ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 38 BROJ 1

RIJEKA, 2017.

SADRŽAJ

XXIII. Savjetovanje pravnika
"Petar Simonetti (Vlasništvo-Obveze-Postupak)"
(Poreč, 15., 16. i 17. ožujka 2017.)

Prilozi za Savjetovanje:

Mihajlo Dika,
Općepoznate činjenice u parničnom postupku
(izvorni znanstveni rad)..... 1

Jozo Čizmić, Marija Boban,
Elektronički dokazi u sudskom postupku i računalna forenzička analiza
(izvorni znanstveni rad)..... 23

Edita Čulinović-Herc, Mihaela Braut Filipović, Suzana Audić Vuletić,
Novo pravno uređenje *private equity* i *venture capital* fondova i otvorena pitanja
(izvorni znanstveni rad)..... 51

Dario Đerđa, Teodor Antić,
Izrada pravnih propisa u Hrvatskoj – studija slučaja
(izvorni znanstveni rad)..... 93

Jasnica Garašić,
Najznačajnije novine Stečajnog zakona iz 2015. godine
(izvorni znanstveni rad)..... 131

Hano Ernst, Kristijan Poljanec,
Stvarnopravna i carinskopravna zaštita kulturnih dobara u svjetlu europske antiterorističke politike
(izvorni znanstveni rad)..... 187

Zvonimir Jelinić,
Borba protiv recesije uz kršenje jamstva prava na pristup pravosuđu – Osvrt na strukturu predstečajnih postupaka iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi
(izvorni znanstveni rad)..... 223

Antonija Zubović,
Organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini kao modalitet utjecanja na donošenje odluka u društvu – otvorena pitanja
(izvorni znanstveni rad)..... 243

Aleksandra Popovski,
Zaštita javnoga interesa u raspolaganju javnim dobrom u općoj uporabi
(izvorni znanstveni rad)..... 275

Ivan Tot,
Rizik unovčenja objekta leasinga u ugovoru o operativnom leasingu motornog vozila
(izvorni znanstveni rad) 303

Dejan Bodul, Sanja Grbić,
Doprinos raspravi o načelu jednakosti procesnih sredstava
(prethodno priopćenje) 339

Aldo Radolović,
Odnos redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka u ustavnim tužbama
(pregledni znanstveni rad) 357

Marco Greggi, Nataša Žunić Kovačević,
Usponi i padovi u implementaciji sustava alternativnog rješavanja sporova u talijanskom i hrvatskom poreznom sudovanju
(pregledni znanstveni rad) 377

Maja Bukovac Puvača,
Ekonomski gubitci kao šteta u hrvatskom odštetnom pravu nakon prenošenja Direktive 2014/104/EU
(pregledni znanstveni rad) 397

Marko Šikić, Marko Turudić,
Održiva javna nabava
(pregledni znanstveni rad) 419

Paula Poretti,
Odlučivanje o imovinskim odnosima bračnih drugova u ostavinskim postupcima sukladno Uredbi 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu
(pregledni znanstveni rad) 449

Dinka Šago, Zrinka Radić,
Brisovna tužba – zaštita knjižnih prava
(pregledni znanstveni rad) 475

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,
Pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti – kroz ustavnosudski aspekt i stajališta Europskog suda za ljudska prava
(pregledni znanstveni rad) 501

Jadranko Jug,
Pravni položaj poštenog i nepoštenog posjednika u odnosu na vlasnika stvari
(pregledni znanstveni rad) 527

Mijo Galiot,
Oduzimanje imovinske koristi u kontekstu međunarodne pravne stečevine i suzbijanja podmićivanja
(pregledni znanstveni rad) 547

Damir Kontrec,
Stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu u svjetlu nove prakse Europskog suda za ljudska prava (pregledni znanstveni rad) 573

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,
Dokazi pribavljeni nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu u svjetlu članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pregledni znanstveni rad) 595

Mario Vukelić,
Zakup i najam nekretnina i stečajni dužnik kao ugovaratelj (pregledni znanstveni rad) 631

Gabrijela Mihelčić, Jakob Nakić,
Neusklađenosti u registarskim stvarima (odabrana pitanja) (stručni rad) 649

Inga Vezmar Barlek,
Primjena načela razmjernosti u praksi Suda Europske unije (stručni rad) 673

TABLE OF CONTENTS

XXIII. Conference
"Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)"
(Poreč, 15-17 March 2017)

Conference Texts:

