.ingbiro.com.

116 Narodne novine, br. 69/09, 84/11, 54/13, 127/13, 92/14.

po isteku 14 mjeseci od dana kad je takav zrakoplov dopremljen u Republiku Hrvatsku. Prema st. 2. na takav zrakoplov, neovisno o tome je li upisan u Registar ili ne, primjenjuju se odredbe ovoga Zakona koje se odnose na sigurnost zračnog prometa. Isto tako, prema st. 3. istoga članka, hrvatski zrakoplov koji je dan u zakup inozemnoj fizičkoj ili pravnoj osobi u svrhu obavljanja zračnog prometa u inozemstvu, može se upisati u inozemni registar, na zahtjev zakupoprimca (zakupnika), uz suglasnost vlasnika, ako je to predviđeno propisima te strane države. Ako se prema propisima strane države takav zrakoplov ne upisuje u inozemni registar, u Registru se takav zrakoplov vodi kao zrakoplov koji je dan u zakup u inozemstvu.

U sudskoj praksi je zauzeto shvaćanje da je „za suđenje u sporu iz ugovora o zakupu zrakoplova između fizičke i pravne osobe radi isplate zakupnine stvarno nadležan općinski sud“.¹¹⁷

3.5. Zakup cestovnog zemljišta

Novi ZC konačno je definirao pravni status svih vrsta cesta u Republici Hrvatskoj. Prema odredbi čl. 3. st. 1. ZC-a javne ceste (autoceste, državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste) su javno dobro u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu Republike Hrvatske. S druge strane nerazvrstane ceste su prema odredbi čl. 101. st. 1. ZC-a javno dobro u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalaze (grada ili općine).

Prema odredbi čl. 3. st. 4. ZC-a cestovno zemljište može se dati na korištenje radi obavljanja pratećih djelatnosti (ugostiteljstvo, trgovina, benzinske postaje i drugo) na način propisan tim Zakonom, dok se prema st. 8. istoga članka korištenje cestovnog zemljišta upisuje u zemljišnu knjigu sukladno odredbama o upisu zakupa prema propisima koji uređuju zemljišne knjige.

I kod nerazvrstanih cesta propisano je u čl. 101. st. 3. ZC-a da se dio nerazvrstane ceste namijenjene pješacima može dati u zakup sukladno posebnim propisima, ako se time ne ometa odvijanje prometa, sigurnost kretanja pješaka i održavanje nerazvrstane ceste. Sredstva ostvarena od zakupa cestovnog zemljišta koristit će se za financiranje održavanja nerazvrstanih cesta (čl. 108. ZC).

Koliko nam je poznato još uvijek veliki dio cestovnog zemljišta nije kao takav evidentiran u zemljišnoj knjizi i katastru, pa će se tek vidjeti kakvi će se sve problemi u praksi pojavljivati s time u vezi.

I kod zakupa cestovnog zemljišta primjenjujemo opća pravila o zakupu propisana ZOO-om, budući da ZC ne propisuje posebna pravila o zakupu cestovnog zemljišta.

4. ZAKUP KAO INSTITUT STVARNOG (ZEMLJIŠNOKNJIŽNOG) PRAVA

4.1. Općenito o knjižnim pravima

Zemljišna knjiga je javni registar (javna knjiga) u koju se upisuju nekretnine, sva stvarna prava na nekretninama, neka obvezna prava za koja to propisuje bilo Zakon o zemljišnim knjigama¹¹⁸, bilo neki drugi propis, te pravne činjenice i osobni odnosi relevantni za pravni promet nekretnina.

Kada se govori o knjižnim pravima^{119, 120}, tada se prije svega misli na stvarna prava koja se upisuju u zemljišnu knjigu, ali i na obvezna prava koja se mogu upisati u zemljišnu knjigu. U čl. 31. st. 1. ZZK-a propisano je da su predmet uknjižbe i predbilježbe¹²¹, kao knjižnih upisa, pravo vlasništva i ostala stvarna prava, pravo nazadkupa, prvokupa, najma, zakupa i koncesije, kao i ostala prava na nekretninama za koje je to posebnim zakonom dopuštenom. Ako bi knjižna prava bila ograničena, oročena ili uvjetovana tada se to ograničenje, rok ili uvjet u zemljišnoj knjizi upisuju zabilježbom.

Kako su i obvezna prava koja se upisuju u zemljišnu knjigu knjižna prava, to se ista u zemljišnu knjigu mogu upisati samo uknjižbom ili predbilježbom, ne i zabilježbom. Do uknjižbe će doći u slučaju ako isprava na temelju koje se zahtijeva upis ispunjava sve opće (čl. 43. i 44. ZZK) i posebne pretpostavke za uknjižbu (čl. 52., 53., 54. i 55. ZZK). Opće pretpostavke za upis u zemljišnu knjigu su postojanje valjane isprave sastavljene u obliku propisanom za valjanost isprave (čl. 43. ZZK), te da ista nema očitih nedostataka koji dovode u sumnju njihovu vjerodostojnost, pri čemu osobe protiv kojih i u čiju se korist upis zahtijeva moraju biti navedene tako da ne postoji opasnost da ih se zamijeni s drugim osobama (čl. 44. ZZK).

Posebne pretpostavke za uknjižbu su sljedeće:

- postojanje javne isprave ili privatne isprave na kojima je istinitost potpisa ovjerovljena na način propisan posebnih zakonom - čl. 52. ZZK,
- ako je privatna isprava potpisana po opunomoćeniku, nužno je da potpis opunomoćenika bude ovjerovljen sukladno čl. 52. ZZK, pri čemu se opunomoćenik mora iskazati posebnom punomoći (punomoći koja je izdana upravo za taj pravni posao) ili općom punomoći (punomoći koja je izdana

118 Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, dalje ZZK).

119 Josipović Tatjana, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, str. 148-179.

120 Josipović Tatjana, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama*, Informator, Zagreb, str. 86-94.

121 Čl. 30. ZZK glasi: Knjižni su upisi uknjižba, predbilježba i zabilježba (st. 1.) Uknjižba je upis kojim se knjižna prava stječu, prenose, ograničuju ili prestaju bez posebnoga naknadnog opravdanja (st. 2.). Predbilježba je upis kojim se knjižna prava stječu, prenose, ograničuju ili prestaju samo pod uvjetom naknadnoga opravdanja i u opsegu u kojemu naknadno budu opravdana (st. 3.). Zabilježba je upis kojim se čine vidljivim mjerodavne okolnosti za koje je zakonom određeno da ih se može zabilježiti u zemljišnim knjigama. Zabilježbom se mogu osnivati određeni pravni učinci kad je to predviđeno zakonom (st. 4.).

- za određenu vrstu poslova), pri čemu opća punomoć u vrijeme podnošenja prijedloga ne smije biti starija od godine dana – čl. 53. ZZK-a,
- privatne isprave moraju sadržavati i točnu oznaku zemljišta ili prava glede kojega se uknjižba zahtijeva, te izričitu izjavu onoga čije se pravo ograničava, opterećuje, ukida ili prenosi na drugu osobu pristaje na uknjižbu (*clausula intabulandi*) – čl. 54. ZZK-a,
 - javne isprave na temelju kojih se može dopustiti uknjižba su isprave koje su o pravnim poslovima sastavili za to nadležno tijelo ili javni bilježnik u granicama svoje ovlasti i u propisanom obliku, ako sadrže sve što se zahtijeva i za uknjižbu na temelju privatnih isprava, te odluke suda ili drugoga nadležnog tijela odnosno pred njima sklopljene nagodbe koje se prema propisima o ovrsci smatraju ovršnim ispravama prikladnim za upis prava u zemljišnu knjigu, ako sadrže točnu oznaku zemljišta ili prava na koji se upis odnosi.

Ukoliko isprava na temelju koje se traži upis udovoljava općim pretpostavkama za upis, a ne udovoljava posebnim pretpostavkama, tada se može dopustiti predbilježba (čl. 56. ZZK.). Sve to vrijedi i za obvezna prava kao knjižna prava, te se i ta prava mogu u zemljišnu knjigu upisati uknjižbom (bezuvjetni upis), odnosno predbilježbom (uvjetni upis ako se naknadno opravdaju). Primjerice ukoliko u ugovor o zakupu nekretnine nije dana dozvola za uknjižbu prava zakupa, tada bi se na temelju takvog ugovora mogla dopustiti predbilježba zakupa, koja bi se kasnije opravdala posebnom izjavom kojom bi zakupodavac dozvolio zakupniku uknjižbu zakupa u zemljišnu knjigu.

O dopustivosti predbilježbe govore čl. 56. do 59. ZZK-a. Naime, prema odredbi čl. 56. st. 1. ZZK-a ako isprava na temelju koje se zahtijeva upis ne odgovara posebnim pretpostavkama za uknjižbu (čl. 52., 53., 54. i 55. ZZK), ali ispunjava opće pretpostavke za zemljišnoknjižni upis (čl. 43. i 44. ZZK), na temelju te isprave dopustit će se predbilježba ako ju je moguće provesti. Stavkom 2. istog članka određeno je da ako je pristanak za uknjižbu dan uvjetno ili oročeno, da se tada isto tako može dopustiti predbilježba.

4.2. Posebno o zakupu kao knjižnom pravu

Obvezna prava koja se upisuju u zemljišnu knjigu su knjižna prava, jednako kao stvarna prava koja se upisuju u zemljišnu knjigu, pa se upis knjižnih prava u zemljišnu knjigu vrši uknjižbom ili predbilježbom.

No, ipak kada se govori o obveznim pravima kao knjižnim pravima¹²², postoje određene specifičnosti koje razlikuju obvezna prava kao knjižna prava u odnosu na ostala knjižna prava.

122 Vidi opširnije Damir Kontrec, *Obvezna prava kao zemljišnoknjižna prava*, u: *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014.

Obvezna prava uvijek nastaju na temelju pravnog posla, na temelju suglasnosti volja ugovornih strana. No, da bi došlo do upisa obveznog prava u zemljišnu knjigu, tada nije dovoljno da postoji samo volja ugovornih strana izražena u ugovoru, već mora postojati i pristanak knjižnog vlasnika da se određeno obvezno pravo upiše u zemljišnu knjigu kao teret nekretnine. Vlasnik nekretnine (zakupodavac, najmodavac, vlasnik nekretnine na kojoj se osniva koncesija) moraju u ispravi dati pristanak za uknjižbu – klauzulu intabulandi i jedino će se u tom slučaju moći obvezno pravo upisati uknjižbom u zemljišnu knjigu. Ako takve dozvole uknjižbe nema, tada se neće moći provesti bezuvjetni upis – uknjižba, već samo uvjetni upis obveznog prava kao knjižnog prava – predbilježba i u tom slučaju će zakupnik, najmoprimalac, nositelj prava koncesije ... morati opravdati predbilježbu – ispraviti nedostatak koji postoji u ispravi, primjerice ovjeriti potpis onoga čije se pravo ograničava kod javnog bilježnika, dobiti ovjerenu klauzulu intabulandi, točno označiti nekretninu na kojoj se obvezno pravo mora upisati.

Za razliku od stvarnih prava koja se stječu na temelju pravnog posla i kom slučaju je upis u zemljišnu knjigu materijalnopravna pretpostavka za stjecanje stvarnih prava na temelju pravnog posla (modus), upis obveznih prava u zemljišnu knjigu nije materijalnopravna pretpostavka za stjecanje obveznih prava. Naime, obvezna se prava stječu na temelju pravnog posla, u času kada je pravni posao zaključen odnosno kada su stranke suglasile o bitnim sastojcima ugovora¹²³.

No, i kod toga postoje određeni izuzetci. Naime, ako se radi o zakonskom pravu prvokupa, tada je takvo obvezno pravo stečeno već u trenutku kad su se za to ispunile zakonske pretpostavke ili takva prava postoje već temeljem samog zakona u korist određenih osoba. Tako primjerice prema Zakonu o zaštiti prirode¹²⁴ u slučaju prodaje nekretnina koje se nalaze u nacionalnim parkovima, strogog ili posebnog rezervata, postoji zakonsko pravo prvokupa u korist Republike Hrvatske, županije, opće odnosno Grada, pa to pravo neovisno o tome je li upisano u zemljišnu knjigu djeluje prema svima.

Ostala obvezna prava koja se ne stječu temeljem samog zakona, počinju djelovati apsolutno upisom u zemljišne knjige, a ne više samo između ugovornih strana (*inter partes*).

No, nakon što su obvezna prava upisana u zemljišnu knjigu za njih vrijede sva načela zemljišnoknjižnog prava. To znači da nakon što se obvezna prava upišu u zemljišnu knjigu, da se tada nitko ne može pozivati na to da nije znao, niti mogao znati da takva prava na nekretnini postoje.

Prema odredbi čl. 25. st. 1. ZZK-a u teretovnicu se upisuju stvarna prava kojima je opterećeno zemljišnoknjižno tijelo ili idealni dio nekoga suvlasnika, kao i prava stečena na tim pravima, pravo nazadkupa, prvokupa, najma i zakupa, te ona ograničenja raspolaganja zemljišnoknjižnim tijelom ili suvlasničkim dijelom kojima je podvrgnut svagdašnji vlasnik opterećenoga dobra. Prema st. 2. istoga članka u

123 Čl. 247. ZOO.

124 Narodne novine, br. 80/13 – čl. 165. U čl. 228. Zakona propisane su kaznene odredbe za one koji povrijede zakonsko pravo prvokupa.

teretovnicu zemljišnoknjižnog tijela koje je opće dobro ili javno dobro u vlasništvu Republike Hrvatske ili jedinice lokalne uprave ili samouprave upisuje se koncesija prema odredbama za upis zakupa, ako što drugo nije posebno određeno.

Obvezna prava koja su kao knjižna prava upisana u zemljišnu knjigu prestaju isto tako tek kada su izbrisana iz zemljišne knjige.

U sudskoj praksi tako nailazimo na shvaćanje „da je upis uknjižbe prava zakupa na dijelu zemljišnoknjižnog tijela – jednoj od više samostalnih zgrada dopušten i bez promjene (otpisa u drugi uložak) njegova sastava ako je predmet zakupa (zgrada) precizno opisan te određen u zemljišnoknjižnoj ispravi (ugovor o zakupu) i ako je kao takav upisan u zemljišnoj knjizi kao sastavni dio tog složenog zemljišnoknjižnog uloška“.¹²⁵

Kod upisa privremenog korištenja nekretnine zauzeto je shvaćanje „da pravno stanje nastalo na temelju ugovora i stambenog propisa koji više nije na snazi ne može se razriješiti izvan odredaba postojećeg ugovora i važećeg Zakona o najmu stanova, slijedom čega se upisi prava privremenoga korištenja nekretnina provode odgovarajućom primjenom odredaba o upisu prava najma odnosno zakupa“.¹²⁶

Čini nam se potrebnim ukazati na značaj upisa zakupa (ali i drugih obveznih prava vezanih uz nekretnine) u zemljišnu knjigu. Naime, prema odredbi čl. 88. Ovršnog zakona¹²⁷ izričito je propisano da ugovori o najmu odnosno zakupu nekretnine sklopljeni i upisani u zemljišnu knjigu prije stjecanja založnog prava ili prava na namirenje radi čijeg se ostvarenja ovrha traži ne prestaju prodajom nekretnine. No, ako ti ugovori nisu upisani u zemljišnu knjigu prije stjecanja založnoga prava ili prava na namirenje radi čijeg se ostvarenja ovrha traži prestaju pravomoćnošću rješenja o dosudi¹²⁸ nekretnine kupcu.¹²⁹ Najmoprincipi i zakupci čiji

125 ŽS Bjelovar, Gž-2284/12-2 od 2.XI.2012. – www.ingbiro.com.

126 ŽS Rijeka, Gž-2176/05 od 7.XII.2007. – www.ingbiro.com.

127 Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, dalje OZ.

128 Novelom OZ-a iz 2014. godine (Narodne novine, br. 93/14) potpuno je izmijenjen raniji čl. 103. OZ-a koji je govorio o rješenju o dosudi. Dosadašnji čl. 103. OZ-a je glasio: Pošto utvrdi da je udovoljeno uvjetima za održavanje ročišta za dražbu, sudac, odnosno javni bilježnik objavljuje da se pristupa dražbi (st. 1.). Dražba se zaključuje nakon proteka deset minuta neposredno poslije stavljanja najpovoljnije ponude (st. 2.). Nakon zaključenja dražbe sudac, odnosno javni bilježnik utvrđuje koji je ponuditelj ponudio najveću cijenu i da je ispunio uvjete da mu se dosudi nekretnina (st. 3.). O dosudi nekretnine sud donosi pisano rješenje (rješenje o dosudi) koje se objavljuje na oglasnoj ploči suda (st. 4.). Smatrat će se da je rješenje iz stavka 4. ovoga članka dostavljeno svim osobama kojima se dostavlja zaključak o prodaji te svim sudionicima u dražbi istekom trećega dana od dana njegova isticanja na oglasnoj ploči. Te osobe imaju pravo tražiti da im se u sudskoj pisarnici neposredno preda otpisak rješenja (st. 5.). U rješenju o dosudi sud će odrediti da će se nekretnina dosuditi i kupcima koji su ponudili nižu cijenu, redom prema veličini cijene koju su ponudili, ako kupci koji su ponudili veću cijenu ne polože kupovninu u roku koji im je određen ili koji će im biti određen. U tom slučaju sud će donijeti posebno rješenje o dosudi svakom sljedećem kupcu koji je ispunio uvjete da mu se nekretnina dosudi, u kojem slučaju će odrediti rok za polaganje kupovnine. Sud će u tom rješenju najprije oglasiti nevažećom dosudu kupcu koji je ponudio višu cijenu (st. 6.). O ročištu za prodaju vodi se zapisnik (st. 7.).

129 Vidi opširnije Gabrijela Mihelčić, Komentar Ovršnog zakona, Organizator, Pravo 85, Zagreb, 2015., str. 403-405.

bi ugovori o zakupu ili najmu prestali pravomoćnošću rješenja o dosudi, nemaju zbog toga pravo tražiti naknadu štete u ovršnom postupku.

Zakonom o izmjenama i dopunama OZ-a iz 2014. godine Financijska agencija je dobila ovlasti za vođenje elektroničke dražbe nekretnina i pokretnina. Stoga su izmijenjana i pravila glede dosude nekretnine. Nova odredba čl. 103. OZ-a glasi:

(1) Elektronička javna dražba završava u trenutku koji je unaprijed određen u pozivu za sudjelovanje.

(2) Nakon završetka elektroničke javne dražbe Agencija je dužna bez odgode obavijestiti sud o provedenoj elektroničkoj javnoj dražbi, prikupljenim ponudama i drugim potrebnim podacima, osim u slučaju iz članka 102. stavak 3. ovoga Zakona.

(3) Nakon primitka obavijesti iz stavka 2. ovoga članka sudac utvrđuje koji je kupac ponudio najveću cijenu i da su ispunjene pretpostavke da mu se dosudi nekretnina.

(4) O dosudi nekretnine sud donosi pisano rješenje (rješenje o dosudi) koje se objavljuje na oglasnoj ploči suda i na mrežnim stranicama Agencije.

(5) Smatrat će se da je rješenje iz stavka 4. ovoga članka dostavljeno svim osobama kojima se dostavlja zaključak o prodaji te svim sudionicima u dražbi istekom trećega dana od dana njegova isticanja na oglasnoj ploči. Te osobe imaju pravo tražiti da im se u sudskoj pisarnici neposredno preda otpravak rješenja.

(6) U rješenju o dosudi sud će odrediti da će se nekretnina dosuditi i kupcima koji su ponudili nižu cijenu, redom prema veličini cijene koju su ponudili, ako kupci koji su ponudili veću cijenu ne polože kupovninu u roku koji im je određen ili koji će im biti određen. U tom slučaju sud će donijeti posebno rješenje o dosudi svakom sljedećeg kupcu koji je ispunio uvjete da mu se nekretnina dosudi, u kojem će odrediti rok za polaganje kupovnine. Sud će u tom rješenju najprije oglasiti nevažećom dosudu kupcu koji je ponudio višu cijenu.

Niti ZOO, niti ZZKPP ne sadrži posebne odredbe prema kojima bi postojala obveza da se ugovori o zakupu poslovnog prostora upisuju u zemljišnu knjigu, što je i razumljivo zbog slobodne ugovornih odnosa. Prema tome hoće li se ugovor o zakupu poslovnog prostora upisati u zemljišnu knjigu ili ne, ovisi prije svega o volji ugovornih strana te o tome hoće li se oni o tome dogovoriti. No, da bi se upis zakupa poslovnog prostora mogao izvršiti u zemljišnu knjigu, tada poslovni prostor mora biti, kao takav i upisan u zemljišnu knjigu.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Zakup kao institut obveznog prava vrlo često se primjenjuje, pri čemu se i iz danog prikaza u ovom radu može zaključiti da za različite vrste predmeta zakupa vrijede različita pravila. Dobro sastavljen ugovor o zakupu, sastavljen zapisnik o primopredaji predmeta zakupa, utvrđivanje stanja u kojem se predmet zakupa po isteku ugovora o zakupu vraća zakupodavcu predstavlja preduvjet da bi eventualni sudski spor mogao izbjeći ili barem u znatnoj mjeri ubrzati. Jednako tako sklapanje ugovora o zakupu u formi javnobilježničkog akta ili solemnizirane isprave također

ubrzava postupak, jer se izbjegava vođenje parnice, brže se dolazi do naplate zaostale zakupnine, a i predmeta zakupa se brže stavlja u pravni promet. Kada cijeli problem razmatramo s položaja suda, tada nam se čini da veliki broj sporova iz zakupnih odnosa nastaje upravo zbog nedovoljno preciznih, nedovoljno određenih ugovornih odredbi, odredbi koje kasnije daju mogućnost različitog tumačenja.

Čini nam se bitnim da kada se radi o zakupu nekretnina (bilo zemljišta, bilo poslovnih prostora) da bi tada trebalo nastojati da se ugovori o zakupu upišu u zemljišnu knjigu, jer će tada zemljišna knjiga prikazivati točno pravno stanje nekretnine.

Summary

LEASE AS INSTITUTE OF OBLIGATORY AND REAL RIGHTS

The lease contract often occurs in practice and is one of the contract on the temporary transfer and use of things and goods. General regulation of the lease agreement stipulates by Obligations Act, on the other hand there are a number of special regulations governing contracts for the lease of specific types of things (agricultural land, office, ship). The article specifically points to the case law dealing with the institution of lease, especially talking about the lease as an institute real (land) rights.

Key words: *lease, rent, lease contract, office, agricultural land, leased ship, the obligations of the lessor and the lessee, lease entry in the land register.*

Zusammenfassung

PACHT ALS SACHENRECHTS- UND SCHULDRECHTSINSTITUT

Der Pachtvertrag kommt häufig in der Praxis vor und gehört zu den Verträgen über vorläufige Sachenübertragung und -Nutzung. Zusätzlich zur allgemeinen Regelung durch das Gesetz über Schuldverhältnisse besteht eine Reihe Sonderregelungen, die sich auf bestimmte Pachtvertragsachen beziehen (landwirtschaftliches Grundstück, Geschäftsraum, Boot). Der Akzent dieser Arbeit wird auf die Rechtsprechung, die sich mit diesem Institut beschäftigt gesetzt. Darüber hinaus, wird Pacht als ein Institut des Sachenrechts (Grundbuchsrechts) dargestellt.

Schlüsselwörter: *Pacht, Miete, Pachtvertrag, Geschäftsraum, landwirtschaftliches Grundstück, Pacht eines Bootes, Pflichten von Verpächter und Pächter, Eintrag der Pacht ins Grundbuch.*

Riassunto

LA LOCAZIONE QUALE ISTITUTO GIURIDICO DEI DIRITTI OBBLIGATORIO E REALE

Il contratto di locazione sovente si presenta nella prassi e s'annovera tra i contratti volti al trasferimento temporaneo ed all'utilizzo del bene. La disciplina generale del contratto di locazione è dettata dalla legge sui rapporti di obbligazioni, mentre dall'altra parte esistono numerose leggi particolari, che disciplinano i contratti di locazione aventi ad oggetto particolari cose (fondo agrario, spazi commerciali, navi). Nel contributo si segnala in particolare modo la giurisprudenza che si occupa di tale istituto, in ispecie si tratta della locazione quale istituto giuridico del diritto reale (o meglio del diritto tavolare).

Parole chiave: *locazione, affitto, locale ad uso commerciale, fondo agricolo, locazione di nave, obblighi del locatore e del conduttore, iscrizione della locazione nei libri fondiari.*

UGOVOR O RADU I ZAKON O OBVEZNYM ODNOSIMA

Darko Milković, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 349.2:347.4
Ur: 25. veljače 2016.
Pr.: 16. ožujka 2016.
Stručni rad

Sažetak

U ovom se radi prikazuje i analizira primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima u vezi s pitanjima koja se pojavljuju vezano uz ugovor o radu. Obrađuju se svi aspekti ugovora o radu, od sklapanja preko promjene sve do prestanka tog ugovora, s posebnim osvrtom na pitanja koja se rješavaju primjenom odredbi Zakona o obveznim odnosima. Osim toga, primjena tih odredbi relevantna je i kod pojedinih instituta vezanih uz ugovor o radu kao što su stjecanje bez osnove, računanje rokova i odgovornost za štetu nastalu pri ispunjenju obveza iz ugovora o radu. U odnosu na sva pitanja koja se obrađuju, prikazana je i sudska praksa radi uvida pravnih shvaćanja Vrhovnog suda i pojedinih Županijskih sudova, ali isto tako da bi se pokazalo da se odredbe ZOO-a kod rješavanja pojedinih pitanja vezanih uz ugovor o radu, u praksi uvelike primjenjuju.

Ključne riječi: ugovor o radu, Zakon o obveznim odnosima, sklapanje ugovora o radu, prestanak ugovora o radu, radno pravo.

1. UVOD

Dvije činjenice uvelike usmjeravaju ugovor o radu prema odredbama Zakona o obveznim odnosima.¹ Prva je da se radni odnos zasniva ugovorom o radu čime je radni odnos dobio karakteristike ugovornog odnosa čija se pitanja stoga uvelike rješavaju primjenom odredbi ZOO-a.²

- ¹ Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15 u daljnjem tekstu: ZOO
- ² Radni je odnos određen kao ugovorni odnos donošenjem prvog Zakona o radu, Narodne novine, broj: 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04 i 68/05, koji je na snagu stupio 1. siječnja 1996. Do tad je radni odnos bio statusne prirode reguliran odredbama Zakona o osnovnim pravima iz radnog odnosa koji je preuzet Zakonom o preuzimanju saveznih zakona iz oblasti radnih odnosa i zapošljavanja koji se u RH primjenjuju kao republički zakoni, Narodne novine, br. 34/91., i Zakona o radnim odnosima, Narodne novine, br. 25/92, 26/93 i 29/94.

Druga je činjenica da je čl. 8. st. 4. Zakona o radu³ propisano da se na sklapanje, valjanost, prestanak ili drugo pitanje u vezi s ugovorom o radu, kolektivnim ugovorom ili sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, a koje nije uređeno ovim ili drugim zakonom, primjenjuju u skladu s naravi toga ugovora, opći propisi obveznog prava. Dakle, ZR propisuje supsidijarnu primjenu pravila obveznog prava za sva ona pitanja u pogledu ugovora o radu koja nisu uređena nekim od izvora radnog prava. Razmišljanje o supsidijarnom primjeni nailazimo i u ustavnosudskoj praksi koja kaže da ugovor o radu nije ugovor obveznog prava na koji treba prije svega primijeniti odredbe Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08 i 125/11 u daljnjem tekstu: ZOO-a). U smislu odredbe čl. 8. st. 4. ZR opći propisi obveznog prava primijenit će se, u skladu s naravi tog ugovora, na sva pitanja u svezi s ugovorom o radu ako ta pitanja nisu uređena ZR-om ili drugim zakonom.⁴

Da bi osigurao što veću primjenu pravila obveznog prava u radnim odnosima, zakonodavac je predvidio da se te odredbe primjenjuju i izvan već spomenute materije o sklapanju, valjanosti i prestanku ugovora o radu. Tako je čl. 111. st. 1. ZR-a propisano ako radnik pretrpi štetu na radu ili u svezi s radom, poslodavac je dužan radniku naknaditi štetu po općim propisima obveznog prava.

Isti ćemo da primjenu pravila ZOO-a susrećemo i kod kolektivnih ugovora o radu, primjerice kod pitanja stranačke sposobnosti pri sklapanju izmjena i dopuna kolektivnog ugovora. Tu smo prije donošenja Zakona o reprezentativnosti udruga poslodavaca i sindikata⁵ imali dva suprostavljena pravna shvaćanja. Prvi je, da je riječ o novom postupku kolektivnog pregovaranja na osnovi i za trajanja postojećeg kolektivnog ugovora pa bi trebalo postupak kolektivnog pregovaranja provesti jednako kao i kod sklapanja izvornog teksta kolektivnog ugovora, implicirajući da sklapanje izmjena i dopuna treba biti prema odredbama Zakona o radu, odnosno Zakona o reprezentativnosti udruga poslodavaca i sindikata. Drugo shvaćanje je da je riječ samo o intervenciji u postojeći tekst kolektivnog ugovora, što bi impliciralo primjenu pravila obveznog prava. Zakon o reprezentativnosti udruga poslodavaca i sindikata rješava to pitanje u skladu s pravilima obveznog prava jer je odredbom čl. 10. st. 2. zauzeo stav kako se tijekom trajanja reprezentativnosti sindikata ili prava na zastupljenosti u pregovaračkom odboru pregovori o izmjenama odnosno dopunama sklopljenog kolektivnog ugovora mogu voditi samo između poslodavaca, poslodavaca ili udruga poslodavaca i pregovaračkog odbora sindikata čija je reprezentativnost ili zastupljenost u pregovaračkom odboru utvrđena za sklapanje kolektivnog ugovora, o čijim se izmjenama odnosno dopunama želi pregovarati te koji su potpisnici kolektivnog ugovora.⁶

3 Zakon o radu, Narodne novine, br. 93/14 u daljnjem tekstu ZR

4 Ustavni sud, U-I-3763/2004 od 18.10.2006.

5 Zakon o reprezentativnosti udruga poslodavaca i sindikata, Narodne novine, br. 93/14.

6 U tom smislu i Gotovac, Viktor, Novi Zakon o radu – sudjelovanje radnika u odlučivanju i kolektivni radni odnosi u: Crnić, Ivica; Dika, Mihajlo; Ilak, Vinka; Mihelčić, Gabrijela; Milković, Darko; Sessa, Đuro; Radno i ovršno pravo u praksi, Organizator, Zagreb, 2015., str.41-198.

Možemo slobodno reći da je primjena pravila ZOO-a zastupljena u svim pitanjima kod ugovora o radu; od sklapanja ugovora, njegovih izmjena te prestanka do pitanja odgovornosti za štetu nastalu u izvršavanju obveza iz ugovora o radu, ali isto tako i kod kolektivnih ugovora.⁷

2. PRIMJENA ODREDBI ZOO-a PRI SKLAPANJU UGOVORA O RADU

ZR-om je određeno (čl. 10. st. 1. ZR-a) da se radni odnos zasniva ugovorom o radu čime je radni odnos dobio karakteristike ugovornog odnosa. S obzirom na tu činjenicu, jasno je da se sva pitanja koja se postavljaju u pogledu sklapanja ugovora o radu – trebaju rješavati putem odredbi ZOO-a, pod uvjetom da neko pitanje eventualno nije drugačije uređeno pojedinim izvorom radnog prava. U skladu s navedenim, kao što to propisuje odredba čl. 247. ZOO-a, ugovor se smatra sklopljen onog trenutka kad se subjekti tog pravnog (radnog) odnosa (poslodavac i radnik) suglase o njegovim bitnim sastojcima. Sudska se praksa također kod sklapanja ugovora o radu poziva na propise obveznog prava; u ugovornim odnosima, pri zasnivanju i ostvarenju prava i obveza ugovorne strane dužne su se pridržavati načela savjesnosti i poštenja (čl. 12. ZOO/91), a sudionici u ugovornom odnosu dužni su izvršavati svoju obvezu i odgovorni su za njezino ispunjenje (čl. 17. st. 1. ZOO/91).⁸ U tom se smislu ističe da radnik koji prije potpisivanja nije pročitao ugovor o radu nije postupao s pažnjom koja se u prometu zahtijeva (čl. 61. st. 2. ZOO/91).⁹

U tom dobrovoljno zasnovanom ugovornom odnosu radnik, prije svega, preuzima obvezu osobno obaviti povjeren mu rad, a poslodavac se obvezuje osigurati radniku posao i za obavljani mu rad isplatiti plaću. S obzirom na to da je radnik dužan povjeren mu posao osobno obavljati prema nalogu i u skladu s uputama poslodavca, individualni radni odnos karakterizira odnos subordinacije (nadređenosti). Individualni radni odnos je i naplatan društveni odnos. Tu karakteristiku uvjetuje postojanje obveze poslodavca na isplatu plaće, odnosno recipročno postojanje (subjektivnog) prava (objektivnim pravnim poretkom zaštićenog) radnika da mu poslodavac (za obavljani rad) isplati plaću. Iz prethodno

7 „U provedenom postupku prvostupanjski sud je utvrdio da su stranke u kolektivnom radnom sporu od studenoga 2005. Razlog tog spora je neisplata plaća od strane tužitelja za lipanj, srpanj i kolovoz 2005. Povodom tog spora, 24. studenoga 2005. provedeno je mirenje. Tada je tuženik prihvatio prijedlog tužitelja prema kojem se tužitelj obvezao isplatiti plaće svojim radnicima u skladu s posebnim sporazumom koji je između stranaka sklopljen 28. studenoga 2005. (list 18 i 19 spisa). Utvrđeno je da je mirenje uspjelo uz uvjet poštivanja odredbi sporazuma od 28. studenoga 2005., a u slučaju da poslodavac ne poštuje odredbe rečenog sporazuma, sindikat je ovlašten na poduzimanje daljnjih industrijskih akcija.“ Vrhovni sud, Gž 2/07-2 od 19.3.2007.

8 Vrhovni sud, Revr-182/08 od 22.10.2008.

9 Vrhovni sud, Rev-2587/88 od 10.6.1999.

navedenog proizlazi i još jedna njegova karakteristika – on je dvostranoobvezan. I jedna i druga strana (i poslodavac i radnik) istovremeno su u ulozi i vjerovnika i dužnika u tom odnosu. Poslodavac je obvezan isplatiti plaću, a istovremeno ima i pravo potraživati od radnika da osobno obavi povjereni mu posao. Obvezi poslodavca odgovara (subjektivno) pravo radnika potraživati plaću. Pravu poslodavca odgovara obveza radnika na osobno obavljanje rada. Dobrovoljnost u njegovu zasnivanju u skladu je s građanskopravnim (civilističkim) pristupom radnim odnosima, budući da je temelj za zasnivanje individualnog radnog odnosa ugovor o radu (*locatio conductio operarum*). Možemo reći da ugovor o radu počiva na obvezi osobnog obavljanja rada u subordiniranom radnom odnosu u kojem je osnovna obveza radnika da radi, a poslodavca da taj rad plati.

Temelj za zasnivanje individualnog radnog odnosa je sklopljen ugovor o radu. Ugovor o radu ima karakteristike koje su identične karakteristikama radnog odnosa, kako je ranije navedeno: to su dobrovoljnost u sklapanju, dvostranoobveznost, naplatnost i subordinacija.

Obveze stranaka ugovora o radu nastaju već od trenutka sklapanja ugovora. To znači da poslodavac radniku koji ne stupi na rad u skladu s dogovorenim, može otkazati ugovor o radu a radnik, ako mu poslodavac onemogućava stupanje na rad, može tražiti da mu se omogući rad u skladu s dogovorenim, uz druga prava iz radnog odnosa koja su do tada dospjela (naknada plaće i sl.).¹⁰

Iako na prvi pogled ugovor o radu pripada skupini formalnih ugovora¹¹ jer je čl. 14. st. 1. ZR-a propisano da se ugovor o radu sklapa u pisanom obliku, ugovor o radu ipak pripada skupini neformalnih ugovora. Naime, zakonodavac je, s ciljem zaštite radnika, propisao da se ugovor o radu ima smatrati sklopljenim, unatoč propustu ugovornih strana da ga sklope u pisanom obliku,¹² što znači da propuštanje sklapanja ugovora u pisanoj formi ne utječe na njegovo postojanje i valjanost.

U ovakvim su situacijama sudovi znali primjenjivati odredbe ZOO-a kad su stranke ugovora o radu izvršile obveze na koje su se ugovorom obvezale. “Prema shvaćanju ovog suda tužiteljica i tuženik su se, kao ugovorne stranke iz ugovora o radu na određeno vrijeme, sporazumjeli da će tužiteljica raditi kod tuženika samo određeno vrijeme, tj. do 10. prosinca 2004. Tužiteljica je nesporno i radila kod tuženika upravo do tog dana, tuženik joj je isplatio plaću i s tim danom joj je prestao radni odnos pa se na temelju čl. 73. Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine“, broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99 i 88/01), koji se primjenjuje u svezi s čl. 6. ZR takav usmeni sporazum stranaka smatra pravovaljano sklopljenim ugovorom o radu na određeno vrijeme (do 10. prosinca 2004.) unatoč tome što stranke

10 „Dužnost ispunjena preuzete ugovorne obveze jedno je od temeljnih načela obveznog prava propisanog odredbom čl.17. ZOO/91 u vezi s čl.10.ZR/04. Osnovna je obveza poslodavca (čl.7.st.1.ZR/04) radniku dati posao te mu za obavljeni rad isplatiti plaću, a radnik je obvezan prema uputama poslodavca,danim u skladu s naravi i vrstom rada, osobno obavljati preuzeti posao.“ Vrhovni sud, Revr-2055/09 od 3.3.2010.

11 Čl. 14. st. 1. ZR propisano je da se ugovor o radu sklapa u pisanom obliku.

12 Čl. 14. st.2. ZR

taj ugovor nisu zaključile u pisanoj formi. To stoga što su tužiteljica i tuženik, kao ugovorne stranke, u cijelosti ispunile obveze iz tog ugovora o radu.¹³

S tim u vezi, potrebno je spomenuti i presumpciju prema kojoj će se smatrati da je poslodavac s radnikom sklopio ugovor o radu ako s radnikom sklopi ugovor za obavljanje posla koji s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca da ima obilježje posla za koji se zasniva radni odnos (pod uvjetom da poslodavac ne dokaže suprotno).¹⁴ Ova presumpcija nije bila predviđena ZR/95, već je uvedena Zakonom o izmjenama i dopunama ZR iz 2003. (Narodne novine, br. 114/03), a posljedica je činjenice da se u praksi često javljaju slučajevi simuliranja nekih ugovora obveznog prava (najčešće ugovora o djelu) sa sadržajem koji nedvojbeno upućuje na ugovor o radu.¹⁵

Kao i za svaki drugi ugovor, tako i za ugovor o radu bilo koja od stranaka može u sudskom postupku osporavati njegovu valjanost, bilo da traži poništenje zbog mana volje (čl. 279. do 285. ZOO-a) ili utvrđenje ništetnosti (čl. 322. ZOO-a).¹⁶ Potrebno je istaknuti da se u tom slučaju ne bi radilo o zahtjevu za sudskom zaštitom prava prema odredbama ZR-a, već prema odredbama ZOO-a, pa stoga radnik nije obavezan prethodno obraćati poslodavcu se radi zaštite prava niti je vezan zakonskim rokovima iz ZR-a.¹⁷

Tijekom trajanja ugovora o radu, između njegovih stranaka mogu nastati i ugovorni odnosi koji ne proizlaze iz sadržaja ugovora o radu u smislu čl. 15. ZR. Primjerice, kad poslodavac pozajmi određeni iznos novca radniku, tad je među njima sklopljen ugovor o zajmu u smislu čl. 499. st. 1. ZOO pa su odredbe tog Zakona relevantne za razrješenje tog odnosa, a ne odredbe ZR niti ugovora o radu.

Posebne su vrste ugovornih odnosa nastaju kod plaćanja troškova obrazovanja radnika. Često se obrazovanje čije troškove snosi poslodavac uvjetuje određenim obvezama radnika. Najčešće se radi o obvezi ostanka u radnom odnosu kod poslodavca određeno vrijeme nakon okončanja obrazovanja, a ako ovu obvezu ne ispuni, ima obvezu povrata poslodavcu novčanih sredstava uloženi u to obrazovanje. Ponekad je dužan vratiti ta sredstava u cijelosti, a ponekad razmjerno vremenu provedenom na radu nakon dovršetka obrazovanja u odnosu na vrijeme koje je bio dužan ostati. U svakoj onoj situaciji kada ništa nije posebno propisano, u pogledu svih ovih pitanja, sud će u slučaju spora procjenjivati kakva prava

13 Vrhovni sud, Revr 645/2009-2 od 15.9.2009.

14 Čl. 10. st. 2. ZR

15 Tako i Vera Babić u radu *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu (ZIDZOR)- novine u radnom zakonodavstvu*, Godišnjak 10. 2003., str. 207.

16 „Tužitelj tvrdi da je prilikom sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme bio u zabludi, odnosno da ga je tuženik, postupajući prijeparno, doveo u zabludu, tako da tužbeni zahtjev usmjeren na poništenje ugovora o radu na određeno vrijeme temelji na odredbama čl. 111. i 112. u svezi sa čl. 65. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91, 3/94, 7/96 i 112/99 – dalje: ZOO). Kraj izloženog činjeničnog utvrđenja da tužitelj prilikom sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme nije bio u zabludi, a niti je tuženik pri tom postupao prijeparno, pravilno su nižestupanjski sudovi primijenili materijalno pravo kada su odbili tužbeni zahtjev.“ Vrhovni sud, Revr 165/05-2 30.3.2005.

17 U tom smislu vidjeti i Vrhovni sud, Revr-762/02 od 19.12.2002. i Rev-2119/00 od 21.2.2001.

i obveze proizlaze iz ugovornog odnosa radnika i poslodavca, imajući pri tom u vidu cilj i smisao odredaba Zakona o radu i onih drugih pravnih izvora koji pitanje obrazovanja eventualno uređuju, pri čemu će sud obvezno i supsidijarno primjenjivati odredbe ZOO-a.¹⁸

2.1. Sadržaj ugovora o radu

ZR izrijekom propisuje (čl. 15) što ugovor o radu u pisanom obliku, odnosno potvrda o sklopljenom ugovoru o radu mora sadržavati. Riječ je o objektivno bitnim sastojcima ugovora koji su prema prisilnom propisu (ZR) nužni za nastanak ugovora i njih se utvrđuje, odnosno izvodi iz zakonskog pojma, odnosno definicije pojedinog tipa ugovora.¹⁹

Za ovo propisivanje sadržaja ugovora o radu možemo reći da je u skladu sa čl. 248. st. 2. ZOO kojim je propisano da su odredba propisa kojim se, djelomično ili u cijelosti, određuje sadržaj ugovora sastavni dijelovi tih ugovora te ih upotpunjuju ili stupaju na mjesto ugovornih odredbi koje nisu u skladu s njima.

U tom smislu ZR određuje da ugovor o radu odnosno potvrda o sklopljenom ugovoru o radu, mora sadržavati uglavke o: strankama te njihovu prebivalištu; mjestu rada; a ako ne postoji stalno ili glavno mjesto rada, onda napomenu da se rad obavlja na različitim mjestima; nazivu, naravi ili vrsti rada na koji se radnik zapošljava ili kratak popis ili opis poslova; danu otpočinjanja rada, očekivanom trajanju ugovora, u slučaju ugovora o radu na određeno vrijeme; trajanju plaćenoga godišnjeg odmora na koji radnik ima pravo, a u slučaju kad se takav podatak ne može dati u vrijeme sklapanja ugovora, odnosno izdavanja potvrde, načinu određivanja trajanja toga odmora; otkaznim rokovima kojih se mora pridržavati radnik, odnosno poslodavac, a u slučaju kad se takav podatak ne može dati u vrijeme sklapanja ugovora, odnosno izdavanja potvrde, načinu određivanja otkaznih rokova; osnovnoj plaći, dodacima na plaću te razdobljima isplate primanja na koja radnik ima pravo, trajanju redovitog radnog dana ili tjedna.

Uglavci o trajanju plaćenog godišnjeg odmora, otkaznim rokovima, osnovnoj plaći, dodacima na plaću, razdobljima isplate primanja te trajanju redovitog radnog dana ili tjedna, mogu se urediti tako da se ugovorom, odnosno potvrdom, uputi na odgovarajuće zakone, druge propise, kolektivne ugovore ili pravilnike o radu koji uređuju ta pitanja.²⁰

Kada u ugovoru o radu odredbe o plaći nisu u potpunosti određene, ugovor o radu zbog tih manjkavosti nije ništetan, jer se i u tom slučaju plaća može odrediti na jedan od načina koje predviđa odredba čl. 90. ZR.²¹ Pri tomu se sudovi također

18 Trbojević, Goran, op.cit. str. 20.

19 Općenito o sadržaju pravnih poslova vidjeti kod; Slakoper, Zvonimir i Gorenc, Vilim uz suradnju Maje Bukovac Puvača, *Obvezno pravo, Opći dio*, Novi informator, Zagreb, 2009.

20 Čl. 15. st. 2. ZR-a

21 Žs u Koprivnici GŽ 77/00 od 1.6.2000.

služe i odredbama ZOO-a koje propisuju kakav mora biti predmet obveze, ističući da je dovoljno da je zahtjev radnika (ili službenik) odrediv.²²

Skrećemo pažnju da obično poslodavac priprema i predlaže tekst ugovora tako da će u skladu s odredbom čl. 320. st. 1. ZOO-a, kojom je određeno da u slučaju kada je ugovor sklopljen prema unaprijed odštampanom sadržaju ili kad je ugovor na drugi način pripremila i predložila jedna ugovorna strana, nejasne odredbe tumačiti u korist druge strane – radnika.

3. UGOVOR O RADU – UGOVOR O DJELU

Vrlo često se u kontekst ugovora o radu, stavlja i ugovor o djelu. Naime, prigovora se da poslodavci zloupotrebljavaju svoj položaj i umjesto ugovora o radu sklapaju ugovore o djelu. Stoga ćemo u nastavku ukratko iznijeti razlike između tih ugovora.

Kao što smo uvodno istaknuli, ugovorom o radu zasniva se radni odnos i njime se poslodavac obvezuje radniku dati posao i za obavljene posao isplatiti mu plaću, a radnik se obvezuje osobno obaviti posao po uputi poslodavca (čl. 7. st. 1. ZR-a). Iz navedenog vidimo da su bitna obilježja ugovora o radu; osobno obavljanje rada, obavljanje samog rada kao bitnog elementa, subordinacija radnika prema poslodavcu te isplata mjesečne plaće.

Ugovorom o djelu, kao ugovorom obveznog prava reguliranog čl. 590. ZOO-a, jedna se strana (izvođač) obvezuje obaviti određeni posao, kao što je izrada ili popravak neke stvari ili izvršenja kakvog fizičkog ili intelektualnog rada, a druga strana (naručitelj) se obvezuje mu za to platiti naknadu. Za ugovor o djelu karakteristično je da izvoditelj ne prima mjesečnu plaću već ugovorenu naknadu i da ne postoji subordinacija izvoditelja radova prema naručitelju kakva je između radnika i poslodavca (postoji uputa naručitelja, ali izvođač ima veću samostalnost nego radnik koji je pod svakodnevnim 8 satnim nadzorom), pri čemu nije bitan sam rad već rezultat rada.

Da bi zaštitio radnika kao slabiju ugovornu stranu, zakonodavac je čl. 10. st. 2. ZR-a propisao da će se smatrati da je poslodavac s radnikom sklopio ugovor o radu ako s njim sklopi ugovor za obavljanje posla koji s obzirom na narav i vrstu rada te ovlasti poslodavca ima obilježje posla za koje se zasniva radni odnos (osim ako poslodavac ne dokaže suprotno). Narav i vrsta rada na temelju kojih se ocjenjuje je li sklopljen ugovor o radu ili ne, promatra se kroz okolnost radi li se o poslu

22 „Iznos naknade za taj rad valja utvrditi usporedbom s iznosom naknade za prekovremeni rad koja je u tom razdoblju plaćana od strane države drugim državnim službenicima odgovarajućeg zanimanja odnosno stručne spreme. Riječ je, naime, o obvezi koja je određiva a koja se takvom usporedbom može i u cijelosti odrediti (čl. 46. st. 2. Zakona o obveznim odnosima - “Narodne novine”, broj 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99. i 88/01. - dalje: ZOO) koji se primjenjuje na temelju čl. 6. Zakona o radu (“Narodne novine”, broj 38/95., 54/95. - ispr., 64/95. - ispr., 17/01., 82/01. i 114/03. - dalje: ZR).“ Vrhovni sud, Revr 671/2007-2 od 28.11. 2007.

koji se redovito obavlja, je li riječ o svakodnevnim i zadatcima koji se obavljaju u kontinuitetu ili povremenim zadacima za koje se prima mjesečna plaća ili ugovorena naknada.

Kratko, ako radnik svakodnevno izvršava radne zadatke, te zadatke dobiva od poslodavca (dakle prisutan je element subordinacije) i za to dobiva mjesečnu plaću – tad je nedvojbeno riječ o ugovoru o radu, a ne o ugovoru o djelu neovisno kako je nazvan. O ugovoru o djelu bi se radilo ako poslodavac od neke osobe naruči da mu nešto napravi, pri čemu on to ne radi po direktnom svakodnevnom nalogu i za napravljeno mu se isplaćuje naknada, a ne plaća.

S tim u vezi u nastavku ističemo jedan zanimljiv (i indikativan sudski predmet). Općinski radni sud u Zagrebu je u postupku Pr-902/09 zaključio da je tužiteljica s tuženikom imala zaključen ugovor koji ima sva bitna obilježja ugovora iz radnog odnosa jer je tužiteljica za tuženika svakodnevno obavljala posao pomoćnika glavnog urednika u sklopu koga je svakodnevno vodila i organizirala rad od novinara do deska, planirala i vodila brigu o izvršavanju dnevno postavljenih zadataka od novinara, odobravalala objavljivanje novinskih članaka, sudjelovala u kreiranju kadrovske politike itd. Županijski sud u Zagrebu je presudom Gžr-266/11 od 12. travnja 2011. odbio žalbu tuženika i potvrdio prvostupanjsku presudu te uz utvrđenje suda prvog stupnja utvrdio da je tužiteljica imala svoju radnu sobu kod tuženika, da je imala ugovoreno radno vrijeme i fiksnu bruto plaću mjesečno. Vrhovni je sud RH svojim rješenjem, br. Revr-1312/11 od 21. prosinca 2011. ukinuo navedene presude smatrajući da zbog pogrešne pravne ocjene činjenično stanje u provedenom postupku nije u potpunosti utvrđeno, odnosno smatra da je trebalo cijeliti činjenicu da je tužiteljica u statusu samostalne djelatnosti i da je kao takva izravni obveznik plaćanja doprinosa, poreza na dohodak i prireza, da je u ugovoru naznačeno da će autor poslove obavljati u vlastitim radnim prostorijama i na vlastitim sredstvima rada, te da će se naknada isplaćivati za obavljanje poslova za temelju računa kojeg ispostavlja autor.²³

4. PROMJENE UGOVORA O RADU²⁴

S obzirom na to da ugovor o radu nastaje suglasnošću volja ugovornih strana, niti jedna ugovorna strana ne može jednostrano izmijeniti sadržaj ugovora, osim u slučaju otkaza uz ponudu izmijenjenog ugovora o radu. Izjava jedne ugovorne strane da mijenja sadržaj ugovora ne tiče se druge ugovorne strane.²⁵ Na koji se onda način mijenjaju odredbe ugovora o radu?

23 Stav je Vrhovnog suda da je ovdje riječ o ugovoru o novinarskoj suradnji u smislu odredbe čl. 2. st. 1. podstav. 7. Zakona o medijima (Narodne novine, br. 59/04) prema kojoj je novinar osoba koja se bavi prikupljanjem, obradom, oblikovanjem ili razvrstavanjem informacija za objavu putem medija, te je zaposlena kod nakladnika na temelju ugovora o radu ili obavlja novinarsku djelatnost kao samostalno zanimanje, u skladu sa zakonom.

24 Literatura: Ruždjak, Marijan, *Obveznopravni elementi ugovora o radu*, Radno pravo, Zbornik radova Konferencije o radnim odnosima u Republici Hrvatskoj, Zagreb, 12. prosinca 2012.

25 Vrhovni sud, Revr-748/05 od 11.1.2006.

Stranke ugovora o radu mogu njegov sadržaj mijenjati na različite načine, počevši od sporazuma (aneksa), konkludentim radnjama, otkazom jedne strane uz ponudu izmijenjenog ugovora drugoj strani ili izmjenom nekog od izvora radnog prava koji je regulirao sadržaj ugovora o radu.

Smatramo da ćemo to najbolje prikazati na konkretnom slučaju, primjerice kod izmjene odredbi o plaći iz ugovora o radu.

4.1. Suglasne izmjene odredbi o plaći koja je određena ugovorom o radu

Kad su radnik i poslodavac suglasni s izmjenom odredbi koje reguliraju pitanje plaće, to se može učiniti sklapanjem novog ugovora o radu ili dodatkom (aneksom) postojećem ugovoru. U novom ugovoru je dobro navesti da se njegovim sklapanjem izvan snage stavlja dosadašnji ugovor, a ako se sklapa aneks postojećem ugovoru, u njemu će se navesti da se njime mijenja odredba o visini plaće u starom ugovoru. Nadalje, poželjno je naznačiti datum od kad se primjenjuje taj aneks. Da bi izjava volje za promjenom sadržaja ugovora o radu proizvela pravni učinak, ona mora biti učinjena slobodno i ozbiljno.²⁶

U radnom su pravu vrlo česte izmjene ugovora o radu konkludentnim radnjama. Primjerice, kad poslodavac radniku umjesto ugovorene plaće isplaćuje veću plaću, a radnik bez izričitog pisanog ili usmenog očitovanja, pristane na takvu izmjenu. Obje ugovorne strane izmjene prihvaćaju i takvo stanje ostaje trajno.

4.2. Otkaz ugovora o radu uz ponudu izmijenjenog ugovora

Ako dogovor o izmjeni ugovora nije postignut, poslodavac nije ovlašten jednostrano mijenjati plaću radnika. U tom smislu je i pravno shvaćanje sudske prakse; «Poslodavac nije ovlašten jednostrano mijenjati bitnu ugovornu odredbu (uglavak), pa ga na to ne ovlašćuje niti «stanje nužde» uzrokovano određenim poslovnim poteškoćama».²⁷ Stoga će, ako nije postignut dogovor, poslodavac morati otkazati ugovor o radu i radniku dati ponudu za sklapanjem novog ugovora s manjom plaćom. Poslodavac pri tom mora poštovati zakonsku proceduru otkazivanja ugovora o radu te u slučaju sudskog postupka dokazati postojanje opravdanog razloga za otkaz.

26 „Prema odredbi čl. 247. Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine“ 35/05 i 41/08 - dalje: ZOO), kao općeg propisa građanskog prava, koji se na temelju odredbe čl. 6. st. 4. ZR primjenjuje i na sklapanje, valjanost, prestanak i druga pitanja u vezi s ugovorom o radu, ugovor je sklopljen kad su se ugovorne strane suglasile o bitnim sastojcima ugovora. Ugovor je sklopljen prihvaćanjem ponude koja sadrži sve bitne sastojke ugovora onog časa kad ponuditelj primi izjavu ponudnika da prihvaća ponudu (čl. 253. st. 1. ZOO.) U konkretnoj situaciji, prihvaćanjem ponude za sklapanje ugovora za drugo radno mjesto tužitelj se je s tuženikom sporazumio o izmjeni ranijeg ugovora o radu u pogledu radnog mjesta te drugih bitnih sastojaka ugovora o radu te u toj situaciji tuženik tužitelju nije ni trebao otkazivati raniji ugovor, a niti ponuda ugovora predstavlja otkaz ugovora o radu.“ Vrhovni sud, Revr 664/13-216.4.2014.

27 Žs u Varaždinu Gž-714/03 od 24. 6. 2003.

Otkaz se prosuđuje prema pravilima o redovitom otkazu što znači da će biti valjan ako postoje neki od razloga za redoviti otkaz. U tom smislu u sudskoj se praksi ističe: „Potpisom Ugovora o radu obje stranke preuzimaju ugovorom predviđena prava i obveze. Niti jednom tijekom postupka nije dovedena u sumnju činjenica da je tužitelj ispunjavao preuzete obveze, no tuženica, međutim, to nije učinila, već je samovoljno od 1. studenoga 1997. počela tužitelju mjesečno isplaćivati plaću nižu od ugovorene. Mogućnost za izmjenu cijelog ugovora ili njegovog dijela predviđena je odredbom čl. 114. ZR, pri čemu poslodavac može otkazati ugovor o radu s ponudom izmijenjenog ugovora, ali treba navesti razloge za otkazivanje ugovora o radu ukoliko tužitelj ne bi prihvatio ponudu da se ugovor u cijelosti ili djelomično izmijeni. Kako je tuženik 17. 10. 1997. donio odluku o otkazu s ponudom izmijenjenog ugovora, a da za otkaz nije naveo nikakav ni poslovno uvjetovani a ni osobno uvjetovani razlog, već je samo ukazao na mogućnost da otkaz neće vrijediti ukoliko tužitelj prihvati sklapanje novog ugovora o radu s nižom plaćom, to su nižestupanjski sudovi pravilno utvrdili da je pobijana odluka nezakonita. U slučaju kada poslodavac u smislu odredbe čl. 114. st. 1. ZR otkazuje Ugovor o radu i istovremeno predloži zaposleniku sklapanje Ugovora o radu s nižom plaćom dužan je obrazložiti svoju ponudu razlozima za otkaz. Kada poslodavac donese odluku o otkazu ne poštujući zakonsku odredbu, kao što je to u konkretnom slučaju, tada je povrijedio pravo tužitelja iz radnog odnosa te tužitelj opravdano zahtijeva zaštitu svojih osnovnih prava iz radnog odnos pred sudom.“²⁸

Razloge je dakle potrebno konkretno naznačiti već u samom obrazloženju odluke o otkazu ugovora o radu. Naglašavamo da se mora raditi o opravdanim razlozima, a to znači da je poslodavac u takvim financijskim poteškoćama zbog kojih nije u mogućnosti isplaćivati plaću u visini koju je do sada isplaćivao. Pritom sama činjenica da poslodavac nije ostvario planirani promet dobiti, ne predstavlja opravdan razlog za umanjenje plaće radnicima.²⁹

Premda se na prvi pogled ne čini da bi se odredbe ZOO primjenjivale kod otkaza ugovora o radu kao specifičnog instituta ZR-a, u sudskoj praksi nailazimo na odluke u kojima se sudovi pozivaju na pojedine odredbe ZOO-a, od forme samog raskida ugovora o radu do³⁰ odredbe o zabrani vršenja prava iz obveznih

28 Vrhovni sud, Rev 1951/00 od 23. 5. 2001.

29 U odluci Vrhovnog suda Revr 365/07 od 19. 11. 2007. ističe se da neostvarivanje planiranog prometa dobiti društva je poslovni rizik kojeg društvo ne može prebaciti na teret radnika smanjenjem njihove osnovne plaće.

30 „Na sklapanje, valjanost, prestanak ili drugo pitanje u svezi s ugovorom o radu primjenjuju se u smislu čl. 6. ZR-a u skladu s naravi tog ugovora opći propisi obveznog prava. Prema odredbi čl. 68. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine” broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96. i 112/99), koji se u ovom slučaju primjenjuje, formalni ugovori mogu biti raskinuti neformalnim sporazumom, izuzev ako je za određeni slučaj zakonom predviđeno što drugo, ili ako cilj zbog kojega je propisana forma za sklapanje ugovora zahtijeva da raskid ugovora bude obavljen u istoj formi. Kada je u pitanju otkaz ugovora o radu zakonom (odredbom čl. 111. st. 1. ZR) je izriječno propisano da mora imati pisani oblik. Usmeni otkaz ugovora o radu stoga nije dopušten.“ Vrhovni sud, Revr 784/2005-2 od 12.4.2006.

odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato, kako bi protumačili ponašanje stranaka ugovora o radu prije samog otkaza ugovora.³¹

Neovisno o tome je li prihvatio ponudu za sklapanjem novog ugovora o radu sa smanjenom plaćom ili nije, radnik ima pravo u sudskom postupku osporavati valjanost otkaza (čl. 123. st. 2. ZR-a).

4.2. Smanjenje plaće određene kolektivnim ugovorom

S obzirom na to da se zakonom obično uređuju samo osnovna pitanja odnosa između radnika i poslodavca, polazeći pritom od temeljne zamisli da ugovornu autonomiju stranaka radnog odnosa treba ograničiti radi zaštite radnika kao ekonomski i socijalno slabije strane radnog odnosa, kolektivni su ugovori izvor radnog prava koji omogućava da se zaštita radnika dodatno proširi. Oni su posebno važni i za poslodavce jer uređujući plaće poslodavcima osiguravaju relativnu izvjesnost glede planiranja troškova radne snage, kao važnoga dijela troškova poslovanja.³²

Ako poslodavac nije u mogućnosti ispuniti preuzete obveze iz kolektivnog ugovora, može pokrenuti inicijativu za izmjene i dopune pojedinih odredaba ugovora ili otkazati kolektivni ugovor. Napominjemo da se može otkazati kolektivni ugovor koji je sklopljen na neodređeno vrijeme, a da se kolektivni ugovor sklopljen na neodređeno vrijeme može otkazati samo ako je ta mogućnost predviđena ugovorom. Ako postoji mogućnost otkazivanja, kolektivni ugovor mora sadržavati uglavke o otkaznim razlozima i rokovima. U takvom slučaju za mogućnost otkaza bilo bi nužno da nastupi otkazni razlog koji je naveden u kolektivnom ugovoru. Obično se u kolektivnim ugovorima kao razlog otkazivanja propišu promijenjene gospodarske okolnosti, kršenje obveze ugovora i sl. Poslodavac može predložiti ugovaranje nove plaće u skladu sa svojim mogućnostima.

31 „Odredbom čl. 13. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91, 73/91, 113/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99 i 88/01, – dalje ZOO), koji se na temelju odredbe čl. 6. ZR primjenjuje i na ugovor o radu, propisano je da je zabranjeno vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato. Pravo poslodavca iz čl. 106. st. 1. podstavak 1. ZR da zbog organizacijskih razloga otkáže ugovor o radu, uz poštivanje zakonskih kriterija iz st. 3. čl. 106. ZR, ima za cilj da svi radnici koji obavljaju poslove na koje se organizacijske promjene odnose budu u jednakom položaju (ravnopravni) te da se ugovor otkáže onima, kako je već navedeno, koji imaju kraći radni staž, manje godina života i manje obveze uzdržavanja. U slučaju da je poslodavac u konkretnom slučaju doista prije izvršene statusne promjene i s njom u vezi izvršenih organizacijskih promjena i donošenja Programa zbrinjavanja viška radnika, određeni broj radnika koji obavljaju poslove na koje se organizacijske promjene odnose prebacivao na druge poslove koji nisu zahvaćeni organizacijskim promjenama zato da im ne bi otkazao ugovor o radu, moglo bi se zaključiti da je na taj način zlorabio pravo da svim radnicima u odnosu na čije poslove se organizacijske promjene odnose otkáže ugovor o radu pod jednakim, zakonom propisanim, uvjetima izigravajući na taj način cilj propisan odredbom čl. 106. st. 1. podstavak 1. i st. 3. ZR.“ Vrhovni sud Revr 597/09-2 od 22.10.2009.

32 Potočnjak, Željko, *Otvorenja pitanja sklapanja i primjene kolektivnih ugovora*, Informator, br. 55564-5565 str.1.

Sindikata kao ugovorna strana ima izbor između prihvaćanja ili odbijanja inicijative za pregovore. Ako sindikat odbije takvu inicijativu, poslodavac može otkazati sklopljeni kolektivni ugovor u rokovima predviđenim tim ugovorom. No, takav postupak poslodavca znači da ni sindikat više ne obvezuju eventualno ugovorene klauzule o socijalnom miru.³³ Da bi otkaz kolektivnog ugovora bio valjan, on se mora dostaviti drugoj ugovornoj strani, ali i ministarstvu nadležnom za rad ili županijskom uredu nadležnom za poslove rada, ovisno o području primjene, jer je propisano da se svaki kolektivni ugovor kao i svaka njegova promjena dostavlja upravo tim nadležnim tijelima.

4.3. Smanjenje plaće određene pravilnikom o radu

Ako plaća nije uređena ugovorom o radu ni kolektivnim ugovorom, poslodavac koji zapošljava više od 20 radnika dužan ju je utvrditi pravilnikom o radu. Naime, ZR-om je propisano da se pravilnikom o radu uređuje plaća, organizacija rada, postupak i mjere za zaštitu dostojanstva radnika, kao i druga pitanja važna za radnike zaposlene kod poslodavca. Prije donošenja pravilnika o radu poslodavac je dužan provesti postupak savjetovanja sa radničkim vijećem (čl. 150. st. 1. ZR-a).

Stoga poslodavac prije donošenja pravilnika mora radničkom vijeću dostaviti sve podatke o namjeravanoj odluci, što uključuje i sam nacrt pravilnika.³⁴ Radničko vijeće dužno je u roku od 8 dana dati svoje očitovanje jer se u protivnom smatra da nema primjedbi. Poslodavac nije vezan primjedbama radničkog vijeća, niti se je na njih dužan očitovati, pa pravilnik može donijeti unatoč protivljenju radničkog vijeća.

Doneseni pravilnik o radu ne može stupiti na snagu prije nego je objavljen u skladu s odredbama pravilnika o načinu objave pravilnika o radu.³⁵ To znači da se pravilnik mora objaviti tako da bude dostupan na uvid radnicima i izložen na vidljivom mjestu u prostorijama u kojima oni redovito borave tijekom radnog vremena. Ako postoje opravdani razlozi zbog kojih pravilnik ne može objaviti na opisani način, poslodavac je o donošenju pravilnika dužan radnike izvijestiti pisanom objavom. Pravilnik je dužan dostaviti i članovima radničkog vijeća odnosno sindikalnom povjereniku ako nije izabrano radničko vijeće.

Ako je u skladu s odredbom čl. 15. st. 2. ZR-a u ugovoru o radu umjesto uglavka o plaći upućuje na odgovarajuću primjenu pravilnika o radu koji određuje ta pitanja, tad će izmjena pravilnika o radu, izmijeniti i odredba o plaći radnika.³⁶ I

33 U tom smislu i Zuber, Marija, *Plaće i naknade u propisima radnog i socijalnog prava*, u zborniku Radni odnosi – novine u radno-socijalnom zakonodavstvu, Zagreb, 2009. Inženjerski biro d.d., str. 247.

34 Ruždjak, Marijan *Zakon o radu*, Poslovni zbornik, Zagreb, 2003., str. 344.

35 Nar. nov., br. 146/14.

36 „Tužiteljica i sama u reviziji navodi da je tuženik za obavljene rad bio dužan tužiteljici isplatiti plaću određenu ugovorom o radu, sukladno Pravilniku o radu i odredbama Zakona o radu. Ovaj sud je suglasan s pravnim shvaćanjem tužiteljice da je ugovor o radu temelj

u sudskoj praksi nalazimo odluke u tom smislu: «Ako je ugovorom o radu određeno da će se pravo radnika na plaću i druge naknade određivati u skladu s Pravilnikom o radu, naknade izmjene Pravilnika o radu primjenjivat će se bez obzira na to što je naknada plaće za troškove prijevoza određena na nepovoljniji način.»³⁷ Jednako pravno shvaćanje nalazimo i u odluci Vrhovnog suda Revr 804/2006 od 23. siječnja 2008.» Tužitelj neosnovano ustaje u prigovoru da je tuženik jednostranom odlukom izmijenio plaću tužitelja, budući da je Ugovorom o radu predviđeno da će se plaća isplaćivati prema Pravilniku o plaćama i drugim primanjima zaposlenika od 15. lipnja 1998., a sve citirane Odluke o uređenju elemenata za obračun plaće radnika na radnom mjestu vozača autobusa po svojoj pravnoj naravi su akti kojima se uređuje plaća i u rangu su Pravilnika o plaćama. Te su Odluke donesene nakon savjetovanja s radničkim vijećem, kako to propisuje odredba čl. 145. Zakona o radu, pa su neosnovani i prigovori da su donesene bez suglasnosti radničkog vijeća.»

Slazemo se s razmišljanjem da u tom slučaju poslodavac nije dužan posegnuti za otkazivanjem ugovora s ponudom izmijenjenog ugovora.³⁸ Napominjemo da pravo na sudsku zaštitu protiv nezakonitog pravilnika o radu ima radničko vijeće. Ono može tražiti da se nezakoniti pravilnik o radu ili neke njegove odredbe oglase nevažećim.³⁹ Ako kod poslodavca nije utemeljeno radničko vijeće, to pravo ima sindikalni povjerenik.

prava i obveza iz radnog odnosa. Opća načela obveznog prava na koja se tužiteljica poziva primjenjuju se i na ugovor o radu (arg. iz čl. 10. ZR), kao što je načelo slobode uređivanja obveznih odnosa iz čl. 10. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine" 53/91, 73/91, 3/94, 7/96. i 112/99. – dalje: ZOO), koji je tada bio na snazi, te dužnost ispunjena obveze u smislu čl. 17. st. 1. ZOO.

Tužiteljica pozivom na odredbe čl. 17. ZOO navodi da jedna ugovorna strana ne može mijenjati ugovorne odredbe i da se obveza može ugasiti samo suglasnošću volja sudionika ili na temelju zakona. Tuženik međutim nije jednostrano mijenjao ugovor o radu niti je prestala njegova obveza isplate plaće tužiteljici. Ugovorom o radu i Pravilnikom o radu je plaća određena brojem bodova, a ne u određenom novčanom iznosu. Plaća nije ugovorena u kunama ni za travanj 1999., nego je obračunata sukladno Ugovoru o radu i Pravilniku o radu tako da je broj bodova (1945) pomnožen s vrijednošću boda, a koju vrijednost je odredila uprava. Nema razloga zbog kojega se plaća ne bi obračunavala na takav ugovoreni način i za vremensko razdoblje koje slijedi nakon travnja 1999. Sklapanjem ugovora o radu tužiteljica je ugovorila s tuženikom da vrijednost boda za svaki mjesec određuje uprava, a u ovoj parnici zahtijeva da joj se plaća obračuna i isplati prema vrijednosti boda za travanj 1999. i za vremensko razdoblje navedeno u tužbi, a što je suprotno onome što je ugovoreno.“ Vrhovni sud, Revr 225/07-2 od 25.4.2007.

37 Ustavni sud RH U-III_3908/03 od 24. 11. 2005.

38 U tom smislu i Ruždjak, Marijan *Plaće, otpremnine i druge naknade iz radnog odnosa*, Gođišnjak 6, 1999. str.298.

39 Čl. 27. st. 6. ZR-a

5. STJECANJE BEZ OSNOVE

Povodom sporova proizašlih iz ugovora o radu pojavljuju se situacije kod kojih je potrebno primijeniti obveznopравни institut stjecanja bez osnove koji reguliraju odredbe čl. 1111-1120 ZOO-a.

5.1. Zaštita dostojanstva radnika

Postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja uređuju se posebnim zakonom, kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu (čl. 134., st. 1. ZR-a). Poslodavac koji zapošljava najmanje dvadeset radnika dužan je imenovati osobu koja je osim njega ovlaštena primati i rješavati pritužbe vezane uz zaštitu dostojanstva radnika. Imenovana osoba ili poslodavac dužna je u roku utvrđenom kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu, a najkasnije u roku osam dana od dostave pritužbe, ispitati pritužbu i poduzeti sve potrebne mjere primjerene pojedinom slučaju radi sprječavanja nastavka uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ako utvrdi da ono postoji.

Ako poslodavac u propisanom roku ne poduzme mjere za sprječavanje uznemiravanja ili spolnog uznemiravanja ili ako su mjere koje je poduzeo očito neprimjerene, radnik koji je uznemiravan ili spolno uznemiravan, ima pravo prekinuti rad dok mu se ne osigura zaštita, pod uvjetom da je u daljnjem roku od osam dana zatražio zaštitu pred nadležnim sudom (čl. 134. st. 4. ZR). Ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati da će poslodavac zaštititi dostojanstvo radnika, radnik nije dužan dostaviti pritužbu poslodavcu, već ima pravo prekinuti rad pod uvjetom da je zatražio zaštitu pred nadležnim sudom i o tome obavijestio poslodavca u roku od osam dana od dana prekida rada (čl. 134. st. 5. ZR).

Za vrijeme prekida rada radnik ima pravo na naknadu plaće u visini kao da je radio. Međutim, ako je pravomoćnom sudskom odlukom utvrđeno da nije povrijeđeno pravo dostojanstva radnika, poslodavac može zahtijevati povrat isplaćene naknade (čl. 134. st. 7. ZR-a). Tad će se primijeniti obveznopравни institut stjecanja bez osnove iz čl. 1111. ZOO-a koji st. 1. propisuje da kad dio imovine neke osobe na bilo koji način prijeđe u imovinu druge osobe, a taj prijelaz nema osnove u nekom pravnom poslu, odluci suda, odnosno druge nadležne vlasti ili zakonu, stjecatelj je dužan vratiti ga, odnosno, ako to nije moguće naknaditi vrijednost postignute koristi. Nadalje, st. 3. istog članka, određeno je da obveza vraćanja, odnosno nadoknade vrijednosti nastaje i kad se nešto primi s obzirom da osnovu koja se nije ostvarila ili koja je kasnije otpala. U ovom bi se slučaju radilo o osnovi koja se nije ostvarila jer je radnik pravomoćnom presudom odbijen sa zahtjevom da je povrijeđeno njegovo pravo dostojanstva.

Radnik bi kao stjecatelj u ovom slučaju bio nepošten od pravomoćnosti sudske odluke kojom je odbijen njegov zahtjev za zaštitom dostojanstva, što znači da je

prema čl. 1115. ZOO na isplaćeni iznos dužan vratiti kamate od dana podnošenja zahtjeva poslodavca za povrat uplaćenog iznosa.

Ovdje se otvara pitanje koji je iznos radnik dužan vratiti poslodavcu; ukupan bruto iznos koji je poslodavac isplatio u koji su uključene uplate na i iz plaće te porez i prerez ili sam iznos naknade plaće koji je radnik primio. Budući da je radnik u tom razdoblju (silom zakona) i dalje u radnom odnosu kod poslodavca, mišljenja samo da bi poslodavac imao pravo na povrat neto naknade plaće.

5.2. Isplata na temelju pravomoćne presude

U postupcima koji se vode radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza ugovora o radu i nastavno na to isplate naknade plaće, ponekad se događa da pravomoćnu presudu kojom je otkaz utvrđen i naložena isplata naknade plaće, svojom odlukom Vrhovni sud Republike Hrvatske preinači tako da odbije tužbeni zahtjev radnika ili ukine pravomoćnu presudu.

U tim situacijama dolazi i do primjene instituta stjecanja bez osnove jer je došlo do prijelaza imovine poslodavca u imovinu radnika na temelju osnove koja je kasnije otpala (čl. 1111. st. 3. ZOO-a) pa je radnik kao stjecatelj dužan vratiti isplaćeno.

U skladu s čl. 1115. ZOO-a radnik je poslodavcu na isplaćene iznose dužan platiti i zatezne kamate koje teku od dana podnošenja zahtjeva poslodavca budući da radnik u vrijeme isplate na temelju pravomoćne presude nije bio nepošten stjecatelj.

6. RAČUNANJE ROKOVA

Budući da ZR ne uređuje pitanje računanja rokova, a da, kao što smo već istaknuli čl. 8. st. 4. ZR-a, upućuje na supsidijarnu primjenu ZOO-a, to se na temelju ove odredbe na računanje rokova u radnim odnosima odredbe ZOO-a.⁴⁰

Čl. 300. st. 1. ZOO-a propisano je da se rokovi računaju na pune dane (computatio civilis), tako da rok određen u danima počinje teći prvog dana poslije događaja od kojeg se rok računa, a završava se istekom posljednjeg dana roka. Ako je npr. radnik primio odluku o otkazu ugovora o radu dana 1. travnja 2015., taj se dan neće računati u rok od 15 dana u kojemu roku radnik poslodavcu može podnijeti zahtjev za zaštitu prava. Rok za ulaganje zahtjeva za zaštitu prava počinje teći od 2. travnja i završava 16. travnja 2015.

U vezi s rokovima koji se određuju u tjednima, mjesecima ili godinama, oni po čl. 300. st. 2. Zakona o obveznim odnosima završavaju onoga dana koji se po imenu i broju podudara s danom nastanka događaja od kojega rok počinje teći. Ako takva dana nema u posljednjem mjesecu, kraj roka pada na posljednji dan toga mjeseca (za rokove određene u tjednima, mjesecima ili godinama ne važi pravilo da

40 Vrhovni sud, Revr 713/05-2 od 2. ožujka 2006.

rok počinje teći prvog dana poslije događaja od kojeg se rok računa, budući da to važi samo za rokove određene u danima).⁴¹

Ako posljednji dan roka pada u dan kada je zakonom određeno da se ne radi, kao posljednji dan roka računa se sljedeći radni dan.⁴² Ovo pravilo važi za sve rokove, kako one koji su određeni u danima, tako i na rokove određene u tjednima, mjesecima i godinama. Kako se u nekim propisima ili ugovornim odnosima kao početak ili završetak roka navode pojmovi „početak, sredina ili kraj mjeseca“, to je u čl. 300. st. 4. Zakona o obveznim odnosima navedeno što se pod tim pojmovima smatra.⁴³

Kako to konkretno izgleda u praksi, možemo vidjeti iz sljedeće odluke; „Sukladno spomenutoj odredbi ZR, ugovor o radu može se izvanredno otkazati samo u roku od 15 dana od dana saznanja za činjenicu na kojoj se izvanredni otkaz temelji. Rok u kojem se može izvanredno otkazati ugovor o radu je materijalnopравни, a ne procesnopравни rok, pa budući da računanje tog roka nije uređen Zakonom o radu, pitanje računanja istog ocjenjuje se primjenom općih propisa obveznog prava, a što proizlazi iz odredbe čl. 6. ZR kojom je određeno da se na sklapanje, valjanost, prestanak ili drugo pitanje u svezi s ugovorom o radu koje nije uređeno Zakonom o radu ili drugim zakonom, primjenjuju u skladu s naravi toga ugovora opći propisi obveznog prava. Sukladno tome, za računanje rokova iz čl. 114. st. 2. ZR mjerodavne su odredbe čl. 300. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine” br. 35/05, 41/08 – dalje: ZOO). Prema odredbi čl. 300. st. 3. ZOO u slučaju ako posljednji dan roka pada u dan kada je zakonom određeno da se ne radi, kao posljednji dan roka računa se sljedeći radni dan. Zakonom o radu nedjelja je definirana kao neradni dan (čl. 46. ZR). Stoga, imajući na umu činjenična utvrđenja u postupku koji je prethodio reviziji, pravilan je zaključak nižestupanskih sudova da je otkaz ugovora o radu tužitelju od 12. veljače 2007. dan u zakonom predviđenom roku od 15 dana od dana saznanja tuženika (27. siječnja 2007.) za činjenicu da je tužitelj koristio službeno vozilo u privatne svrhe kojom prilikom je pod utjecajem alkohola doživio prometnu nezgodu, budući da posljednji dan roka pada u dan kada je zakonom određeno da se ne radi (nedjelja 11. veljače 2007.), pa je sukladno odredbi čl. 300. ZOO koja je mjerodavna za računanje rokova, posljednji dan roka za izvanredno otkazivanje ugovora o radu tužitelju bio upravo 12. veljače 2007.“⁴⁴

41 Terek, Darko; *Računanje rokova*, Računovodstvo i financije, br. 5/15.

42 Uobičajeno da je nedjelja dan u tjednu u kojem se ne radi. Osim nedjelje, ne radi se u dane blagdana koji su navedeni u čl. 1. Zakona o blagdanima, spomendanima i neradnim danima u Republici Hrvatskoj (Narodne novine, br. 33/96 do 130/11). To su 1. siječnja – Nova godina, 6. siječnja – Bogojavljanje ili Sveta tri kralja, Uskrs i Uskrsni ponedjeljak, Tijelovo, 1. svibnja – Praznik rada, 22. lipnja – Dan antifašističke borbe, 25. lipnja – Dan državnosti, 5. kolovoza – Dan pobjede i domovinske zahvalnosti i Dan hrvatskih branitelja, 15. kolovoza – Velika gospa, 8. listopada – Dan neovisnosti, 1. studenoga – Svi sveti, 25. prosinca – Božić i 26. prosinca, prvi dan po Božiću, Sveti Stjepan.

43 Terek, Darko; *op.cit.*

44 Vrhovni sud, Revr-1329/10 od 23.11.2010.

7. PRIMJENA ODREDBI ZOO-a KOD PRESTANKA UGOVORA O RADU

Iako se ZR zasniva na građanskopravnom pristupu, zakonodavac je ipak prestanak ugovora o radu normirao kogentnim odredbama, time ograničavajući prava ugovornih strana. Tako je odredbom čl. 112. ZR propisano osam načina prestanka ugovora o radu; smrću radnika; smrću poslodavca fizičke osobe ili prestankom obrta po sili zakona ili brisanjem trgovca pojedinca iz registra u skladu s posebnim propisima; istekom vremena na koje je sklopljen ugovor o radu na određeno vrijeme, kada radnik navrší 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža, osim ako se poslodavac i radnik drukčije ne dogovore; sporazumom radnika i poslodavca; dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog potpunog gubitka radne sposobnosti za rad, otkazom, odlukom nadležnog suda.

Radi se o taksativnom nabranju tako da ugovor o radu prema ZR-u može prestati samo na jedan od propisanih načina, a što je posljedica radi zaštite radnika kao slabije ugovorne strane. Budući da je riječ o kogentnim zakonskim odredbama koje normiraju specifični dio materije radnog prava, to je primjena odredbi ZOO-a u prvenstveno primjenjiva na prestanak ugovora o radu na temelju sporazuma radnika i poslodavca.

S obzirom na to da spominjemo prestanak ugovora o radu, istaknuti ćemo i situacije prestanka, odnosno otkaza menadžerskog ugovora jer se tad primjenjuju odredbe ZOO-a. Naime, čl. 4. st. 3. ZR-a određeno je da fizička osoba koja je prema propisu trgovačkog o trgovačkim društvima, kao član uprave ili izvršni direktor ili fizička osoba koja je u drugom svojstvu prema posebnom zakonu, pojedinačno i samostalno ili zajedno i skupno, ovlaštena voditi poslove poslodavca, može kao radnik u radnom odnosu obavljati određene poslove za poslodavca. Čl.4.st.4. ZR-a propisano je da se na osobu iz stavka 3. tog članka ne primjenjuju odredbe ZR-a o ugovoru o radu na određeno vrijeme, prestanku ugovora o radu, otkaznom roku i otpremnini.

Budući da se ne primjenjuju odredbe o prestanku ugovora o radu, tada se na otkaz tog ugovora primjenjuju odredbe ZOO-a.⁴⁵ Mogućnost otkaza ugovora člana uprave društva na određeno vrijeme se ne podrazumijeva, već se mora posebno ugovoriti. Sloboda ugovaranja omogućuje da ugovorne strane urede prestanak ugovora samim ugovorom što znači da mogu predvidjeti razloge za otkaz i trajanje otkaznih rokova.⁴⁶

Ako ugovorne strane ne urede prestanak ugovora, trebalo bi primijeniti odredbe čl. 211. i čl. 212. ZOO-a. Naime, čl. 211. ZOO-a je određeno da trajni

45 S članom uprave d.d. sklapa se ugovor na određeno vrijeme (arg. iz čl. 244. st. 1. Zakona o trgovačkim društvima), dok je s članom uprave d.o.o.-a moguće sklopiti i ugovor bez vremenskog ograničenja (arg. iz čl.423. i 424 ZTD).

46 Gregurev, Ivana; Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora, Radno pravo, Zagreb, 2011., str. 122.

obvezni odnos s određenim rokom trajanja prestaje kad rok istekne, osim kad je ugovoreno ili zakonom određeno da se poslije isteka roka obvezni odnos produljuje za neodređeno vrijeme, ako ne bude pravodobno otkazan. Prema čl. 212. ZOO-a, "(1) ako trajanje obveznog odnosa nije određeno, svaka ga strana može okončati otkazom. (2) Otkaz mora biti dostavljen drugoj strani. (3) Otkaz se može dati u svako doba, samo ne u nevrjeme. (4) Otkazani obvezni odnos prestaje kad istekne otkazani rok određen ugovorom, a ako takav rok nije određen ugovorom, odnos prestaje nakon isteka roka određenog zakonom ili običajem, odnosno istekom primjerenog roka. (5) Strane mogu ugovoriti da će njihov obvezni odnos prestati samom dostavom otkaza, ako za određeni slučaj zakon ne naređuje što drugo. (6) Vjerovnik ima pravo zahtijevati od dužnika ono što je dospjelo prije nego što je obveza prestala protekom roka ili otkazom."

U slučaju izostanka ugovornog uređenja prestanka menadžerskog ugovora člana uprave, citirane odredbe o trajnom obveznom odnosu ne daju precizne odgovore o primjerenom otkaznom roku. Stoga bi dopune navedenih odredbi ZOO-a bile potrebne radi postizanja pravne sigurnosti.⁴⁷

7.1. Sporazum poslodavca i radnika o prestanku ugovora o radu

Sporazum predstavlja suglasnu volju radnika i poslodavca za prestankom ugovora o radu. On je rezultat njihove slobodne volje pa stoga odbijanje radnika za sklapanjem takvog sporazuma ne smije imati negativne posljedice na njegov radnopravni status.⁴⁸

Čl. 113. ZR-a propisano je da sporazum o prestanku ugovora o radu mora biti zaključen u pisanom obliku iz čega proizlazi da zakonodavac propisuje stroži odnos prema formi sporazuma o prestanku ugovora o radu, nego o formi samog ugovora o radu.⁴⁹

U sudskoj praksi se ističe da je ta odredba prisilne (kogentne) naravi i da usmeni dogovor o sporazumnom prestanku ugovora o radu ne može obvezivati sudionike, kada je izričito propisan pisani oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu.⁵⁰ Pisani oblik sporazuma onemogućuje da se o sporazumu stranaka zaključuje na temelju njihovih konkludentnih radnji. Primjerice da ponudu poslodavca za sklapanje ugovora o prestanku ugovora o radu radnik prihvati vraćanjem ključeva službenih prostorija i prestankom dolaženja na posao.⁵¹ Sam sporazum ne mora

47 Gregurov, Ivana, *op. cit.* str.122.

48 Sama činjenica da je radnik odbio potpisati sporazum ne može predstavljati razlog za otkaz ŽS u Karlovcu br. Gž -237/99 od 7.4.1999.

49 „Usmeni dogovor o sporazumnom prestanku ugovora o radu ne može obvezivati sudionike, kada je izričito propisan pisani oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu.” Vrhovni sud, Revr-300/09 od 3.9.2009.

50 ŽS u Zagreb u br. Gž-2539/97 od 11. 11. 1997.