Mihajlo Dika,
Generally Known Facts in Litigation 1

Jozo Čizmić, Marija Boban,
Electronic Evidence in the Judicial Proceedings and Computer Forensic Analysis 23

Edita Čulinović-Herc, Mihaela Braut Filipović, Suzana Audić Vuletić,
New Regulation of Private Equity and Venture Capital Funds and Open Questions 51

Dario Đerđa, Teodor Antić,
Legal Drafting in Croatia – Case Study 93

Jasnica Garašić,
Most Important Novelties in Bankruptcy Act of 2015 131

Hano Ernst, Kristijan Poljanec,
Protection of Cultural Goods Through Property Law and Customs Law in Light of European Counterrorism Policy 187

Zvonimir Jelinić,
Fighting Recession at the Expense of Access to Justice - The Case of Croatian Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlements Act 223

Antonija Zubović,
Proxy Solicitation as a Method of Obtaining Voting Control at the General Meeting – Open Questions 243

Aleksandra Popovski,
Protection of Public Interest in Disposal of Public Good 275

Ivan Tot,
Residual Value Risk in Automotive Operating Lease Contracts 303

Dejan Bodul, Sanja Grbić,
Contribution to the Debate on the Principle of Equality of Arms 339

Aldo Radolović,
Relation Between Ordinary and Constitutional Procedures in Constututional Complaints 357

Marco Greggi, Nataša Žunić Kovačević,
Lights and Shadows on the Implementation of the ADR System in the Italian and Croatian Tax Trial 377

Maja Bukovac Puvača,
Economic Losses as Damage in Croatian Tort Law After Implementation of Directive 2014/104/EU 397

Marko Šikić, Marko Turudić,
Sustainable Public Procurement 419

Paula Poretti,
Deciding on Matters of Matrimonial Property in the Proceedings for Succession Under Regulation 2016/1103 on Matrimonial Property Regimes 449

Dinka Šago, Zrinka Radić
Suit for Cancelation – Protection of Land Rights 475

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,
Right of Access to Information Held by Public Authorities – Through the Aspect of the Constitutional Court and the Positions of the European Court of Human Rights 501

Jadranko Jug,
The Legal Position of Honest and Dishonest Possessors in Relation to the Owners of Things 527

Mijo Galiot,
Confiscation of Pecuniary Gain in the Context of International Regulations and Combating Bribery 547

Damir Kontrec,
Acquisition of Ownership Rights by Usucaption of Real Property in Social Ownership in the Light of the New Practice of the European Court of Human Rights 573

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,
Evidence Obtained Through Surveillance and Technical Recording of Telephone Conversations and Other Distance Communications in the Light of Article 8 of The European Convention on Human Rights 595

Mario Vukelić,
Real Property Lease and Rent and Insolvency Debtor as Contractor 631

Gabrijela Mihelčić, Jakob Nakić,
Discrepancies in Registration Matters (Selected Issues) 649

Inga Vezmar Barlek,
The Principle of Proportionality in the CJEU Case Law 673

INHALT

XXII. Tagung
„Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)“
(Poreč, 15 – 17. März 2017)

Tagungsbeiträge:

Mihajlo Dika,
Offenkundige Tatsachen im Zivilprozess 1

Jozo Čizmić, Marija Boban,
Elektronische Beweise im Gerichtsverfahren und Computerforensischer Analyse 23

Edita Čulinović-Herc, Mihaela Braut Filipović, Suzana Audić Vuletić,
Neue Regelung der privaten Eigen- und Wagniskapitalfonds und offene Fragen 51

Dario Đerđa, Teodor Antić,
Gesetzesentwurfe in Kroatien – Fallstudie 93

Jasnica Garašić,
Wichtige Neuregelungen des Insolvenzgesetzes 2015 131

Hano Ernst, Kristijan Poljanec,
Schutz von Kulturwaren durch Eigentumsrecht und Zollrecht im Licht der europäischen Anti-Terrorismus Politik 187

Zvonimir Jelinić,
Kampf gegen die Rezession und Verletzung der Garantie des Rechts auf Zugang zur Rechtspflege - Überprüfung der Struktur des Vorinsolvenzverfahrens aus dem Gesetz über Finanzgeschäfte und Vorinsolvenzregelung 223

Antonija Zubović,
Organisierte Stimmrechtsvertretung als ein Weg zur Erhöhung der Stimmrechtskontrolle an der Hauptversammlung – Offene Fragen 243