51 Potočnjak, Željko. Prestanak ugovora o radu, u: Crnić, Ivica *et al.* Radni odnosi u Republici Hrvatskoj. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, 2007., str. 378. Autor navodi da se u njemačkom radnom pravu može o pristanku radnika na ugovor (sporazum) o prestanku ugovora o radu zaključivati i na temelju njegova ponašanja.

biti u obliku jednog dokumenta potpisanog od obje ugovorne strane.⁵² Naime, kada radnik dostavi pisanu ponudu poslodavcu u kojem predlaže sporazumni prestanak radnog odnosa, a poslodavac istu prihvati donošenjem odluke koju odmah dostavi radniku, tada je u smislu čl. 252. st. 1. ZOO-a zaključen ugovor o sporazumnom prestanku radnog odnosa.⁵³ Takvo pravno shvaćanje nailazimo u niz odluka: „Zakonom o radu propisana je samo pisana forma tog ugovora, pa se s obzirom na odredbu čl. 6. ZR-a na ostala pitanja u svezi sporazuma o prestanku ugovora o radu primjenjuju opći propisi obveznog prava. Taj sporazum, jednako kao i svaki drugi dvostrani pravni posao je sklopljenog onog časa kad ponudilac (u konkretnom slučaju tužiteljica) primi izjavu ponuđenog da prihvaća ponudu (čl. 31. st. 1. ZOO). Svoju ponudu za sklapanje ugovora o prestanku ugovora o radu tužiteljica je dala u pisanom obliku propisanom za sklapanje tog ugovora, pa budući da je tu ponudu tuženica prihvatila pobijanom odlukom o prestanku ugovora o radu od 3. listopada 2002., sudovi su pravilno primijenili materijalno pravo kada su zaključili da je do prestanka ugovora o radu došlo sporazumom, te da stoga pobijana odluka nema značenje otkaza ugovora o radu i kada su slijedom toga tužbeni zahtjev ocijenili neosnovanim.“⁵⁴

U praksi su česte situacije da poslodavac jednostavno na prijedlog radnika za sporazumnim prestankom naznači svoj pristanak uz potpis, što se također smatra sklopljenim sporazumom.⁵⁵

Budući da sporazum predstavlja dvostrani pravni akt koji se temelji na volji ugovornih strana, niti jedna od ugovornih strana nije ovlaštena jednostrano ga mijenjati.⁵⁶

Sporazumom bi stranke trebale u cijelosti urediti sva pitanja koja proizlaze iz njihova ugovornog (radnog) odnosa, počevši od dana prestanka ugovora o radu, pitanja otkaznog roka, novčanog dospelog potraživanja i sl. Premda ZR ne priznaje pravo na otpremninu ako radni odnos prestaje sporazumom,⁵⁷ stranke mogu

52 „Tužitelj je predao upravi tuženika molbu za sporazumni prestanak ugovora o radu koju je osobno potpisao 5. travnja 2005., a tuženik je prihvatio molbu i u pisanom obliku odlučio o prestanku tužiteljevog ugovora o radu sklopljenog na neodređeno vrijeme 1. listopada 1984. Time su radnik i poslodavac kao stranke ugovornog odnosa izrazile suglasnu volju za prestanak radnogodnosa i to baš u obliku propisanom odredbom čl. 104. ZR.“ Vrhovni sud, Revr-277/13 od 16.9.2014.

53 Tako i Milković, Darko, Sklapanje i prestanak ugovora o radu. u: Crnić, Ivica *et al.* Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa. Zagreb: Inženjerski biro, 2007., str. 112.

54 Vrhovni sud, Revr 469/08-2 od 25.2.2009.

55 „S obzirom da je tužiteljica 1. travnja 2008. predala zahtjev za sporazumni raskid ugovora o radu s danom 30. travnja 2008. neposredno na ruke direktorici tuženika i da je direktorica tuženika istog trenutka prihvatila taj zahtjev tako što je rekla „u redu“ i na zahtjev stavila svoj potpis i pečat tuženika i prema shvaćanju ovog revizijskog suda u tom trenutku je sklopljen sporazum o prestanku ugovora o radu u svemu prema zahtjevu tužiteljice.“ Vrhovni sud, Revr-518/11 od 8.9.2012.

56 VSRH Rev 1839/99 od 6.2.2001.

57 VSRH Rev 2876/98 od 27.6. 2002. VSRH Rev 3372/99 od 27.11.2001. «Kad je radnik istovremeno prihvatio ponudu navedenu u odluci o otkazu ugovora o radu da sukladno Programu rješavanja viška radnika nastavi s radom kod drugog poslodavca, ne pripada mu pravo na otpremninu u smislu čl. 118. ZR «

ugovoriti i isplatu otpremnine, i to u većem iznosu nego je to zakonom propisano.⁵⁸

Poslodavac i radnik mogu zaključiti sporazum o prestanku ugovora o radu i ako je poslodavac donio odluku o otkazu (a radni odnos po njoj još nije prestao), te će u tom slučaju temelj za prestanak ugovora o radu biti sporazum stranaka.⁵⁹ Ako sporazumom o prestanku ugovora o radu, odluka o otkazu ugovora o radu nije izrijekom stavljena izvan snage, prema pravnom shvaćanju sudske prakse smatra se da je poslodavac tu odluku prešutno stavio izvan snage.⁶⁰

Ako neka od strana smatra da sporazum nije valjan, morao bi u postupku tražiti njegovo poništenje ili utvrđenje ništetnosti. „Prema odredbi čl. 103. točka 5. ZR ugovori o radu mogu uz ostale razloge prestati sporazumom između poslodavca i zaposlenika. Takav sporazum je pravni posao građanskog prava, pa u odnosu na njegovu valjanost vrijede opća pravila obveznog prava iz ZOO-a. Sudovi su ocijenili da je tužitelju bilo poznato pod kojim uvjetima mu prestaje radni odnos, da je potpisom Sporazuma pristao na takve uvjete te da Sporazum nije ni ništetan ni pobojan i obvezuje obje ugovorne strane onako kako glasi. Stoga Sporazum proizvodi pravne učinke između ugovornih strana, pa je radni odnos tužitelja prestao na valjan način zbog razloga iz čl. 103. ZR-a, a tužitelj nema pravo na poticajnu otpremninu pa je tužbeni zahtjev za utvrđenjem ništavim i za poništaj Sporazuma odbijen pravilnom primjenom materijalnog prava.” Vrhovni sud, Revr-110/10 od 27.6.2013.

Ako između stranaka bude sporno tumačenje sadržaja sporazuma o prestanku ugovora o radu i to naročito stoga što se stranke ne slažu po pitanju eventualnog (neriješenog) materijalnog potraživanja, tad će sudovi u skladu s odredbama ZOO-a, istražiti zajedničku namjeru ugovaratelja i odredbu tako razumjeti kako to odgovara načelima obveznog prava.⁶¹

Relativno su česte situacije u kojima su stranke sklopile sporazum o prestanku ugovora o radu, ali je poslodavac uz to donio i odluku o otkazu ugovora o radu. U situaciji kad je sud zaključio da otkaz nije zakonit, tad se smatra da je sam sporazum

58 VSRH Rev-2385/97 od 4.2.1998. Inače, prema odredbi čl. 118. st. 2. ZR otpremnina se ne smije ugovoriti, odnosno odrediti u iznosu manjem od jedne trećine prosječne mjesečne plaće, koju je radnik ostvario u tri mjeseca prije prestanka ugovora o radu, za svaku navršenu godinu rada kod tog poslodavca.

59 VSRH Rev-2387/97 od 4.2.1998.

60 VS RH Rev-2876/98 od 27.6.2002.

61 „Stoga obzirom na sve utvrđene okolnosti prilikom zaključenja Sporazuma o prestanku ugovora o radu od 12. rujna 1997., odredba čl. 5. navedenog Sporazuma može se tumačiti kao izraz prave volje stranaka odnosno zajedničke namjere ugovaratelja da “jedna prema drugoj nemaju nikakvih potraživanja” odnosno dugova, budući je to jedini smisao čl. 5. Sporazuma. Kako su sudovi nižeg stupnja pravilno ocijenili pravu volju stranaka, kako tužitelja tako i tuženika ugovorenu u odredbi čl. 5. citiranog Sporazuma, to su pravilno primijenili materijalno pravo odredbe čl. 6. Zakona o radu (Narodne novine, br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., 114/03. i 30/04. u vezi s čl. 99. i čl. 344. Zakona o obveznim odnosima - “Narodne novine”, broj 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.).“ Vrhovni sud, Revr 406/06-2 od 6.2.2008.

i dalje na snazi između stranaka primjenjujući pritom odredbe ZOO-a o raskidu ugovora i održanju ugovora na snazi.⁶²

8. ODGOVORNOST ZA ŠTETU NASTALU U IZVRŠENJU UGOVORA O RADU

8.1. Odgovornost radnika za štetu uzrokovanu poslodavcu

Da bi radnik odgovarao za štetu uzrokovanu poslodavcu, potrebno je ispuniti pretpostavke propisane u čl. 107. st. 1. ZR a to su; da je šteta prouzročena na radu, odnosno u svezi s radom; da je šteta nastala namjerno ili zbog krajnje nepažnje te da je poslodavcu nastala šteta.

Radnikova je temeljna obveza, obaviti preuzeti posao u skladu s prema uputama poslodavca danim u skladu s naravi i vrstom rada (čl.7.st.1.ZR-a). Ako pri izvršenju poslova koji predstavljaju izvršavanje obveza iz radnog (ugovornog) odnosa nastane šteta, ta se šteta smatra štetom na radu. Također, ako je radnik štetu počinio za vrijeme aktivnosti koje ne predstavljaju redovito obavljanje poslova i radnih zadataka, ali predstavljaju obvezu iz radnog odnosa, tad se nastala šteta smatra štetom u svezi s radom. Radi se o situaciji kada radnik počini štetu pri obavljanju poslova koje mu je naložio rukovoditelj, a premda ih je prema ugovoru o radu dužan izvršiti, do tada ih nije ne obavljao redovito. Nadalje, ovdje bi mogli svrstati i one štete koje radnik nanese poslodavcu za vrijeme dnevnog odmora jer ta vrsta odmora ulazi u sastavni dio procesa rada.

Potrebno je istaknuti da se ovom odredbom isključivo regulira situacija kada štetu skrivaju radnici koji su u radnom odnosu kod poslodavca. Za štetu koju, primjerice, učini radnik privremeno zaposlen na temelju sporazuma sklopljenog

62 „Prije svega, treba reći da pogrešno drugostupanjski sud smatra da je sporazum o prestanku ugovora o radu prestao samom činjenicom da je nakon sklapanja tog sporazuma tuženik donio odluku o otkazu ugovora o radu, a to upravo zbog toga što je otkaz utvrđen nedopuštenim. S obzirom da je navedeni otkaz ugovora o radu utvrđen nedopuštenim tada takva odluka tuženika o otkazu ne proizvodi nikakav pravni učinak – ni na prestanak ugovora o radu niti na prestanak sporazuma o prestanku ugovora o radu. Kad nakon sklapanja sporazuma o prestanku ugovora o radu poslodavac da otkaz radniku, a otkaz tog ugovora bude utvrđen nedopuštenim tada takva odluka nije od utjecaja na taj sporazum i sama po sebi ne uzrokuje prestanak tog sporazuma ili prestanak ugovora o radu. Pogrešno smatra i prvostupanjski sud da je u konkretnom slučaju sporazum između stranaka o prestanku ugovora o radu prestao po samom zakonu u smislu čl. 125. st. 1. ZOO. Naime, prema odredbi čl. 125. st. 2. ZOO u slučaju raskida po samom zakonu iz čl. 125. st. 1. ZOO vjerovnik može održati ugovor na snazi ako nakon isteka roka, bez odgađanja, obavijesti dužnika da zahtijeva ispunjenje ugovora. U konkretnom slučaju tužitelj je u tužbi izričito naveo da je donošenjem odluke o izvanrednom otkazu ugovora o radu izražena namjera tuženika da prekrši odredbe sporazuma o prestanku ugovora o radu, a da tužitelj smatra da je prava volja stranaka izražena tim sporazumom i da se sporazum ne može raskinuti kako to čini tuženik jednostrano. Na taj način je tužitelj postupio upravo u skladu s odredbom čl. 125. st. 2. ZOO, pa je time sporazum o prestanku ugovora o radu održan na snazi.“ Vrhovni sud, Revr 619/05-2 24.1.2006.

između poslodavca i agencije za privremeno zapošljavanje, poslodavcu ne odgovara radnik već u skladu sa čl. 51. st. 2. ZR-a odgovara agencija prema općim propisima obveznog prava.

Radnik odgovara za štetu uzrokovanu poslodavcu koju počini na radu odnosno u vezi s radom samo ako ju je počinio namjerno ili s krajnjom nepažnjom. Namjera je najteži oblik krivnje a određuje se subjektivno. Prema pravnoj teoriji, namjera je takva vrsta krivnje kod koje se traži da je štetnik postupao znajući i hotimice (to znači da se kod namjere traži i volja i znanje).⁶³ To znači da je radnik svjestan da će svojom radnjom ili propuštanjem izazvati štetu. S krajnjom nepažnjom ili grubom nemarnošću postupa onaj radnik koji u svom radu ne upotrijebi ni onu pažnju koju bi upotrijebio prosječni čovjek (radnik).

Ako je radnik štetu poslodavcu počinio s običnom nepažnjom on za štetu ne odgovara. S tim u vezi posebno ističemo da se prema općim pravilima krivnja štetnika ne predmnijeva, odnosno da se predmnijeva obična nepažnja, dok namjeru ili nepažnju štetnika mora dokazivati oštećenik.⁶⁴ To znači da će se u postupku koji poslodavac pokrene protiv radnika radi naknade štete koju mu je on prouzrokovao na radu, odnosno u svezi s radom podrazumijevati da je radnik štetu počinio uslijed obične nepažnje sve dok poslodavac ne dokaže veći stupanj krivnje; namjeru ili nepažnju radnika. Tek kad poslodavac to dokaže, ako su ispunjeni ostali uvjeti, poslodavac ima pravo na naknadu štete. Uz to, mora postojati i pravno relevantna uzročna veza između radnje radnika (ili propuštanja) i nastale štete.

Pod štetom se, najkraće rečeno, podrazumijeva promjena nekog stanja nagore. Šteta koju poslodavac pretrpi može biti imovinska i neimovinska šteta. Naime, prema čl. 1046. ZOO-a šteta je umanjene nečije imovine (obična šteta) i sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i to su s jedne strane imovinska šteta, dok s druge imamo povredu prava osobnosti kao neimovinsku šteta (to je prema čl. 19. st. 2. ZOO-a primjerice pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr.).

S tim u vezi, potrebno je istaknuti da je ZOO izjednačio fizičke i pravne osobe u pravu na naknadu neimovinske štete (čl. 19.) te izričito priznaje i pravnim osobama pravo na neimovinsku štetu. Stoga i poslodavac kao pravna osoba ima pravo na popravljavanje neimovinske štete kako u nenovčanom, tako i u novčanom obliku. Naime, pravna osoba (čl. 19. st. 3. ZOO-a) ima sva prava osobnosti kao i fizička osoba što se posebno odnosi na pravo na ugled i dobar glas, čast, ime odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i drugo (razlika je jedino u pravu osobnosti vezanih uz biološku bit fizičke osobe).⁶⁵ Ukratko, pravna osoba prema čl. 19. st. 3. ZOO ima pravo na sljedeća prava osobnosti; ugled, dobar glas i čast, ime odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i druga prava.

63 Vedriš- Klarić *Osnove imovinskog prava*, str.209.

64 Čl. 1045. st. 2. ZOO.

65 Tako i Crnić, Ivica *Povredu prava osobnosti kao neimovinska šteta*, u Barbić. J. et al., *Odgovornost za štetu*, Inženjerski biro d.d. Zagreb, ožujak 2006., str. 56.

Budući da poslodavac može biti i fizička osoba (obrtnik) napominjemo da se pod pravom osobnosti fizičke osobe u smislu čl. 19. st. 2. ZOO-a se razumijeva; život, tjelesno zdravlje, duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo i ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i druga prava.

Ako štetu uzrokuje više radnika, svaki radnik odgovara za dio štete koji je uzrokovao (čl. 107. st. 2. ZR-a). Ovom je odredbom propisana podijeljena odgovornosti radnika za štetu koju uzrokuju poslodavcu. Time je napravljen izuzetak od općeg pravila obveznog prava prema kojem kada više osoba odgovara za štetu one odgovaraju solidarno (čl. 1107. ZOO-a). Međutim, ako nije moguće utvrditi koliki je udio svakog od radnika u prouzročenju štete, tad su svi radnici podjednako odgovorni i štetu naknađuju u jednakim dijelovima (čl. 107. st. 3. ZR-a).

Solidarna odgovornost koja odgovara pravilima obveznog prava, predviđena je jedino u slučaju ako je više radnika uzrokovalo štetu kaznenim djelom počinjenim s namjerom (čl. 107. st. 4. ZR-a). U tom slučaju poslodavac može birati hoće li naknadu štete potraživati od svih radnika ili od pojedinog radnika koji odgovara poslodavcu za čitavu štetu.⁶⁶ Radnik koji je platio čitavu štetu poslodavcu, može od drugih radnika zahtijevati da mu naknade ono što je platio za njih.

8.2. Regresna odgovornost radnika

Odredba čl. 109. ZR-a regulira pravo poslodavca na regres kad je radnik trećoj osobi uzrokovao štetu, a naknadio ju je poslodavac. Iz odredbe proizlazi da regresna odgovornost radnika postoji u slučaju kad je radnik na radu ili u svezi s radom trećoj osobi počinio štetu, kad je radnik štetu uzrokovao namjerno ili zbog krajnje nepažnje te kad je štetu koja je nastala trećoj osobi, naknadio poslodavac.

Ako su ispunjene navedene pretpostavke, radnik je obavezan poslodavcu naknaditi iznos koji je radi naknade štete poslodavac isplatio trećoj osobi.⁶⁷ Poslodavac regres od radnika može zatražiti od dana kad je trećoj osobi naknadio štetu. Istovremeno, on može potraživati i zateznu kamatu na isplaćenu glavnicu tekuću od dana isplate trećoj osobi.

U kojem roku zastarijeva pravo poslodavca da od radnika potražuje isplatu naknađene štete? Budući da ZR to pitanje ne uređuje, u skladu sa čl. 8. st. 4. ZR-a primjenjuju se opća pravila obveznog prava. Čl. 1061. st. 1. ZOO-a propisano je da poslodavac odgovara za štetu koju zaposlenik u radu ili u svezi s radom prouzroči trećoj osobi osim ako dokaže da su postojali razlozi koji isključuju odgovornost zaposlenika. St. 3. tog članka propisano je da poslodavac koji je oštećeniku popravio štetu ima pravo zahtijevati od zaposlenika naknadu troškova popravljanja štete, ako je ovaj štetu prouzročio namjerno ili iz krajnje nepažnje, dok je st. 4. propisano da

⁶⁶ Solidarni dužnici su obični suparničari, tako da poslodavac svojom tužbom za naknadom štete nije dužan obuhvatiti sve radnike koji su počinili štetu.

⁶⁷ „Poslodavac može osnovano od radnika zahtijevati vraćanje iznosa isplaćenog trećoj osobi s naslova naknade štete koju je radnik prouzročio na radu ili u vezi s radom ako je štetu prouzročio namjerno ili iz krajnje nepažnje.“ Vrhovni sud, Rev-1846/87 od 28.1.1988.

to pravo zastarijeva u roku od šest mjeseci od dana kad je šteta popravljena. Dakle, poslodavčevo pravo na regresno potraživanje od radnika zastarijeva u roku od šest mjeseci od dana kad je šteta popravljena odnosno od dana kad je poslodavac trećoj osobi popravio štetu ili je novčanim iznosom naknadio. Dakle, ZOO je za razliku od ZR-a gdje bi bilo logičnije da je uređena ta materija, propisao rok u kojem poslodavac može regresno potraživanje zatražiti od radnika.

8.3. *Odgovornost poslodavca za štetu uzrokovanu radniku*⁶⁸

Čl. 110. ZR-a propisana je odgovornost poslodavca za štetu uzrokovanu radniku tako da je određeno da za štetu koju radnik pretrpi u radu ili u svezi s radom, poslodavac je radniku dužan naknaditi prema općim propisima obveznog prava.⁶⁹ Međutim, koje ćemo odredbe ZOO-a primjenjivati, ovisit će o činjenici je li šteta nastala kao posljedica skrivljenog ponašanja ili djelovanja opasne stvari odnosno opasne djelatnosti. Dakle, odgovornost se može temeljiti na presumiranoj krivnji ili na objektivnom kriteriju uzročnosti.

Kad poslodavac odgovara prema kriteriju krivnje, on odgovara po predmnijevanoj (presumiranoj) krivnji (čl. 1045. st.1. i 2. ZOO-a). Predmnijeva se najblaži oblik krivnje. obična nepažnja (*culpa levis*). Na poslodavcu je teret dokaza da je šteta nastala bez njegove krivnje. Više stupnjeve krivnje – krajnju nepažnju ili namjeru radnik mora dokazati poslodavcu, tj. tada je teret dokaza na radniku.⁷⁰ Napominjemo da je čl. 1045. st. 1. ZOO propisano da tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje.

U slučaju da radnik na radu ili u svezi s radom strada od stroja ili predmeta koji imaju obilježja opasne stvari, odnosno kad strada za vrijeme obavljanja djelatnosti koja ima obilježja opasne djelatnosti, pri utvrđivanju odgovornosti

68 Više o odgovornosti poslodavca za naknadu štete radniku vidjeti kod: Crnić, Ivica *Odgovornost za štetu iz radnog odnosa* u Crnić I. et al. Aktualnosti i novine u radni odnosima i zdravstvenom osiguranju, Novi informator 2009., str. 65-92., Crnić, Ivica *Povreda prava osobnosti i naknada neimovinske štete u radnim odnosima* u Crnić, I. et. al. Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa, Inženjerski biro d.d. 2007., str. 64-94.; Frntić, Domagoj Franjo *Odgovornost poslodavca prema radniku za štete nastale slučajem uslijed ozljede na radu, profesionalne bolesti ili bolesti u vezi rada* Radno pravo, 2/07, 8-10.; Nikšić, Saša *Nekoliko napomena o odgovornosti za štetu u radnom pravu*, Radno pravo, 2/07, str. 3-7.; Šojat Jasenka, *Neka pitanja u vezi naknade štete koju radnik pretrpi na rad i u svezi s radom*, Radno pravo 10/05., str. 13.-19.

69 „Tuženik se ne može osloboditi odštetne odgovornosti pozivajući se na protupravno djelovanje treće osobe koji iako nije bio radnik tuženika, fizički je nasrnuo na tužitelja kada je tužitelj po nalogu istovarivao robu iz svog kamiona, jer u konkretnom slučaju nema svojstvo treće osobe u smislu Zakona o zaštiti na radu, budući da tužitelj pri obavljanju poslova organizacije utovara robe u tvorničkom krugu tuženika, po redovnom tijeku stvari dolazi u kontakt s autoprijevoznicima koji nisu radnici tuženika, a koji su dolazili po robu.“ Vrhovni sud, Revr-348/12 od 22. 10. 2013.

70 Crnić, Ivica *Naknada štete*, u Babić, V. et al. Veliki komentar novog Zakona o radu, Vaša knjiga, Zagreb, 2010., str.161.

poslodavca primjenjivati će se kriterij objektivne odgovornosti. Prema tom kriteriju poslodavac će odgovarati za štetu jer je zbog određenih radnji ili propusta došlo do štete, neovisno o tome postoji li krivnja poslodavca.⁷¹

Dakle, činjenica da na strani poslodavca nema propusta ili činjenja koji bi bili u uzročnoj vezi s povredom koju je pretrpio radnik na radu ili u vezi s radom, nije osnova za isključenje odgovornosti za štetu koju trpi povrijeđeni radnik. S tim u vezi, ističemo da je člankom 1063. ZOO-a propisano da šteta nastala u svezi s opasnom stvari odnosno opasnom djelatnošću smatra se da potječe od te stvari odnosno djelatnosti, osim ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.

Pojam opasne stvari nije određen ZOO-om. Sudska praksa i pravna teorija je, međutim, definirala taj pojam, pa se opasnom stvari smatra ona pokretna ili nepokretna stvar čiji položaj, ili upotreba, ili osobina, ili samo postojanje, predstavlja povećanu opasnost nastanka štete za okolinu, tako da ih treba nadzirati povećanom pažnjom.⁷²

Kao opasnu stvar kroz sudsku praksu smo susretali transportnu traku u pogonu, tokarski stroj s ugrađenim cirkularnom pilom u pokretu, dizalica, uključenu motornu pilu i sl. Za štetu nastalu od opasne stvari odgovara njen imatelj.⁷³

Ni pojam opasne djelatnosti nije sadržajno određen propisima obveznog prava, već njegov sadržaj također valja potražiti u pravnoj teoriji i sudskoj praksi. Tako se neka djelatnost smatra opasnom samo onda kad u njezinom redovitom tijeku, već prema samo njezinoj tehničkoj prirodi i načinu obavljanja, može biti ugroženo zdravlje ljudi ili imovina, tako da to ugrožavanje zahtijeva povećanu pozornost osoba koje tu djelatnost obavljaju.⁷⁴ U sudskoj je praksi kao opasna djelatnost ocijenjeno da bi to bilo obaranje stabla motornom pilom, rad u rudniku, rad na platformi utovarivača, rad na visini, obavljanje poslova kontrolora karata u javnom prometu i sl.⁷⁵

Potrebno je istaknuti da odgovornost poslodavca za štetu uzrokovanu ozljedom na radu, profesionalnom bolešću ili bolešću u svezi s radom uređuje i Zakon o zaštiti na radu.⁷⁶

71 Čl. 1045. st. 3. ZOO.

72 Ova definicija odnosno pravno shvaćanje je zauzeto na Sjednici svih sudaca Suda udruženog rada Hrvatske od 8.4.1981.

73 „Dizalica izvan pogona, u stanju mirovanja, neovisno o njezinim dimenzijama, nije sama po sebi opasna stvar.“ Vrhovni sud, Rev x 31/11 od 31.1.2012.

74 Crnić, I., op. cit. str.162.

75 „U konkretnom slučaju, rad je tužitelj (električar kod tuženika) izvodio na skeli koja je bila postavljena na visini od 3,35m bez zaštitne ograde, zbog čega se takav rad ima okarakterizirati kao opasna djelatnost. U situaciji kad je utvrđeno da je tuženik znao da postoji opasnost rada na skeli koja nema zaštitnu ogradu, pa je mogao predvidjeti da bi moglo doći do pad i teških posljedica a nije poduzeo radnje da to spriječi, bilo postavljanjem zaštitne ograde, ili pak sprječavanjem tužitelja da radi na takvoj skeli, ne može se očekivati od tužitelja da snosi dio odgovornosti s time što nije odbio izvršiti rad koji je po nalogu svog poslodavca obavljao.“ Vrhovni sud, Revr-839/07 od 3.2.2009.

76 Zakon o zaštiti na radu, Narodne novine, br.71/14., stupio je na snagu 19. lipnja 2014.

Čl. 25. st. 1. toga Zakona propisano je da se ozljeda na radu i profesionalna bolest koju je radnik pretrpio obavljajući poslove za poslodavca smatra da potječe od rada i poslodavac za nju odgovara po načelu objektivne odgovornosti (prema st. 2. poslodavac može biti oslobođen odgovornosti ili se njegova odgovornost može umanjiti ako je šteta nastala zbog više sile, odnosno namjerom ili krajnjom nepažnjom radnika ili treće osobe, na koje poslodavac nije mogao utjecati niti je njihove posljedice mogao izbjeći, unatoč provedenoj zaštiti na radu). Premda se na prvi pogled čini da je time odgovornost u cijelosti izjednačena s odredbama ZOO-a, ovom se odredbom radnici ipak stavljaju u povoljniji položaj nego prema odredbama ZOO-a. Naime, u čl. 25. st. 1. Zakona o zaštiti na radu ugrađena je presumpcija prema kojoj se ozljeda na radu i profesionalna bolest koju je radnik pretrpio obavljajući poslove za poslodavca smatra da potječe od rada. To znači da će za svaku ozljedu koju radnik pretrpi na radu poslodavac morati dokazivati da postoje okolnosti iz st. 2., koje ga oslobađaju od odgovornosti. Do sad je poslodavac postojanje tih okolnosti dokazivao samo na situacije kad su u pitanju opasna stvar ili opasna djelatnost. Sad se to odnosi na sve ozljede koje radnik pretrpi obavljajući posao (primjerice, radnik u uredu padne preko kabla koji spaja računalo s printerom. Tu se ne bi radilo o opasnoj djelatnosti niti o opasnoj djelatnosti, ali zbog navedene odredbe poslodavac će se moći osloboditi odgovornosti jedino pod uvjetima koji smo naveli). Dakle, novim je Zakonom o zaštiti na radu teret dokazivanja u postupcima za naknadu štete koju je radnik pretrpio obavljajući poslove za poslodavca, u cijelosti prebačen na poslodavca. To bi se moglo odnositi čak i na situacije kad radnik nije dobio nalog da obavi neki posao, već je to išao napraviti samoinicijativno. Obzirom da je obavljao posao za poslodavca, smatra se da šteta potječe od rada i poslodavac za nju odgovara po načelu objektivne odgovornosti.

Poslodavac odgovara radniku za naknadu uzrokovane štete i to i za imovinsku i za neimovinsku štetu. ZOO sadržava odredbe o načinu popravljivanja imovinske (čl. 1085. do 1098.) i neimovinske štete (čl. 1099. do 1106. ZOO-a). Posebno ističemo da ZOO u čl. 1046. neimovinsku štetu određuje kao povredu prava osobnosti. To znači da svakom povredom prava osobnosti nastaje neimovinska šteta. Međutim, to istovremeno ne znači da će radnik uvijek i bezuvjetno imati pravo na popravljivanje štete i na isplatu pravične novčane naknade kao jednog od oblika popravljivanja štete. To će pravo radnik ostvariti samo ako sud nađe da težina i okolnosti slučaja to opravdavaju.

Vidjeli smo da je st. 2. čl. 103. ZR-a propisano da pravo na naknadu štete iz st. 1. se odnosi i na štetu koju je poslodavac uzrokovao radniku povredom njegovih prava iz radnog odnosa. Radnik dakle, ima pravo na naknadu štete koja mu je nastala povredom njegovih prava iz radnog odnosa. To se može odnositi i na imovinsku i na neimovinsku štetu time da su do sada u praksi najčešće bili zastupljeni slučajevi naknade imovinske štete. Primjerice, kad je zbog poslodavčeve nezakonite odluke radniku uskraćeno pravo na jubilarnu nagradu, regres za godišnji odmor i sl.

9. ZAKLJUČAK

Kao što je iz rada vidljivo, široka primjena odredbi ZOO-a kod rješavanja pojedinih pitanja u vezi s ugovorom o radu, nije prisutna samo jer što je radni odnos ugovorni odnos, već i zbog toga što što ZR upućuje na supsidijarnu primjenu odredbi obveznog prava kod sklapanja, valjanosti, prestanka i drugih pitanja u vezi s ugovorom o radu, a koje nije uređeno tim ili drugim zakonom. Budući da je radni odnos ugovorni odnos, logično je da se na situacije sklapanja, promjene i prestanka ugovora na temelju suglasnih volja ugovornih strana, primjenjuju odgovarajuće odredbe ZOO-a.

Pored toga, ZR kod pojedinih instituta kao što je, primjerice pitanje odgovornost za štetu, izravno upućuje na pravila obveznog prava.

Pravila ZOO-a u vezi s ugovorom o radu primjenjujemo i pri računanju rokova koje propisuje ZR jer taj Zakon svojim odredbama ne regulirala računanje rokova. Primjenjuje se i institut stjecanja bez osnove kad je jedna od ugovornih strana stekla imovini druge, a taj prijelaz nema osnove u nekom pravnom poslu, odluci suda ili zakonu ili kad je ta osnova kasnije otpala.

Premda smo se u ovom radu bavili isključivo ugovorom o radu i ZOO-om, napominjemo da se odredbe tog Zakona primjenjuju i kod pojedinih pitanja kolektivnih ugovora. Dakle, odredbe ZOO-a, nezaobilazne su nam i kod individualnih i kod kolektivnih radnih odnosa i stoga im se u radnom pravu opravdano pridaje veliki značaj.

Summary

EMPLOYMENT CONTRACT AND CIVIL OBLIGATIONS ACT

In this paper the application of articles of Civil Obligations Act in relation to the employment contract is presented. All the aspects of the employment contract, from formation while the termination of contract in relation to Civil Obligations Act are given. Some instituts like responsibility for damages, deadlines and so on are also analyses and explained. Tihs paper also presents court practise related to institutes of labor law and Civil Obligation Act.

Keywords: *employment contract, Civil Obligations Act, formation employment contract, termination of labour contract, labor law.*

Zusammenfassung

DER ARBEITSVERTRAG IM LICHT DES GESETZES ÜBER SCHULDVERHÄLTNISSE

Diese Arbeit setzt sich mit der Anwendung von den Bestimmungen des Gesetzes über Schuldverhältnisse in Punkten, die den Arbeitsvertrag anbelangen, auseinander. In diesem Zusammenhang werden jegliche Fragen des Arbeitsvertrags behandelt: von der Vertragsabschließung, -Änderung bis zum Vertragsende, wobei Rücksicht auf Aspekte, die durch das Gesetz über Schuldverhältnisse geregelt werden, genommen wird. Die Anwendung dieser Bestimmungen sei auch ausschlaggebend für einzelne in Verbindung zum Arbeitsvertrag stehende Rechtinstitute, wie grundlosen Erwerb, Fristensetzung, Haftung für Schaden, der durch die Arbeitsvertragsleistung entstanden ist. Ein tieferer Blick in diese Problematik wird durch die relevante Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und einigen Landgerichten geboten. Die Praxis bezeugt, dass die Bestimmungen des Gesetzes über Schuldverhältnisse in großem Maße angewendet werden.

Schlüsselwörter: *Arbeitsvertrag, Gesetz über Schuldverhältnisse, Vertragsabschließung des Arbeitsvertrags, Vertragsende des Arbeitsvertrags, Arbeitsrecht.*

Riassunto

IL CONTRATTO DI LAVORO E LA LEGGE SUI RAPPORTI D'OBBLIGAZIONE

Nel presente contributo si illustra e si analizza l'applicazione delle disposizioni della legge sui rapporti di obbligazione in rapporto alle questioni che si presentano con riferimento al contratto di lavoro. Vengono trattati tutti gli aspetti del contratto di lavoro, partendo dalla conclusione del medesimo, attraverso le sue modifiche e fino alla cessazione di tale contratto e prestando particolare attenzione per le questioni che vengono risolte mediante l'applicazione della legge sui rapporti di obbligazione. Oltre a ciò, l'applicazione di tali norme è rilevante anche con riguardo a singoli istituti giuridici collegati al contratto di lavoro, come nel caso dell'arricchimento senza causa, del calcolo dei termini e della responsabilità per il danno sorto in occasione dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro. Rispetto a tutte le questioni che vengono trattate, s'illustra altresì la giurisprudenza con l'intento di interpretare gli orientamenti della Corte Suprema e delle Corti d'appello, come pure al fine di dimostrare che le disposizioni della legge sui rapporti di obbligazione vengono largamente utilizzate nella prassi per la risoluzione di singole questioni connesse al contratto di lavoro.

Parole chiave: *contratto di lavoro, legge sui rapporti di obbligazione, conclusione del contratto di lavoro, cessazione del contratto di lavoro, diritto di lavoro.*

POJEDINAČNA ODLUKA KAO PRETPOSTAVKA OCJENE ZAKONITOSTI OPĆEG AKTA U OBJEKTIVNOM UPRAVNOM SPORU

Sanja Otočan, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 35.077.2
Ur.: 15. siječnja 2016.
Pr.: 3. veljače 2016.
Stručni rad

Sažetak

U radu se razmatraju učinci novoga hrvatskog modela kontrole zakonitosti općih akata javnopravnih tijela kroz analizu utjecaja zakonskih pretpostavki za pokretanje postupka ocjene zakonitosti općih akata vezanih uz pojedinačnu odluku javnopravnog tijela na postizanje cilja objektivnog upravnog spora. Rad se bavi usporedbom ustavnosudske i upravnosudske kontrole zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu. Na temelju analize postojećega zakonskog uređenja pretpostavki za pokretanje objektivnog upravnog spora i prakse Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u proteklom četverogodišnjem razdoblju pokušava se odgovoriti na pitanje je li hrvatski sustav objektivnog upravnog spora (na normativnoj razini i u praktičnoj primjeni) takav da osigurava ostvarenje cilja te vrste sudske kontrole zakonitosti općih akata.

Ključne riječi: *objektivni upravni spor, pretpostavke za pokretanje objektivnog upravnog spora, pojedinačna odluka.*

1. UVOD

Od uvođenja objektivnog upravnog spora u hrvatski pravni poredak, u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj javnosti kontinuirano se naglašavaju svrha i važnost ove vrste sudske kontrole zakonitosti općih akata javnopravnih tijela te se ukazuje na ulogu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Visoki upravni sud) u ostvarenju povjerene mu zadaće. Praksa Visokog upravnog suda nastala u četverogodišnjem razdoblju postupanja u objektivnom upravnom sporu daje dovoljnu podlogu za analizu učinaka novoga hrvatskog modela kontrole zakonitosti općih akata. U tu svrhu prije svega treba pronaći odgovor na

pitanje je li praksa Visokog upravnog suda u protekle četiri godine bila u funkciji ostvarivanja cilja te vrste upravnog spora - zaštite objektivne zakonitosti. Cilj je ovoga rada objasniti utjecaj zakonskih pretpostavki za pokretanje postupka ocjene zakonitosti općih akata vezanih uz pojedinačnu odluku javnopravnog tijela na postizanje primarnog (ali i sekundarnog) cilja objektivnog upravnog spora u Republici Hrvatskoj i ukazati na određene probleme, kako u postojećem zakonskom uređenju, tako i u tumačenju i primjeni mjerodavnih odredaba kojima su propisane pretpostavke za pokretanje postupka te odredaba kojima je Visokom upravnom sudu dana ovlast pokretanja ove vrste upravnog spora po službenoj dužnosti. Naposljetku, u radu će biti predložena neka moguća rješenja uočenih problema.

2. OBJEKTIVNI UPRAVNI SPOR

Zakonom o upravnim sporovima¹ (u daljnjem tekstu: ZUS) koji je stupio na snagu 1. siječnja 2012. godine, u hrvatski pravni poredak uveden je objektivni upravni spor čiji je predmet ocjena zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu. Temeljni je cilj objektivnog upravnog spora zaštita objektivnog pravnog poretka. S druge strane, gledajući sa stajališta zaštite subjektivnih prava fizičkih i pravnih osoba, ishod objektivnog upravnog spora može utjecati i na subjektivna prava podnositelja zahtjeva povrijeđena primjenom nezakonitog općeg akta.

Unatoč nedorečenosti Konačnog prijedloga ZUS-a² u dijelu koji se odnosi na objektivni upravni spor, posve je jasna intencija zakonodavca da odredbama o objektivnom upravnom sporu popuni dotadašnju pravnu prazninu u jednom važnom pravnom području na način koji će omogućiti ostvarivanje primarne svrhe objektivnog upravnog spora. S tim je ciljem ZUS propisao nadležnost Visokog upravnog suda za ocjenu zakonitosti općih akata.

Ubrzo nakon donošenja ZUS-a, neki autori su isticali da institut objektivnog upravnog spora koji je uveden u hrvatski pravni poredak „predstavlja kvalitativni pomak u zaštiti pojedinačnih prava i s tim u vezi osiguranja jedinstva pravnog poretka.“³ Drugi su smatrali da je „dopuštenost osporavanja općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba koje imaju javnu ovlast i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu od iznimne važnosti za uspostavu formalne i materijalne zakonitosti pravnih propisa u Hrvatskoj, koja je tek po donošenju novoga ZUS-a postala potpuna.“⁴

1 Zakon o upravnim sporovima, „Narodne novine“ 20/10.

2 Konačni prijedlog Zakona o upravnim sporovima, P.Z.E. br. 378 od 28. prosinca 2009., www.sabor.hr

3 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 Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012, str. 322.

4 Đerđa, Dario; Šikić, Marko, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Zagreb, 2012., str. 97.

Nakon četverogodišnjeg razdoblja primjene instituta objektivnog upravnog spora u Republici Hrvatskoj u kojemu su se iskristalizirala najvažnija stajališta Visokog upravnog suda u toj vrsti upravnosudske kontrole zakonitosti općih akata, može se ocijeniti uspješnost novoga hrvatskog modela kontrole zakonitosti općih akata.

Imajući na umu praksu Visokog upravnog suda u protekle četiri godine,⁵ danas je teže prihvatiti tvrdnju o kvalitativnom pomaku u sudskoj zaštiti u području kontrole općih akata no što je to bilo u vrijeme pisanja rada u kojemu je gore citirana tvrdnja izrečena.⁶ Naime, neka normativna rješenja ZUS-a, sagledavana zajedno s dosadašnjom praksom Visokog upravnog suda ne pružaju podlogu za takvu ocjenu.

Razlozi uvođenja objektivnog upravnog spora u hrvatski pravni poredak, odnosno očekivani rezultati novoga zakonskog uređenja toga pravnog instituta upućuju na nužnost usporedbe situacije prije i nakon stupanja na snagu ZUS-a kojim je taj model uveden, nakon čega će biti moguće izvući zaključak je li zakonskom regulacijom instituta,⁷ odnosno praksom Visokog upravnog suda, postignut cilj koji se želio postići.

3. OCJENA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI OPĆIH AKATA JAVNOPRAVNIH TIJELA PRED USTAVNIM SUDOM REPUBLIKE HRVATSKE DO 1. SIJEČNJA 2012.

Do 2012. godine u Republici Hrvatskoj nije postojala sudska kontrola zakonitosti općih akata javnopravnih tijela. Negativne posljedice takve pravne situacije nastojao je ublažiti Ustavni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) kroz ocjenu ustavnosti i zakonitosti općih akata javnopravnih tijela koji su se mogli podvesti pod pojam „drugog propisa“ u smislu članka 125. alineje 2. Ustava Republike Hrvatske.^{8,9}

Međutim, s obzirom na činjenicu da je ustavnosudska kontrola ustavnosti i zakonitosti općih akata javnopravnih tijela izostajala u svim onim slučajevima u kojima osporavani opći akt nije bilo moguće podvesti pod pojam „drugog propisa“, veliki broj općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu ostao je izvan bilo kakve kontrole.¹⁰

5 Od 1. siječnja 2012. do 31. prosinca 2015. Visoki upravni sud zaprimio je 896 predmeta ocjene zakonitosti općih akata od čega je riješio 852 predmeta.

6 Prosinac 2011. godine.

7 Konkretno, propisivanjem pretpostavke koja se tiče pojedinačne odluke javnopravnog tijela utemeljene na osporavanom općem aktu.

8 Ustav Republike Hrvatske, “Narodne novine”, 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14. - odluka Ustavnog suda broj: SuP-O-1/2014 od 14. siječnja 2014.

9 Takvo postupanje Ustavnog suda Omejec i Banić nazivaju postupanjem po načelu „nužde.“ Omejec, Banić, op. cit. (bilj. 3), str. 311., 313.

10 Opširnije o tome, ibid., str. 315.

U slučajevima u kojima je predmet osporavanja pred Ustavnim sudom bio opći akt sa značajkama „drugog propisa“, dopuštenost prijedloga za ocjenu ustavnosti i zakonitosti takva općeg akta Ustavni sud je ocjenjivao primjenjujući odredbe Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske¹¹ (u daljnjem tekstu: Ustavni zakon) kojima su bile propisane pretpostavke za podnošenje prijedloga za ocjenu ustavnosti i zakonitosti „drugog propisa“, a koje nisu bitno ograničavale pristup Ustavnom sudu u toj vrsti ustavnosudske kontrole.¹²

Polazeći od ovlaštenika podnošenja prijedloga za ocjenu suglasnosti „drugih propisa“ s Ustavom i zakonom,¹³ kao i svrhe apstraktne ustavnosudske kontrole, u teoriji prevladava stajalište kako se prijedlog za ocjenu ustavnosti i zakonitosti može smatrati svojevrsnom *actio popularis*,¹⁴ dakle, pravnim sredstvom koje je dostupno svima, neovisno o postojanju pravnog interesa podnositelja prijedloga za traženje ustavnosudske zaštite.¹⁵ S druge strane, Ustavni sud može i sam pokrenuti takav postupak.¹⁶

Od ostalih je postupovnih pretpostavki važno spomenuti još jednu koja uvelike utječe na ishod ustavnosudskog postupka apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti propisa pa tako i općih akata koje je Ustavni sud, u pravilu, podvodio pod pojam „drugog propisa.“ Naime, Ustavni sud ocjenjuje ustavnost i zakonitost „drugih propisa“ koji su na snazi u vrijeme odlučivanja, a samim time i u vrijeme podnošenja prijedloga za ocjenu njihove ustavnosti i zakonitosti. Ipak, postoje dvije situacije u kojima Ustavni sud može ocjenjivati ustavnost i zakonitost „drugog propisa“ iako je propis prestao važiti. Takvu mogućnost Ustavni zakon daje Ustavnom sudu u situaciji u kojoj je prijedlog za ocjenu ustavnosti i zakonitosti „drugog propisa“ podnesen u roku od godinu dana od prestanka važenja osporavanog propisa¹⁷ te u situaciji u kojoj je postupak za ocjenu suglasnosti „drugih propisa“ s Ustavom i zakonom pokrenut pred Ustavnim sudom, a taj propis nadležno tijelo ukine ili izmijeni prije okončanja postupka pred Ustavnim sudom. U takvom slučaju Ustavni sud dovršava pokrenuti postupak.¹⁸

11 Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, „Narodne novine“, 99/99., 29/02. i 49/02. – pročišćeni tekst.

12 Člankom 19. Ustavnog zakona propisane su opće pretpostavke koje se odnose na sadržaj podnesaka upućenih Ustavnom sudu.

13 Prema članku 38. stavku 1. Ustavnog zakona, svaka fizička i pravna osoba ima pravo predložiti pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti zakona s Ustavom i ocjenu suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom.

14 Omejec, Jasna, O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja, Hrvatsko ustavno sudovanje, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Okrugli stol, Zagreb, 2009., str. 88.

15 Suprotno: Ljubić, Dubravko, Karakter prijedloga iz članka 38. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 4/2014., str. 810.

16 Članak 38. stavak 2. Ustavnog zakona.

17 Članak 56. stavak 1. Ustavnog zakona.

18 Članak 57. stavak 1. Ustavnog zakona.

U predmetima u kojima su bile ispunjene postupovne pretpostavke za meritorno odlučivanje, Ustavni sud je provodio kontrolu, ne samo zakonitosti, već i ustavnosti općih akata. U slučaju utvrđenja nesuglasnosti osporavanog općeg akta s Ustavom i/ili zakonom takav akt stavlja se izvan snage.

Rezimirajući naprijed navedeno, može se zaključiti da su do stupanja na snagu ZUS-a, sve fizičke i pravne osobe imale neograničen pristup apstraktnoj ustavnosudskoj kontroli ustavnosti i zakonitosti općih akata javnopravnih tijela koji su se mogli podvesti pod pojam „drugog propisa.“ Ukoliko je stranka iskoristila pravo podnošenja prijedloga, Ustavni sud je, u pravilu ulazio u ocjenu ustavnosti i zakonitosti osporavanog općeg akta. Ishod toga postupka ovisio je o rezultatu ocjene. Ako Ustavni sud utvrdi nesuglasnost općeg akta s Ustavom i zakonom, došlo bi do njegova uklanjanja iz pravnog poretka, a podnositelju prijedloga bilo je omogućeno pokretanje postupka za otklanjanje pravnih učinaka pojedinačne odluke utemeljene na općem aktu koji je u ustavnosudskom postupku stavljen izvan snage.¹⁹ Takva je situacija, koju je Ustavni sud stvorio rukovodeći se načelom „nužde“,²⁰ sasvim sigurno polučila pozitivne rezultate u zaštiti načela ustavnosti i zakonitosti odnosno vladavine prava.

4. OCJENA ZAKONITOSTI OPĆIH AKATA JAVNOPRAVNIH TIJELA PRED VISOKIM UPRAVNIM SUDOM REPUBLIKE HRVATSKE

Kontrola zakonitosti općih akata u postupku pred Visokim upravnim sudom u objektivnom upravnom sporu može se podijeliti na apstraktnu i konkretnu kontrolu. Apstraktnu kontrolu općih akata, koja se provodi neovisno o postojanju pojedinačne odluke javnopravnog tijela donesene na temelju osporavanog općeg akta, Visoki upravni sud provodi u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti (*ex offio*), na temelju obavijesti građana, pučkog pravobranitelja ili na zahtjev suda.²¹ Za razliku od navedenog, postupak konkretne kontrole zakonitosti općeg akta vezan je uz postojanje pojedinačne odluke donesene na temelju općeg akta koji je predmet kontrole. Drugim riječima, bez pojedinačne odluke donesene na temelju općeg akta koji je predmet konkretne kontrole, ocjena zakonitosti općeg akta nije dopuštena. Takva se kontrola, prema ZUS-u, provodi u povodu zahtjeva fizičke ili pravne osobe ili skupine osoba povezanih zajedničkim interesom.

¹⁹ Članak 58. stavci 2., 3. i 4. Ustavnog zakona.

²⁰ Neki autori smatraju da se nadležnost Ustavnog suda za ocjenu ustavnosti i zakonitosti „drugih propisa“ protezala i na opće akte javnopravnih tijela te da nije bilo potrebe za uspostavljanjem načela „nužde“. Staničić, Frane; Đanić, Ana, *Ocjena ustavnosti i zakonitosti općih akata u hrvatskom pravu i praksa Visokog upravnog suda Republike Hrvatske*, Hrvatska i komparativna javna uprava, god. 14. (2014), br. 4, str. 967.

²¹ Članak 83. stavak 2. ZUS-a.

5. PRETPOSTAVKE ZA POKRETANJE POSTUPKA KONKRETNE KONTROLE ZAKONITOSTI OPĆIH AKATA

Pretpostavke za ocjenu zakonitosti općih akata u objektivnom upravnom sporu koji se pokreće na zahtjev stranke moguće je podijeliti u nekoliko skupina:

- pretpostavke koje se odnose na osporavani opći akt²²
- pretpostavke koje se odnose na podnositelja zahtjeva²³
- pretpostavke koje se odnose na sadržaj zahtjeva²⁴
- pretpostavke koje se odnose na pojedinačnu odluku javnopravnog tijela utemeljenu na osporavanom općem aktu.

Ostavljajući po strani pretpostavke koje se odnose na podnositelja zahtjeva, zatim one koje se odnose na osporavani opći akt i sadržaj zahtjeva za pokretanje postupka za ocjenu zakonitosti općeg akta, ovdje ćemo se baviti samo pojedinačnom odlukom kao pretpostavkom za pokretanje objektivnog upravnog spora.

6. POJEDINAČNA ODLUKA JAVNOPRAVNOG TIJELA

Člankom 83. stavkom 1. ZUS-a propisano je:

„Članak 83.

- (1) Postupak ocjene zakonitosti općeg akta Visoki upravni sud 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. Zahtjev se podnosi u roku od 30 dana od dostave odluke“

Dakle, prema navedenoj zakonskoj odredbi, jedna od temeljnih pretpostavki za pokretanje objektivnog upravnog spora na zahtjev stranke postojanje je pojedinačne odluke javnopravnog tijela koja se temelji na općem aktu.

Cjelokupna koncepcija objektivnog upravnog spora u Republici Hrvatskoj koji se pokreće na zahtjev stranke zasnovana je na postojanju pravnog interesa za podnošenje zahtjeva kojeg podnositelj zahtjeva dokazuje pojedinačnom odlukom donesenom na temelju osporavanog općeg akta. Pravne posljedice ukidanja općeg akta također se vezuju uz pojedinačnu odluku utemeljenu na osporavanom općem aktu. Prema članku 87. ZUS-a, podnositelj u povodu čijeg zahtjeva je Visoki upravni sud ukinuo osporavani opći akt ima pravo podnijeti nadležnom javnopravnom tijelu zahtjev za izmjenu pojedinačne odluke javnopravnog tijela kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes.²⁵ Intencija ovakve odredbe je da se podnositelju

22 Članak 3. stavak 2. i članak 85. stavak 1. točke 1., 2. i 3. ZUS-a.

23 Članak 83. stavak 1. ZUS-a.

24 Članak 84. stavak 1. ZUS-a.

25 Zahtjev za izmjenu pojedinačne odluke javnopravnog tijela koja je utemeljena na ukinutom općem aktu podnosi se uz odgovarajuću primjenu odredaba o obnovi upravnog postupka. Rok za podnošenje zahtjeva je tri mjeseca od dana objave presude Visokog upravnog suda u „Narodnim novinama.“

zahtjeva kojemu je pojedinačnom odlukom javnopravnog tijela, donesenom na temelju nezakonitog općeg akta, omogućiti pravni položaj u kojemu se nalazio prije donošenja pojedinačne odluke, odnosno primjene nezakonitog općeg akta.

Analizirajući dosadašnju praksu Visokog upravnog suda u objektivnom upravnom sporu, mogu se uočiti razlike u postupanju s predmetima koje je Visokom upravnom sudu ustupio Ustavni sud²⁶ i predmetima u kojima je zahtjev podnesen Visokom upravnom sudu.

U predmetima koje je Ustavni sud ustupio Visokom upravnom sudu, rješenjem, broj: U-II-5157/2005 i dr. od 5. ožujka 2012.,²⁷ Visoki upravni sud nije ispitivao postupovne pretpostavke propisane ZUS-om koje se odnose na pojedinačnu odluku utemeljenu na osporavanom općem aktu. Drugim riječima, Visoki upravni sud nije smatrao zaprekom za meritorno odlučivanje o zahtjevu nepostojanje pojedinačne odluke javnopravnog tijela utemeljene na osporavanom općem aktu, već je takve podneske (ukoliko su bile ispunjene ostale pretpostavke propisane ZUS-om) smatrao dopuštenim zahtjevima za ocjenu zakonitosti općeg akta.²⁸

S druge strane, u postupcima koji se vode po zahtjevima stranaka podnesenim Visokom upravnom sudu kao i onima podnesenima Ustavnom sudu nakon 1. siječnja 2012., a koje je Ustavni sud ustupao Visokom upravnom sudu nakon 5. ožujka 2012., ocjena Visokog upravnog suda o dopuštenosti zahtjeva ovisi (između ostalog) o postojanju pojedinačne odluke javnopravnog tijela utemeljene na osporavanom općem aktu i o tome je li zahtjev podnesen u zakonom propisanom roku od dostave pojedinačne odluke.

Ako uz zahtjev za ocjenu općeg akta nije priložena pojedinačna odluka javnopravnog tijela koja se temelji na osporavanom općem aktu, Visoki upravni sud poziva podnositelja da otkloni nedostatak na način da dostavi pojedinačnu odluku i dokaz da zahtjev podnosi u roku, uz upozorenje na posljedice propuštanja.²⁹ Ako

26 Budući da je od 1. siječnja 2012. godine Visoki upravni sud nadležan za odlučivanje o zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba koje imaju javnu ovlast i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu, Ustavni sud je rješenjem, broj: U-II-5157/2005 i dr. od 5. ožujka 2012. svoje neriješene predmete u kojima se osporava zakonitost općih akata iz članka 3. stavka 2. u vezi s člankom 12. stavkom 3. točkom 2. ZUS-a ustupio na rješavanje Visokom upravnom sudu.

27 Ustavni sud ustupio je Visokom upravnom sudu 188 takvih predmeta.

28 Npr., presude, poslovni broj: Usoz-16/2012-9 od 24. travnja 2013., poslovni broj: Usoz-86/2012-8 od 24. travnja 2013., poslovni broj: Usoz-95/2012-7 od 24. travnja 2013., poslovni broj: Usoz-108/2012-12 od 24. travnja 2013., poslovni broj: Usoz-90/2012-6 od 21. svibnja 2013., poslovni broj: Usoz-113/2012-6 od 21. svibnja 2013., poslovni broj: Usoz-129/2012-6 od 21. svibnja 2013.

29 Rješenje kojim se podnositelj poziva na dopunu zahtjeva donosi se odgovarajućom primjenom članka 29. ZUS-a koji glasi:

„Članak 29.

(1) Ako tužba ne sadržava propisane dijelove ili je nerazumljiva, pozvat će se tužitelj da u određenom roku otkloni nedostatke tužbe i upozorit će se na posljedice koje će nastati ako ne postupi po traženju suda.

(2) Ako tužitelj u ostavljenom roku ne otkloni naznačene nedostatke tužbe, a oni su takvi da sprječavaju rad suda, sud će rješenjem odbaciti tužbu kao neurednu, ako ne nađe da

podnositelj zahtjeva ne dostavi Sudu pojedinačnu odluku javnopravnog tijela koja se temelji na osporavanom općem aktu, zahtjev će biti odbačen.³⁰ Isti se ishod, u pravilu, može očekivati i u slučaju u kojemu podnositelj zahtjeva, nakon poziva Suda da dostavi pojedinačnu odluku, obavijesti Sud da ne posjeduje takvu odluku, zbog čega predlaže da se njegov zahtjev smatra inicijativom za pokretanje postupka po službenoj dužnosti.³¹ Inzistiranje na pojedinačnoj odluci i odbacivanje zahtjeva u takvoj situaciji neki autori smatraju pretjerano formalističkim pristupom.³²

7. VRSTA POJEDINAČNE ODLUKE

Polazeći od mjerodavnih odredaba ZUS-a koje zahtijevaju postojanje pravnog interesa stranke za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta, a koji se dokazuje pojedinačnom odlukom donesenom na temelju osporavanog općeg akta, čini se da ZUS ne ostavlja prostora Visokom upravnom sudu za ekstenzivno tumačenje pojma pojedinačne odluke koje bi omogućilo širi doseg upravnosudske kontrole zakonitosti općih akata u objektivnom upravnom sporu. Mjerodavne odredbe ZUS-a³³ upućuju na zaključak da pojedinačnim odlukama valja smatrati odluke javnopravnih tijela, kojima se u smislu ZUS-a smatraju tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javnu ovlast i pravne osobe koje obavljaju javnu službu (pružatelji javnih usluga). Pored jasnog i nedvosmislenog određenja donositelja pojedinačne odluke, dodatnu jasnoću pruža odredba članka 87. ZUS-a kojom je propisan pravni put za otklanjanje pravnih učinaka pojedinačne odluke utemeljene na ukinutom (nezakonitom) općem aktu. Prema navedenoj zakonskoj odredbi, u slučaju ukidanja općeg akta, podnositelj zahtjeva iz članka 83. stavka 1. ZUS-a ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom javnopravnom tijelu za izmjenu pojedinačne odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes odgovarajućom primjenom odredaba o obnovi upravnog postupka. Teško je pronaći argumente koji bi opravdali postupanje prema odredbama o obnovi upravnog postupka u stvari koja nije upravna³⁴ ili pred tijelom koje nije javnopravno tijelo u smislu članka 2. stavka

je osporena pojedinačna odluka ništava ili upravni ugovor ništetan. Protiv tog rješenja dopuštena je žalba.“

- 30 Npr. rješenja Visokog upravnog suda, poslovni broj: Usoz-187/2012-6 od 21. svibnja 2013., poslovni broj: Usoz-15/2013-5 od 28. ožujka 2014., poslovni broj: Usoz-205/2012-6 od 29. travnja 2014.
- 31 Takvu inicijativu Visoki upravni sud, u pravilu, ne prihvaća. Samo u tri takva slučaja Sud je prihvatio inicijativu i pokrenuo postupak po službenoj dužnosti (presude, poslovni broj: Usoz-103/2014-7 od 27. veljače 2015., poslovni broj: Usoz-321/13-5 od 30. lipnja 2015. i poslovni broj: Usoz-322/13-5 od 30. lipnja 2015.).
- 32 Crnković, Mateja, Objektivni upravni spor u hrvatskom i poredbenom pravu, doktorski rad, Pravni fakultet u Zagrebu, 2015., str. 224.
- 33 Članak 83. stavak 1. i članak 2. stavak 2. ZUS-a.
- 34 Zakon o općem upravnom postupku, „Narodne novine“, 47/09., u članku 2. definira pojam upravne stvari, zapisujući:

2. ZUS-a odnosno članka 1. Zakona o općem upravnom postupku (u daljnjem tekstu: ZUP).³⁵ Navedeni razlozi doveli su do prevladavajućeg stajališta u Visokom upravnom sudu da se pojedinačnom odlukom u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a mogu smatrati isključivo odluke koje donose javnopravna tijela kada odlučuju u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona i rješavaju u upravnim stvarima.³⁶ To, dakako, ne isključuje razmišljanja o mogućim drugačijim rješenjima *de lege ferenda*, koja bi mogla doprinijeti široj upravnosudskoj kontroli općih akata kroz institut objektivnog upravnog spora u Republici Hrvatskoj.³⁷

Dosadašnja praksa Visokog upravnog suda pokazuje da norma o pojedinačnoj odluci javnopravnog tijela u značajnoj mjeri utječe na pristup sudu u ovoj vrsti upravnog spora te, zajedno s ostalim pretpostavkama za podnošenje zahtjeva, utječe ne samo na omjer odbačenih i meritorno riješenih zahtjeva,³⁸ već ima za posljedicu onemogućavanje kontrole zakonitosti odnosno uklanjanja iz pravnog poretka velikog broja nezakonitih općih akata.

Polazeći od stajališta Ustavnog suda izraženog u rješenju kojim je svoje neriješene predmete u kojima se osporavala zakonitost općih akata ustupio na rješavanje Visokom upravnom sudu,³⁹ Visoki upravni sud smatra općim aktima koji podliježu njegovoj ocjeni u objektivnom upravnom sporu eksterne i interne, općenormativne, pravno obvezujuće, javno objavljene akte koje na temelju zakonske ovlasti donose nadležna tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima i pravne osobe koje obavljaju javnu službu radi uređenja pojedinih pitanja, koji uređuju odnose na općenit način te djeluju prema svima koji se nađu u pravnoj situaciji da se na njih takav akt ima primijeniti.⁴⁰

Problem koji nastaje uslijed restriktivnog pristupa u propisivanju i tumačenju pojma pojedinačne odluke, kao pretpostavke za pokretanje postupka konkretne kontrole zakonitosti u objektivnom upravnom sporu moguće je ilustrirati na primjerima općih akata koje donose jedinice lokalne i područne (regionalne)

„Članak 2.

(1) Upravnom stvari smatra se svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka (...) neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje.

(2) Upravnom stvari smatra se i svaka stvar koja je zakonom određena kao upravna stvar.“

35 Zakon o općem upravnom postupku „Narodne novine“, 47/09.

36 Takvo se stajalište dosljedno zastupa i u praksi Suda.

37 Vezmar, Barlek, Inga, Aktualna pitanja ocjene zakonitosti općih akata, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 36, br. 1, (2015) str. 551-552.

38 Prema podacima Visokog upravnog suda, od 1. siječnja 2012. do 1. siječnja 2016. odbačen je 241 zahtjev, dok je u istom razdoblju meritorno odlučeno o 47 zahtjeva.

39 Vidi bilj. 26.

40 Prema stajalištu Ustavnog suda izraženom u rješenju, broj: U-II-5157/2005 i dr. od 5. ožujka 2012., kontrola zakonitosti statuta jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, zbog njihove važnosti za ostvarenje Ustavom zajamčenog prava građana na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu, izuzeta je iz nadležnosti Visokog upravnog suda te ju neposredno provodi Ustavni sud u okviru kontrole ustavnosti i zakonitosti iz članka 125. alineje 2. Ustava.

samouprave u svom samoupravnom djelokrugu. Samoupravni djelokrug jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, određen Ustavom⁴¹ i zakonom,⁴² govori o njegovoj izuzetnoj širini, dok područja koja obuhvaća ukazuju na važnost njihova uređenja. Na temelju općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave donose se različiti pojedinačni akti koji utječu na prava i obveze odnosno pravne interese građana ili, pak, zadiru u javni interes. Međutim, dio tih pojedinačnih akata zbog različitih razloga nije moguće podvesti pod pojam pojedinačne odluke u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a. Pored toga, postoje situacije u kojima se i bez donošenja pojedinačnog akta, određenim postupanjem javnopravnih tijela ne temelju općeg akta, zadire u prava i obveze građana ili u javni interes. S obzirom na navedeno, teško je opravdati postojeće odredbe ZUS-a koje sužavaju sudsku kontrolu zakonitosti općih akata u povodu zahtjeva stranke na način da je takva kontrola dopuštena samo u slučaju postojanja upravnog akta donesenog primjenom općeg akta koji je predmet kontrole.

Primjenjujući kriterije za određivanje pojma pojedinačne odluke na konkretne slučajeve, Visoki upravni sud je ocijenio da nisu pojedinačne odluke javnopravnog tijela u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a:

- odluka o raspisivanju natječaja za predstojnika područnih ureda Hrvatskog zavoda za zapošljavanje⁴³
- natječaj za imenovanje predstojnika područnih ureda Hrvatskog zavoda za zapošljavanje⁴⁴
- lista prioriteta za dodjelu stanova u najam⁴⁵
- lista odbijenih zahtjeva za uvrštenje na listu prioriteta⁴⁶
- prijedlog za ovrhu Gradskog komunalnog trgovačkog društva⁴⁷
- zaključak o davanju u zakup sportske građevine (akt kojim grad daje u zakup javnu sportsku građevinu u svom vlasništvu)⁴⁸

41 Prema članku 129.a stavcima 1. i 2. Ustava, samoupravni djelokrug općina i gradova obuhvaća uređenje naselja i stanovanja, prostorno i urbanističko planiranje, komunalne djelatnosti, brigu o djeci, socijalnu skrb, primarnu zdravstvenu zaštitu, odgoj i osnovno obrazovanje, kulturu, tjelesnu kulturu i sport, tehničku kulturu, zaštitu potrošača, zaštitu i unapređenje prirodnog okoliša, protupožarnu i civilnu zaštitu, a samoupravni djelokrug županija obuhvaća školstvo, zdravstvo, prostorno i urbanističko planiranje, gospodarski razvoj, promet i prometnu infrastrukturu te planiranje i razvoj mreže obrazovnih, zdravstvenih, socijalnih i kulturnih ustanova.

42 Isto propisuju članci 19., 19a. i 20. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi („Narodne novine“, 33/01., 60/01. - Vjerodostojno tumačenje, 129/05., 109/07., 125/08., 36/09., 150/11., 144/12. i 19/13. – pročišćeni tekst).

43 Rješenje, poslovni broj: Usoz-206/2012-7 od 28. ožujka 2014.

44 Rješenje, poslovni broj: Usoz-206/2012-7 od 28. ožujka 2014.

45 Rješenje, poslovni broj: Usoz-313/13-5 od 25. ožujka 2015.

46 Rješenje, poslovni broj: Usoz-313/13-5 od 25. ožujka 2015.

47 Rješenje, poslovni broj: Usoz-35/14-5 od 30. lipnja 2015.

48 Rješenje, poslovni broj: Usoz-38/14-5 od 26. siječnja 2015. koje je utemeljeno na stajalištu da se odluke gradonačelnika o zakupu građevina u vlasništvu gradova ne donose u upravnom postupku, niti su upravni akti kojima se rješava u nekoj upravnoj stvari, već je riječ o aktima raspolaganja imovinom.

- zaključak o dodjeli poslovnog prostora na korištenje (akt kojim grad daje na korištenje poslovni prostor u svom vlasništvu)⁴⁹
- odluka Upravnog vijeća Veleučilišta kojom se podnositelj zahtjeva razrješuje dužnosti dekana toga Veleučilišta⁵⁰
- obavijest o rezultatima natječaja za imenovanje ravnatelja ustanove⁵¹
- odluka o imenovanju ravnatelja ustanove⁵²
- mišljenje Ministarstva zaštite okoliša i prirode⁵³ i
- sudske presude.^{54,55}

Iz navedenih primjera nije teško uočiti kako se na temelju općih akata javnopravnih tijela donose različiti pojedinačni akti kojima mogu biti povrijeđena prava i pravni interesi fizičkih i pravnih osoba, ali i šire društvene zajednice, a koji zbog preusko određenog pojma pojedinačne odluke iz članka 83. stavka 1. ZUS-a onemogućavaju kontrolu zakonitosti općih akata na temelju kojih su doneseni, što u konačnici, može otvoriti prostor za različite manipulacije i zlouporabe.

Zakonske pretpostavke za pokretanje objektivnog upravnog spora dovele su do zanimljivog tijeka i ishoda postupka u predmetu koji se našao pred Visokim upravnim sudom u povodu jednog od zahtjeva za ocjenu zakonitosti Odluke o autotaksi prijevozu u cestovnom prometu Grada Dubrovnika.⁵⁶ Podnositelj je osporavao odredbe Odluke o autotaksi prijevozu kojima je bilo ustrojeno tijelo za praćenje rada autotaksi prijevoznika⁵⁷ i određena njegova nadležnost koja je, pored izricanja novčanih kazni za prekršaje, obuhvaćala i donošenje odluke o privremenom oduzimanju dozvole za obavljanje autotaksi prijevoza. Podnositelj je svoj pravni interes za podnošenje zahtjeva temeljio na pojedinačnoj odluci Povjerenstva donesenoj na temelju osporavanog općeg akta, kojom je određen privremeni prestanak važenja dozvole za obavljanje autotaksi prijevoza. Zahtjev je bio podnesen u roku od 30 dana od dostave pojedinačne odluke podnositelju zahtjeva.

49 Rješenje, poslovni broj: Usoz-283/13-6 od 31. ožujka 2015.

50 Rješenje, poslovni broj: Usoz-29/14-11 od 12. lipnja 2015. Ocjenjujući pravnu prirodu pojedinačne odluke koju je podnositelj dostavio uz zahtjev, Visoki upravni sud istaknuo je sljedeće: „Odluka na kojoj podnositelj temelji zahtjev za ocjenu zakonitosti općeg akta koju je donijelo Upravno vijeće Veleučilišta „N. T.“ u G. ne donosi se u upravnom postupku niti je upravni akt kojim se rješava o nekoj upravnoj stvari iz čega proizlazi da podnositelj zahtjeva nema pojedinačni akt kojeg ima u vidu naprijed navedena odredba ZUP-a.“

51 Rješenje, poslovni broj: Usoz-3/2013-6 od 16. srpnja 2015.

52 Rješenje, poslovni broj: Usoz-3/2013-6 od 16. srpnja 2015.

53 Rješenje, poslovni broj: Usoz-13/2014-4 od 29. travnja 2014.

54 Rješenje, poslovni broj: Usoz-311/2013-6 od 29. travnja 2015.

55 Rješenje, poslovni broj: Usoz-207/2012-5 od 29. travnja 2014.

56 Visokom upravnom sudu podneseno je više zahtjeva za ocjenu zakonitosti toga općeg akta u povodu kojih je vođeno više postupaka.

57 Prema osporavanoj Odluci, bila je riječ o Povjerenstvu za praćenje rada autotaksi prijevoznika koje imenuje gradonačelnik, a čine ga gradonačelnik, predstavnici Udruženja obrtnika autotaksi prijevoznika, predstavnici Upravnog odjela za poduzetništvo, turizam i more, predstavnik Turističke zajednice Grada Dubrovnika i predstavnik Policijske uprave Dubrovačko-neretvanske, Prometne policije Dubrovnik.

U postupku ispitivanja postojanja pretpostavki za meritorno odlučivanje o zahtjevu utvrđeno je da odredbe osporavanog općeg akta o ustrojstvu i djelokrugu tijela koje je donijelo pojedinačnu odluku nisu u skladu s mjerodavnim zakonom te da to tijelo nije bilo ovlašteno za donošenje pojedinačne odluke kakvu je donijelo u konkretnom slučaju. Slijedom takve ocjene, a imajući na umu mjerodavne odredbe ZUP-a i Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, zaključeno je da to tijelo ne može rješavati o pravima, obvezama i pravnim interesima fizičkih i pravnih osoba te da pojedinačni akt takvog tijela nije moguće smatrati pojedinačnom odlukom u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a. Stoga je ocijenjeno da u konkretnom slučaju nije ispunjena pretpostavka za ocjenu zakonitosti općeg akta koja se odnosi na pojedinačnu odluku.

S obzirom na to da u predmetu u kojemu je bilo izvjesno da osporavani opći akt nije sukladan zakonu nije bila ispunjena navedena procesna pretpostavka za meritorno odlučivanje o zahtjevu, Visoki upravni sud nastavio je postupak po službenoj dužnosti. Međutim, u daljnjem tijeku postupka utvrđeno je da je osporavani opći akt prestao važiti, čime su prestale postojati pretpostavke za vođenje postupka. Stoga je obustavljen postupak ocjene zakonitosti općeg akta.

Analizirajući navedeni primjer sa stajališta zaštite subjektivnih prava fizičkih i pravnih osoba, ali i objektivnog pravnog poretka, može se zaključiti da su zakonske pretpostavke za ocjenu zakonitosti općeg akta onemogućile otklanjanje višestrukih štetnih pravnih posljedica nastalih u konkretnom slučaju: onih koje su za stranku nastale primjenom općeg akta, ali, ne manje važnih, negativnih posljedica za objektivni pravni poredak - faktične egzistencije nezakonitog općeg akta koji se, unatoč tome što je prestao važiti, i dalje primjenjuje⁵⁸ i proizvodi pravne učinke te prijeti daljnjim, nezakonitim zadiranjem u subjektivna prava građana.

Izvan svake je sumnje da nezakoniti opći akt, odnosno njegova primjena, kao u opisanom predmetu, mogu dovesti do višestrukih neželjenih posljedica te bez zakonskog uporišta, ali i sudske kontrole zakonitosti, zadirati u prava i obveze pravnih subjekata. Okolnosti konkretnog slučaja, promatrane u svjetlu kriterija prema kojima se određuje pojam pojedinačne odluke iz članka 83. stavka 1. ZUS-a, upućuju na mogućnost pojave da jedinice lokalne samouprave, namjerno ili nenamjerno, zaobiđu pozitivno zakonodavstvo do te mjere, odnosno na način koji sprječava sudsku kontrolu zakonitosti općih akata koje donose, a što, s obzirom na moguće posljedice takve pravne situacije, u ozbiljnoj mjeri ugrožava vladavinu prava – jednu od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske.

Nadalje, postoje opći akti javnopravnih tijela, kojima se, neovisno o činjenici što se na temelju njih ne donose pojedinačni akti, može zadirati u prava ili pravne interese određenih subjekta, odnosno koji su suprotni javnom interesu. Takve je primjere moguće pronaći u različitim područjima. Isti se problem javlja u situaciji u kojoj pojedinačna odluka donesena na temelju osporavanog općeg akta ne dira u prava ili pravne interese određenog pravnog subjekta, ali se njome zadire u javni

⁵⁸ Što je razvidno iz očitovanja donositelja osporavanog općeg akta dostavljenog Visokom upravnom sudu.

interes zbog kojega bi bilo opravdano proširiti krug aktivno legitimiranih osoba za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta, odnosno omogućiti pristup Visokom upravnom sudu širem krugu pravnih subjekata neovisno o postojanju pojedinačne odluke u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a.⁵⁹ Uklanjanje iz pravnog poretka takvih općih akata, u slučaju njihove nezakonitosti, u interesu je temeljne svrhe objektivnog upravnog spora – zaštite objektivne zakonitosti.

Zaključno se može navesti da u primjeni općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu, različita tijela, u različitim postupcima, donose različite pojedinačne akte koji se ne mogu podvesti pod pojam pojedinačne odluke u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a. Posljedica je takve situacije da dio općih akata i dalje ostaje izvan sudske kontrole, što ukazuje na opravdanost kritika trenutne regulacije⁶⁰ te upućuje na nužnost preispitivanja postojećeg zakonskog rješenja i eventualnog proširenja kruga pojedinačnih akata kojima bi stranka činila vjerojatnim odnosno dokazivala pravni interes za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta ili, pak, potpunog izostavljanja pojedinačne odluke kao pretpostavke za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općih akata.

Uočeni problem može se ublažiti, pa čak i potpuno otkloniti, češćim korištenjem ovlaštenja Visokog upravnog suda da pokrene postupak po službenoj dužnosti. Naime, primjena odredbe ZUS-a o pokretanju objektivnog upravnog spora po službenoj dužnosti u slučajevima u kojima nije ispunjena pretpostavka koja se tiče pojedinačne odluke omogućavala bi postizanje primarne svrhe objektivnog upravnog spora. Međutim, ta zakonska odredba, sama po sebi, nije dostatna za postizanje cilja koji se želio postići tom odredbom. Omjer broja predmeta u kojima je odbačen zahtjev zbog neispunjene pretpostavke koja se tiče pojedinačne odluke i predmeta u kojima je Visoki upravni sud pokrenuo postupak ocjene zakonitosti općeg akta po službenoj dužnosti⁶¹ pokazuje da se odredba o pokretanju postupka po službenoj dužnosti primjenjuje samo iznimno. Takav restriktivni pristup ugrožava ostvarivanje temeljne svrhe objektivnog upravnog spora u Republici Hrvatskoj i opravdava zaključak da Visoki upravni sud ne postupa sukladno svojoj ulozi u toj vrsti kontrole zakonitosti općih akata.

59 U tom smislu Ofak ukazuje na primjer udruga za zaštitu okoliša koje u pravilu neće biti u mogućnosti podastrijeti Visokom upravnom sudu pojedinačnu odluku utemeljenu na osporavanom općem aktu kojom bi se zadiralo u njihova prava ili pravne interese. Ofak, Lana, *Pravo na upravnosudsku zaštitu u pitanjima okoliša*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 2012., str. 360-361.

60 U tom smislu Vezmar Barlek ističe: „Moguće je dalje problematizirati je li bilo nužno propisati da se mora raditi o odluci javnopravnog tijela ili je bilo moguće pravni interes vezati i uz neku drugu pojedinačnu odluku, npr. sudsku presudu utemeljenu na osporavanom općem aktu.“ Vezmar, Barlek, loc. cit. (bilj. 37).

61 Zbog nedovoljno precizne evidencije razloga odbacivanja zahtjeva, nije moguće govoriti o točnom broju odbačenih zahtjeva zbog razloga povezanih s pojedinačnom odlukom, ali se prema dostupnim podacima može uzeti da je do 31. prosinca 2015. Visoki upravni sud odbacio oko 130 takvih zahtjeva. S druge strane, postupak je pokrenut po službenoj dužnosti u šest predmeta.

8. ROK ZA PODNOŠENJE ZAHTJEVA

ZUS propisuje još jednu pretpostavku za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općih akata koja je vezana uz pojedinačnu odluku. Ta se pretpostavka odnosi na rok u kojemu je dopušteno podnošenje zahtjeva. Članak 83. stavak 1. ZUS-a propisuje da se zahtjev podnosi u roku od 30 dana od dostave pojedinačne odluke utemeljene na osporavanom općem aktu. Podnošenje zahtjeva po proteku roka ima za posljedicu odbacivanje zahtjeva kao nepravodobnog.^{62, 63}

Razmišljajući o problemima uzrokovanim pretpostavkama za pokretanje objektivnog upravnog spora u vezi s pojedinačnom odlukom koja je donesena na temelju osporavanog općeg akta, nameće se zaključak da propisivanje roka za podnošenje zahtjeva, samo po sebi, predstavlja bitno manji problem od onoga koji proizlazi iz pojma pojedinačne odluke kojom se dokazuje pravni interes za podnošenje zahtjeva. Prije svega, valja istaknuti da je broj odbačenih zahtjeva zbog toga što podnositelj zahtjeva nije dostavio Visokom upravnom sudu pojedinačnu odluku kojom dokazuje svoj pravni interes za podnošenje zahtjeva ili dostavljena pojedinačna odluka nije pojedinačna odluka u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a mnogo veći od broja odbačenih zahtjeva zbog nepravodobnosti zahtjeva. Stoga se čini pretjerano strogim stav prema kojemu je rok za podnošenje zahtjeva prekratak.

9. POČETAK ROKA ZA PODNOŠENJE ZAHTJEVA

S obzirom na činjenicu da rok za podnošenje zahtjeva počinje teći od primitka pojedinačne odluke javnopravnog tijela utemeljene na općem aktu te da ZUS ne određuje sadržaj pojma pojedinačne odluke, pred Visokim upravnim sudom se postavilo pitanje je li pojedinačna odluka u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a prvostupanjska ili drugostupanjska odluka javnopravnog tijela.

Od 1. siječnja 2012. do početka 2015., Visoki upravni sud je razlikovao situaciju u kojoj protiv prvostupanjske odluke utemeljene na osporavanom općem aktu nije izjavljena žalba od situacije u kojoj je žalba izjavljena. U prvom slučaju, rok za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta računao se od primitka prvostupanjske odluke,⁶⁴ dok se u slučaju izjavljene žalbe protiv prvostupanjske odluke rok za podnošenje zahtjeva računao od primitka drugostupanjske odluke.⁶⁵

U veljači 2015. godine, u jednom predmetu izraženo je stajalište da se pravodobnost zahtjeva utvrđuje s obzirom na datum primitka prvostupanjske odluke, iako je protiv prvostupanjske odluke bila izjavljena žalba. U konkretnom predmetu

62 Članak 85. stavak 1. točka 5. ZUS-a.

63 Rješenja, poslovni broj: Usoz-200/2012-5 od 28. ožujka 2014., poslovni broj: Usoz-70/2014-5 od 28. studenoga 2014., poslovni broj: Usoz-113/15-5 od 25. rujna 2015. i dr.

64 Presuda, poslovni broj: Usoz-381/2013-5 od 29. travnja 2014.

65 Rješenje, poslovni broj: Usoz-70/2014-5 od 28. studenoga 2014., presuda, poslovni broj: Usoz-1/2012-6 od 26. studenoga 2013., presuda, poslovni broj: Usoz-365/2013-10 od 27. veljače 2015. i dr.

zahtjev je odbačen jer nije bio pravodoban s obzirom na primitak prvostupanjske odluke (iako je bio pravodoban u odnosu na primitak drugostupanjske odluke). S obzirom na to da je takvo postupanje bilo suprotno dotadašnjoj praksi Suda, o navedenom pravnom pitanju raspravljano je na sjednici sudaca Visokog upravnog suda održanoj 8. rujna 2015. Nakon analize argumenata za jednu ili drugu opciju, prevladalo je stajalište *in favorem* stranaka, prihvaćanjem i prvostupanjske i drugostupanjske odluke javnopravnog tijela kao pojedinačne odluke od čijeg primitka započinje teći rok za podnošenje zahtjeva.⁶⁶

Tražeci razloge koji bi opravdali jedno ili drugo rješenje, valja poči od normativnog uređenja tog pitanja te cilja objektivnog upravnog spora u hrvatskom pravnom poretku. Prije svega valja imati na umu činjenicu da zakonodavac nije odredio je li pojedinačna odluka kojom stranka čini vjerojatnim da je primjenom općeg akta povrijeđeno njeno pravo ili pravni interes prvostupanjska ili drugostupanjska odluka (ako je protiv prvostupanjske odluke dopuštena pravna zaštita u upravnom postupku).

10. ROK KOJI BI ZAPOČINJAO DOSTAVOM PRVOSTUPANJSKE ODLUKE

Promatrajući navedeni problem s aspekta zaštite prava stranaka, u prilog tvrdnji da bi u slučaju postojanja pravnog puta za osporavanje prvostupanjske odluke u upravnom postupku, rok za podnošenje zahtjeva trebalo računati od primitka prvostupanjske odluke, može se istaknuti da je u situaciji u kojoj postoji sumnja u suglasnost općeg akta sa zakonom ili statutom javnopravnog tijela, a na temelju takvog općeg akta (čija je zakonitost dovedena u pitanje) je donesena pojedinačna odluka kojom se zadire u prava ili pravne interese stranke, poželjna što kraća opstojnost takve pojedinačne odluke odnosno što ranije uklanjanje pravnih posljedica takve pojedinačne odluke. Zahtjevu za što kraćom opstojnošću takve pojedinačne odluke, ali i nezakonitog općeg akta, teže je udovoljiti ako se rok za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta veže uz primitak drugostupanjske odluke što pretpostavlja okončanje drugostupanjskog postupka, dakle, produžava cijeli postupak. Sa stajališta zaštite prava stranaka, navedeni problem nije toliko izražen u slučajevima u kojima žalba odgađa pravne učinke prvostupanjske odluke. Međutim, postoje i brojne iznimke od toga pravila⁶⁷ u kojima navedena teza ima svoje opravdanje.

66 Zaključak sa sjednice sudaca Visokog upravnog suda glasi: „Pojedinačna odluka kojom se čini vjerojatnim da je primjenom općeg akta povrijeđeno pravo ili pravni interes podnositelja zahtjeva može biti i prvostupanjska i drugostupanjska odluka.“

67 Takve iznimke mogu biti propisane zakonom, primjerice, Zakonom o komunalnom gospodarstvu („Narodne novine“, 36/95., 70/97., 128/99., 57/00., 129/00., 59/01., 82/04., 178/04., 38/09., 79/09., 153/09., 49/11., 84/11., 90/11., 144/12., 94/13., 153/13. i 147/14.), Zakonom o prostornom uređenju i gradnji („Narodne novine“, 76/07., 38/09., 55/11., 90/11., 50/12. i 55/12.), Zakonom o vodama („Narodne novine“, 153/09., 63/11., 130/11., 56/13. i 14/14.), Zakonom o mirovinskom osiguranju („Narodne novine“, 157/13., 33/15. i 93/15.) i dr. Pored toga, javnopravno tijelo može u određenim situacijama, sukladno članku 112. ZUP-a, odlučiti da žalba nema odgodni učinak.

Promatrajući problem u svjetlu primarnog cilja objektivnog upravnog spora - zaštite objektivnog pravnog poretka, može se zaključiti da je brže okončanje neizvjesnosti u pogledu usklađenosti općeg akta sa zakonom odnosno statutom javnopravnog tijela, a u slučaju utvrđenja nezakonitosti općeg akta, njegovo uklanjanje iz pravnog poretka, dakle, onemogućavanje daljnje primjene nezakonitog općeg akta, u interesu postizanja navedenog cilja objektivnog upravnog spora.