Aleksandra Popovski,
Schutz des Öffentlichen Interesses bei der Entsorgung des Öffentlichen Gutes 275

Ivan Tot,
Verwertungsrisiko in den Operating-Kraftfahrzeug-Leasingverträgen 303

Dejan Bodul, Sanja Grbić,
Beitrag zur Debatte über den Grundsatz der Verfahrensmittel 339

Aldo Radolović,
Zusammenhang zwischen ordentlichem und verfassungsrechtlichem Verfahren in Verfassungsbeschwerden 357

Marco Greggi, Nataša Žunić Kovačević,
Höhen und Tiefen in der Umsetzung der alternativen Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution) in der italienischen und kroatischen Steuererklärung 377

Maja Bukovac Puvača,
Wirtschaftliche Verluste als Schaden im kroatischen Deliktsrecht nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU 397

Marko Šikić, Marko Turudić,
Nachhaltige öffentliche Beschaffung 419

Paula Poretti,
Entscheidung über Angelegenheiten des ehelichen Vermögens im Erbrecht nach der Verordnung Nr. 2016/1103 in Fragen des ehelichen Güterstands 449

Dinka Šago, Zrinka Radić
Löschungsklage – Schutz der Grundbuchrechte 475

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,
Zugang zu Informationen von öffentlichen Behörden anhand des Verfassungsgerichts und der Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 501

Jadranko Jug,
Die Rechtsposition der ehrlichen und unehrlichen Besitzer in Bezug auf Eigentümer 527

Mijo Galiot,
Beschlagnahme von Vermögensgewinn im Rahmen internationaler Regelungen und Bestechungsbekämpfung 547

Damir Kontrec,
Erwerb von Eigentumsrechten durch Ersitzung von Immobilien in sozialem Eigentum im Kontext der neuen Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 573

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,
Beweise über die Überwachung und technische Aufzeichnung von Telefongesprächen und anderen Fernmitteilungen in Bezug auf Artikel 8 der Menschenrechtskonvention 595

Mario Vukelić,
Pacht- und Mietvertrag von Immobilien und der Insolvenzschuldner als Auftragnehmer 631

Gabrijela Mihelčić, Jakob Nakić,
Abweichungen in Register-Angelegenheiten (ausgewählte Fragen) 649

Inga Vezmar Barlek,
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des EuGH..... 673

INDICE

XXIII. Convegno
"Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)"
(Poreč, 15 – 17 marzo 2017)

Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,
I fatti notori nel processo civile 1

Jozo Čizmić, Marija Boban,
Le prove elettroniche nel procedimento giudiziario ed analisi informatica forense 23

Edita Čulinović-Herc, Mihaela Braut Filipović, Suzana Audić Vuletić,
La nuova disciplina giuridica dei fondi private equity e venture capital e le questioni aperte 51

Dario Đerđa, Teodor Antić,
Il drafting delle leggi in Croazia – analisi della casistica 93

Jasnica Garašić,
Le novità più significative della legge fallimentare del 2015 131

Hano Ernst, Kristijan Poljanec,
La tutela dei beni culturali nel diritto reale e nel diritto doganale alla luce della politica antiterroristica europea 187

Zvonimir Jelinić,
La lotta alla recessione a scapito della tutela del diritto all'accesso alla giustizia: uno sguardo alla struttura dei procedimenti prefallimentari nella legge sulle operazioni finanziarie e sul concordato preventivo 223

Antonija Zubović,
La sollecitazione delle deleghe di voto nell'assemblea generale quale modalità di influenza sulla attività decisionale nella società – questioni aperte 243

Aleksandra Popovski,
La tutela dell'interesse pubblico nell'utilizzo del demanio pubblico 275

Ivan Tot,
Il rischio della riscossione dell'oggetto di leasing nel contratto di leasing operativo per veicoli a motore 303

Dejan Bodul, Sanja Grbić,
Contributo al dibattito sul principio di eguaglianza dei mezzi processuali 339

Aldo Radolović,
Il rapporto tra il procedimento giudiziario ordinario ed il procedimento giudiziario costituzionale nei ricorsi costituzionali 357

Marco Greggi, Nataša Žunić Kovačević,
Luci ed ombre nell'attuazione del sistema di risoluzione alternativa delle controversie nel contenzioso tributario italiano ed in quello croato 377