11. ROK KOJI BI ZAPOČINJAO DOSTAVOM DRUGOSTUPANJSKE ODLUKE

U nekim situacijama ishod drugostupanjskog postupka može bitno promijeniti pravnu situaciju u konkretnom slučaju tako da zbog načina odlučivanja u drugostupanjskom postupku nastupi negativna procesna pretpostavka za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti općeg akta. Naime, tijekom drugostupanjskog postupka moguće je stavljanje izvan snage prvostupanjske odluke (kojim se otklanjaju i njeni pravni učinci), čime bi otpale pretpostavke za podnošenje zahtjeva stranke za pokretanje objektivnog upravnog spora. Analizirajući navedenu situaciju sa stajališta stranke, može se zaključiti da takav ishod ne ide na štetu prava ili pravnih interesa stranke budući da nakon donošenja drugostupanjske odluke, prvostupanjska odluka pravno ne egzistira. Stoga stranka više nema pravni interes za osporavanje općeg akta na temelju kojega je prvostupanjska odluka donesena. S druge strane, u takvoj situaciji javni interes za uklanjanje iz pravnog poretka nezakonitog općeg akta ne bi trebao biti ugrožen budući da prestankom postojanja pretpostavki za podnošenje zahtjeva stranke iz gore navedenog razloga, nije prestalo ovlaštenje Visokog upravnog suda da pokrene postupak *ex officio* i nezakoniti opći akt ukloni iz pravnog poretka Republike Hrvatske. Međutim, malo je vjerojatno da će Visoki upravni sud u takvoj situaciji ocjenjivati zakonitost općeg akta po službenoj dužnosti.⁶⁸

Rezimirajući navedene argumente, može se zaključiti da obje opcije imaju svoje prednosti i nedostatke, pri čemu je potrebno istaknuti da nijedan gore navedeni argument ne pruža osnovu za tvrdnju da je samo prvostupanjsku ili samo drugostupanjsku odluku moguće smatrati odlukom u smislu članka 83. stavka 1. ZUS-a. S obzirom na navedeno, kao i činjenicu da ZUS ne razrješava navedeni problem, čini se najprihvatljivijim smatrati zahtjev pravodobnim u svim slučajevima u kojima je podnesen u roku od 30 dana bilo od prvostupanjske, bilo od drugostupanjske odluke javnopravnog tijela utemeljene na osporavanom općem

68 Razlozi za to su različiti: s jedne strane, nema razloga vjerovati da bi stranke u toj situaciji podnosile zahtjev (budući da ne postoje pretpostavke za podnošenje zahtjeva) pa Visoki upravni sud ne bi imao saznanja o eventualnoj sumnji u zakonitost općeg akta zbog koje bi bio ovlašten pokrenuti postupak po službenoj dužnosti. S druge strane, čak i u slučaju da dođe do takvog saznanja, dosadašnji način postupanja Visokog upravnog suda u tim slučajevima ne opravdava zaključak da bi postupak bio pokrenut po službenoj dužnosti.

aktu.⁶⁹ Ovakav je pristup poželjan s još jednog, iznimno važnog aspekta. Naime, takvim će pristupom biti izbjegnuta opasnost neopravdanog ograničavanja prava na pristup sudu strankama u ovoj vrsti upravnog spora, kao jednog od temeljnih elemenata ustavnog prava na pošteno suđenje zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava.

12. ZAKLJUČAK

Uspoređujući situaciju glede ocjene zakonitosti općih akata u Republici Hrvatskoj u razdoblju prije donošenja ZUS-a i danas, nakon četverogodišnje primjene odredaba ZUS-a kojima je uređen objektivni upravni spor, može se zaključiti da je uvođenje ove, nesumnjivo, važne vrste kontrole zakonitosti općih akata u hrvatski pravni poredak bio pozitivan korak na putu k ostvarenju načela zakonitosti i vladavine prava. Međutim, već i kratki pregled postupanja Ustavnog suda u okviru apstraktne ustavnosudske kontrole općih akata javnopravnih tijela sa značajkama „drugog propisa“ pokazuje da se u razdoblju prije stupanja na snagu ZUS-a, dakle, u razdoblju bez zakonske regulacije kontrole zakonitosti općih akata, kontrola ustavnosti i zakonitosti takvih akata provodila bez bitnih postupovnih ograničenja. Za razliku od te situacije, ZUS je uvjetovao mogućnost pokretanja objektivnog upravnog spora na zahtjev stranke ispunjenjem različitih pretpostavki, među kojima su i one koje se odnose na dokazivanje pravnog interesa za podnošenje zahtjeva (pojedinačnom odlukom utemeljenom na osporavanom općem aktu). Propisane pretpostavke koje se odnose na pojedinačnu odluku (bilo one koje zahtijevaju takvu odluku, bilo one koje se odnose na vrstu pojedinačne odluke, dakle, one koje proizlaze iz pojma pojedinačne odluke) u velikom broju slučajeva potencijalnim podnositeljima zahtjeva ograničavaju pristup sudu do te mjere odnosno na način koji se ne može smatrati razmjernim cilju koji se ograničenjem želio postići, što ukazuje i na upitnost postojećeg zakonskog rješenja sa stajališta Ustava. Praksa Visokog upravnog suda dokazuje da u proteklom četverogodišnjem razdoblju taj sud nije u cijelosti ostvario ulogu koja mu je povjerena u objektivnom upravnom sporu, dijelom zbog toga što trenutna regulacija postupovnih pretpostavki za konkretnu kontrolu zakonitosti općih akata u objektivnom upravnom sporu bitno sužava sudsku kontrolu zakonitosti općih akata, a dijelom zbog nedovoljnog korištenja procesnog ovlaštenja za pokretanje postupka po službenoj dužnosti u situacijama u kojima neka od pretpostavki za pokretanje objektivnog upravnog spora nije ispunjena. Slijedom iznesenog, a rukovodeći se prije svega temeljnom svrhom objektivnog upravnog spora – zaštitom objektivne zakonitosti, a potom i zaštitom prava i pravnih interesa pravnih subjekata povrijeđenih primjenom nezakonitog općeg akta, potrebno je razmisliti o mogućnosti izmjene postojećeg

⁶⁹ U tom smislu Vezmar Barlek ističe: „(...) nije pogrešno dati legitimaciju svakom podnositelju koji raspolaže pojedinačnom odlukom javnopravnog tijela, bez obzira na stupanj donošenja odluke.“ Vezmar Barlek, Inga, loc. cit.

uređenja pretpostavki za podnošenje zahtjeva za pokretanje postupka ocjene zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba s javnim ovlastima i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu. Uočeni problemi mogli bi se prevladati uređenjem objektivnog upravnog spora na zahtjev stranke neovisno o pojedinačnoj odluci donesenoj primjenom osporavanog općeg akta. Na taj bi se način omogućila sudska kontrola zakonitosti općih akata javnopravnih tijela u većem broju slučajeva, smanjio prostor donositeljima općih akata za moguće zlouporabe i učinio korak naprijed u ostvarivanju ustavnog načela zakonitosti kao sastavnog dijela vladavine prava - jedne od temeljnih vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske. Do tada se valja nadati da će Visoki upravni sud češće koristiti ovlaštenje za pokretanje postupka po službenoj dužnosti te i u onim slučajevima u kojima nisu ispunjene pretpostavke za podnošenje zahtjeva koje se odnose na pojedinačnu odluku, preispitivati zakonitost osporavanog općeg akta te u slučaju ocjene njegove nezakonitosti takav akt ukloniti iz pravnog poretka.

Summary

THE INDIVIDUAL DECISION AS A CONDITION FOR ASSESSING OF THE LEGALITY OF GENERAL ACTS IN AN OBJECTIVE ADMINISTRATIVE DISPUTE

This article analyses the effects of the new Croatian model that controls of the legality of the general acts of public bodies. The author has taken into consideration the legal requirements for initiating the procedure of evaluation of the legality of general acts, related to the individual decisions of public authority and their impact to the purpose of the objective administrative dispute. The author compares the constitutional and judicial control of the legality of general acts issued by local and regional self-government bodies, legal persons vested with public powers and legal persons that perform a public service. Based on the analysis of the current legal framework and the practice of the High Administrative Court of the Republic of Croatia in the last four years, the author tries to answer the question whether the Croatian system of objective administrative dispute can ensure the aim of this type of judicial control of the general acts.

Key words: objective administrative dispute, conditions for initiating the objective administrative dispute, individual decision.

Zusammenfassung

EINZELFALLENTSCHEIDUNG ALS VORAUSSETZUNG DER RECHTMÄSSIGKEIT DES ALLGEMEINEN AKTES IM OBJEKTIVEN VERWALTUNGSSTREIT

In dieser Arbeit werden Auswirkungen des neuen kroatischen Modells der Rechtmäßigkeitskontrolle der allgemeinen Akte der öffentlichen Einrichtungen analysiert. Die Autorin beachtet dabei die gesetzlichen Anforderungen für die Verfahrenseinleitung der Rechtmäßigkeit allgemeiner Akte, die sich auf die Auswirkungen der individuellen Entscheidungen des öffentlichen Rechts beziehen, mit dem Ziel ein objektives Verwaltungsrechtsstreit zu erreichen. Die Autorin vergleicht die Verfassungs- und Verwaltungskontrolle der Rechtmäßigkeit allgemeiner Akte der lokalen und regionalen Regierungen, juristische Personen des öffentlichen Rechts und juristische Personen, die den öffentlichen Dienst ausüben.

Anhand einer Analyse der bestehenden gesetzlichen Regelung und Praktiken des Verwaltungsgerichtshofs der Republik Kroatien in den letzten vier Jahren versucht die Autorin die Frage zu beantworten, ob das kroatische System des

objektiven Verwaltungsstreits die Erreichung dieser Art der gerichtlichen Kontrolle der allgemeinen Akte versichern kann.

Schlüsselwörter: objektiver Verwaltungsstreit, Bedingungen für die Einleitung des Verwaltungsstreits, Einzelfallentscheidung.

Riassunto

LA SINGOLA DECISIONE QUALE PRESUPPOSTO DEL VAGLIO DI LEGALITÀ DELL'ATTO GENERALE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO OBIETTIVO

Nel lavoro si analizzano gli effetti del nuovo modello croato di controllo della legalità degli atti generali degli enti pubblici mediante l'analisi dell'influenza dei presupposti legali per l'avvio della procedura di valutazione della legalità degli atti generali connessi ad una singola decisione dell'ente pubblico al fine del raggiungimento di un giudizio amministrativo obiettivo. Nel lavoro si procede alla comparazione del controllo costituzionale ed amministrativo della legalità degli atti generali degli enti amministrativi locali e regionali, delle persone giuridiche munite di autorità pubblica e delle persone giuridiche che svolgono funzioni pubbliche. In base all'analisi della disciplina legislativa esistente dei presupposti per l'avvio del giudizio amministrativo obiettivo e della prassi dell'Alta corte amministrativa della Repubblica di Croazia degli ultimi quattro anni, si tenta di rispondere all'interrogativo se il sistema croato del giudizio amministrativo obiettivo (sul piano normativo e nell'applicazione pratica) sia tale da garantire la realizzazione dello scopo di tale genere di controllo giudiziario di legalità degli atti generali.

Parole chiave: giudizio amministrativo obiettivo, presupposti per l'avvio del giudizio amministrativo obiettivo, singola decisione.

ZASTUPANJE STRANKE U UPRAVNOM SPORU

Lidija Rostaš-Beroš, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 35.077.2
Ur.: 15. siječnja 2016.
Pr.: 8. ožujka 2016.
Stručni rad

Sažetak

U ovom radu razmatra se tko sve može sudjelovati kao stranka u upravnom sporu. Ukazuje se koje osobe mogu u ime stranaka poduzimati radnje u postupku te koje su osobe ovlaštene za zastupanje tužitelja i zainteresirane osobe, kao i na pitanja valjanosti zastupanja stranaka u upravnosudskom te u parničnom postupku koji se u upravnom sporu primjenjuje na odgovarajući način.

Ključne riječi: *upravni spor, stranka, zastupanje, parnični postupak, postupovna sposobnost, poslovna sposobnost.*

1. UVODNE NAPOMENE

U ovom radu autorica je razmatrala dio upravnosudskog postupka koji se odnosi na stranke u upravnom sporu i njihovo zastupanje. U prvom dijelu se iznosi koje stranke mogu sudjelovati u sporu te, tko sve može biti tužitelj i tuženik, a tko zainteresirana osoba dodajući pritom i položaj jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave kao stranaka u sporu.

Zatim se izlaže tko je ovlašten poduzimati radnje za tužitelja i zainteresiranu osobu, a tko za tuženika nakon zadnjih zakonskih intervencija. Iznosi se koja svojstva treba imati postupovno sposobna osoba, s posebnim osvrtom na propisanu odgovarajuću primjenu odredbi parničnog postupka kojima je uređena poslovna sposobnost fizičke osobe.

Nadalje se iznosi tko je sve ovlašten zastupati tužitelja i zainteresiranu osobu u sporu, posebice nakon izmjena i dopuna zakonskog uređenja koje na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena Zakonom o upravnim sporovima¹ upućuju na odgovarajuću primjenu odredaba kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku. Pobljiže se iznose i odredbe parničnog postupka kojima je uređeno zastupanje stranaka u tom postupku.

¹ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/10., 143/12. i 152/14. – dalje u tekstu: ZUS.

2. TKO SU STRANKE U UPRAVNOM SPORU

Stranke u upravnom sporu su tužitelj, tuženik i zainteresirana osoba.²

2.1. Tužitelj

Odredba članka 17. ZUS-a propisuje tko može biti tužitelj u upravnom sporu.

a) U upravnom sporu tužitelj je fizička ili pravna osoba koja smatra da su joj povrijeđena prava i pravni interesi pojedinačnom odlukom, postupanjem javnopravnog tijela, odnosno propuštanjem donošenja pojedinačne odluke ili postupanja javnopravnog tijela u zakonom propisanom roku ili sklapanjem, raskidom ili izvršavanjem upravnog ugovora.

Dakle, svaka osoba koja smatra da su joj prava i pravni interesi povrijeđeni bilo kojom radnjom koja može biti predmet upravnog spora ima pravo tužbom pokrenuti upravni spor te steći položaj tužitelja.³

b) Zatim tužitelj može biti i osoba koja nema pravne osobnosti ili skupina osoba ako su pojedinačnom odlukom ili postupanjem javnopravnog tijela povrijeđena njihova prava i pravni interesi.

Dakle, položaj tužitelja u upravnom sporu ne vezuje se usko uz pravnu sposobnost, tj. svojstvo fizičke ili pravne osobe, već uz stranačku sposobnost neke osobe, tj. mogućnost biti nositeljem prava i obveza u nekoj upravnoj stvari.⁴

c) Tužitelj može biti javnopravno tijelo koje je sudjelovalo ili je trebalo sudjelovati u donošenju odluke, postupanju ili sklapanju upravnog ugovora.

Kada se radi o jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave valja navesti da su one pravne osobe i da mogu biti tužitelji u upravnom sporu, ali tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave nisu pravne osobe i ne mogu biti nositelji prava i obveza, stoga u pravilu ne mogu biti ni tužitelji u upravnom sporu.

Iznimno ta tijela mogu imati položaj tužitelja i to u situaciji u kojoj su u donošenju pojedinačne odluke (upravnog akta) postupanju ili sklapanju upravnog ugovora trebala sudjelovati dva javnopravna tijela, od kojih je jedno tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave. No odluku je donijelo samo ono drugo javnopravno tijelo bez suradnje tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave. Jednaka je situacija i kad su dva javnopravna tijela trebala postupiti ili sklapati upravni ugovor surađujući, a propisane suradnje nije bilo. Za ocjenu same tužbovne legitimacije tijela lokalne i područne (regionalne) samouprave irelevantan je razlog izostanka suradnje.⁵

2 Čl. 16. ZUS-a.

3 Đerđa, D. i Šikić, M., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Novi informator, Zagreb, 2012., str. 131.

4 *Ibid.*, str. 132.

5 Medvedović, D., *Jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave - primjena ZUS-a, propisa o financiranju jedinica i preoblikovanje trgovačkih društava u djelatnosti vode i odvodnje*, Novi informator, Zagreb, 2012., str. 19.

d) Tužitelj može biti i državno tijelo ovlašteno zakonom. Ovdje je bitno da se radi o državnom tijelu i da ovlaštenje za podnošenje upravne tužbe proizlazi iz zakona.

Koje će državno tijelo biti ovlašteno podnijeti tužbu, ovisi o zakonima kojima se uređuje nadležnost pojedinih tijela, kao što su primjerice zakoni kojima se uređuje nadležnost državnog odvjetništva, pučkog pravobranitelja, drugih pravobranitelja itd., ili zakonima kojima se uređuje neko posebno upravno područje.⁶

2.2. Tuženik

Tko može biti tuženik u upravnom sporu, uređuje članak 18. ZUS-a.

Tako ZUS propisuje da je tuženik javnopravno tijelo koje je donijelo ili propustilo donijeti pojedinačnu odluku, postupilo ili propustilo postupiti, odnosno koje je stranka upravnog ugovora.

Tuženik je najčešće drugostupanjsko javnopravno tijelo koje je odlučivalo o žalbi ili prigovoru izjavljenom protiv odluke prvostupanjskog tijela. Međutim, u slučaju kada je zakonom propisano da protiv odluke prvostupanjskog javnopravnog tijela nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek, već se može pokrenuti upravni spor, tuženik je prvostupanjsko javnopravno tijelo koje je donijelo ili propustilo donijeti odluku, postupilo ili propustilo postupiti.

Dakle, tuženik u upravnom sporu je uvijek javnopravno tijelo, a javnopravnim tijelom se u smislu ZUS-a smatra tijelo državne uprave i drugo državno tijelo, tijelo jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravna osoba koja ima javnu ovlast i pravna osoba koja obavlja javnu službu (pružatelj javnih usluga).⁷

Jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave nema, prema odredbi članka 18. ZUS-a, položaj tuženika. Međutim, posebnim se zakonom može jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave u nekim upravnim stvarima ili u svezi s nekim pojedinačnim odlukama priznati položaj tuženika.⁸

2.3. Zainteresirana osoba

Položaj zainteresirane osobe u upravnom sporu reguliran je odredbom članka 19. ZUS-a.

Tako je propisano da je zainteresirana osoba svaka osoba kojoj bi poništavanje, izmjena ili donošenje pojedinačne odluke, postupanje ili propuštanje postupanja javnopravnog tijela, odnosno sklapanje, raskid ili izvršavanje upravnog ugovora povrijedilo njezino pravo ili pravni interes. Zainteresirana osoba je i javnopravno tijelo koje smatra da sudska odluka može imati učinak na prava i pravne interese koje to javnopravno tijelo štiti na temelju zakona.

6 Đerđa, Šikić, op. cit. (bilj. 3.), str. 133.

7 Čl. 2. st. 2. ZUS-a.

8 Medvedović, D., op. cit. (bilj. 5.), str. 20.

Dakle, nije to umještač u upravnom sporu, već stranka koje se neposredno tiče predmet upravnog spora. Zainteresirana osoba ne može sama pokrenuti upravni spor, već se može pojaviti u upravnom sporu koji se vodi. U upravnom sporu može biti i više zainteresiranih osoba, što ovisi o tome o kakvom se upravnom predmetu radi.⁹

Naime, umještač u parničnom postupku je osoba koja ima pravni interes da u parnici koja teče među drugim osobama (strankama) jedna od stranaka uspije i koja se može pridružiti toj stranci.¹⁰ Dakle, za razliku od zainteresirane osobe u upravnom sporu koja jest stranka u postupku, umještač nije stranka u postupku, a pravni interes da sudjeluje u tuđoj parnici ima stoga što se pravne posljedice donesene presude mogu posredno odraziti i na njegovu pravnu situaciju.

U upravnom sporu zainteresirana osoba može se javiti kako na strani tuženika tako i na strani tužitelja, što znači da njezin interes u sporu unaprijed nije određen.¹¹

Položaj zainteresirane osobe u upravnom sporu načelno mogu imati i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i tijela tih jedinica.¹²

Bilo po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke, sud će zainteresiranu osobu pozvati da sudjeluje u sporu. ZUS propisuje da se zainteresirana osoba u spor može uključiti u svakom trenutku, o čemu je sud dužan obavijestiti sve stranke u sporu.¹³

Ovdje treba napomenuti da se proširenjem predmeta upravnog spora (čl. 3. ZUS-a) proširio i krug zainteresiranih osoba u sporu te je, stoga, radi poštovanja načela učinkovitosti i ekonomičnosti važno već na početku upravnog spora utvrditi tko su zainteresirane osobe u konkretnom sporu. Na taj bi se način izbjeglo eventualno ponavljanje radnji u sporu provedenih prije uključivanja zainteresiranih osoba u spor.

3. TKO MOŽE PODUZIMATI RADNJE ZA STRANKU

3.1. Poduzimanje radnji za tužitelja i zainteresiranu osobu

Za utvrđivanje pretpostavki za poduzimanje postupovnih radnji važno je poduzima li te radnje fizička osoba kao stranka u sporu, koja u pravilu može samostalno poduzimati radnje, ili pravna osoba, osoba koja nema pravnu osobnost, odnosno skupina osoba, u ime i za račun kojih radnje u sporu uvijek poduzima zakonski zastupnik odnosno ovlašteni predstavnik.¹⁴

9 Krijan, P., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Informator, Zagreb, 2001., str. 8.

10 Čl. 206. do 209.a Zakona o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11. i 148/11. – pročišćeni tekst, 25/13., dalje u tekstu: ZPP.

11 Đerđa, Šikić, op. cit. (bilj. 3.), str. 142.

12 Medvedović, D., loc. cit.

13 Čl. 19. st. 3., 4. i 5. ZUS-a.

14 Đerđa, Šikić, op. cit. (bilj. 3.), str. 145.

Svojstvo određene osobe da poduzima postupovne radnje u sporu (pokretanje spora, sudjelovanje u raspravi, predlaganje dokaza, izjavljivanje pravnih lijekova) predstavlja postupovnu sposobnost te osobe.

ZUS propisuje da tužitelj i zainteresirana osoba mogu poduzimati radnje u sporu ako su potpuno poslovno sposobni, odnosno u granicama svoje poslovne sposobnosti. Za tužitelja ili zainteresiranu osobu radnje u sporu može poduzimati osoba ovlaštena za zastupanje, zajednički predstavnik i zajednički opunomoćenik skupine osoba.¹⁵

Postupovnu sposobnost imaju sve osobe kojima poslovna sposobnost nije ograničena, a osobe kojima je poslovna sposobnost djelomično ograničena, postupovno su sposobne u granicama svoje poslovne sposobnosti. Osobe kojima je poslovna sposobnost potpuno oduzeta nemaju postupovnu sposobnost, već za njih radnje u postupku poduzimaju njihovi zakonski zastupnici.

Poslovnu sposobnost imaju fizičke i pravne osobe. Na pitanje poslovne sposobnosti fizičke osobe ZUS upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba kojima je uređena poslovna sposobnost fizičke osobe u parničnom postupku.¹⁶

Poslovna sposobnost je svojstvo određene osobe da može vlastitim očitovanjima volje stvarati pravne učinke. Fizička osoba stječe poslovnu sposobnost punoljetnošću, a pravna danom nastanka, ako zakonom nije drukčije određeno. Osoba koja nije punoljetna može stvarati samo pravne učinke određene zakonom. Umjesto osobe koja nema poslovnu sposobnost očitovat će svoju volju njezin zakonski zastupnik ili skrbnik, a za pravnu osobu volju očituju njezina tijela u pravnim poslovima i postupcima koje poduzimaju u tome svojstvu.¹⁷

Stjecanje poslovne sposobnosti fizičke osobe regulirano je odredbom članka 117. Obiteljskog zakona¹⁸ koji propisuje da dijete potpunu poslovnu sposobnost stječe punoljetnošću ili sklapanjem braka prije punoljetnosti, a da je punoljetna osoba koja je navršila osamnaest godina života.

Dakle, svaka punoljetna osoba ili osoba koja je sklopila brak prije punoljetnosti, poslovno i postupovno je sposobna te može samostalno u uloziti tužitelja ili zainteresirane osobe poduzimati radnje u upravnom sporu. Međutim, svaka postupovno sposobna osoba ne mora biti istodobno i potpuno poslovno sposobna, već to može biti i osoba kojoj je poslovna sposobnost djelomično ograničena u kojem slučaju radnje u sporu može poduzimati samo u granicama svoje poslovne sposobnosti.

Osoba kojoj je poslovna sposobnost djelomično ograničena je osoba koja je nakon punoljetnosti djelomično lišena poslovne sposobnosti i maloljetnik s navršениh 15 godina života koji stupi u radni odnos. Takav maloljetnik može samostalno poduzimati pravne radnje, odnosno sklapati pravne poslove i preuzimati

15 Čl. 20. st. 1. i 2. ZUS-a.

16 Čl. 20. st. 6. ZUS-a.

17 Čl. 18. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15., dalje u tekstu: ZOO.

18 Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15., dalje u tekstu: OZ.

obveze u visini iznosa koji zarađuje te raspolagati svojom zaradom pod uvjetom da ne ugrožava svoje uzdržavanje.¹⁹

Punoljetnu osobu koja se zbog duševnih smetnji ili drugih razloga nije sposobna brinuti o nekom od svojih prava potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojima je dužna skrbiti se, sud će u tom dijelu lišiti poslovne sposobnosti. Takva osoba ne može biti potpuno lišena poslovne sposobnosti. Rješenjem o lišenju poslovne sposobnosti sud određuje radnje i poslove koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti u odnosu na osobno stanje te imovinu. To su na primjer odluke koje se odnose na davanje izjava ili poduzimanje radnji koje se odnose na promjenu osobnog imena, sklapanje i prestanak braka, roditeljstvo, donošenje odluke o zdravlju, mjestu prebivališta, odnosno boravišta, zapošljavanju i drugo, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Radnje i poslovi koje osoba nije sposobna samostalno poduzeti i koji se odnose na imovinu su raspolaganje i upravljanje imovinom, plaćom ili drugim stalnim novčanim primanjima, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Za poslove koji nisu određeni u odluci o djelomičnom lišenju poslovne sposobnosti osoba lišena poslovne sposobnosti ima poslovnu sposobnost te ih može samostalno poduzimati.²⁰

3.2. Poduzimanje radnji za tuženika

Odredba članka 20. stavka 3. ZUS-a propisuje da za tuženika u sporu, koji je uvijek javnopravno tijelo, radnje može poduzimati u prvom redu službena osoba javnopravnog tijela koja je donijela ili propustila donijeti odluku, postupila ili propustila postupiti te druga osoba određena propisima o unutarnjem ustrojstvu javnopravnog tijela.

Nadalje, radnje u sporu za tuženika može poduzimati i službena osoba javnopravnog tijela čija je odluka potvrđena osporavanom odlukom te druga osoba određena propisima o unutarnjem ustrojstvu javnopravnog tijela.

Naime, zadnjim izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine br. 20/10. i 143/12.) iz prosinca 2014.²¹ za poduzimanje radnji u sporu za tuženika dano je ovlaštenje i službenoj osobi prvostupanjskog tijela čija je odluka potvrđena tuženikovom odlukom.

U Obrazloženju Konačnog prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima navedeno je sljedeće: „Normiranim rješenjem doprinijet će se poštivanju načela učinkovitosti budući da će se troškovi postupka (ponajprije putni troškovi), s obzirom na manju prostornu udaljenost ovih tijela od sjedišta suda, bitno smanjiti, a također će se i skratiti trajanje spora, budući da će se skratiti vrijeme potrebno za dostavu podnesaka i akata, kao i rokovi u kojima se može zakazati rasprava te rokovi za očitovanje na navode protivne stranke. Pritom će se

¹⁹ Čl. 85. OZ-a.

²⁰ Čl. 234. OZ-a.

²¹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 152/14., dalje u tekstu: ZIDZUS.

također doprinijeti kvaliteti upravnog spora, budući da je u predmetima u kojima je drugostupanjska odluka potvrđena prvostupanjskom odlukom sve dokazne radnje u pravilu provelo upravo prvostupanjsko tijelo, koje samim tim ima i najviše saznanja o predmetu u kojem je donesena osporavana odluka, a smanjit će se i opterećenje na drugostupanjsko tijelo koje je donijelo osporavanu odluku, naročito imajući u vidu činjenicu nedostatnih kapaciteta tih tijela.²²

Osim navedenoga, za poduzimanje radnji u sporu čelnik tijela može ovlastiti i drugu službenu osobu javnopravnog tijela.

Odredbе o ovlasti za poduzimanje radnji tuženika u upravnom sporu su kogentne naravi, s time da ipak tuženiku dopuštaju izbor između nekoliko mogućnosti od kojih su neke doista široke. No, tuženik ne može izabrati ni jedan drugi način za poduzimanje radnji u sporu.²³

Iznimno, tijela državne uprave i druga državna tijela po punomoći čelnika može zastupati državno odvjetništvo.²⁴

Dakle, tuženo javnopravno tijelo s iznimkom tijela državne uprave i drugih državnih tijela, trebaju zastupati isključivo zaposlenici toga tijela te se ono za zastupanje u ulozi tuženika ne može služiti uslugama odvjetnika.²⁵ U propisanim slučajevima tuženika mogu zastupati i službene osobe prvostupanjskog tijela.

4. ZASTUPANJE TUŽITELJA I ZAINTERESIRANE OSOBE

Tužitelj i zainteresirana osoba nisu dužni sami poduzimati radnje u upravnom sporu, a neki od njih to nisu niti u stanju učiniti. Umjesto njih radnje u sporu poduzimaju osobe koje su ovlaštene zastupati ih i takve radnje imaju isti pravni učinak kao da ih je poduzela sama stranka. Međutim, sud može, kada to smatra korisnim za razrješenje spora, pozvati tužitelja ili zainteresiranu osobu koje zastupa osoba ovlaštena za zastupanje da se osobno odazovu i izjasne o određenim činjenicama.²⁶ Ovim pravom sud se može koristiti samo radi utvrđivanja činjenica, ali ne pozivajući se na nj inzistirati na zaštiti prava i pravnih interesa stranke, jer prava i pravne interese stranke u upravnom sporu može štiti i osoba ovlaštena za zastupanje stranke.²⁷

Osoba ovlaštena za zastupanje tužitelja i zainteresirane osobe u sporu je zakonski zastupnik, zajednički predstavnik i opunomoćenik. Takva osoba je dužna

22 Mrežna stranica: <http://www.sabor.hr>, 15. sjednica Hrvatskog sabora održana 12. prosinca 2014.

23 Medvedović, D., op. cit. (bilj. 5.), str. 24.

24 O ustrojstvu i nadležnosti državnih odvjetništava vidi: Zakonu o državnom odvjetništvu, Narodne novine, br. 76/09., 153/09., 116/10., 145/10., 57/11., 130/11., 72/13., 148/13., 33/15. i 82/15.

25 Đerđa, Šikić, op. cit. (bilj. 3.), str. 147.

26 Čl. 20. st. 4. i 5. ZUS-a.

27 Đerđa, Šikić, op. cit. (bilj. 3.), str. 148.

pri prvoj radnji u sporu podnijeti dokaz o ovlasti za zastupanje stranke,²⁸ dakle dužna je pri poduzimanju prve postupovne radnje u ime stranke dokazati svoju legitimaciju za to.

Na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena ZUS-om na odgovarajući način se primjenjuju odredbe kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku.²⁹

U parničnom postupku stranka može nastupati samostalno ili putem svog zakonskog zastupnika ili opunomoćenika. Jednako kao u upravnom postupku i sporu, stranka može radnje u postupku poduzimati osobno ili putem svog opunomoćenika, s tim da stranku koja nema parničnu sposobnost zastupa njezin zakonski zastupnik.³⁰

Stranka koja je parnično sposobna ovlaštena je da samostalno odluči hoće li sama djelovati u parnici ili će nekog drugog ovlastiti da to učini u njeno ime i za njezin račun. Ona sa svojim zastupnikom zaključuje ugovor o zastupanju. Ugovorni i dobrovoljni zastupnici – punomoćnici – crpe svoja ovlaštenja iz volje stranke. Nasuprot tome, stranke koje nisu poslovno i parnično sposobne, odnosno koje zbog drugih razloga nisu u mogućnosti da same postupaju pred sudom ili da u tu svrhu imenuju punomoćnika, zastupaju pred sudom nužni ili zakonski zastupnici koji svoja ovlaštenja crpe neposredno iz zakona.³¹

4.1. Zakonski zastupnik

Zakonski zastupnik je fizička poslovno i postupovno sposobna osoba koja je ovlaštena zastupati onu stranku u sporu (fizičku ili pravnu osobu) koja nema postupovnu sposobnost.³² Zakonski zastupnik određuje se zakonom ili aktom nadležnoga državnog tijela donesenim na temelju zakona.³³

Zakon o parničnom postupku propisuje da zakonski zastupnik može u ime stranke poduzimati sve radnje u postupku. Ako je za poduzimanje pojedinih radnji u postupku posebnim propisima određeno da zastupnik mora imati posebno ovlaštenje, on može te radnje poduzimati samo ako ima takvo ovlaštenje, što je dužan i dokazati. Kad sud utvrdi da zakonski zastupnik osobe pod skrbništvom ne pokazuje potrebnu pažnju u zastupanju, obavijestit će o tome centar za socijalnu skrb. Ako bi zbog propuštanja zastupnika mogla nastati šteta za osobu pod skrbništvom, sud će zastati s postupkom i predložiti da se odredi drugi zakonski zastupnik.³⁴

28 Čl. 21. st. 1. ZUS-a.

29 Čl. 21. st. 2. ZUS-a.

30 Jelinić, Z., *Zastupanje stranaka u parničnim i upravnim postupcima i sporu – potreba za osiguranjem sustavnog i jedinstvenog pristupa materiji zastupanja*, Pravni vijesnik god. 28 br. 1, 2012., str. 63.

31 Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 318.

32 Zakonski zastupnici - vidjeti čl. 92., 99. do 101. te čl. 218. do 269. OZ-a.

33 Čl. 80. ZPP-a.

34 Čl. 81. ZPP-a.

Nadalje isti zakon propisuje obvezu suda da tijekom cijelog postupka, po službenoj dužnosti, pazi može li osoba koja se pojavljuje kao stranka biti stranka u postupku i je li parnično sposobna, zastupa li parnično nesposobnu stranku njezin zakonski zastupnik i ima li zakonski zastupnik posebno ovlaštenje kad je ono potrebno.³⁵

Kad sud utvrdi da osoba koja se pojavljuje kao stranka ne može biti stranka u postupku, a taj se nedostatak može otkloniti, pozvat će tužitelja da izvrši potrebne ispravke u tužbi ili će poduzeti druge mjere da bi se postupak mogao nastaviti s osobom koja može biti stranka u postupku.

Isto tako, kad sud utvrdi da stranka nema zakonskog zastupnika ili da zakonski zastupnik nema posebno ovlaštenje kad je ono potrebno, zatražit će da nadležni centar za socijalnu skrb postavi skrbnika parnično nesposobnoj osobi odnosno pozvat će zakonskog zastupnika da pribavi posebno ovlaštenje ili će poduzeti druge mjere koje su potrebne da bi parnično nesposobna stranka bila pravilno zastupana. Sud može odrediti stranci rok za otklanjanje navedenih nedostataka.

Dok se ne otklone ti nedostaci, u postupku se mogu poduzimati samo one radnje zbog čije bi odgode mogle nastati štetne posljedice za stranku.

Ako se navedeni nedostaci ne mogu otkloniti ili ako određeni rok bezuspješno protekne, sud će rješenjem ukinuti radnje provedene u postupku ako su zahvaćene tim nedostacima i odbaciti tužbu ako su nedostaci takve prirode da sprečavaju daljnje vođenje postupka.³⁶

Pravnu osobu uvijek zastupa zakonski zastupnik ili ovlašteni predstavnik. Zakonski zastupnik pravne osobe određen je zakonom, dok je ovlašteni predstavnik određen općim aktom te pravne osobe.³⁷

Kad jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave sudjeluje u upravnom sporu kao tužitelj ili zainteresirana osoba, nju zastupa njen zakonski zastupnik. Prema odredbi članka 42. ZOLIPS-a,³⁸ zakonski zastupnik općine, grada i županije je općinski načelnik, gradonačelnik odnosno župan. Oni su, dakle, zakonski zastupnici ex lege. Nema zapreke da općinski načelnik, gradonačelnik ili župan opunomoći odvjetnika za poduzimanje radnji u upravnom sporu.³⁹

4.2. Zajednički predstavnik

Kad u upravnom sporu kao tužitelj ili zainteresirana osoba sudjeluje skupina osoba koja smatra da su pojedinačnom odlukom ili postupanjem javnopravnog tijela povrijeđena njihova prava i pravni interesi, tada takvu skupinu predstavlja zajednički predstavnik ili zajednički opunomoćenik. Naime, članovi takve skupine

35 Čl. 82. ZPP-a.

36 Čl. 83. ZPP-a.

37 Đerđa, Šikić, op. cit. (bilj. 3.), str. 149.

38 Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Narodne novine, br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 125/08., 36/09., 150/11., 144/12. i 19/13. – pročišćeni tekst.

39 Medvedović, D., op. cit. (bilj. 5.), str. 22.

moгу između sebe odrediti osobu koja će ih zastupati tj. odrediti predstavnika skupine ili mogu opunomoćiti odvjetnika da kao stručna osoba poduzima radnje u sporu u njihovo ime.

4.3. Opunomoćenik

4.3.1. Punomoć

Punomoć je ovlaštenje za zastupanje što ga opunomoćitelj pravnim poslom daje opunomoćeniku.⁴⁰ Naime, punomoć predstavlja sredstvo na osnovu kojeg odvjetnik, odnosno druga osoba koja nije odvjetnik – „običan“ punomoćnik može djelovati u ime i za račun stranke što znači da će radnje koje poduzme punomoćnik imati isti pravni učinak kao da ih je poduzela sama stranka. U praksi, punomoć dana odvjetniku predstavlja najčešći temelj na kojem počiva ovlast za zastupanje iako naše pravo, neovisno o tome je li riječ o upravnom sporu ili postupku, odnosno parničnom postupku ne priječi procesno poslovno sposobne stranke da u okviru procesne kategorije postulacijske sposobnosti⁴¹ same, bez asistencije punomoćnika, poduzimaju radnje u postupcima u kojima imaju svojstvo stranke.⁴²

Zastupanje po punomoćnicima svoju pravnu osnovu nalazi u Zakonu o obveznim odnosima. Riječ je o podjeli ovlasti na sklapanje ugovora i drugih pravnih poslova uključujući i poduzimanje pravnih radnji u ime i za račun zastupanoga s tim da se pravni učinak poduzete radnje ili sklopljenog posla proteže izravno na zastupanoga.⁴³

4.3.2. Tko može biti opunomoćenik

Prije zadnjih izmjena i dopuna iz prosinca 2014. Zakon o upravnim sporovima (članak 21.) samo je propisivao tko sve može zastupati tužitelja i zainteresiranu osobu. Dakle, nije bilo ograničenja u pogledu osobe koju su tužitelj i zainteresirana osoba mogli opunomoćiti da ih zastupa u sporu. Stoga ih je mogla zastupati svaka poslovno sposobna osoba, osim osobe koja bi se pružanjem pravne pomoći uz naplatu bavila neovlašteno, tj. koja bi se bavila nadripisarstvom.⁴⁴

Kako odredbe članka 21. do tada važećeg Zakona nisu regulirale procesni alat za ocjenu valjanosti zastupanja stranke u upravnom sporu, taj problem je riješen pozivom na odgovarajuću primjenu pravila parničnog postupka.⁴⁵

40 Čl. 313. st. 1. ZOO-a.

41 Postulacijska sposobnost je svojstvo parnično sposobne osobe da može bez punomoćnika sama neposredno poduzimati parnične radnje pred sudom s procesnopравnim učinkom, v. Triva, Dika, op. cit. (bilj. 31.), str. 311.

42 Jelinić, Z., op. cit. (bilj. 30.), str. 58.

43 Ibid., str. 63.

44 Nadripisarstvo predstavlja kazneno djelo protiv pravosuđa, čl. 313. Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 125/11., 144/12., 56/15. i 61/15.

45 Obrazloženje čl. 5. Konačnog prijedloga ZIDZUS-a, op. cit. (bilj. 22.).

Nakon spomenutih izmjena i dopuna ZUS-a mijenja se mogućnost odabira opunomoćenika jer u parničnom postupku stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, ako zakonom nije drukčije određeno. Zakonom o parničnom postupku je određeno da osim odvjetnika stranku kao punomoćnik može zastupati i osoba koja je s njom u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna, zatim srodnik po krvi u pravoj liniji (do bilo kojeg stupnja), brat, sestra ili bračni drug – ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadripisarstvom.⁴⁶

Ako se kao punomoćnik pojavi osoba koja prema navedenim mjerilima to ne može biti, sud će takvoj osobi uskratiti daljnje zastupanje i o tome obavijestiti stranku. U parničnom postupku je protiv rješenja o uskrati zastupanja dopuštena žalba koja ne zadržava provedbu rješenja. A ako sud utvrdi da punomoćnik koji nije odvjetnik nije sposoban obavljati tu dužnost, upozorit će stranku na štetne posljedice koje mogu nastati zbog nepravilnog zastupanja.⁴⁷

U praksi Visokog upravnog suda Republike Hrvatske zabilježen je slučaj u kojem je tužitelj za pokretanje i vođenje upravnog spora opunomoćio osobu koja nije odvjetnik i koja ne spada u propisane iznimke. Upravni sud je toj osobi uskratio zastupanje i o tome obavijestio stranku. Opunomoćena osoba je primjenom odredbi ZPP-a, u ime tužitelja podnijela žalbu Visokom upravnom sudu. Visoki upravni sud je rješenjem⁴⁸ žalbu odbacio kao nedopuštenu uz obrazloženje da je prvostupanjski sud pravilno primjenio odredbe ZPP-a koji se na odgovarajući način primjenjuje samo na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena ZUS-om. Kako je pitanje dopuštenosti žalbe protiv rješenja u upravnom sporu uređeno ZUS-om, Visoki upravni sud je prema pravilima ZUS-a odbacio žalbu kao nedopuštenu, bez obzira što je u parničnom postupku protiv rješenja o uskrati zastupanja žalba dopuštena.⁴⁹

Naime, pravila parničnog postupka se u upravnom sporu primjenjuju na odgovarajući način, uvažavajući pritom strukturu i različitost upravnog spora, a ne doslovno kako je to protumačila osoba kojoj je uskraćeno zastupanje.

Uz to valja imati na umu da se odredbe kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku ne mogu primjenjivati na zastupanje svih stranaka u sporu kao u parničnom postupku, već samo na zastupanje tužitelja i zainteresirane osobe. Naime, u praksi su zabilježeni slučajevi u kojima je upravni sud odvjetniku uskratio zastupanje tuženika jer ZUS-om nije propisana mogućnost da tuženika u upravnom sporu zastupa odvjetnik. Dakle, kod primjene odredbi kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku treba voditi računa o specifičnosti upravnog spora u odnosu na parnični postupak i u tom smislu na odgovarajući način primjeniti odredbe parničnog postupka pod uvjetom da takvu mogućnost propisuje zakon kojim je uređen upravni spor.

46 Čl. 89.a ZPP-a.

47 Čl. 90. ZPP-a.

48 Rješenje poslovni broj: Ušž-2483/15-2 od 26. veljače 2015.

49 Žalba protiv rješenja prvostupanjskog suda u parničnom postupku je dopuštena ako u ZPP-u nije određeno da žalba nije dopuštena (čl. 378. st. 1. ZPP-a), dok se žalba protiv rješenja upravnog suda može podnijeti samo kad je to propisano ZUS-om (čl. 67. st. 1. ZUS-a).

Ako se kao punomoćnik pojavi osoba koja prema navedenim mjerilima to ne može biti, sud će takvoj osobi uskratiti daljnje zastupanje i o tome obavijestiti stranku. A ako sud utvrdi da punomoćnik koji nije odvjetnik nije sposoban obavljati tu dužnost, upozorit će stranku na štetne posljedice koje mogu nastati zbog nepravilnog zastupanja.⁵⁰

Ako u parnicama o imovinskopravnim zahtjevima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000,00 kuna, punomoćnici pravnih osoba mogu biti samo osobe koje imaju položen pravosudni ispit.⁵¹ U parničnom postupku, povreda ove zakonske odredbe spada u relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka.

Kako se na valjanost zastupanja u upravnom sporu na odgovarajući način primjenjuju odredbe parničnog postupka, to proizlazi da u imovinskopravnim sporovima (npr. izvlaštenje, povrat imovine oduzete za vrijeme komunističke vladavine) u kojima vrijednost predmeta spora prelazi 50.000,00 kuna, opunomoćenik pravne osobe treba imati položen pravosudni ispit. Međutim, ako upravni sud u tijekom spora ne bi pravilno primijenio tu zakonsku odredbu, radilo bi se o takvoj povredi pravila sudskog postupka koja ne bi utjecala na donošenje zakonite i pravilne presude.⁵²

4.3.3. *Opseg punomoći*

Opseg punomoći određuje stranka koja može punomoćnika ovlastiti za poduzimanje samo određene radnje ili svih radnji u postupku.⁵³ Stranka koja je izdala punomoć ovlaštena je izmijeniti njen sadržaj, a time i opseg punomoćnikovih ovlaštenja.⁵⁴ Opseg ovlaštenja opunomoćenika u upravnom sporu, kao i u parničnom postupku, ovisi o tome je li stranka dala punomoć odvjetniku ili osobi koja nije odvjetnik.

Ako je stranka izdala odvjetniku punomoć za vođenje postupka, a nije pobliže odredila ovlaštenja u punomoći, odvjetnik je ovlašten na temelju takve punomoći obavljati sve radnje u postupku, a odgovarajućom primjenom odredbi članka 95. ZPP-a u sporu, osobito podnijeti tužbu, povući je, sklopiti nagodbu, podnijeti pravni lijek i odreći se ili odustati od njega te zahtijevati izdavanje mjera osiguranja, stavljati zahtjev za ovrhu ili osiguranje i poduzimati potrebne radnje u postupku u povodu takva zahtjeva, prenijeti punomoć na drugog odvjetnika ili ovlastiti drugog odvjetnika na poduzimanje samo pojedinih radnji u postupku.

U parničnom postupku za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka odvjetniku je potrebna posebna punomoć, ako je od pravomoćnosti odluke proteklo više od šest mjeseci. Odvjetnički vježbenik bez položenoga pravosudnog ispita može zamjenjivati odvjetnika kod kojeg je zaposlen samo pred sudom prvoga

50 Čl. 90. ZPP-a.

51 Čl. 91. ZPP-a.

52 Čl. 66. st. 2. ZUS-a.

53 Čl. 94. ZPP-a.

54 Triva, Dika, op. cit. (bilj. 31.), str. 333.

stupnja, u postupcima čija vrijednost predmeta spora nije veća od 50.000,00 kuna, a odvjetnički vježbenik s položenim pravosudnim ispitom može zamjenjivati odvjetnika bez ikakvih ograničenja.

Međutim, ako je odvjetniku privremeno obustavljeno pravo na obavljanje odvjetništva, zamjenjuje ga privremeni zamjenik kojem pripadaju sva prava koja ima odvjetnik kojeg zamjenjuje i bez punomoći stranaka. Isto kao i punomoćnik, privremeni zamjenik je već kod obavljanja prve radnje u postupku dužan sudu podnijeti rješenje o postavljanju za privremenog zamjenika. Ako odvjetnik prestane obavljati odvjetništvo, tada je preuzimatelj njegova ureda dužan bez posebne punomoći zastupati stranku najdulje šest mjeseci od dana kada je odvjetnik prestao obavljati odvjetništvo. Preuzimatelj ureda dužan je o tome, bez odgode, obavijestiti sud i stranku koju zastupa.⁵⁵

Ako je stranka izdala punomoć osobi koja nije odvjetnik, a nije pobliže odredila ovlaštenja punomoćnika, tada punomoćnik koji nije odvjetnik može, na temelju takve punomoći, obavljati sve radnje u postupku, ali mu je uvijek, odgovarajućom primjenom odredbi članka 96. ZPP-a u sporu, potrebno izričito ovlaštenje za povlačenje tužbe, za sklapanje nagodbe, za odricanje ili odustanak od pravnog lijeka i za prenošenje punomoći na drugu osobu te za podnošenje izvanrednih pravnih lijekova.⁵⁶

Dakle, zbog toga što nema stručne sposobnosti i zbog toga što za štetu ne odgovara po pravilima o pojačanoj odgovornosti, ovlaštenja na osnovi parnične punomoći punomoćnika koji nije odvjetnik znatno su uža od ovlaštenja odvjetnika.⁵⁷

4.3.4. *Izdavanje punomoći i dostavljanje sudu*

Zakon o parničnom postupku propisuje da stranka izdaje punomoć pisano ili usmeno na zapisnik kod suda, a ako nije pismena ili nije u stanju potpisati se, staviti će na pisanu punomoć umjesto potpisa otisak kažiprsta. Ako se u tom slučaju punomoć izdaje osobi koja nije odvjetnik, potrebna je prisutnost dvojice svjedoka koji će se potpisati na punomoći. Ako posumnja u istinitost pisane punomoći, sud može rješenjem odrediti da se podnese ovjerena punomoć.⁵⁸

U upravnom sporu opunomoćenik je već pri prvoj radnji dužan podnijeti sudu punomoć. Prema odredbama parničnog postupka, ako stranka pri prvoj radnji u parničnom postupku sudu ne dostavi punomoć za zastupanje, sud može dopustiti da radnje u postupku za stranku privremeno obavi osoba koja nije podnijela punomoć, ali će istovremeno narediti toj osobi da u naknadno određenom roku podnese punomoć ili odobrenje stranke za obavljanje parnične radnje. Dok ne protekne rok za podnošenje punomoći, sud će odgoditi donošenje odluke. Ako taj rok bezuspješno protekne, sud će nastaviti postupak, ne uzimajući u obzir radnje što ih je obavila osoba bez punomoći.

55 Čl. 95.a ZPP-a.

56 Čl. 96. ZPP-a.

57 Triva, Dika, op. cit. (bilj. 31.), str. 335.

58 Čl. 97. ZPP-a.

Sud je dužan tijekom cijelog postupka paziti je li osoba koja se pojavljuje kao punomoćnik ovlaštena za zastupanje. Ako sud utvrdi da osoba koja se pojavljuje kao punomoćnik nije ovlaštena za zastupanje, ukinut će parnične radnje što ih je ta osoba poduzela ako te radnje nije stranka naknadno odobrila.⁵⁹

4.3.5. *Prestanak punomoći*

Što se tiče prestanka punomoći, valja navesti da stranka može opozvati punomoć u svako vrijeme, a punomoćnik je može u svako vrijeme otkazati. Opozivanje odnosno otkaz punomoći mora se saopćiti sudu pred kojim se vodi postupak pisanim putem ili usmeno na zapisnik, a za protivnu stranku važi od trenutka kad joj je saopćen. Poslije otkaza punomoći punomoćnik je dužan još mjesec dana obavljati radnje za osobu koja mu je izdala punomoć ako je potrebno da od nje otkloni kakvu štetu koja bi u to vrijeme mogla nastati.⁶⁰

Ako je punomoćniku dano ovlaštenje da može obavljati sve radnje u postupku, a stranka izgubi parničnu sposobnost, odnosno njezin zakonski zastupnik umre ili izgubi poslovnu sposobnost, ili ako zakonski zastupnik bude razriješen dužnosti, punomoćnik je ovlašten i nadalje poduzimati radnje u postupku, ali novi zakonski zastupnik može opozvati punomoć. U navedenim slučajevima punomoćniku koji nije odvjetnik uvijek prestaju ona ovlaštenja koja se u punomoći moraju izričito navesti.⁶¹

Ako je tužitelj ili zainteresirana osoba u sporu fizička osoba punomoć koju je ona izdala, prema pravilima parničnog postupka, prestaje smrću te osobe. Ako se radi o pravnoj osobi, punomoć prestaje prestankom pravne osobe. U slučaju stečajna pravne osobe, punomoć koju je izdao stečajni dužnik prestaje kad prema važećim propisima nastupe pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, ako zakonom nije drugačije određeno. Iznimno, punomoćnik je dužan još mjesec dana obavljati radnje u postupku ako je potrebno da od stranke otkloni štetu.⁶²

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Stranke u sporu su tužitelj, tuženik i zainteresirana osoba.

Tužitelj i zainteresirana osoba mogu poduzimati radnje u sporu u granicama svoje postupovne sposobnosti. Oni nisu dužni sami poduzimati postupovne radnje, već to za njih može činiti ovlaštena osoba za zastupanje. Ako svojstvo tužitelja ima skupina osoba, tada za njih radnje u sporu poduzima zajednički predstavnik ili zajednički opunomoćenik. Za osobe koje nemaju postupovnu ni poslovnu sposobnost, radnje u sporu poduzimaju njihovi zakonski zastupnici. Na poslovnu

59 Čl. 98. ZPP-a.

60 Čl. 99. ZPP-a.

61 Čl. 100. ZPP-a.

62 Čl. 101. ZPP-a.

sposobnost fizičkih osoba na odgovarajući način se primjenjuju odredbe parničnog postupka.

Za tuženika, koji je uvijek javnopravno tijelo, radnje u sporu mogu poduzimati zaposlenici tuženika, a nakon izmjena i dopuna Zakona o upravnim sporovima od prosinca 2014. godine radnje u sporu za tuženika u propisanim slučajevima mogu poduzimati i službene osobe prvostupanjskog javnopravnog tijela. Tuženik nema ovlaštenje opunomoćiti neku osobu izvan kruga službenih osoba javnopravnog tijela za poduzimanje radnji u sporu za njega. Iznimno, ako je tuženo tijelo državne uprave ili drugo državno tijelo, njega može po punomoći čelnika zastupati državno odvjetništvo.

Osoba ovlaštena za zastupanje tužitelja i zainteresirane osobe može biti zakonski zastupnik, zajednički predstavnik ili opunomoćenik. Zakonski zastupnik zastupa postupovno nesposobnu osobu i svoje ovlasti crpi iz zakona ili iz akta nadležnog državnog tijela. Zajednički predstavnik predstavlja određenu skupinu koja ima položaj tužitelja u sporu, time da takva skupina može ovlastiti i zajedničkog opunomoćenika da je zastupa.

Tužitelj ili zainteresirana osoba ovlaštenje za zastupanje u sporu (punomoć) mogu u pravilu dati samo odvjetniku, uz propisane iznimke. Naime, nakon izmjena i dopuna Zakona o upravnim sporovima od prosinca 2014. godine, na valjanost zastupanja u upravnom sporu na odgovarajući način se primjenjuju odredbe kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku.

Dakle, pravila parničnog postupka primjenjuju se na poslovnu sposobnost fizičke osobe i na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena ZUS-om, ali na odgovarajući način, pritom uvažavajući strukturu i različitost upravnog spora. Možda bi ipak u narednim intervencijama u zakonsko uređenje pojedinih instituta u upravnom sporu trebalo težiti cjelovitijem uređenju upravnog spora jer odgovarajuća primjena pravila sličnog ali i različitog postupka ostavlja prostor za moguće dvojbe u tumačenju pojma „odgovarajuća“. Procesna pravila bi, po mišljenju autorice rada, trebala biti jasna i određena i u svemu uređivati postupak na koji se odnose.

Summary

PARTY REPRESENTATION IN ADMINISTRATIVE DISPUTE

In this paper it is considered who can be a party in an administrative dispute. It is shown who can take action in behalf of a party in a procedure, also who is entitled to act for a plaintiff and for an interested person, as well as the question of the validity of party representation in administrative and civil procedure, accordingly applicable in administrative dispute.

Key words: *administrative dispute, party, representation, civil procedure, procedural capacity, business capacity.*

Zusammenfassung

STELLVERTRETUNG DER PARTEI IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

In dieser Arbeit setzt sich die Autorin mit der Frage auseinander, wer alles als eine Partei im Verwaltungsstreitverfahren teilnehmen kann. Es wird darauf hingewiesen, welche Personen im Namen der Parteien die Handlungen im Verfahren vornehmen können und welche Personen bewilligt für die Stellvertretung des Klägers und des Interessenten sind. Es wird auch über die Fragen der Stellvertretungsgültigkeit der Parteien im verwaltungsjuristischen Verfahren und im Prozessverfahren, der im Verwaltungsstreitfall auf angemessene Weise angewendet wird, diskutiert.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsstreitverfahren, Partei, Stellvertretung, Prozessverfahren, Verfahrenskompetenz, Geschäftskompetenz.*

Riassunto

LA RAPPRESENTANZA DELLA PARTE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

Nel presente lavoro si disamina chi possa partecipare in qualità di parte nel giudizio amministrativo. Si segnalano i soggetti che in nome delle parti possono intraprendere azioni nel procedimento e quali persone sono autorizzate a rappresentare il ricorrente e le persone interessate. Ancora, si sollevano le questioni concernenti la validità della rappresentanza delle parti nel contenzioso amministrativo ed in quello civile, applicabile nel giudizio amministrativo.

Parole chiave: *contenzioso amministrativo, parte, rappresentanza, procedimento civile, capacità processuale, capacità d'agire.*

PRAVO ZDRAVSTVENIH RADNIKA NA „PRIZIV SAVJESTI“

Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 174:614.253
Ur.: 23. veljače 2016.
Pr: 9. ožujka 2016.
Prikaz

Sažetak

Institut „priziva savjesti“ štiti građansku slobodu svake osobe u odnosu na izbor u skladu s vlastitom savjesti. Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora odnosno uvjerenja zdravstveni radnik ima se pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje zdravstvene njege ako se to ne kosi s pravilima struke te ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta. O svojoj odluci mora pravodobno izvijestiti pacijenta i odgovornu ili nadređenu osobu.

Radi se o multidisciplinarnom problemu kod kojeg se rješenje može naći samo zajedničkim i istovremenim pristupom više znanstvenih disciplina i struka (medicinara, pravnika, etičara, teologa, sociologa i sl.) kao i interesnih skupina (udruga pacijenata i zdravstvenih radnika, komora i sl.), polazeći pritom od međunarodnih i nacionalnih propisa u najširem smislu riječi, recentne sudske prakse međunarodnih i domaćih sudova, pravila i protokola struke, rješenja iz etičkih kodeksa, nauka vjera i sl.

Ključne riječi: priziv savjesti, prava pacijenata, reproduktivna medicina, pobačaj na zahtjev.

I. UVOD – POJAM I SADRŽAJ „PRIZIVA SAVJESTI“

1. Institut „priziv (prigovor) savjesti“ (*conscientious objective*) u najširem smislu riječi predstavlja pozivanje neke osobe na slobodu savjesti,¹ kada odbija

1 Savjest je svojstvena ljudskom biću, koje svjesno opaža, sustavno analizira i preispituje izvor, sadržaj i posljedice svojih misli, svojih namjera, odluka i postupaka slusajući „glas savjesti“. Savjest je kompleksna kategorija ljudskog uma, trajno u interaktivnom odnosu s voljom; savjest kao moralna paradigma kreira, oblikuje, prosuđuje i vrednuje postupke, uočava razliku između dobra i zla. MARKELJEVIĆ, J., *Savjest i priziv savjesti*, predavanje održano 21. siječnja 2015. godine u Domu HKLD-a u Zagrebu. Savjest zapravo može biti izgovor da bi liječnik izbjegao svoju dužnost, ali itekako može biti i prava, životna dvojba, koja će ga proganjati do kraja života. Kada je dužnost prava dužnost,

postupati na uobičajeni, propisani ili ugovoreni način, odnosno kada traži izuzeće od takve obveze ili sl., i to zbog svojih moralnih odnosno vjerskih uvjerenja.² Dakle, priziv savjesti bio bi pravo i odluka pojedinca da izvrši ili odbije izvršiti neku radnju, suprotno zakonu, propisu ili nekoj drugoj odredbi, jer bi se njezino izvršenje protivilo etičkim, moralnim ili vjerskim uvjerenjima – točnije savjesti te osobe. Priziv bi savjesti trebao biti osobno opravdanje (osnova opravdanja) prizivaču u nepostupanju, nesudjelovanju, neprihvatanju mogućih raznih profesionalnih zahvata, poslova, načina djelovanja i sl.³ Pravo na priziv savjesti proizlazi iz slobode savjesti, koja je zajamčena člankom 18. Opće deklaracije o pravima čovjeka. U čl. 47. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, pročišćeni tekst, broj 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, dalje – **Ustav RH**), izrijeком se spominje i jamči pravo na priziv savjesti (protiv vojne službe). Implementiranje prava na priziv savjesti u ustavni zakon svake države najsigurniji je način zaštite života, savjesti i dostojanstva ljudskog bića na individualnoj i insitucijskoj razini.⁴

Pravo na priziv savjesti je emanacija slobode savjesti i tu prepoznavamo pravo pojedinca da pozivom na naloge svoje savjesti odbije postupati onako kako bi mu inače nalagao pravni poredak. Radi se o konceptu kakav je ustaljen i u pravu, i u znanosti, a također i u katoličkom vjerskom nauku.⁵ Proizašlo je iz temeljnih ljudskih prava na slobodu mišljenja, savjesti i religijskog ili drugog uvjerenja te prava na autonomiju, identitet, privatnost i dostojanstvo osobe. Najčešće je motiviran religijskim razlozima te drugim moralnim ili etičkim stavovima. Priziv savjesti omogućava pojedincu da čuva svoju koherentnost i slobodu. Drži se kako čovjek prisiljen na postupanje protivno svojoj savjesti gubi samopoštovanje, cjelovitost i puninu svoje osobnosti te trpi ograničavanje svoje slobode. Osobito u slučajevima tzv. religijskog priziva savjesti, mogu biti prisutni i osjećaj straha (od

prigovor savjesti može biti pogrešan i amoralan. U nekom idealnom svijetu, savjest liječnika ne bi trebala dolaziti u sukob s njegovom medicinskom ulogom. Svi liječnici još od studija bi trebali biti svjesni svoje odgovornosti da pruže pomoć u legalnim okvirima, kao i dvojbe koje se pred njih postavljaju, a za dobrobit pacijenta. *Šta je zapravo – prigovor savjesti?* <http://www.respecta.co.rs/2011/09/29/sta-je-zapravo-prigovor-savesti/>

2 Tako ROŽMAN, K., *O prizivu savjesti*, Primaljski Vjesnik, 2013., br. 15, str. 19.-21.

Izvor: <http://www.ombudsman.hr/hr/reagiranjapriopenja-i-reagiranjaj439-pravo-na-priziv-savjesti.html>

3 Vidi MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik – život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., str. 38.

4 Podatak na stranici: https://hr.wikipedia.org/wiki/Priziv_savjesti.

5 „U današnjem hrvatskom društvu, ljudska prava – pa tako i pravo na priziv savjesti – omogućuju ostvarivanje ljudske slobode: čovjek u slobodi doista može učiniti mnogo dobrih, lijepih, kreativnih, iskrenih djela. Moramo, međutim, biti svjesni da je sloboda tek jedan potencijal. Sloboda ne služi ničemu, ako nemamo ideje što bismo u toj slobodi poduzeli, i odlučne predanosti da to i postignemo. A ako se nečim ne služimo, možemo slobodno reći da to i ne trebamo: nepoduzetnim ljudima sloboda poduzetništva ne znači mnogo; ljudima koji ne haju za savjest – sloboda savjesti ne znači baš ništa“. ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

Božje kazne, Pakla, gubitka vječnog spasenja, izopćenja...), krivnje i grijeha.⁶

2. Klauzula savjesti postala je dio etičkih kodeksa, ali i zakonske regulative. Pozivanje na priziv savjesti definira se i kao zahtjev, motiviran etičkim ili vjerskim uvjerenjima, koji omogućuje njegovu podnositelju da se osobno izuzme kako bi izbjegao uobičajenu dužnost ili kako bi postupio mimo onoga što je zakonom propisano.⁷ Da bi prigovor savjesti bio legitiman i prihvatljiv mora se zasnivati na moralnim načelima pojedinca, koji upravlja tumačenjem i shvaćanjem pravnih normi ili političkih akata vlasti, a ne na osobnim interesima ili drugim iskonstruiranim oblicima političke lojalnosti. Jer, kad se pojedinac na temelju svojih moralnih načela odluči na otpor, on tada postupa svjesno i savjesno, pa čak i ako nije u pravu, te se na taj način stvara razlika između moralne i pravne sankcije, budući da moralna sankcija djeluje iznutra, a pravna sankcija izvana.⁸ Po svojoj naravi priziv savjesti nije pravno pravo, već je moralno pravo ili, točnije, moralna dužnost, jer u području morala egzistira pravo kao korelacija dužnosti.⁹

Iako se drži da priziv savjesti ne predstavlja značajno pravno pitanje, većina pravnih sustava, osobito razvijenih demokratskih zemalja, prepoznala je potrebu pojedinca da postupa u skladu sa zahtjevima savjesti.¹⁰ Pravo na priziv savjesti temeljno je ljudsko pravo i sastavni je dio slobode mišljenja koje je priznato na međunarodnoj razini, a u praksi se ostvaruje u većini država svijeta.¹¹ Zakonodavstva razvijenih zemalja vođena zaštitom ljudske slobode, identiteta,

6 Vidi ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujoVIC.prekid%20trudnoce.

7 Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008., str. 116.

8 „Iz konstatacije da je prigovor savjesti moralna dužnost pojedinca proizlazi da isti mora prigovoriti zbog neizdržive unutarnje potrebe koja je izazvana kolizijom pravne norme (koju ne može prihvatiti) i njegovog moralnog suda (religiskog, filozofskog i sl.), koja ga dovodi u situaciju da taj konflikt riješi u korist svog morala. Budući da je ljudska savjest neograničena, i ujedno subjektivna, pravna norma, objektiviziranjem kriterija u društvenoj zajednici, nastoji ograničiti tu savjest (u slučaju prigovora savjesti). Tako se pojedinac, vezano za prigovor savjesti, nalazi u pravnoj sferi – on prihvaća ili pristaje na pravnu sankciju. Kako se s moralne strane prigovarač savjesti ne smatra odgovornim jer je vođen moralnom dužnošću, dolazi do situacije da pojedinac može biti pravno kažnjen, ali ne i kažnjen na autentični moralni način. Moralna sankcija djelujući iznutra, u slučaju prigovora savjesti, predstavlja autentičnu sankciju – pojedinci je sebi nameću u slučaju da su u određenoj situaciji postupili protivno svojoj moralnoj dužnosti. To sve govori u prilog tezi da je prigovor savjesti, osim što je pravno pitanje, i izuzetno značajno etičko pitanje“. ŠEGVIĆ, S., *Legitimnost građanskog otpora - neki teorijski aspekti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 2/2007., str. 195.

9 Usp. VUKADIN, D., *Pravo prigovora savjesti*, Filozofska istraživanja, god. 23., 2003., sv. 2, str. 421.

10 Nismo sigurni da će se takvo stanje zadržati. Naime, krajem prošle godine na razini EU-a postojali su naponi da se ograniči primjena prava na priziv savjesti. Na zasjedanju 7. listopada 2011., Vijeće Europe odlučilo je da priziv savjesti ostaje kao pravo na slobodu mišljenja. Rezolucija u korist priziva savjesti izglasana je s tek 56 glasova za, nasuprot 51 glas protiv. Podatak na stranici: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=11891>.

11 Podatak na stranici <http://narod.hr/hrvatska/sto-je-institut-priziva-savjesti>.

savjesti i dostojanstva dopuštaju priziv savjesti kao pravno dopuštene radnje ograničenog opsega. Teret dokazivanja prigovora u bilo kojem pravnom postupku leži na onome tko ga ističe.

3. Zahtjev za izuzeće pretpostavlja sukob između opće norme i savjesti, što znači da je to pravilo koje se ne prihvaća strogo, već se odnosi samo na pojedinačnu situaciju.¹² Drži se kako pojedinac, neovisno o svojoj profesiji, nije dužan poštovati one zakonske odredbe koje su u koliziji s njegovom vlastitom savjesti,¹³ odnosno da ne mora poštovati zakon ili neke njegove odredbe ako iste uključuju postupanje protivno savjesti.¹⁴ Da bi priziv savjesti bio legitiman, mora se zasnivati na moralnim načelima pojedinca koji shvaća značenje pravnih normi, a ne na osobnim interesima. S druge strane, bitno je da pravo jednog pojedinca ne ugrožava ili isključuje prava drugih ljudi.¹⁵

Iako priziv savjesti predstavlja svojevrsni **otpor**, ipak se klauzula savjesti pojmovno razlikuje od „otpora“ ili „građanske neposlušnosti“ jer ona nije usmjerena na političke razloge ili opće shvaćanje pravičnosti.¹⁶ Dosadašnja iskustva svjedoče o tome da će kolizija između zahtjeva pravne norme i zahtjeva savjesti biti gotovo

12 Tako MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 283.

13 Sve učestaliji slučajevi izazivaju zbrku u kojoj se miješaju različita tumačenja prava i zakona. Naročito nakon slučaja sa spikerom Hrvatskog radija, ovdašnja javnost još nije na čistu tko sve ima pravo pozvati se na prigovor savjesti. „Prema Ustavu Republike Hrvatske svatko ima slobodu savjesti odnosno pravo na prigovor savjesti“, izričit je zagrebački odvjetnik Veljko Miljević. Napominje kako je jedina mjerodavna odredba članak 40. Ustava koji kratko i jasno kaže da se jamči sloboda savjesti i vjeroispovijesti. „Ustav pritom jamči i slobodno javno očitovanje toga. To znači ne samo da čovjek ima unutarnju slobodu savjesti, nego i slobodno javno očitovanje vjere ili bilo kojeg drugog uvjerenja“, objašnjava Miljević. No, Miljević upozorava da Ustav ne rješava pitanje same tehnike pozivanja na prigovor ili, kako se u Hrvatskoj još kaže – priziv savjesti. Tako DAVID Udruga građana za zaštitu ljudskih prava, *Prijedlozi za cjelovito reguliranje prava na priziv savjesti u medicini/ zdravstvenoj djelatnosti*, Inicijativa liječnika/-ca za reguliranje priziva savjesti u medicini i CESI- Centar za edukaciju, savjetovanje i istraživanje, Poruke Okruglog stola „Priziv savjesti u medicini“, Zagreb, Novinarski dom, 21. 1. 2015., <http://david-udruga.hr/novosti/2015/02/11/prijedlozi-za-cjelovito-reguliranje-prava-na-priziv-savjesti-u-medicini-zdravstvenoj-djelatnosti/>.

14 Poznat je primjer boksača Muhammada Alia koji je zbog prigovora savjesti odbio ratovati u Vijetnamu jer se rat protivio načelima njegove vjere (Islama). Tada je izjavio: „*Niti jedan Vijetkongovac nikada me nije nazvao crnčugom*“. Osudila ga je porota, sastavljena isključivo od bijelaca, na pet godina zatvora. Česti su primjeri liječnika koji zbog prigovora savjesti ne žele sudjelovati u postupcima pobačaja, umjetne oplodnje i eutanazije. Usput spomenimo da je pobačaj za osobe kršćanske vjeroispovijesti neprihvatljiv. Izopćenje iz Katoličke Crkve kazna je za svakoga tko izazove pobačaj i za svakoga tko se s njime suglasi - ističe kardinal Alfonso López Trujillo. ŠEGVIĆ, S., *Legitimnost građanskog otpora - neki teorijski aspekti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 2/2007., str. 116.

15 Vidi ŠEGVIĆ, S., *Legitimnost građanskog otpora - neki teorijski aspekti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 2/2007., str. 116.

16 Usp. MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 283.

uvijek odlučena u korist savjesti. Naime, prizivatelj savjesti ne smatra da je postupio pogrešno kršeći pravnu normu jer je pri tome vođen moralnom odgovornošću (moralnim imperativom). Pojedinaac može biti pravno kažnjen, ali ne i kažnjen na autentičan moralni način. Takva, rekli bismo, površna kazna ne stvara motivaciju za korekciju ponašanja, stava ili odnosa prema spornoj pravnoj normi. Moralna sankcija djeluje iznutra, a pravna izvana. Stoga smatramo da ova prva predstavlja autentičnu sankciju.¹⁷ Pravo na prigovor savjesti, dakle nije *contra legem* već *exceptio legis*, jer su zakonodavci u okviru pravnog sustava iskazali tendenciju da to pravo relativiziraju s namjerom da moralni stav pojedinca ne zadire u prava drugih pravnih subjekata. Legalizacija priziva savjesti, odnosno njegova ograničena pravna dopustivost, predstavlja značajan korak u razvitku modernog prava, posebno onoga dijela koji se odnosi na zaštitu najviših ljudskih vrijednosti, od prava na fizički integritet do slobode govora, misli, savjesti i vjeroispovijesti.¹⁸

4. Sloboda mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti spada u ljudska prava i temeljne slobode zajamčene međunarodnim dokumentima, u prvom redu Općom deklaracijom o ljudskim pravima Ujedinjenih naroda (članak 18.) i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (članak 9.). Sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti jesu vrednote kojima Ustav RH daje posebno značenje propisujući ih kao temeljne slobode i prava čovjeka i građanina. Ustav RH je posebnim člankom (članak 47.) predvidio mogućnost priziva savjesti i onima koji zbog svojih vjerskih ili moralnih nazora nisu pripravnici sudjelovati u obavljanju vojničkih dužnosti u oružanim snagama. Na sličan način ova je odredba *mutatis mutandis* uvrštena i u zdravstvene zakone. Stoga priziv savjesti predstavlja oživotvorenje ustavnog određenja slobode savjesti svakog čovjeka te kao takvo odnosi prevagu u situacijama kada zdravstveni radnici odluče odbiti pružiti zdravstvenu uslugu koja nije u skladu s njihovim uvjerenjima.¹⁹ Značaj ove ljudske slobode ogleda se i u tome što većina demokratskih zemalja daje pojedincu legitimno pravo na priziv savjesti, odnosno dopušta mu da ne postupi po zakonu ili pojedinoj njegovoj odredbi koja propisuje ponašanje protivno njegovoj savjesti. Pritom je nužno da sloboda savjesti jedne osobe ne ugrožava ili isključuje prava drugih osoba.²⁰

Isto tako Ustav RH u članku 40. navodi da se jamči sloboda savjesti i vjeroispovijesti i slobodno javno očitovanje vjere ili drugog uvjerenja. Ova iznimno široka određenja slobode savjesti temelj su za priziv savjesti, ali nisu istovjetna prizivu savjesti, odnosno ne daju automatsko pravo svakoj osobi, u svakoj situaciji i zbog svakog razloga koji ta osoba smatra svojim moralnim ili vjerskim uvjerenjem da krši neke druge propisane ili ugovorene obveze. Kako priziv savjesti u pravilu

17 Podatak na stranici: <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=11891>.

18 Tako ŠEGVIĆ, S., *Legitimnost građanskog otpora - neki teorijski aspekti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 2/2007., str. 199.

19 Vidi BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, Zagreb, 2006., str. 166.

20 Priopćenje Pučkog pravobranitelja RH od 22. kolovoza 2013., <http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/za-javnost/priopcenja/182-pravo-na-priziv-savjesti>.

znači kršenje nekih drugih obveza/dužnosti (primjerice, služenja u vojsci, odbijanja izvršavanja ugovorenih poslova i sl.), dakle dolazi u sukob s nekim drugim pravima, on mora na određeni način biti razrađen i ograničen koliko je to moguće procedurom i konkretnijim razlozima, kako ne bi postao temelj za neopravdanu samovolju. Stoga postoji potreba da se priziv savjesti regulira propisima odnosno da mu sudska praksa odredi granice i postupak (iako su to vrlo promjenjive i fleksibilne granice).²¹

5. Priziv savjesti sve se više u suvremenim demokracijama smatra bitnim kriterijem za ocjenu kvalitete određenog pravnog sustava, kako s aspekta (medicinsko)pravne teorije i njezine evaluacije u pozitivno pravo, tako i s etičkog aspekta,²² te njegove deontološke funkcije kritičke evaluacije pozitivnog prava.²³ U tom smislu klauzula savjesti može ukazivati i na potrebu izmjene zakona, ali to je, ipak, samo njezina sekundarna svrha.²⁴

6. Malo je poznato da među brojnim praznicima postoji i Međunarodni dan priziva savjesti. Međunarodna mreža priziva savjesti je 1985. odlučila da 15. svibnja postane Međunarodni dan priziva savjesti kako bi se stvorio veći globalni fokus na pitanje priziva savjesti. Međunarodna mreža priziva savjesti sastajala se svake godine od 1981. do 1997. U početku su to bili sastanci prizivatelja savjesti koji su razmijenjivali ideje i iskustva, da bi se kasnije raspravljalo o ozbiljnijim ciljevima i razvijale strategije. U mnogim državama širom svijeta taj dan se obilježava akcijama koje podržavaju pravo na priziv savjesti.²⁵ Velik broj razvijenih zemalja priziv savjesti svrstava u kategoriju prava na slobodu, dok neki taj institut smatraju oblikom građanske neposlušnosti,²⁶ te kao legalno, međunarodno priznato pravo građana – pravo slobode.

II. POVIJESNI RAZVITAK INSTITUTA „PRIZIVA SAVJESTI“

Povijesno gledano, pravni poredci u različitoj su mjeri priznavali pravo na priziv savjesti. Konflikt između onoga što nalaže zakon i savjest pojedinaca u prošlosti je osobito bio prepoznat u svezi s vojnom obvezom ili medijskim izvještavanjem, putem pozivanja na klauzulu savjesti, odnosno priziv savjesti.²⁷

21 Izvor: <http://www.ombudsman.hr/hr/reagiranja/priopenja-i-reagiranja/439-pravo-na-priziv-savjesti.html>, Primaljski vjesnik, broj 15, listopad 2013., str. 19.-21.

22 Usp. ŠEGVIĆ, S., *Legitimnost građanskog otpora - neki teorijski aspekti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 2/2007., str. 191.

23 Tako VUKADIN, D., *Pravo prigovora savjesti*, Filozofska istraživanja, god. 23., 2003., sv. 2, str. 421.

24 Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 283.

25 Usp. AZDEJKOVIĆ, P. M., *Borba: Prigovor savesti – Muški spas od vojske*, <http://azdejkovic.com/borba-prigovor-savesti-muski-spas-od-vojske/>.

26 Podatak na stranici <http://narod.hr/hrvatska/sto-je-institut-priziva-savjesti>.

27 U tom smislu MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 277.

Priziv savjesti kao pojam postoji stoljećima unatrag. Pojam „savjest” potječe iz antičko-kršćanske tradicije. Prema Demokratu oblikovan je od prvotnog pojma „synderesis” ili „synteresis” (grč. „su-znanje”), urođene sposobnosti kojom ljudska bića spoznaju moralni zakon, do pojma prema Ciceronu koji je grčku riječ „synderesis” (*synteresis*) preveo kao „conscientia” (lat. „savjest”).²⁸ Drevni primjer priziva savjesti nalazimo u antičkoj drami *Antigona* (5. stoljeće pr. Kr.), gdje *Sofoklo* prikazuje primjer mlade žene koja odbija poštovati svjetovni zakon koji joj zabranjuje da pokopa braću koja su poginula u pobuni protiv vlastitog kralja. Ona se izlaže najvećem riziku jer osjeća da je božanski zakon koji joj nalaže da pokopa najbliže srodnike, obvezuje jače od državnog zakona koji joj to brani. Činjenica da *Sofoklo* - te, očito, njegova publika u antičkoj Grčkoj - promatra *Antigonino* rizično i naizgled “neekonomično” ponašanje (ona sama biva osuđena na smrt, zbog brige za ionako mrtva tijela svoje braće) kao dostojno i herojsko, govori nam da je priziv savjesti već u to vrijeme bio kulturalno prepoznat i odobran.²⁹

U 6. i 7. poglavlju biblijske 2. knjige o Makabejcima nalazimo primjere Židova koji su se u 1. stoljeću prije Krista odbijali podvrgnuti helenističkim zakonima koji su od njih tražili, pod prijetnjom smrtno kazne, da prikažu žrtvu na žrtveniku državnog kulta i jedu svinjetinu u znak odricanja od židovskoga Zakona i podlaganja zakonu i kultu države.³⁰

Savjest koja omogućuje ljudskim bićima spoznaju značenja vlastitog moralnog čina, tumačena je s teološke perspektive u srednjem vijeku kao „dvoslojna instancija ljudske duhovnosti”. U 18. stoljeću Kant ističe savjest koja je kao glas, amblemičan opis unutarnjeg zakona kojega čovjek samom sebi ne daje, već ga otkriva u sebi, kao preduvjet odnosno temelj za slobodnu, autonomnu moralnu akciju.³¹ U 20. stoljeću Freud definira savjest kao dio superega („nadvijesti”) koji se razvija pod utjecajem nagrada, zabrana i kazni tijekom odgojnog procesa, odnosno kao odraz volje drugih osoba. U 21. stoljeću, u skladu s mislima svetaca koji savjest

28 Tako MARKELJEVIĆ, J., *Savjest i priziv savjesti*, predavanje održano 21. siječnja 2015. godine u Domu HKLD-a u Zagrebu.

29 Podatak na stranici https://hr.wikipedia.org/wiki/Priziv_savjesti.

30 Kulturalni učinak u judeokršćanskoj kulturi osobito daje prikaz uzastopnog svirepog mučenja i ustrajnosti u postupanju prema božanskom zakonu, koje iskazuju sedmorica braće Makabejaca i njihova majke koja gleda kako njeni sinovi bivaju mučeni i ubijani na najokrutnije načine, hrabreći sve manji broj preostalih svojih sinova da ustraju. Taj primjer - podcrtan okolnostima smrti samog Isusa - nasljeđuje i prvobitna kršćanske zajednice koja nastaje u Jeruzalemu: u petom poglavlju Djela apostolska nalazimo da Petar u ime apostola na saslušanju pred Velikim vijećem odbijaju nalog da prestanu propagirati kršćanstvo: “Treba se većma pokoravati Bogu negoli ljudima!” Sljedeći primjer apostola - od njih dvanaestorice, jedanaestorica su poginula mučeničkom smrću - znatan broj kršćana je u prvim stoljećima kršćanstva odlučio inzistirati na vjernosti kršćanskoj vjeri sve do mučeništva; uglavnom povodom pritvljenja da u hramu državnog kulta (“Augustov hram”) prikažu žrtvu u znak podložnosti Rimskom Carstvu. Podatak na stranici https://hr.wikipedia.org/wiki/Priziv_savjesti.

31 Vidi MARKELJEVIĆ, J., *Savjest i priziv savjesti*, predavanje održano 21. siječnja 2015. godine u Domu HKLD-a u Zagrebu.

identificiraju s „osjećajem za dobro koji je utisnuto u nas” (sv. Augustin), s „iskrom Božanske ljubavi koja je skrivena u nama” (sv. Pavao) i sa „zakonom koji je upisan u srcu svakog od nas” (sv. Bazilije), papa Bendikt XVI. riječ „synderesis” zamjenjuje platonskim pojmom „anamnesis” (grč. spomen) odnosno s ontološkom razinom pojma savjesti. Naša nutarnja otvorenost za apsolutnu istinu ili „anamnesis” u suglasju je s „conscientia”, sa savješću, odnosno drugom razinom koja prosuđuje i odlučuje.³²

Povijesno je kao ljudsko pravo priziv savjesti priznat nakon Nirnberških procesa, kada se rađa cijela moderna doktrina ljudskih prava i Opća deklaracija o ljudskim pravima.³³ Od druge polovice 20. stoljeća pravo na priziv savjesti je kroz pravo na mišljenje, savjest i religiju priznato mnogim međunarodnim i nacionalnim pravnim aktima kao i mnogim profesionalnim i etičkim strukovnim kodeksima. Time je prizivačima/cama savjesti zajamčena pravosudna nekažnjivost i zaštita njihova postupanja. Mogućnost javne osude i/ili stigmatizacije prizivača/ice ostaje prisutna, a ovisi o dominantnim društvenim stavovima i raspoloženjima.³⁴

Tijekom 20. stoljeća, u kontekstu opće vojne obveze, nameće se problem priziva savjesti protiv vojne službe. Prizivači se opet pozivaju na moralne naloge koji proizlaze iz njihove religije. Makar pravo na priziv savjesti proizlazi iz prava na slobodu savjesti, koja je zajamčena člankom 18. Opće deklaracije UN o pravima čovjeka iz 1948., u praktičnom životu nisu ni danas rijetke situacije u kojima pravni poredak ne priznaje legitimnost prigovora savjesti koje izjavljuju pojedinci. Tako je, s obzirom na to da vjerski nauk Jehovinih svjedoka zabranjuje službu u vojsci, nemali broj pripadnika te vjere bio izložen zatvorskim kaznama zbog odbijanja vojne službe.³⁵ Termin „priziv savjesti” se u sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava razvio upravo povodom zalaganja Jehovinih svjedoka da im se prizna priziv savjesti protiv vojne službe. Taj je sud nakon skoro četrdeset godina odbijanja da prizna priziv savjesti u tom iznimno važnom pitanju, tek 2000. takav priziv savjesti priznao u slučaju *Thlimmenos protiv Grčke*.³⁶

Kao pojam povezan s medicinskim radnicima pojavljuje se prvi put u Zakletvi za koju se smatra da ju je gotovo sigurno napisao Hipokrat. *Scribonius Largus* (c.

32 *Ibid.*

33 Vidi stranicu: <http://narod.hr/hrvatska/sto-je-institut-priziva-savjesti>.

34 Tako ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujoVIC.prekid%20trudnoce.

35 Prvi slučaj koji se našao pred Komisijom za ljudska prava - tribunalom koji je poslije prerastao u Europski sud za ljudska prava, bio je *Grandrath protiv Njemačke* (slučaj iz 1964., okončan 1966. godine). U tom, kao i u brojnim drugim slučajevima koji su se poslije našli pred Europskim sudom za ljudska prava, priziv savjesti protiv vojne službe bio je odbijan - te je prihvaćen tek u presudi u slučaju *Thlimmenos protiv Grčke* iz 2000. godine. Vidi stranicu: https://hr.wikipedia.org/wiki/Priziv_savjesti.

36 Usp. ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

AD 1-50) nam govori da je u njegovo doba Zakletva uobičajeno primjenjivana.³⁷ U srednjem vijeku Zakletva se prvi put spominje kao uobičajena praksa tek u Wittenbergu u Njemačkoj 1508. Oko 1930. samo u 19 % američkih medicinskih škola je polagana Zakletva. Dakle, pojam priziva savjesti preciznije je definiran tek u novije doba.³⁸

III. PODRUČJA PRIMJENE INSTITUTA „PRIZIVA SAVJESTI“

Institut „priziva savjesti“ štiti građansku slobodu svake osobe u odnosu na izbor u skladu s vlastitom savjesti. Svatko ima pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti, a to pravo uključuje slobodu promjene vjeroispovijesti ili uvjerenja i slobodu da pojedinačno ili u zajednici s drugima, javno ili privatno, iskazuje svoju vjeroispovijest ili uvjerenje poučavanjem, bogoslužjem, praktičnim vršenjem i obredima.³⁹ Sloboda manifestiranja svoje vjere ili svojih uvjerenja podliježe samo onim ograničenjima predviđenim zakonom i koja su nužna u demokratskom društvu u interesu javne sigurnosti, zaštite javnog poretka, zdravlja ili morala ili zaštite prava i sloboda drugih.⁴⁰ Svakako, može se dogoditi da uvjerenje neke osobe dođe u sukob s nekom građanskom ili osobnom dužnošću/obvezom.⁴¹

Pravo na priziv savjesti najčešće se veže uz medicinu i sluzenje vojnog roka te nošenje i uporabu oružja.

Vojna obveza i obrana Republike Hrvatske dužnost je svih za to sposobnih državljana. Dopušten je priziv savjesti onima koji zbog svojih vjerskih ili moralnih nazora nisu pripravnici sudjelovati u obavljanju vojničkih dužnosti u oružanim snagama. Te su osobe obvezne ispunjavati druge dužnosti određene zakonom (Ustav RH, čl. 47.).⁴² U tom slučaju institut „priziva savjesti“ omogućuje odustajanje od:

37 Vidi kod *Šta je zapravo – prigovor savjesti?* <http://www.respecta.co.rs/2011/09/29/sta-je-zapravo-prigovor-savesti/>.

38 Tako *Šta je zapravo – prigovor savjesti?* <http://www.respecta.co.rs/2011/09/29/sta-je-zapravo-prigovor-savesti/>.

39 OPĆA DEKLARACIJA O LJUDSKIM PRAVIMA, usvojena i proglašena od Opće skupštine Rezolucijom 217 A (III) od 10. prosinca 1948., članak 18.; (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, pročišćeni tekst, MU, broj 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, čl. 9. st. 1.

40 (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, pročišćeni tekst, MU, broj 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, čl. 9. t. 2.

41 Tako je u predmetu *C. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (od 15. prosinca 1983., 37 DR 142), koji je pokrenuo pripadnik Društva prijatelja (tj. Kvekera) protiv Ujedinjenog Kraljevstva, pripadnik te religije usprotivio se što dio poreza koji plaća ide u vojne svrhe. Komisija je donijela odluku da opća obveza plaćanja poreza koju država nameće nema veze s pitanjem savjesti. Vidi HARLAND, C., ROCHE, R., STRAUSS, E., *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Sarajevo, 2003., str. 237.