Maja Bukovac Puvača,
Le perdite economiche quali danni nel diritto risarcitorio croato dopo l'attuazione della Direttiva 2014/104/UE 397

Marko Šikić, Marko Turudić,
Appalto pubblico sostenibile 419

Paula Poretti,
Decisioni circa i rapporti patrimoniali tra coniugi nei procedimenti successori in forza del Regolamento 2016/1103 sui regimi patrimoniali tra coniugi 449

Dinka Šago, Zrinka Radić
L'azione di cancellazione – tutela dei diritti tavolari 475

Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,
Il diritto all'accesso alle informazioni in possesso degli organi del potere pubblico tra la giurisprudenza costituzionale e gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo 501

Jadranko Jug,
La posizione giuridica del possessore di buona e di mala fede rispetto al proprietario del bene 527

Mijo Galiot,
La confisca del vantaggio economico nell'ambito della regolamentazione internazionale e la lotta alla corruzione 547

Damir Kontrec,
Acquisto per usucapione della proprietà di beni di proprietà sociale alla luce della nuova giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 573

Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas,
Le prove procurate mediante la sorveglianza e la registrazione tecnica delle conversazioni telefoniche e degli altri mezzi di comunicazione a distanza alla luce dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 595

Mario Vukelić,
L'affitto e la locazione di immobili ed il debitore fallimentare nella veste di parte contrattuale 631

Gabrijela Mihelčić, Jakob Nakić,
Difformità nelle questioni pubblicitarie (temi scelti)..... 649

Inga Vezmar Barlek,
L'applicazione del principio di proporzionalita' nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea..... 673

Prilozi za Savjetovanje

(Conference Texts, Tagungsbeiträge, Contributi per il Convegno)

OPĆEPOZNATE ČINJENICE U PARNIČNOM POSTUPKU

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

UDK: 347.91/.95
Ur.: 15. veljače 2017.
Pr.: 21. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se nastoji sustavno i cjelovito obraditi institut općepoznatih činjenica u hrvatskom parničnom pravu, s osvrtom na neke stavove koji su o tome isntitutu zauzeti u bivšoj jugoslavenskoj i postjugoslavenskoj te austrijskoj i njemačkoj doktrini i judikaturi. Prva je polazna teorijska osnova istraživanja stav da je utvrđivanje činjenica primjenom pravila o općepoznatim činjenicama jedna od metoda utvrđivanja činjenica, metoda u koje pripadaju i dokazivanje kao redovna, ali ipak (u pravilu) supsidijarna metoda, te utvrđivanje činjenica primjenom pravila o priznanju činjenica, o pravnim presumpcijama i o teretu dokazivanja. Druga je polazna teorijska osnova stav da je pravo utvrđivanja činjenica koje uređuje sve navedene metode dvojako po svojoj pravnoj prirodi: utvrđujući kriterije za formiranje zaključka o postojanju činjenica, to pravo uređuje sadržajnu, pravozaštitnu dimenziju metoda o kojima je riječ, metoda primjenom kojih se utvrđuje sadržaj niže premise logičkog silogizma presude (pravozaštitno pravo utvrđivanja činjenica); propisujući proceduru po kojoj se postupa prigodom formiranja tih zaključaka, ono uređuje njihovu formalnu, procesnopravnu dimenziju (procesno pravo utvrđivanja činjenica). U samom se radu problematiziraju pojam, zakonske osnove i bitne odrednice instituta notornosti te modaliteti njegove postupovne operacionalizacije; pledira se za usko tumačenje pojma u smislu da notornost pretpostavlja i znanje suda o takvom svojstvu neke činjenice, zbog čega se zauzima i negativan stav prema mogućnosti dokazivanja notornosti (sucu nametnuta notornost); ratio instituta pronalazi se u razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti, ali se upozorava i na mogućnost njegove zlouporabe u praksi; naglašava se potreba razlikovanja negativnog aspekta instituta («zabrana» dokazivanja općepoznatih činjenica») i njegovog pozitivnog aspekta (dužnost da se uzme da činjenica postoji onako kako je to općepoznato); iznosi se i nastoji argumentirati da je sigurnost zahtijevana razina uvjerenosti u notornost te da je sumnja u notornost neke činjenice dovoljan razloga da se radi njezinog utvrđivanja primijene druge metode koje su tome namijenjene, u pravilu dokazivanje; izlaže se struktura prigovora nenotornosti i procedura koja se u povodu takvog prigovora treba provesti; argumentira se stav o dužnosti suda da po službenoj dužnosti uzima u obzir općepoznate činjenice; objašnjava se u čemu se sastoji zabrana dokazivanja koja se veže uz takve činjenice; ističe se dužnost suda da stranke upozna sa svojim stavom o