42 Većina europskih država najčešće prigovaračima savjesti osigurava alternativu sluzenju vojnog roka u vidu civilne službe, ili vojne službe bez oružja. Civilna služba je alternativna državna služba, u koju se upućuju prigovarači savjesti i koja se obavlja u bolnicama, staračkim

služenja vojne obveze, sudjelovanja u ratnim aktivnostima i određenim misijama za koje smatraju da nisu u skladu s njihovom savješću, odnosno moralnim uvjerenjima, nošenja i upotrebe oružja. Priziv savjesti je odbijanje sudjelovanja u onim radnjama koje savjest prizivatelja ne odobrava, a priziv savjesti na vojnu službu odbijanje je služenja vojnog roka iz političkih, vjerskih, filozofskih, moralnih ili bilo kojih drugih razloga savjesti. U praksi priziv savjesti je pravo svakoga da odbije službu u vojnim jedinicama i ustanovama i samim time odbije sudjelovati u bilo kakvom vidu rata ili priprema za rat.⁴³ U tom smislu značajna je i praksa Europskog suda o prizivu savjesti vezano uz odbijanje služenja vojnog roka, a posebno je značajna odluka u predmetu *Bayatyan protiv Armenije* (2011.), u kojemu je podnositelj, inače Jehovin svjedok, odbio služiti vojni rok pozivajući se na priziv savjesti. Sud je smatrao da protivljenje obnašanju vojne službe, ako je motivirano ozbiljnim i nepremostivim sukobom između obveze služenja vojske i savjesti pojedinca ili njegovih dubokih i iskrenih vjerskih ili drugih uvjerenja, predstavlja uvjerenje ili vjerovanje dostatne razine uvjerljivosti, ozbiljnosti, kohezije i važnosti da potpadne pod jamstvo članka 9. Konvencije, što se inače mora utvrditi u svjetlu posebnih okolnosti svakog slučaja.⁴⁴

Primjeri različitih dužnosti vezano uz obavljanje medicinske djelatnosti pokazuju da je klauzula savjesti važna u praktičnom radu zdravstvenih radnika.⁴⁵ Institut „priziva savjesti“ štiti i specifičnu skupinu - liječnike, zdravstvene djelatnike i znanstvenike, koji mogu odbiti sudjelovanje u znanstvenim istraživanjima, dijagnostičkim i terapijskim postupcima i zahvatima koji nisu u skladu s njihovom savjesti. Mogu isticati priziv savjesti i kod sljedećih usluga: pobačaj/abortus, kontracepcija, osiguranje za pokriće kontracepcije, usluge za planiranje obitelji ili savjetovališta za to, sterilizacija, potpomognuta oplodnja, kloniranje, eksperimentiranje s fetusima, eutanazija, podrška na kraju života, obdukcija, transplatacija organa, transfuzija krvi, medicinski eksperimenti i istraživanja

domovima, vrtićima, organizacijama za pomoć invalidima, spasilačkim organizacijama i svim drugim organizacijama koje su od općeg javnog interesa. Po međunarodnim standardima ove dvije službe su ravnopravne i oni koji se odluče za civilnu, a ne vojnu službu kasnije zbog toga ne gube nikava prava niti smiju na bilo koji način biti diskriminirani. Totalni prigovor savjesti je odbijanje bilo vojne bilo civilne službe. Totalni prigovor savjesti ni u jednoj državi nije zakonski priznat, ali je negdje manje, negdje više toleriran. Prigovor savjesti na vojne troškove sastoji se u odbijanju da se uplati dio poreza namijenjen za vojsku. Također, u Švicarskoj je aktivna grupa koja radi na otkrivanju banaka koje imaju posla s trgovinom oružja i koja poziva građane na bojkot tih banaka. Podatak na stranici: https://sr.wikipedia.org/wiki/Prigovor_savesti.

43 Mnogi prigovarači savjesti inspirirani su mišlju Alberta Einsteina: *“Ratovi će prestati kada ljudi odbiju da se u njima bore”*. Vidi: https://sr.wikipedia.org/wiki/Prigovor_savesti.

44 Tako i više o tome kod OMEJEC, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški aquis*, Informator, Zagreb, 2013., str. 1051.

45 Usp. MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 277.

embrionalnih matičnih stanica, etički dvojbeni postupci koji su vezani uz slučajeve moždane smrti, odnosno isključivanja aparata koji pacijenta održavaju na životu i sl.⁴⁶ Pravo na priziv savjesti mogli bi istaknuti i indirektni pružatelji zdravstvenih usluga. Primjerice farmaceuti, jer oni nemaju ovlaštenje pisati recepte, nego ih samo provode ili medicinski tehničar koji odbija voziti trudnu ženu na kliniku za abortus.⁴⁷ Poznati su i slučajevi u kojima ljekarnici (farmaceuti) odbijaju izdati lijek za kontracepciju ili lijek koji izaziva prekid trudnoće,⁴⁸ tvrdeći da je takav stav dio njihove profesionalne autonomije i integriteta, da time podržavaju svetost života i da bi drukčije ponašanje bilo suprotno Hipokratovoj zakletvi.⁴⁹ Pritom drže da se nalaze u analognoj situaciji u kojoj se nalaze liječnici kada pozivom na priziv savjesti odbijaju izvršiti prekid trudnoće.⁵⁰ Parlamentarna skupština Vijeća Europe utvrdila je pravo na priziv savjesti u medicini Rezolucijom 1763 iz 2010. godine. U točki 1. ove Rezolucije, među ostalim, stoji da niti jedna pravna ili fizička osoba neće biti podvrgnuta prisili, neće se držati odgovornom niti će se na bilo koji način diskriminirati ako odbije izvršiti pobačaj ili eutanaziju.⁵¹

Iako se najčešće odnosi na vojnu službu i zdravstvene djelatnike, postoje i druge vrste priziva savjesti. Drži se kako odredba čl. 47. Ustava RH, iako izrijeком spominje samo vojnu obvezu, štiti sve, odnosno pripadnicima svih djelatnosti daje mogućnost da zbog priziva savjesti odbiju određeni posao koji nije u skladu s njihovim stajalištima, uvjerenjima ili svjetonazorom, a zbog toga ne smiju dobiti otkaz. Tako novinar može odbiti napisati tekst koji nije u skladu s njegovim uvjerenjima, članovi pokreta za zabranu eksperimenata nad životinjama imaju pravo na priziv savjesti jer ih smatraju neetičnim, trgovci mogu uložiti priziv savjesti zbog toga što moraju raditi nedjeljom, prodavati pornografiju i štošta drugog što se protivi njihovoj savjesti.⁵² I svećenik, odnosno vjerski ispovjednik, u svojim se duhovnim poslovima ima pravo pozvati na priziv savjesti i odbiti aktivnosti s kojima se ne

46 Podatak na stranici: <http://narod.hr/hrvatska/sto-je-institut-priziva-savjesti>

47 Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savjesti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 284.

48 Tako KNESTOUT, B. P., *An Essential Prescription: Why Pharmacist – Inclusive Conscience Clauses Are Necessary*, Journal of Contemporary Health Law & Policy, 2006., br. 2, str. 4.

49 „Ako vas Hipokratova zakletva obvezuje da uvijek služite životu, Evanđelje vas još više potiče, da ga uvijek i posvuda volite, ponajviše kada mu je potrebna osobita skrb ... vjernost Evanđelju i poštovanje ljudskoga života ponekad traži hrabri izbor, a u nekim okolnostima i prigovor savjesti“. Papa Franjo: *Prigovor savjesti – liječnici*, Prigodom 70 godišnjice uspostave Udruge Talijanskog katoličkog liječničkog društva (AMCI), <http://www.ika.hr/index.php?prikaz=vijest&ID=164838>.

50 Tako LAUDE, A., *Pharmacie – Actualite juridique*, Revue de droit sanitaire et social, 1999., br. 1, str. 86.

51 Vidi *Pravo na priziv savjesti*, Priopćenje Pučkog pravobranitelja RH od 22. kolovoza 2013., na stranici: <http://www.ombudsman.hr/index.php/hr/za-javnost/priopcenja/182-pravo-na-priziv-savjesti>

52 Također se spominje primjer kako radnika koji je musliman može jako smetati da mu netko u tvorničkoj blagovaonici daje izbor između dva jela, koja su oba načinjena od svinjetine. Vidi na stranici: https://sr.wikipedia.org/wiki/Prigovor_savesti.

slaže. Poznat je i primjer kad je jedan sudac odbio zbog svoje savjesti sudjelovati u radu izbornog povjerenstva pri provedbi referenduma o braku, ocjenjujući da se time ugrožavaju prava homoseksualaca, a taj priziv savjesti je uvažen i on je zamijenjen drugim sucem.⁵³ Svakako poznati su i primjeri kada je pravo na priziv savjesti bilo neopravdano osporeno,⁵⁴ a i Europski sud za ljudska prava je, primjerice, u predmetu *Eveida i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* 2013. godine zauzeo stajalište da matičari ne bi imali pravo na priziv savjesti protiv obveze da sudjeluju u sklapanju tzv. „istospolnog braka“.⁵⁵

IV. „PRIZIV SAVJESTI“ U MEDICINI

Primjena novih spoznaja u kliničkoj praksi otvara prostor za mnogobrojne konfliktne situacije gdje se međusobno suprotstavljaju ciljevi istraživanja s medicinskom etikom, zaštitom ljudskih prava i dostojanstva života. Priziv savjesti u medicini pojam je koji označava pravo zdravstvenog radnika da odbije pružiti medicinsku uslugu, pod određenim jasno definiranim uvjetima. Načelno se smatra da uzrok može biti bilo koji subjektivni ili objektivni razlog koji liječnika (zdravstvenog radnika) navodi na zaključak da ne može pružiti uslugu na određenoj, željenoj razini, kao što su: osobna uvjerenja (primjerice, religijska), psihološka (primjerice, liječnik smatra da zbog svog stava nije u stanju pružiti

53 Unatoč tome u javnosti je bilo komentara kako je riječ o nedopustivu istupu suca čiji je posao provoditi zakon. JURASIĆ, M., *SDP-ovski priziv savjesti Peđe Grbina*, Večernji list, 8. srpnja 2014., na stranici: <http://www.vecernji.hr/hrvatska/sdp-ovski-priziv-savjesti-pede-grbina-949048>.

54 Tako Čehić navodi: „Sjećam se iz svoje mladosti (bila je tada komunistička vladavina u Hrvatskoj), da su moji profesori morali držati predavanja u kojima se govorilo protiv vjere, te da nikako nisu smjeli pokazati da su vjernici – neki su nedjeljom posjećivali svoje roditelje u selu koje je udaljeno pedeset kilometara, samo kako bi mogli na misu. Da bi se neki profesor prekrizio, ili zaželio učenicima sretan Uskrs, to se uopće nije moglo zamisliti. Kao vojnik, nisam uopće smio razmišljati da bih se ujutro prekrizio, ili da bih nosio križić oko vrata: to je bilo zabranjeno, i bilo bi vrlo opasno da se uopće spomene da bi postojala nekakva ljudska prava tog tipa“. ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, na stranici: <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>

55 Upravo pozivom na neke argumente iz te presude – kojom je u Strasbourgu potvrđena zakonitost otkaza kojega je dobila londonska matičarka Lilian Ladele koja kao kršćanka nije htjela sudjelovati u „gay vjenčanjima“ – hrvatska Vlada i Sabor su 2014. godine odbili prijedloge da se u Zakonu o životnom partnerstvu osoba istog spola zajamči pravo na priziv savjesti službenim osobama (matičarima, socijalnim radnicima, sucima i dr.) koji bi trebali sudjelovati u sklapanju takvih partnerstava i dodjeljivanju djece na „partnersku skrb“ i „roditeljsku skrb“ (kako taj zakon naziva pravne institucije koje su ekvivalentne „posvojenju“ iz Obiteljskog zakona): naime trenutačno nam vladajući smatraju da „službenici imaju obvezu svim građanima osigurati jednako učinkovit pristup svim javnim uslugama“, među kojima je usluga sklapanja istospolnog životnog partnerstva. ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, na stranici: <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

uslugu na odgovarajućoj stručnoj razini), tehnički razlozi (medicinska oprema nije ispravna ili nije dostupna), osobna zdravstvena nesposobnost samog liječnika itd.⁵⁶ Osnovanost priziva savjesti liječnika jest u mogućoj (u zamisli i stvarnosti) sučeljenosti vrijednosti, sučeljenosti čudorednih (moralnih) odabira, vrijednosnih stavova, vrijednosnih prosudbi, u raskrižjima vrsta, stupnjeva i razina odgovornosti. Pritom bi pravo liječnika na priziv savjesti trebalo biti inače priznato, prihvaćeno, legitimno, pa otuda i liječniku osobno dopušteno, opravdano i legitimno.⁵⁷

Kao pravo koje štiti slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijesti ono se u medicini najčešće očituje kao pravo na odbijanje činjenja nekih legalnih i standardnih medicinskih postupaka kada su u suprotnosti sa savješću zdravstvenih radnika (liječnici, medicinske sestre, primalje, ljekarnici, radiolozi, fizioterapeuti, laboranti i dr.), odnosno kao tzv. negativni priziv savjesti. S druge strane, savjest zdravstvenog radnika može mu nalagati činjenje nekih medicinskih postupaka u interesu dobrobiti pacijenta, iako su isti protivni važećim odredbama, propisima ili zakonima, kao tzv. pozitivni priziv savjesti. Oba priziva savjesti imaju jednaku vrijednost. U medicini se pretežno raspravlja, istražuje i potiče negativni priziv savjesti (odbijanje činjenja), koji zadnjih desetljeća u svijetu poprima gotovo epidemijske razmjere i značajno utječe na provođenje zdravstvene zaštite.⁵⁸ Drugim riječima, prigovor savjesti može se izraziti aktivno i pasivno, odnosno određenom konkludentnom radnjom može se aktivno suprotstaviti normi ili propustiti činjenje radnje (napuštanje obveznog liječenja pacijenta). Ovo je pitanje bitno u slučaju da prizivatelj ne želi objašnjavati svoje razloge i da pritom može svoju pasivnost lažno obrazlagati (npr. zbog straha ili srama).⁵⁹ Od ovlaštenog tijela, koje postupka po prigovoru savjesti, očekuje se zbog toga da poduzme sve moguće radnje kako bi utvrdilo prave razloge prizivatelja, pod uvjetom da iz svih činjenica konkretnog slučaja može utvrditi da je određena osoba i stvarno prizivatelj. Ako prizivatelj odbija obrazložiti razloge za priziv savjesti, može biti relevantna i činjenica propisuje li pravna norma dopuštene razloge za priziv savjesti. Kada to nije uređeno propisima, kriterij dopuštenosti priziva savjesti koji nije obrazložen može biti i pretpostavka da se temelji na savjesti prigovarača.⁶⁰

56 Podatak kod *Šta je zapravo – prigovor savjesti?*, na stranici: <http://www.respecta.co.rs/2011/09/29/sta-je-zapravo-prigovor-savjesti/>

57 Vidi MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik – život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., str. 38.

58 U tom smislu DAVID Udruga građana za zaštitu ljudskih prava, *Prijedlozi za cjelovito reguliranje prava na priziv savjesti u medicini/ zdravstvenoj djelatnosti*, Inicijativa liječnika/ca za reguliranje priziva savjesti u medicini i CESI – Centar za edukaciju, savjetovanje i istraživanje, Poruke Okruglog stola „Priziv savjesti u medicini“, Zagreb, Novinarski dom, 21. 1. 2015., <http://david-udruga.hr/novosti/2015/02/11/prijedlozi-za-cjelovito-reguliranje-prava-na-priziv-savjesti-u-medicini-zdravstvenoj-djelatnosti/>.

59 Razlikovanje aktivnog i pasivnog izražavanja prigovora savjesti posebice je važno u slučaju kada pojedinac ne želi obrazložiti svoj prigovor savjesti. VUKADIN, D., *Pravo prigovora savjesti*, Filozofska istraživanja, god. 23., 2003., sv. 2, str. 430.

60 Tako ŠEGVIĆ, S., *Legitimnost građanskog otpora - neki teorijski aspekti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44, 2/2007., str. 197.

1. Pravni izvori

Kao što smo vidjeli, središnji međunarodni dokumenti u kojima se priznaje pravo na priziv savjesti su Opća deklaracija Ujedinjenih naroda o pravima čovjeka iz 1948. godine, koja u članku 18. priznaje slobodu savjesti, te (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja slobodu savjesti priznaje u članku 9., a od nacionalnih propisa slobodu savjesti prvenstveno jamči Ustav RH u članku 40. i 47.,⁶¹ a sadrži i neke druge odredbe kojima se izravno ili neizravno uređuju i odnosi na području medicinskog prava.

Zakoni predstavljaju temeljni i najznačajniji pravni izvor kojim se uređuje pravo na priziv savjesti zdravstvenih radnika.

Tako je odredbom članka 20. Zakona o liječništvu (NN, broj 121/03, 117/08) propisano da liječnik, radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja, ima pravo pozvati se na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, ako su ispunjeni propisani uvjeti.

I doktor stomatologije ima pravo, radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja, pozvati se na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, ako su ispunjeni propisani uvjeti (Zakon o dentalnoj medicini, ranije: Zakon o stomatološkoj djelatnosti, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03, 117/08, 120/09, članak 26.).

Zdravstveni i nezdravstveni radnici koji bi trebali provesti ili sudjelovati u provođenju postupaka medicinski pomognute oplodnje imaju također pravo pozvati se na priziv savjesti zbog svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja te odbiti provođenje postupka medicinski pomognute oplodnje ili sudjelovanje u tom postupku (Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji, NN, broj 86/12., članak 44.)

I odredbom članka 124. stavak 1. i 3. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Urednički pročišćeni tekst Narodne novine, broj 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12 - OUSRH, 70/12, 144/12, 82/13, 159/13, 22/14 - O i RUSRH i 154/14) propisano je da su zdravstveni radnici dužni kad pružaju zdravstvenu zaštitu poštovati moralna i etička načela zdravstvene struke, odnosno postupati prema pravilima zdravstvene struke, na način da svojim postupcima ne ugroze život i zdravlje ljudi.

Veliki i iznimno značajan segment medicinskog prava čine pravila etike i pravila medicinske struke, koja sama po sebi, odnosno po svojoj prirodi i nisu pravna pravila, ali ih je zakonodavac, zbog njihova značaja, dignuo na razinu pravne norme za čije se nepoštovanje, odnosno kršenje ne vežu samo moralne posljedice,

61 Prisila da ljudi postupaju protiv svoje savjesti, može predstavljati i diskriminaciju, o kojoj se govori u članku 7. Opće deklaracije UN o pravima čovjeka, u članku 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te u članku 14. Ustava RH. ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, na stranici: <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

nego i stegovne, kaznenopravne, građanskopravne i prekršajne sankcije.⁶² Značajni predmet zanimanja medicinskog prava predstavlja odnos između liječnika (zdravstvenog radnika) i pacijenata kod pružanja medicinske usluge, a taj odnos nije samo pravni, nego je i etički. U njemu su moralni i pravni obziri pomješani u znatno većoj mjeri nego što je to slučaj s ostalim pravnim odnosima među ljudima. Liječnik (zdravstveni djelatnik) je (pravno) dužan pridržavati se određenih načela medicinske etike. Moralne i pravne dužnosti liječnika toliko su se stopile i ispreplele da ih je u pojedinostima gotovo nemoguće razlučiti.⁶³ Pravila medicinske etike uobičajeno se kodificiraju u posebnim, nacionalnim i međunarodnim, etičkim odnosno deontološkim kodeksima. Kodeksima etike i deontologije u pravilu se utvrđuju načela i pravila ponašanja kojih su se dužni pridržavati zdravstveni radnici, članovi pojedinih komora, pri obavljanju svoje profesionalne djelatnosti, a radi očuvanja dostojanstva i ugleda profesije. Najstarija kodifikacija liječničke etike je Hipokratova zakletva.⁶⁴ U Republici Hrvatskoj najznačajniji su Kodeks medicinske etike i deontologije (NN, broj 55/08 i 139/15), koji u članku 2. točki 15. određuje da liječnik ima pravo na priziv savjesti, ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta, te da o svojoj odluci mora pravodobno obavijestiti pacijenta i uputiti ga drugom liječniku iste struke. I odredbom članka 3. točke 20. Etičkog kodeksa primalja od 27. siječnja 2010., propisano je da primalja ima pravo na priziv savjesti ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta/-ice. O svojoj odluci mora pravodobno obavijestiti pacijenta/-

62 Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Kodeks medicinske etike i deontologije – etika profesije liječnik*, Informator, br. 5046-5047. od 17. i 20. srpnja 2002., str. 1.

63 Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, Pravni informator, 2002., br. 9., str. 1.

64 Hipokratova zakletva drevni je dokument i temelj je medicinske etike. Nastala je u V. stoljeću prije Krista. Hipokrat je postavio temelje moderne medicine, oslobađajući je od religije, nametanja kulta čovjeka i uvođenjem znanstvenog načela promatranja čovjeka i prirode. Hipokrat je u zakletvu unio temeljna deontološka načela koja su u to vrijeme važila u Grčkoj. Vidi NIKOLIĆ, S., *Etika zdravstvenih radnika danas*, Timočki medicinski glasnik, vol. 28., 2003., br. 3-4, str. 87.-90. Polagali su je prilikom stupanja na dužnost svi liječnici koji su pripadali Hipokratovom društvu Asklepiada. Cjeloviti tekst Hipokratove zakletve objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII. Zdravstveni djelatnici najčešće se susreću sa Ženevskom formulacijom Hipokratove zakletve, u kojoj su naglašene obveze koje, prema iskustvima iz prethodna dva svjetska rata, nisu poštivane. Usp. NIKOLIĆ, S., *Etika zdravstvenih radnika danas*, Timočki medicinski glasnik, vol. 28., 2003., br. 3-4, str. 87.-90. Usvojena je u Ženevi, 1948. godine, dopunjena na 22. Skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1968. i 35. skupštini u Veneciji, 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII.-XXIV. I *Međunarodni kodeks liječničke etike nalaže*: “Liječnik je dužan držati u tajnosti sve što zna o bolesniku, čak i nakon njegove smrti”. Usvojen je u Londonu 1949. godine, te dopunjen dva puta: na skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1986. i Veneciji 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIV.-XXV. Usp. DOURAKI, T., *Ethical and Legal Dimensions of Medical Confidentiality in European Law of Human Rights*, Pravni život, god. LI, 2002., br. 9, str. 183.

icu te ju uputiti drugoj primalji. Primalja koja radi kao član zdravstvenog tima (u primarnoj zdravstvenoj zaštiti ili u bolničkoj zdravstvenoj skrbi) mora u što kraćem roku izvijestiti odgovornu osobu ako postoji bilo kakav priziv savjesti bitan za obavljanje njezine profesionalne djelatnosti. U tom slučaju ne smije prestati pružati primaljsku skrb ako bi time uzrokovala trajne posljedice za zdravlje ili ugrozila život pacijentice. Sukladno članku 12. točki (3) Kodeksa ljekarničke etike i deontologije (Farmaceutski glasnik, broj 4/96.), magistar farmacije ima pravo priziva savjesti samo ako time ne dovodi u opasnost zdravlje i život bolesnika.

Konkretno pitanje priziva savjesti, odnosno transfuzije krvi Jehovinih svjedoka nije nigdje izravno pravno regulirano, kao i mnoga druga životna pitanja, iako je to poseban medicinski, pravni i etički problem.⁶⁵

Treba kazati da je 1995. posebna komisija Ministarstva zdravstva Republike Hrvatske izradila Nacrt prijedloga Zakona o prekidu trudnoće, koji nikad nije stavljen u saborsku proceduru i do danas nije poznato zašto se odustalo od Nacrta. Odredba članka 20. spomenutog Nacrta predviđala je mogućnost da se pravo na pobačaj ograniči prigovorom savjesti liječnika i drugih zdravstvenih radnika, koji zbog izjavljenog prigovora savjesti ne bi smjeli snositi nikakve štetne posljedice. Stavkom 3. navedenog članka bilo je propisana dužnost ovlaštene bolnice da u tim slučajevima osigura izvršenje prekida trudnoće.⁶⁶

2. Dopuštenost pozivanja na „priziv savjesti“

Zdravstvena služba jedan je od oblika javne službe koja se osniva radi provođenja i osiguranja zdravstvene zaštite građana i za koju se zakonom osiguravaju sredstva za provođenje zdravstvene zaštite, kao i za rad i razvitak zdravstvene službe.⁶⁷ Svaka osoba ima pravo na zdravstvenu zaštitu i na mogućnost ostvarenja najviše moguće razine zdravlja, u skladu s odredbama zakona (Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Urednički pročišćeni tekst Narodne novine, broj 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12 - OUSRH, 70/12, 144/12, 82/13, 159/13, 22/14 - O i RUSRH i 154/14, čl. 3.). Svakom pacijentu jamči se opće i jednako pravo na kvalitetnu i kontinuiranu zdravstvenu zaštitu primjerenu njegovom zdravstvenom stanju, sukladno općeprihvaćenim stručnim standardima i etičkim načelima, u najboljem interesu pacijenta uz poštovanje njegovih osobnih stavova (Zakon o zaštiti prava pacijenata, članak 2.). Načelo dostupnosti zaštite prava pacijenata podrazumijeva jednaku mogućnost zaštite prava svih pacijenata na području Republike Hrvatske (ZOZPP, članak 5.). U procesu donošenja odluka i izbora dijagnostike i odgovarajućeg liječenja liječnik je samostalan u postupanju

65 Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Odbijanje transfuzije krvi zbog vjerskog uvjerenja – pravni aspekti*, Informator, broj 4867. od 28. 10. 2000., str. 16.

66 Podatak o tome kod RITTOSSA, D., *Prijepori o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 2005., br. 2 (1991), str. 980.

67 Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Promene u shvatanju klauzule savesti kod pružanja zdravstvenih usluga*, Pravni život, tematski broj „Pravo i načelo savesnosti i poštenja“, 2014., br. 9, TOM I, str. 280.

sukladno znanstvenim saznanjima i stručno dokazanim metodama koje odgovaraju suvremenom standardu struke. Liječnik je dužan u obavljanju liječničke djelatnosti osobito: poštovati načela obavljanja liječničke djelatnosti te suzdržavati se od svake aktivnosti koja nije spojiva s ugledom, dostojanstvom i neovisnošću liječničkog zvanja (ZOLJ, članak 4.).

Iako bi se možda na prvi pogled moglo učiniti neopravdano dopuštanje priziva savjesti u struci čija je temeljna zadaća briga o čovjeku i njegovom zdravlju, ipak se ne smije zaboraviti da i zdravstveni radnici kao subjekti koji sudjeluju u procesu zdravstvene zaštite, imaju svoja prava. Jedno od tih prava jest upravo i pravo na priziv savjesti.⁶⁸ Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja zdravstveni radnik se ima pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, ako se to ne kosi s pravilima struke te ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta, a o svojoj odluci mora pravodobno izvijestiti pacijenta te ga uputiti drugom zdravstvenom radniku iste struke. Priziv savjesti liječnika visoko je prijeporna, paradoksalna odrednica, ali istodobno i prijeko potrebno načelo koje ima svoje opravdanje.⁶⁹

Značajno je utvrditi kada je priziv savjesti prihvatljiv. Kada se sučele i konfrotiraju liječnikovo pravo na priziv savjesti s njegovom profesionalnom obavezom prema dobrobiti pacijenta/ice, priziv savjesti je prihvatljiv samo onda kada je autentičan i kada će netko drugi na vrijeme i kvalificirano ispuniti profesionalnu dužnost prema pacijentu/ici. Je li priziv savjesti autentičan nije uvijek lako utvrditi. Ipak, najmanje bi trebalo utvrditi: a) u kojoj su mjeri vrijednosti na koje se prizivač poziva jezgrovna i postojana komponenta prizivačevog identiteta. Primjerice, ako se prizivač poziva na vjerski razlog, trebalo bi ispitati kakav je on zapravo vjernik i živi li inače svoju vjeru (je li inače moralna osoba, ide li na nedjeljnu misu, ispovijeda li se, je li u crkvenom braku, je li razveden, ima li više sukcesivnih brakova, ima li izvanbračnu vezu, koliko ima djece, daje li doprinose Crkvi, radi li u vjerskim udrugama, kako dugo ima uvjerenja koja ga sada navode na priziv savjesti - od upisa na medicinu, od početka ili završetka specijalizacije, oduvijek, odnedavno, nije li korumpiran i sl.); b) kako i koliko bi činjenje protivno savjesti utjecalo na integritet prizivača kao osobe - bi li iskusio krivnju, sram ili gubitak samopoštovanja ili drugu nepodnošljivu emociju; c) ima li prizivač potpun uvid u medicinski problem o kojem zauzima stav, je li isti utemeljen na stručnim i znanstvenim činjenicama ili na osobnim stavovima, predrasudama i interpretacijama i jesu li s aspekta profesionalnih dužnosti razmotrene implikacije odbijanja za pacijente i društvo; d) je li priziv savjesti genuin ili je imitacija postupaka drugih u radnom okruženju, ili samoobrana od društvene stigmatizacije, ili rezultat pritiska nadređenih ili okruženja.⁷⁰

68 Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, Zagreb, 2006., str. 167.

69 Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Medicina i pravo*, Pergamena, Zagreb, 2007., str. 177.

70 Vidi ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujuvic.prekid%20trudnoce.

Treba znati da je pravo na priziv savjesti individualno, a ne kolektivno pravo. Ne može javna ustanova imati pravo na prigovor savjesti.⁷¹ Nadalje, potrebno je utvrditi u kojem je trenutku moguće pozvati se na priziv savjesti (prije zapošljavanja ili kada se tko sjeti), na koji način se poziva na savjest (telefonom, usmeno, internetom?), te da je apsolutno potrebno da nezavisna povjerenstva utvrđuju autentičnost priziva savjesti.⁷² Pravo na priziv savjesti ne smije se tumačiti preširoko i na način koji bi doveo do onemogućavanja pravodobnog pružanja zdravstvene usluge pacijentu odnosno do zlouporabe primjene tog prava pružatelja (npr. odbijanje radnih naloga nadređenih u bolnicama). Uvijek se mora voditi računa da je zdravstvena usluga pružena odnosno da pacijent ne trpi nikakve posljedice. Odgovornost leži na liječnicima i doktorima stomatologije koji prije svega moraju dobro procijeniti i dijagnosticirati stanje pacijenta te nakon toga eventualno odlučiti je li u nastaloj situaciji moguće pozvati se na priziv savjesti ili nije, odnosno je li moguće, u slučaju pozivanja na priziv savjesti, osigurati trenutnu i primjerenu zdravstvenu uslugu drugog zdravstvenog radnika. Ako to nije moguće, pravo na priziv savjesti ne može se realizirati (kazneno djelo nepružanja medicinske pomoći).⁷³

U svakom slučaju, priziv savjesti u medicini trebalo bi urediti tako da ne potire druga ljudska prava, da ne priječi dostupnost legalne zdravstvene zaštite i da ne izaziva diskriminaciju.

3. Razlozi za ograničenje prava na „priziv savjesti“

Pravo na priziv savjesti je, kao i većina drugih prava, ograničeno pravo. Drugim riječima, mogućnost i pravo na priziv savjesti, kao jedno od prava zdravstvenih radnika, ipak nije apsolutno već je podvrgnuto točno određenim ograničenjima te se na nj može pozivati iznimno. Ograničeno je u mjeri koju propisuju zakoni nužni u demokratskom društvu u interesu javne sigurnosti, zaštite javnog reda, zdravlja ili morala, ili za zaštitu prava i sloboda drugih ljudi. Priziv savjesti treba biti ograničen ako: nameće religijske ili druge stavove pacijentu, utječe negativno na zdravlje pacijenta, je zasnovan pogrešnim znanstvenim interpretacijama ili predrasudama te ako proizvodi diskriminaciju i nejednakost.⁷⁴ Olako korištenje ovoga prava predstavljalo bi i etičku i stručnu pogrešku, pogotovo u slučaju ugrožavanja života

71 Podatak o tome kod *Još su žive žene koje su same napravile pobačaj vješalicama, ne želimo da se to ikad ponovi*, <http://www.vecernji.hr/hrvatska/jos-su-zive-zene-koje-su-same-napravile-pobačaj-vješalicama-ne-zelimo-da-se-to-ikad-ponovi-976203>.

72 Tako BENAČIĆ, A., *PRIZIV SAVJESTI ILI OPORTUNIZAM: Prije 20-30 godina najnormalnije su radili abortuse, a sad...*, <http://lupiga.com/vijesti/priziv-savjesti-ili-oportunizam-prije-20-30-godina-najnormalnije-su-radili-abortionuse-a-sad>.

73 Vidi BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, Zagreb, 2006., str. 167.

74 Usp. ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujuvic.prekid%20trudnoce.

pacijenta, te bi moglo dovesti i do građanske, disciplinske, prekršajne i kaznene odgovornosti zdravstvenog radnika.⁷⁵ U tom smislu u postupku utvrđivanja dopustivosti priziva savjesti, pored ograničenja koja izričito utvrđuju pravni propisi, treba uzeti u obzir i neka načelna ograničenja: a) pravo na priziv savjesti ne odnosi se na razne oblike građanske neposlušnosti; b) pravo priziva savjesti nije opće pravo; c) pravo priziva savjesti ne smije zadirati u prava drugih ljudi; d) pravni položaj i postupanje pojedinca koji ga prisiljavaju na priziv savjesti mora biti prisilno nametnut (vojna obveza), a ne kao rezultat dobrovoljnog i svjesnog ulaska u određenu pravnu situaciju (liječnici, suci i moralno vjerski stavovi); e) priziv savjesti mora biti rezultat uvjerenja pojedinca da time štiti temeljne i najviše vrednote (život, zdravlje, sloboda pojedinca).⁷⁶ Zakoni i strukovni kodeksi propisuju izrijeckom uvjete, koji moraju biti kumulativno ispunjeni, da bi se zdravstveni radnik mogao opravdano i pravovaljano pozvati na priziv savjesti.

Upoznavanje pacijenta/ice sa svojim razlozima odbijanja pružanja tražene/ indicirane zdravstvene zaštite zdravstveni radnik ne smije koristiti za nametanje svojih uvjerenja pacijentu/ici. Pri informiranju o postupku kojeg ne želi obaviti, zdravstveni radnik dužan je davati samo znanstvene podatke i činjenice utemeljene na dokazima, a ne svoje interpretacije ili vlastite prosudbe ili predrasude (primjerice, netočne informacije o povezanosti pobačaja i karcinoma dojke, o mehanizmu djelovanja kontracepcije, o tome kako pobačaj nije medicinski zahvat, iako je u MKB-u pod šifrom 040 i sl.).⁷⁷

3.1. Trajne posljedice po zdravlje i život pacijenta

Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja zdravstveni radnik (liječnik, doktor stomatologije, primalja, magistra farmacije) ima se pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, samo ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta/bolesnika, odnosno samo ako time ne dovodi u opasnost zdravlje i život bolesnika (arg. Zakon o liječništvu, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03., 117/08., članak 20., Zakon o dentalnoj medicini, ranije: Zakon o stomatološkoj djelatnosti, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03, 117/08, 120/09, članak 26., Kodeks medicinske etike i deontologije, članak 2. točka 15., Etički kodeks primalja, članak 3. točka 20., Kodeks ljekarničke etike i deontologije, članak 12. točka (3).)

75 Podrobnije kod BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, Zagreb, 2006., str. 167.

76 Tako CERAR, M., *Nekateri pravni in moralni vidiki ugovora vesti*, Zbornik znanstvenih rasprav, Ljubljana, 1993., br. LIII., str. 45.

77 Vidi ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujuvic.prekid%20trudnoce.

3.2. Nesuglasje s pravilima struke

Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja zdravstveni radnik (liječnik, doktor stomatologije, primalja, magistra farmacije) ima se pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, ako se to ne kosi s pravilima njegove struke (Zakon o liječništvu, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03., 117/08., članak 20. i Zakon o dentalnoj medicini, ranije: Zakon o stomatološkoj djelatnosti, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03, 117/08, 120/09, članak 26.).

3.3. Nepravodobna obaviještenost pacijenta o odluci

Svatko tko se želi pozivati na slobodu savjesti i svoja uvjerenja, mora na prikladan način i na vrijeme kazati koji su njegovi stavovi.⁷⁸ Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja zdravstveni radnik (liječnik, doktor stomatologije, primalja, magistra farmacije) ima se pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, samo ako o svojoj odluci pravodobno izvijesti pacijenta/bolesnika (arg. Zakon o liječništvu, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03., 117/08., članak 20., Zakon o dentalnoj medicini, ranije: Zakon o stomatološkoj djelatnosti, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03., 117/08., 120/09., članak 26., Kodeks medicinske etike i deontologije, čl. 2. točka 15., Etički kodeks primalja, članak 3. točka 20.). Što se pravodobnosti obavijesti tiče, priziv savjesti potrebno je izraziti prije obavljanja određenog medicinskog postupka, ali ne neposredno pred samo obavljanje ili tijekom medicinskog postupka, jer ne može se više u tom trenutku odustati i ugroziti život i zdravlje pacijenta. Postoji i mišljenje da bi priziv savjesti mogao biti opravdan samo ako je dan pri sklapanju ugovora o radu, odnosno nakon usvajanja Ustava RH koji određuje slobodu savjesti, a najkasnije odmah nakon donošenja relevantnog etičkoga kodeksa. Smatra se da su liječnici i drugi zdravstveni radnici na koje se odnose odredbe drugih strukovnih zakona o prizivu savjesti, trebali o svojem uvjerenju, tj. prizivu savjesti, obavijestiti poslodavca odmah nakon donošenja navedenih zakona, a zdravstveni radnici koji se tek zapošljavaju pri zaključenju ugovora o radu. Iznimno, naknadno isticanje priziva savjesti bilo bi opravdano samo ako bi zdravstveni radnik to opravdavao promjenom vjerskih ili moralnih uvjerenja. U protivnom za poslodavca mogu nastati problemi u organizaciji rada, koje mogu imati i ozbiljne posljedice.⁷⁹ Pravodobna obavijest

78 Usp. DAVID Udruga građana za zaštitu ljudskih prava, *Prijedlozi za cjelovito reguliranje prava na priziv savjesti u medicini/ zdravstvenoj djelatnosti*, Inicijativa liječnika/-ca za reguliranje priziva savjesti u medicini i CESI- Centar za edukaciju, savjetovanje i istraživanje, Poruke Okruglog stola „Priziv savjesti u medicini“, Zagreb, Novinarski dom, 21. 1. 2015., <http://david-udruga.hr/novosti/2015/02/11/prijedlozi-za-cjelovito-reguliranje-prava-na-priziv-savjesti-u-medicini-zdravstvenoj-djelatnosti/>.

79 Vidi stranicu: <http://www.ombudsman.hr/hr/reagiranja/priopenja-i-reagiranja/439-pravo-na-priziv-savjesti.html>, ROŽMAN, K., *O prizivu savjesti*, Primaljski vjesnik, 2013., br. 15, str. 19.-21.

pacijentu prizivatelja značajna je kako bi pacijent mogao na vrijeme izabrati drugog zdravstvenog radnika koji nema problema sa savješću kod obavljanja određenog medicinskog postupka.⁸⁰

3.4. Neupućivanje pacijenta drugom liječniku iste struke

Koliziju dva prava, prava na zdravstvenu zaštitu i prava na priziv savjesti, djelomično rješava i obveza zdravstvenog radnika da pravodobno obavijesti pacijenta o svojim moralnim dvojabama i da ga uputi drugom zdravstvenom radniku. Ako je priziv savjesti autentičan i prihvatljiv, prizivatelj je dužan osigurati da pacijent pravovremeno dobije traženi (indicirani) medicinski postupak zdravstvenog radnika koji je voljan i kvalificiran obaviti medicinski postupak koji prizivatelj ne želi. Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja zdravstveni radnik (liječnik, doktor stomatologije, primalja, magistra farmacije) ima se pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta, samo ako pacijenta uputi drugom zdravstvenom radniku iste struke (arg. Zakon o liječništvu, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03., 117/08., članak 20., Zakon o dentalnoj medicini, ranije: Zakon o stomatološkoj djelatnosti, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03, 117/08, 120/09, članak 26., Kodeks medicinske etike i deontologije, članak 2. točka 15., Etički kodeks primalja, članak 3. točka 20.). Ako bi osiguranje odgovarajuće zamjene bilo nemoguće ili otežano, zdravstveni bi radnik svakako trebao pružiti zdravstvenu uslugu usprkos svome prizivu savjesti, pod uvjetom da se radi o ozbiljnoj ugroženosti zdravlja pacijenta ili o opasnosti za njegov život. U tom je smislu zakonodavac ipak posredno odredio da su zdravlje i život pacijenta važniji od prava na slobodu savjesti te time pomirio dva prava - osobno pravo na priziv savjesti zdravstvenog radnika s jedne strane, te pravo pacijenta na zdravstvenu uslugu i zaštitu s druge.⁸¹

3.5. Neobavještavanje nadređenog/poslodavca

Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja liječnik se ima pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta. Ako je liječnik zaposlen u zdravstvenoj ustanovi, trgovačkom društvu, odnosno drugoj pravnoj osobi koja obavlja zdravstvenu djelatnost ili kod drugog liječnika koji obavlja privatnu praksu, o svojoj odluci mora izvijestiti svog nadređenog, odnosno poslodavca (Zakon o liječništvu, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03., 117/08., članak 20.). I doktor stomatologije ima

80 Tako ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujovic.prekid%20trudnoce.

81 Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Tipex, Zagreb, 2006., str. 167., vidi i BOŠKOVIĆ, Z., *Priziv savjesti u medicini*, Hrvatska pravna revija, br. 4/2005, str. 92. – 93.

se pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja, ali kada je doktor stomatologije zaposlen kod drugog doktora stomatologije koji obavlja privatnu praksu ili u zdravstvenoj ustanovi, odnosno u drugoj pravnoj osobi, mora o toj svojoj odluci izvijestiti svoga nadređenog, odnosno poslodavca (Zakon o dentalnoj medicini, ranije: Zakon o stomatološkoj djelatnosti, pročišćeni tekst zakona, NN, broj 121/03, 117/08, 120/09, članak 26.). Primalja koja radi kao član zdravstvenog tima (u primarnoj zdravstvenoj zaštiti ili u bolničkoj zdravstvenoj skrbi) mora u što kraćem roku izvijestiti odgovornu osobu ako postoji bilo kakav prigovor savjesti bitan za obavljanje njezine profesionalne djelatnosti. U tom slučaju ne smije prestati pružati primaljsku skrb ako bi time uzrokovala trajne posljedice za zdravlje ili ugrozila život pacijentice (Etički kodeks primalja, članak 3. točka 20.). Navedeni propisi ne predviđaju preciznu proceduru obavještanja poslodavca.

3.6. U hitnim slučajevima koji ne trpe odgađanje, zdravstveni radnik je dužan pružiti pacijentu/ici medicinsku pomoć u skladu s medicinskim pravilima, bez obzira na protivljenje njegove savjesti.

IV. PRAVO NA PRIZIV SAVJESTI U REPRODUKTIVNOJ MEDICINI

1. Priziv savjesti omogućuje zdravstvenim radnicima odbijanje izvođenja pojedinih medicinskih postupaka, što se pokazalo najočitijim na primjeru dostupnosti legalnog prekida trudnoće na zahtjev, odnosno reproduktivne medicine. Ginekolozi su najistureniji medicinski profesionalci kad je u pitanju priziv savjesti. Dakle, priziv savjesti predstavlja problem ne samo kod dostupnosti legalnog prekida trudnoće na zahtjev, već i u širem području reproduktivne medicine (kontracepcija, hitna kontracepcija, sterilizacija, pobačaj, prenatalna dijagnostika, izvantjelesna oplodnja, spolno prenosive infekcije i HIV/AIDS, zbrinjavanje bolesnih trudnica, zbrinjavanje silovanih djevojčica i žena, informiranje i edukacija o planiranju rađanja, postavljanju spirale); preventivne medicine (cijepljenje) te u palijativnoj medicini i onkologiji (liječenje boli, unaprijed izražena volja pacijenta). Prizivatelji/ce savjesti također često odbijaju informiranje pacijentica i o drugim mjerama planiranja obitelji (maternični ulošci, sterilizacija i dr.). U konkretnom slučaju radi se o dva jednakopravna ustavna prava koja dolaze u koliziju i to prava na privatnost i pravu na slobodu savjesti, a oba navedena prava se mogu ograničiti. Pritom je važno načelo razmjernosti koje služi balansiranju tih prava.⁸²

U reproduktivnoj medicini pretežno se govori o već spomenutom, tzv. negativnom prizivu savjesti. Radi se o odbijanju obavljanja (*conscientious refusal*)

⁸² Tako BENAČIĆ, A., *PRIZIV SAVJESTI ILI OPORTUNIZAM: Prije 20-30 godina najnormalnije su radili abortuse, a sad...*, <http://lupiga.com/vijesti/priziv-savjesti-ili-oportunizam-prije-20-30-godina-najnormalnije-su-radili-abortionuse-a-sad>.

nekim medicinskih postupaka koji su dio standardne ginekološko-opstetričke prakse, motiviranom najčešće religijskim, ali i drugim moralno-etičkim uvjerenjima liječnika/ce i/ili druge zdravstvene radnice ili radnika.⁸³ Priziv savjesti ovdje služi samozaštiti liječnika i liječnica od činjenja koja bi opteretila njihovu savjest i ugrozila njihov moralni integritet, a ne obazire se na profesionalne obveze istih prema pacijentima, niti na prava pacijenta/ice na autonomiju, identitet, vlastito mišljenje, savjest i svjetonazor, privatnost te pravo na zdravstvenu zaštitu. Uz ginekologe/inje i medicinske radnike (primalje), kao prizivači/ce savjesti u reproduktivnoj medicini javljaju se i ljekarnici/e, pa čak i paramedicinsko osoblje zaposleno u zdravstvenim ustanovama: spremači/ce, kuhari/ce, serviri/ke, vozači/ce, administrativno osoblje. Moguće je daljnje širenje takve prakse (novinar odbije pisati, sudac odbije suditi, odvjetnik odbije braniti, socijalni radnik odbije pomagati i sl.).⁸⁴ Primjerice, ljekarnik može uložiti priziv savjesti i odbiti prodati *ellaOne* hitni kontraceptiv koji se i u hrvatskim ljekarnama odnedavno može kupiti bez liječničkog recepta. Pilula “za dan poslije” dosad je bila dostupna isključivo uz recept, no to je promijenila odluka Europske komisije primijenjena ovih dana i u Hrvatskoj. Domaći ljekarnici, međutim, imaju pravo odbiti prodati tabletu u ime vlastite savjesti te mogu pozvati kolegu da to učini umjesto njih ili uputiti ženu koja traži *ellaOne* da ode u drugu ljekarnu.⁸⁵ Dio je to propisanih smjernica Hrvatske

83 U 2013. godini smo u medijima mogli pratiti slučaj Jage Stojak: riječ je o primalji koja nikad nije htjela obavljati pobačaje, te je baš zadnjih nekoliko godina imala velike poteškoće sa svojim pretpostavljenima – možda najviše baš s glavnom sestrom – primaljom u svojoj bolnici. Premda se u članku 2. točki 20. Etičkog kodeksa primalja (kojega donosi Hrvatska komora primalja, prema ovlasti iz članka 27. Zakona o primaljstvu) izriječno govori da primalje imaju pravo na priziv savjesti, njezina je pretpostavljena, a onda i uprava bolnice uporno tvrdila da zakon priznaje pravo na priziv savjesti jedino liječnicima, a da primalje takve „privilegije“ nemaju. Hrvatska komora primalja (u kojoj je glavna sestra – primalja bila jedna od članica Etičkog povjerenstva), nije pružila Jagi Stojak (a time, niti drugim svojim članicama koje bi se pozivale na priziv savjesti) nikakvu podršku: stoga se morala Jaga Stojak za podršku obratiti drugoj organizaciji čiji je član – Katoličkoj Crkvi. Zahvaljujući tadašnjem ministru zdravlja poništen je otkaz radnog odnosa kojega je bila dobila gospođa Stojak. ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, podatak na stranici <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

84 Vidi ZORNIĆ-MUJOVIĆ, H., *Prekid trudnoće – abortus*, INSTITUT DRUŠTVENIH NAUKA, Centar za pravna istraživanja, Beograd, 2013., www.ius.bg.ac.rs/.../h.mujovic.prekid%20trudnoce. Manje se govori o tzv. pozitivnom prizivu savjesti (engl. *conscientious commitment*) u reproduktivnoj medicini. U takvom slučaju liječnike/ce i drugo zdravstveno osoblje njihova savjest motivira da pomažu ženama i omogućuje im reproduktivnu zdravstvenu zaštitu. Primarna posvećenost dobrobiti pacijentica omogućava im da potisnu svoja eventualna osobna moralna ili religijska uvjerenje u interesu pacijentica. Zapaženi primjeri pozitivnog priziva savjesti u reproduktivnoj medicini su obavljanje besplatnih, medicinski sigurnih pobačaja deprimiranim ženama i djevojkama u siromašnim zemljama gdje je pobačaj zabranjen ili jako ograničen, ili povijesno gledano, u zemljama Europe, Amerike i drugdje prije legalizacije pobačaja.

85 Tako RIMAC-LESIČKI, I., *Kod prodaje tablete za „dan poslije“ moguć je – priziv savjesti*, Večernji list, od 25. travnja 2015., <http://www.vecernji.hr/hrvatska/kod-prodaje-tablete-za-dan-poslije-moguc-je-priziv-savjesti-1002181>.

ljekarničke komore za izdavanje i prodaju te tablete, za koju će se u toj ustanovi izraditi i poseban standard postupanja pri prizivu savjesti. Radi olakšavanja postupka izdavanja lijeka *ellaOne* 30 mg, uz uvažavanje prava pacijenta na privatnost kao i obvezu ljekarnika da osigura pravilno i sigurno izdavanje lijeka, Hrvatska ljekarnička komora naglašava kako je prvi korak u komunikaciji ispunjavanje upitnika pacijenta. U tom slučaju pacijentica ga sama ispunjava kako bi na temelju istog ljekarnik mogao osigurati opravdano i sigurno izdavanje lijeka. Samostalno ispunjavanje upitnika pacijentice ne isključuje provođenje savjetovanje ljekarnika, u uvjetima koji osiguravaju privatnost. Neovisno o prizivu savjesti, ljekarna mora omogućiti pacijentici pristup lijeku, sukladno protokolu, tako da se u ovom i drugim slučajevima ne može govoriti o nedostupnosti lijeka i bilo kakvom ograničavanju.⁸⁶

2. Pobačaj ili abortus (lat. *abruptio graviditatis*) je spontani ili izazvani prekid trudnoće odstranjenjem ili izbačajem embrija ili fetusa iz maternice prije sposobnosti ljudskog ploda za samostalni život. Pobačaj može nastati spontano, zbog komplikacija tijekom trudnoće ili se može izazvati. Trudnoća se može namjerno prekinuti na mnoge načine. Izabrani način prekida trudnoće ovisi poglavito o gestacijskoj dobi embrija ili fetusa, ali i o legalnosti, regionalnoj dostupnosti i sklonosti liječnika i pacijenta prema određenoj proceduri. Legalnost, učestalost i kulturni pogledi prema pobačaju različiti su u pojedinim državama. U mnogim dijelovima svijeta vode se rasprave između protivnika i pobornika pobačaja o etičkim i pravnim aspektima. Prema zakonu Republike Hrvatske iz 1978. godine prekid trudnoće do 10. tjedna od začeća može se izvršiti na zahtjev trudne žene. O zahtjevu za prekid trudnoće nakon 10. tjedna, na želju same trudnice ili na prijedlog liječnika, ali uvijek uz pristanak trudnice, odlučuju odgovarajuće komisije pri bolničkim ustanovama, odnosno ginekološko-porodničkim odjelima, na temelju medicinskih, eugeničkih i pravno-etičkih indikacija.⁸⁷

3. S jedne strane, protivnici/e prava zdravstvenih radnika na priziv savjesti kod pobačaja na zahtjev (ali i na području reproduktivne medicine u najširem smislu riječi),⁸⁸ navode niz argumenata kojima opravdavaju svoje stajalište.

86 Ljekarnici imaju pravo odbiti provođenje ljekarničke skrbi u slučajevima kad se to kosi s njihovim osobnim uvjerenjima, moralom ili religijom, te kad vjeruju da će njihova savjest biti povrijeđena tim postupkom. Prigovor treba uputiti pretpostavljenim, a nikako pacijentu ili propisivaču. Ljekarnik koji upućuje prigovor savjesti mora obavijestiti svoje poslodavce na vrijeme, tj. što prije moguće. Poslodavci trebaju prihvatiti prigovor savjesti, omogućiti pacijentu pravo na lijek, a istovremeno izuzeti ljekarnika koji upućuje prigovor savjesti u postupku izdavanja. Takav način izdavanja lijeka ne smije izazvati neugodnost pacijentu. Za stav prema prigovoru savjesti koji upućuju ljekarnici pri izdavanju lijeka, nema potrebe utvrđivati čija su prava veća: ljekarnika koji upućuje prigovor ili pacijenta koji ima pravo na zakonom zajamčenu skrb. Moguće je utvrditi postupak izdavanja lijeka koji uvažavaju prava pacijenata na skrb i ljekarnika na prigovor savjesti. Ovakvi postupci su u nekim sredinama već uobičajeni i vrlo učinkoviti. Naputak: Hrvatska ljekarnička komora, podatak na stranici: <http://www.hljk.hr/Pocetna/tabid/230/ctl/Details/mid/699/ItemID/4016/Default.aspx>.

87 Odrednica *Pobačaj*, na stranici: <https://hr.wikipedia.org/wiki/Poba%C4%8Daj>.

88 Valjalo bi daleko više naglašavati nekontracepcijske dobrobiti hormonalnih kontraceptiva. Od liječenja nekih dosta čestih bolesti koje mogu značajno ugroziti reproduktivno zdravlje

Tako se iz feminističkih krugova tvrdi da je trudnoća u potpunoj vlasti žene, a u pogledu djeteta drži se da ono nije osoba dok se ne rodi, jer ne može racionalno razmišljati i donositi odluke, niti je sposobno za samostalan život.⁸⁹ Štoviše, ustavna prava žena u ovim slučajevima nadjačavaju pravo na priziv savjesti te im se mora osigurati odgovarajuća medicinska skrb. U protivnom, narušava se njihovo pravo autonomije, dostojanstva, privatnosti, pravo na informirani izbor, nediskriminaciju, slobodno odlučivanje o rađanju djece, pravo na život, zdravlje i uživanje napretka medicine,⁹⁰ što može dovesti ne samo do kršenja ljudskih prava pacijentica, nego i do kršenja stručnih medicinskih standarda. Zdravstveni radnici koji se pozivaju na priziv savjesti pretpostavljaju sebe i svoj religijski interes interesu pacijentice, što je u potpunoj suprotnosti Kodeksu liječničke etike i deontologije.⁹¹ Na temelju navedenih (pravni) činjenica Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova zaključuje da jasno slijedi kako bilo kakvo ograničenje pristupa medicinskoj usluzi prekida trudnoće, koja predstavlja legalan medicinski zahvat koji je iz bioloških razloga dostupan isključivo ženama, predstavlja izravnu spolnu diskriminaciju žena u pogledu pristupa uslugama i kao takvo je zabranjeno prije navedenom Direktivom 2004/113/EZ te Zakonom o ravnopravnosti spolova.⁹² Drži se, nadalje, kako priziv savjesti ne može biti selektivan pa ako netko ima priziv savjesti za pobačaj, onda ne može, primjerice, raditi ni amniocentezu ni asistirati u potpomognutoj oplodnji, jer je na taj način priziv savjesti samo za pobačaj nepošten. Liječnicima koji s pozivaju na priziv savjesti kod pobačaja na zahtjev „poručuju“ da potraže posao u bolnicama koje će financirati Crkva,⁹³ a ne u javnim zdravstvenim ustanovama ili da su mogli izabrati da se ne bave porodništvom. Iznosi se mišljenje da se ispod plašta religijskog

(endometriozu), liječenja hormonalnih promjena (sindrom policističnih jajnika), prevencije anemije, pojave cisti na jajnicima, a nakon petogodišnjega uzimanja i značajnoga smanjenja rizika od obolijevanje od raka jajnika itd. Suviše se govori o rizicima koji su za zdravu, mladu ženu zanemarivi u odnosu na dobrobit. U svakom slučaju, prevalencija upotrebe hormonalne kontracepcije je niska, samo oko deset posto žena koristi hormonalnu kontracepciju. SVIRČIĆ, J. - GRUJIĆ, J., *Redukcijom prava na pobačaj najviše će biti pogođene mlade i širomašne žene*, Lupiga.com, od 22. prosinca 2015., podatak na stranici: <http://lupiga.com/intervju/intervju-pravo-na-pobacaj>.

89 Tako ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, na stranici: <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

90 Usp. BENAČIĆ, A., *PRIZIV SAVJESTI ILI OPORTUNIZAM: Prije 20-30 godina najnormalnije su radili abortuse, a sad...*, <http://lupiga.com/vijesti/priziv-savjesti-ili-oportunizam-prije-20-30-godina-najnormalnije-su-radili-abortionuse-a-sad>

91 Vidi SVIRČIĆ, J. - GRUJIĆ, J., *Redukcijom prava na pobačaj najviše će biti pogođene mlade i širomašne žene*, Lupiga.com, od 22. prosinca 2015., podatak na stranici <http://lupiga.com/intervju/intervju-pravo-na-pobacaj>.

92 U tom smislu *Pravobraniteljica: Pravo na pobačaj je utemeljeno na nadnacionalnim zakonima EU*, Indeks, od 4. studenoga 2014., <http://www.index.hr/vijesti/clanak/pravobraniteljica-pravo-na-pobacaj-je-utemeljeno-na-nadnacionalnim-zakonima-eu/781753.aspx>.

93 Vidi *Protiv priziva savjesti i Ustava: 'Liječnike koji odbijaju pobačaj izbaciti iz javnog zdravstva'*, „Dnevno.hr“ od 28. siječnja 2015., <http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/protiv-priziva-savjesti-i-ustava-lijecnike-koji-odbijaju-pobacaj-izbaciti-iz-javnog-zdravstva-143361#>.

ili moralnog uvjerenja kao razloga priziva savjesti, mogu kriti drugi razlozi koji nemaju s njima nikakve veze. Tako drže da dio ginekologa i ginekologinja izjavljuju priziv savjesti zbog toga što su oni koji obavljaju pobačaj u njihovom radnom ili društvenom okruženju stigmatizirani pa izbjegavaju i sami biti stigmatizirani, zbog pritiska šefova posebno kada se radi o konfesionalnim bolnicama, neki u prizivu savjesti nalaze pogodan izgovor da ne moraju raditi zahvate koji su neugodni, neki ginekolozi izjavljuju priziv savjesti samo u javnoj ustanovi gdje primaju mjesečnu plaću, ali ih rade privatno, prizivom savjesti neki nastoje prikrivati svoje medicinsko neznanje i nedovoljnu vještinu za izvođenje pobačaja, dio ginekologa prizivaju se na savjest zbog nedostatka opreme za izvođenje zahvata i sl.⁹⁴

Kod prekida trudnoće po zahtjevu trudnice problematični bi mogli biti samo oni zahtjevi trudnica kod kojih nema medicinskih indikacija za nužno obavljanje pobačaja. Sa stajališta trudnice nesporno je da se problematizirati mogu samo oni zahtjevi za prekidom trudnoće koja je za trudnicu u tom trenutku neželjena iz različitih subjektivnih i objektivnih razloga koje trudnica smatra opravdanim (nezaposlenost, neimaština, ostvarenje drugih životnih ciljeva, studiranje, trudnoća posljedica silovanja, otac nepoznat ili se ne želi prihvatiti odgovornosti zajedničkog podizanja djeteta, mnogobrojna obitelj, maloljetnost trudnice i sl.). Usvojena filozofija življenja podrazumijeva zadovoljavanje mnogobrojnih, visoko postavljenih i stalno novih potreba i u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu. Velika su stremljenja i zahtjevi koje sebi postavljaju i muškarac i žena. Pored težnji vezanih uz individualni razvoj i samoostvarivanje, javljaju se i hedonističke težnje i okretanje materijalnim vrednostima. Pored oportunističkih prepreka rađanju, osjećaja nedovoljne sigurnosti i u obitelji i u široj zajednici i troškova (cijene) vezanih uz usklađivanje roditeljstva i profesionalne aktivnosti kao i roditeljstva i zadovoljenja različitih interesa, i strukturne prepreke, nezaposlenost, neriješeno stambeno pitanje, problemi čuvanja djece, nezadovoljavajući ekonomski standard i druge pojave iz ovog kruga bitna su prepreka za ostvarivanjem stavova o idealnom broju djece.⁹⁵ Prema studijama provedenim u više zemalja svijeta, razlozi zbog kojih se žene odluče prekinuti trudnoću najčešće su: odgoda ili prekid odgajanja djeteta; zabrinutost zbog prekidanja posla ili obrazovanja; pitanja vezana uz financijsku stabilnost ili stabilnost u vezi; osjetna nezrelost. Neke žene su se podvrgle pobačaju radi socijalnih pritisaka. To može uključivati stigmatizaciju nesposobne osobe, preferencija djece određenog spola, neodobranje samohranog majčinstva, nedovoljna ekonomska potpora obitelji, nedostatak pristupa ili odbijanje kontracepcije ili metode kontrole populacije (kao kineska politika jednog djeteta).⁹⁶

94 Tako GJURIĆ, G., *Prigovor savjesti i nagovor savjesti u ratu oko pobačaja*, <http://www.libela.org/sa-stavom/5621-prigovor-savjesti-i-nagovor-savjesti-u-ratu-oko-pobacaja/>

95 Usp. RAŠEVIĆ, M., *Bela kuga i abortus*, rad u knjizi *Pomeramo granice*, Institut društvenih nauka, Beograd, 2007., str. 28.-29.

96 Vidi i podrobnije o tome kod BANKOLE, A. - SINGH, S. - HAAS, T., *Reasons Why Women Have Induced Abortions: Evidence from 27 Countries*, *International Family Planning Perspectives*, (1998), 24 (3), str. 117-127.

Problematika prava zdravstvenih radnika na priziv savjesti kod pobačaja na zahtjev dodatno je potenciran kada se svi ginekolozi u zdravstvenoj ustanovi pozovu na priziv savjesti. Treba kazati da je pravo na priziv savjesti individualno, a ne kolektivno pravo. Ne može javna ustanova imati pravo na priziv savjesti. Stoga zagovornici zabrane ili ograničenja prava na priziv savjesti drže da, ako neki liječnik ne želi raditi pobačaj i druge postupke koji se protive njegovom vjerskom ili svjetonazornom opredjeljenju, on treba promijeniti struku ili treba otići u privatnu ordinaciju koja to ne radi. Ustanova, ako ima takve liječnike, treba zaposliti nekoga tko nema priziv savjesti, jer ne može cijela bolnica imati prigovor savjesti, budući da bi to bilo protivno svim mogućim standardima i zdravom razumu.⁹⁷ Priziv savjesti usko je vezan uz religiozne i moralne stavove pojedinca. Ako je bolnica državna institucija koja se financira iz državnih sredstava, teško bi bilo opravdati pravo na priziv savjesti ako ono stoji na putu ostvarenja prava žene. Prihvatljivost priziva savjesti jača ako bi se radilo o djelatniku bolnice koja se financira fondovima vjerskih institucija.⁹⁸ S druge strane, u Rezoluciji 1763 iz 2010. godine u točki 1., između ostalog, stoji da niti jedna pravna ili fizička osoba neće biti podvrgnuta prisili, neće se držati odgovornom niti će se na bilo koji način diskriminirati ako odbije izvršiti pobačaj ili eutanaziju. Dakle, po navedenoj Rezoluciji VE niti pravnu osobu, dakle bolnicu, ne smije se prisiljavati da vrši pobačaje na zahtjev! Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova RH naglašava kako se kod isticanja priziva savjesti radi isključivo o osobnoj odluci pojedinca te se stoga ova mogućnost ne može proširiti na čitavu instituciju kao takvu. Svaka medicinska ustanova koja sudjeluje u državnom sustavu zdravstvene zaštite i koja je osposobljena i zakonski obvezna pružiti medicinski zahvat prekida trudnoće ima jasnu pravnu obvezu osigurati učinkoviti pristup ovoj vrsti medicinske usluge svim ženama koje su koristeći svoju ustavom zajamčenom slobodu izbora donijele tu nimalo laganu osobnu odluku. Na upravnim tijelima takvih medicinskih ustanova je da uspostave sustav pružanja ove vrste usluge koji će jamčiti da građanke Republike Hrvatske kao i građanke Europske unije u Republici Hrvatskoj u svakom trenutku imaju učinkovit pristup ovoj vrsti medicinskog zahvata u skladu s uvjetima propisanim Zakonom o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece. U slučaju da upravna tijela medicinskih ustanova koje su dužne osigurati učinkoviti pristup ovom medicinskom zahvatu nisu sposobna organizirati pružanje ove usluge u skladu sa svojom zakonskom obvezom, tada je na Ministarstvu zdravstva, kao nadležnom tijelu izvršne vlasti, poduzeti sve mjere iz svoje nadležnosti kako bi osiguralo da konkretna ustanova ispuni svoju zakonsku obvezu.⁹⁹

97 U tom smislu *Još su žive žene koje su same napravile pobačaj vješalicama, ne želimo da se to ikad ponovi*, <http://www.vecernji.hr/hrvatska/jos-su-zive-zene-koje-su-same-napravile-pobacaj-vjesalicama-ne-zelimo-da-se-to-ikad-ponovi-976203>.

98 Tako RITTOSSA, D., *Prijepori o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 2005., br. 2, str. 981.

99 Vidi *Pravobraniteljica: Pravo na pobačaj je utemeljeno na nadnacionalnim zakonima EU*, Indeks, od 4. studenoga 2014., <http://www.index.hr/vijesti/clanak/pravobraniteljica-pravo-na-pobacaj-je-utemeljeno-na-nadnacionalnim-zakonima-eu/781753.aspx>

4. S druge strane, zagovornici prava zdravstvenih radnika na priziv savjesti kod obavljanja pobačaja na zahtjev pozivaju se prvenstveno na relevantne međunarodne dokumente i nacionalne propise u kojima se priznaje pravo na priziv savjesti, kao što su: Opća deklaracija Ujedinjenih naroda o pravima čovjeka, (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Ustav Republike Hrvatske, Zakon o liječništvu, Zakon o dentalnoj medicini, Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji, Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Kodeks medicinske etike i deontologije, Etički kodeks ljekarničke etike i deontologije (o čemu je već detaljno pisano u ovom radu pa nema potrebe isto ponovno razlagati), ali i na odluke međunarodnih i domaćih sudova te pravna, etička i teološka stajališta uvažanih fizičkih i pravnih osoba i interesnih skupina.

Primjerice, u prilog prava zdravstvenih radnika na priziv savjesti navodi se kako je Parlamentarna skupština Vijeća Europe utvrdila pravo na priziv savjesti u medicini Rezolucijom 1763 iz listopada 2010. godine. U točki 1. ove Rezolucije, između ostalog, propisuje se kako niti jedna pravna ili fizička osoba neće biti podvrgnuta prisili, neće se držati odgovornom niti će se na bilo koji način diskriminirati ako odbije izvršiti pobačaj ili bilo koji drugi čin koji bi iz bilo kojeg razloga za posljedicu imao smrt ljudskog fetusa ili embrija. Također se navodi kako je većinom glasova Europski parlament odbio glasovati o izvješću zastupnice Edite Estrele (S&D) o seksualnom i reproduktivnom zdravlju i pravima te je prijedlog ove neobvezujuće rezolucije vratio na matični odbor. Prijedlog rezolucije Edite Estrele izazvao je oštre polemike u Europskom parlamentu posebice zbog pokušaja sužavanja prava na “priziv savjesti” te definicije pobačaja kao temeljnog ljudskog prava, što je suprotno mišljenju Europske komisije koja je naglasila da EU nije nadležan za uređivanje tog pitanja.¹⁰⁰ Drže, nadalje, sasvim sigurnim da ljudski život ne počinje sa završetkom 12. tjedna trudnoće,¹⁰¹ jer ljudsko biće je genetski posve definirano i jedinstveno, neponovljivo u trenutku začeća.¹⁰² Njegov DNA se više nikad neće mijenjati. To je ujedno i trenutak u kom su budući mogući roditelji *de*

100 Usp. *EP odbio glasovati o pobačaju kao temeljnom ljudskom pravu*, Večernji list, od 22. listopada 2013., <http://www.vecernji.hr/eu/ep-odbio-glasovati-o-pobacaju-kao-temeljnom-ljudskom-pravu-631241>

101 Sud pravde u Luxembourg, 2011. određuje da ljudski život počinje od samoga začeća, <http://eutopialaw.com/2011/10/21/eu-law-human-dignity-and-the-human-embryo-the-decision-of-the-cjeu-grand-chamber-in-brustle-v-greenpeace-ev-c%E2%80%91913410/>

102 Dijete već od trenutka začeća može steći prava. Tako začeto dijete (*nasciturus*) ima sposobnost za nasljeđivanje i dijete začeto u času otvaranja nasljedstva smatrat će se rođenim ako se rodi živo (Zakon o nasljeđivanju, Narodne novine, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, čl. 124. st. 2.). Ovo je pravna fikcija i ima za cilj očuvati nasljedna prava ukoliko se dijete kasnije živo rodi. Još od rimskog prava, odnosno, u vremenu kada su znanost i medicina bili na kudikamo nižim granama, dostignućima i spoznajama, rimskim pravicima nije bilo sporno da se u utrobi majke nalazi živi, još nerođeni čovjek, dakle, čovjek koji čeka svoje vrijeme izlaska, pa su tako odredili zakonsku normu po kojoj su štitali njegova imovinska prava (*Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodis agitur*). Vidi o tome i šire kod VELČIĆ, B., *Nerođeno dijete ima pravo na nasljeđivanje imovine, ali pravo na život – ne!*, podatak na stranici: <http://spiritus-movens.me/zivot/06/13/nerodeno-dijete-ima-pravo-na-nasljedivanje-imovine-ali-pravo-na-zivot-ne/>.

facto obavili svoj izbor, pa je svaki naknadni “izbor” zapravo vrlo upitan s moralne strane. Da se ne govori o nakaradnosti teze da žene trebaju imati pravo izbora, ali ne i liječnici koji bi trebali izvršiti nešto što osobno smatraju ubojstvom.¹⁰³ Štoviše, ideja o slobodi žene da samostalno odlučuje o pobačaju zasniva se na strahovitom potiranju tuđih prava: u ovom slučaju, prava djece, i također prava zdravstvenih radnika kojima sudbina nerođenog djeteta leži na savjesti.¹⁰⁴ I Ustav RH u članku 14. određuje da: “Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Svi su pred zakonom jednaki”, a pri tome ne definira eksplicitno što se pod tim „svatko“ podrazumijeva, ali zasigurno ne isključuje prava još nerođenog djeteta. Prava djeteta brižno i smišljeno se prešućuju, a novo ljudsko biće nije samo plod majke, nego i oca. Pravo na abortus pretpostavlja pravo na ubojstvo što je besmisleno. To je kršenje prava na život.¹⁰⁵ Civiliziranost jednog društva treba prije svega mjeriti stupnjem zaštite najslabijih i najranjivijih pripadnika društva, u što svakako spadaju i nerođena djeca. Postavljaju pitanje kako žena sama može odlučiti o prekidu tog života i zašto se nikad ne uključuju muškarci, jer to je diskriminacija muškaraca, te ako se borimo za pravo žene za odluku, zašto se ne borimo za pravo nerođenog djeteta za život?¹⁰⁶

Drži se i kako pravo na pobačaj nije ljudsko pravo, nego je riječ o stanovitoj slobodi, gdje jedan broj suvremenih država omogućuje ženama da na organizirani način i bez straha od kazne provedu pobačaj u djelo. Čak i u onim zemljama u kojima je pobačaj dopušten, uglavnom se zabranjuje pobačaj u kasnijim stadijima trudnoće. Tako je i u Hrvatskoj predviđena kazna do tri godine zatvora, za pobačaj nakon desetog tjedna trudnoće.¹⁰⁷ Sud za ljudska prava donio je 2010. presudu u slučaju *ABC v. Ireland*, kojom tvrdi da ne postoji pravo na abortus već pravo žene na zaštitu zdravlja i tjelesnog integriteta.¹⁰⁸

103 Podatak kod *Protiv priziva savjesti i Ustava: ‘Liječnike koji odbijaju pobačaj izbaciti iz javnog zdravstva’*, Dnevno.hr, od 28. siječnja 2015., <http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/protiv-priziva-savjesti-i-ustava-lijecnike-koji-odbijaju-pobacaj-izbaciti-iz-javnog-zdravstva-143361#>.

104 Tako ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, podatak na stranici <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

105 Usp. PAVIČIĆ, D., *Pozaić o Hoły: navodna stranka ekologije propagira kulturu smrti*, „Večernji list“ od 27. studenoga 2014., <http://www.vecernji.hr/hrvatska/biskup-pozaic-ginekologe-koji-ne-zele-pobacaje-pretvorili-su-u-udbase-976025>.

106 O tome vidi *Protiv priziva savjesti i Ustava: ‘Liječnike koji odbijaju pobačaj izbaciti iz javnog zdravstva’*, Dnevno.hr, od 28. siječnja 2015., <http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/protiv-priziva-savjesti-i-ustava-lijecnike-koji-odbijaju-pobacaj-izbaciti-iz-javnog-zdravstva-143361#>.

107 Tako ČEHIĆ, D., *Ljudima koji ne haju za savjest sloboda savjesti ne znači baš ništa*, podatak na stranici: <http://zdravstveniodgoj.com/news/-ljudima-koji-ne-haju-za-savjest-sloboda-savjesti-ne-znaci-bas-nista>.

108 Vidi o tome na stranici: <http://stephenspillane.com/blog/index.php/2010/12/abc-v-ireland-european-court-of-human-rights/>; <http://www.hrlc.org.au/court-tribunal/european-court-of-human-rights/s-h-others-v-austria-2011-echr-1879-3-november-2011/>.

Tvrde kako se prešućuje činjenica da liječnička etika i deontologija ničim ne obvezuju liječnika da obavi pobačaj na zahtjev, jednostavno zato jer trudnoća nije bolest i ukoliko ne ugrožava zdravlje majke ili ploda, ne proizvodi moralnu obvezu liječnika da intervenira. Suprotno tvrdnjama zagovornika neograničenog prava na pobačaj, Hipokrat u svojoj zakletvi, koja je bila i ostala temeljem liječničke etike, jasno kaže: “Nikome neću, makar me za to i molio, dati smrtonosni otrov, niti ću mu za nj dati savjet. Isto tako neću dati ženi sredstvo za pometnuće ploda.” Dakle, zaključuju da izvorna Hipokratova zakletva izrijekom zabranjuje liječnicima izvršenje pobačaja na zahtjev. Ta se zakletva kroz stoljeća mijenjala, no i današnja, tzv. “ženevska” iz 1948., je jasna: “Apsolutno ću poštovati ljudski život od samog začetka. Niti pod prijetnjom neću dopustiti da se iskoriste moja medicinska znanja suprotno zakonima humanosti.”

5. Razvidno je da svojevrsna suprotstavljenost dvaju (ljudskih) prava (u pogledu pobačaja na zahtjev), zajamčenih brojnim propisima, teško se može riješiti na individualnoj razini – nedopuštanjem pojedinoj trudnici da traži i obavi pobačaj na njezin zahtjev ili nalogom pojedinom liječniku da obavi pobačaj unatoč njegovom isticanju priziva savjesti u konkretnom slučaju. Za sada je teško nazrijeti i neko kompromisno rješenje, jer su stajališta interesnih skupina u pravilu isključiva.¹⁰⁹ Nedvojbeno se radi o kompleksnom, multidisciplinarnom problemu (sociološkom, etičkom, medicinskom, pravnom, vjerskom, društvenom, političkom, socijalnom, ekonomskom i dr.) i na tim razinama bi trebalo tražiti i rješenje ovoga problema.

109 U Americi je poznat slučaj Jamesa Kopa, člana Kristovih jaganjaca, boraca protiv abortusa, koji je došao na FBI-jevu listu deset najtraženijih osoba jer je 1998. godine ubio ginekologa koji je vršio abortuse. U božićnoj poslanici iz 1995. Patrijarh i 35 arhijereja primijetili su da „žene začinju jer je to skopčano sa uživanjem i zadovoljstvom, ali neće da rađaju i podižu decu, jer je to naporno i tobož ugrožava njihov komoditet“, kao i da „mnoge majke koje nisu želele da imaju više od jednog deteta danas čupaju kose i gorko ridaju nad izgubljenim jedincima u ovim ratnim sukobima, proklinjući zato često Boga i ljude, ali pri tom zaboravljajući da optuže i sebe što nisu rodile još dece da im ostanu kao uteha“. I Mitropolit crnogorsko-primorski je civilizaciju koja ozakonjuje abortus, odnosno čedomorstvo ocijenio kao „pritajeno nekrofilsku, u suštini nečovečnu civilizaciju“. Podatak kod JOVANOVIĆ, S. – SIMEUNOVIĆ PATIĆ, B., *(Ne)dozvoljeni prekid trudnoće*, Pravni život, 2007., br. 9, str. 160. U Srbiji je 2000. godine Sinod Srpske pravoslavne crkve pred početak uskršnjeg posta javno „umolio“ svećenike da liječnike i primalje koji vrše abortuse, dok se ne pokaju „ne pripuštaju Svetoj tajni Pričešća i da ih liše prava na rezanje slavskog kolača“, jer je čedomorstvo „vapijući greh pred Bogom, osuđen od celokupnog kanonskog i svetoatačkog predanja Crkve i kao takvo preti da u dogledno vreme dovede do biološkog istrebljenja srpskog naroda“. Vidi ČIRIĆ, A., *Crkva protiv abortusa*, Vreme, br. 481, 2000., podatak kod JOVANOVIĆ, S. – SIMEUNOVIĆ PATIĆ, B., *(Ne)dozvoljeni prekid trudnoće*, Pravni život, 2007., br. 9, str. 160.

V. ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da su u pogledu (ne)dopuštenosti isticanja priziva savjesti (u medicini) stajališta relevantnih aktera rezolutno podijeljena.

S jedne strane protivnici prava na priziv savjesti, posebno na području porodništva, tvrde kako ta mogućnost u javnom zdravstvu dovodi do neučinkovitosti i nejednakosti, ugrožava kvalitetu i dostupnost zdravstvene usluge, da je nekompatibilan sa zanimanjem liječnika, te da svatko mora preuzeti neke obveze i odgovornosti ako želi postati liječnik (zdravstveni radnik). One su sastavni dio liječničkog zvanja i ne bi bilo u redu da temeljem priziva savjesti liječnik ne pruži uslugu na koju pacijenti imaju pravo, koje su legalne, korisne, koje su izraz pacijentove volje, i koje su dio pravednog sustava zdravstvene skrbi.¹¹⁰

S druge strane, argument koji se navodi u korist priziva savjesti jest da bi se uskraćivanjem prava zdravstvenim radnicima na priziv savjesti ograničili etički, vjerski ili moralni nazori i uvjerenja zdravstvenih radnika i njihovo pravo zajamčeno međunarodnim konvencijama, Ustavom, zakonima, etičkim i deontološkim kodeksima. Drži se kako institut prigovora savjesti omogućuje liječnicima zadržavanje osobnog integriteta.

Niz je uzroka i razloga koji dovode do navedenog stanja poput: manjkavost zakonske regulative prava na priziv savjesti u medicini; nedostatak sveobuhvatne i opće prihvaćene pravne definicije pojma “priziv savjesti”; nedostatak prakse tzv. „pozitivnog priziva savjesti“; nenormiranost postupka, forme i trenutka izjavljivanja priziva savjesti, utvrđivanja vjerodostojnosti priziva savjesti i načina sprječavanja njegove zlouporabe; nije propisan način izvještavanja nadređenog, odnosno poslodavca o prizivu savjesti; neodređenost tko može tražiti priziv savjesti – izravni izvršitelj ili i asistenti, neuređeni žalbeni postupak i sl.¹¹¹

U (medicinskopravnoj) sudskoj praksi i teoriji, javnim raspravama i stajalištima interesnih skupina, publiciranim znanstvenim i stručnim radovima iz raznih znanstvenih područja i polja i dr., može se naći više korisnih prijedloga za ujednačavanje prakse, suprotstavljenih stajališta i pravne regulative na području primjene instituta „priziva savjesti“. Drži se, tako, kako je nužno izmijeniti i dopuniti odredbe zakona i podzakonskih propisa kojima se sada uređuje pravo na priziv savjesti na način da se uredi učinkovitost, djelotvornost, jedinstveni sustav standardizirane kvalitete, sigurnost i dostupnost zdravstvene zaštite vezano uz odbijanje obavljanja vršenja nekih standardnih medicinskih postupaka zbog priziva savjesti. Nadalje, posebnim propisom (pravilnikom ministra zdravstva i/ili pravosuđa) trebalo bi regulirati postupak, formu i trenutak izjavljivanja priziva savjesti te isključiti mogućnost selektivnog priziva savjesti. Korisnicima usluga bi trebalo omogućiti da im se u slučaju isticanja priziva savjesti osigura pravovremena

110 Tako SAVULESCU, J., *Prigovor savjesti u medicini*, Cijepljenje.info, <http://www.cijepljenje.info/julian-savulescu-prigovor-savjesti-u-medicini/>.

111 Usp. GJURIĆ, G., *Prigovor savjesti i nagovor savjesti u ratu oko pobačaja*, <http://www.libela.org/sa-stavom/5621-prigovor-savjesti-i-nagovor-savjesti-u-ratu-oko-pobacaja/>

usluga drugog stručnjaka istih kvalifikacija (koji se ne poziva na priziv savjesti), te da zbog toga nemaju dodatnih neugodnosti i troškova. Poslodavci bi trebali urediti svoju djelatnost na način da zbog isticanja priziva savjesti njihovih zaposlenika ne dođe u pitanje mogućnost pružanja njihovih usluga, odnosno pada kvalitete njihovih usluga. Svakako bi trebalo posvetiti pozornost i edukaciji o pravu na priziv savjesti kako tijekom studiranja, tako i kroz cjeloživotno obrazovanje.¹¹²

Razvidno je da se radi o multidisciplinarnom problemu kod kojeg se rješenje može iznaći samo zajedničkim i istovremenim pristupom više znanstvenih disciplina i struka (medicinara, pravnika, etičara, teologa, sociologa i sl.) kao i interesnih skupina (udruga pacijenata i zdravstvenih radnika, komora i sl.), pritom polazeći od međunarodnih i nacionalnih propisa u najširem smislu riječi, recentne sudske prakse međunarodnih i domaćih sudova, pravila i protokola struke, rješenja iz etičkih kodeksa, nauka vjera i sl.

112 Vidi DAVID Udruga građana za zaštitu ljudskih prava, *Prijedlozi za cjelovito reguliranje prava na priziv savjesti u medicini/ zdravstvenoj djelatnosti*, Inicijativa liječnika/-ca za reguliranje priziva savjesti u medicini i CESI – Centar za edukaciju, savjetovanje i istraživanje, Poruke Okruglog stola „Priziv savjesti u medicini“, Zagreb, Novinarski dom, 21. 1. 2015., <http://david-udruga.hr/novosti/2015/02/11/prijedlozi-za-cjelovito-reguliranje-prava-na-priziv-savjesti-u-medicini-zdravstvenoj-djelatnosti/>; i GJURIĆ, G., Prigovor savjesti i nagovor savjesti u ratu oko pobačaja, <http://www.libela.org/sa-stavom/5621-prigovor-savjesti-i-nagovor-savjesti-u-ratu-oko-pobacaja/>.

Summary

THE RIGHT OF MEDICAL WORKERS TO CONSCIENTIOUSLY OBJECT

Institute “conscientious” protects citizens’ freedom of each person in relation to the choice according to their own conscience. With the view of her/his ethical, religious or moral principles, medical worker has the right to refer to conscientious objection and decline to conduct health care if it is not in dissonance with professional standards or if it is not causing any permanent consequences on health or it is not danger for patient’s life. Medical worker shall inform the patient and responsible or superior person on her decision in due time.

This is a multidisciplinary problem whose solution can be found only through joint and simultaneous access to several scientific disciplines and professions (physicians, lawyers, ethicists, theologians, sociologists, etc.), as well as interest groups (associations of patients and health workers, chambers, etc.) according to international and national regulations, the recent case law of international and domestic courts, rules and protocols of the profession, the decision of codes of ethics, the principles of religion etc.

Keywords: *conscientious objective, patient rights, reproductive medicine, abortion on demand.*

Zusammenfassung

DAS RECHT DER GESUNDHEITSARBEITNEHMER AUF „GEWISSENHEITSEINSPRUCH“

Das Institut der Gewissensfreiheit schützt Bürgerfreiheiten jeder Person auf das Recht eigene Gewissensentscheidungen zu treffen. Aufgrund ethischer, Glaubens- oder moralen Aufsichten können Gesundheitsarbeiter Gesundheitspflege verweigern, es sei denn, dies stößt gegen die Berufsregeln oder gefährdet Leben oder Gesundheit von Patienten. Über eine solche Entscheidung muss der Patient und die Vorgesetzten rechtzeitig informiert werden. Da dieses Problem mehrschichtig und disziplinübergreifend ist, bedarf seine Lösung enger Zusammenarbeit von Ärzten, Juristen, Ethiker, Theologen, Soziologen sowie von Interessentengruppen, nämlich Patientenverbänden, Ärzteverbänden und Kammern usw. Dabei sollten die relevanten internationalen und nationalen Vorschriften, sowie die jüngste nationale und internationale Rechtsprechung, Berufsregeln, Ethik-Kodex, Glaubensprinzipien in Betracht gezogen werden.

Schlüsselwörter: *Gewissenseinspruch, Patientenrechte, reproduktive Medizin, Abtreibung auf Verlangen.*

RIASSUNTO

IL DIRITTO DEGLI OPERATORI SANITARI ALLA “OBIEZIONE DI COSCIENZA”

L'obiezione di coscienza tutela la libertà civile di ciascuna persona rispetto alla scelta riguardosa della propria coscienza. In ragione delle proprie convinzioni etiche, religiose e morali, l'operatore sanitario ha diritto di appellarsi all'obiezione di coscienza e rifiutare di eseguire un trattamento sanitario, qualora ciò non sia in antitesi con le regole della professione e se ciò non comporti conseguenze permanenti per la salute o non comprometta la vita del paziente. Riguardo alla sua decisione deve informare prontamente il paziente, come pure il responsabile o il proprio superiore.

Trattasi di un problema multidisciplinare al quale si può trovare una soluzione unicamente mediante un approccio comune e simultaneo di più discipline scientifiche e di più professioni (medica, legale, etica, teologica, sociologica etc.), come pure grazie a diversi gruppi portatori di interessi (associazioni di pazienti, associazioni di operatori sanitari, vari albi etc.), partendo all'uopo dalle disposizioni internazionali e domestiche più varie, dalla recente giurisprudenza delle corti internazionali e nazionali, dalle regole e dai protocolli professionali, dalle soluzioni derivanti dai codici deontologici, dai credi etc.

***Parole chiave:** obiezione di coscienza, diritti dei pazienti, medicina riproduttiva, interruzione volontaria di gravidanza.*