notornosti nekih činjenica i da im omogućiti da o tome raspravljaju; razmatraju se pravne posljedice povrede pravila o notornosti te mogućnost da se zbog takvih povreda podnose određeni pravni lijekovi; ispituje se odnos utvrđivanja činjenica po pravilima o notornosti s drugim metodama njihova utvrđivanja, pri čemu se konstatira da mogućnost formiranja zaključka o postojanju nekih činjenica po pravilima o neoborivim predmnjevama ima funkcionalnu prednost pred notornošću. Polazeći od stava koji je zauzet o pravnoj prirodi instituta notornosti, ali i od načina na koji je uređen u zakonu, zauzima se stav da je za prosuđivanje tog instituta uvijek mjerodavno pravo suda. Zaključno se rekapituliraju bitni rezultati provedene analize instituta.

Ključne riječi: *općepoznate činjenice, utvrđivanje činjenica, parnični postupak.*

1. UVOD

Zakon o parničnom postupku[1] (Zakon, ZPP) uređuje, između ostaloga, i pojedine metode utvrđivanja činjenica. Centralno mjesto u sustavu tih metoda ima dokazivanje. Međutim, dokazivanje je, ipak, osim ako nije riječ o kvalificiranim dokazima (v. *infra ad* III.11.), metoda koja se suspidijarno primjenjuje – onda kad se zaključak o postojanju neke činjenice ne uspije formirati na zahtijevanoj razini utvrđenosti[2] po pravilima o općepoznatim činjenicama (221/4.; v. *infra ad* II.1.),[3] po pravilima o priznanju činjenica (221/1., 2.)[4] i po pravilima o zakonskim predmnjevama (221/3.).[5] Bilo bi riječi o nekim od nedokaznih metoda utvrđivanja činjenica, u koje pripadaju, ali kao dokazivanju supsidijarne metode utvrđivanja, još i zaključivanje o činjenicama po pravilima o tzv. slobodnoj ocjeni (223., 223.a)[6] te po pravilima o

1 NN, proč. 25/13. i 89/14.

2 O problemu zahtijevane razine utvrđenosti činjenica u parničnom postupku usp. DIKA, O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku, ZBO PF RI 1/2015.

3 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 istog 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. Jedino će se za označavanje pojedinih odredaba Zakona o parničnom postupku u zagradama navoditi samo njihov broj bez naznake kratice.

4 Ne treba dokazivati činjenice koje je stranka priznala pred sudom tijekom parnice, ali sud može narediti da se dokazuju i takve činjenice ako smatra da stranka njihovim priznanjem ide za tim da raspolaže pravima kojima je može raspolagati (221/1.).

5 Činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja ne treba dokazivati, ali se može dokazivati da te činjenice ne postoje, ako zakonom nije što drugo određeno (221/3.). O utvrđivanju činjenica primjenom pravila o pravnim predmnjevama usp. DIKA, *Zakonske predmnjeve – prilog učenju o virtualnosti pravne stvarnosti*, ZBO PF RI, 1/2014.

6 Prema odredbi članka 223. stavka 1. ZPP-a, ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčanu svotu ili na zamjenjive stvari, ali se visina svote odnosno količina stvari ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo s nerazmjernim teškoćama, sud će o tome odlučiti prema slobodnoj ocjeni, a prema odredbi članka 223. stavka 2. ZPP-a, ako je potpuno

teretu dokazivanja (221.a).[7]

Dok je institutima priznanja činjenica i zakonskih (pravnih) predmnjeva u doktrini posvećena bitno veća pažnja, institut općepoznatosti (notornosti) relativno je zanemaren, i to ne samo zato što je vrlo sumarno uređen u Zakonu (v. *infra ad* II.1.), što uostalom vrijedi i za dva prethodno navedena instituta, već stoga što u praksi nije izazivao neke posebne probleme. Praktična je važnost instituta, međutim, bitno veća nego što se obično misli. Općepoznate činjenice, doduše, rijetko imaju značenje neposredno relevantnih činjenica. Njihova se prava važnost može spoznati tek ako se uzme uobzir uloga koje one imaju kao indiciji. Dovoljno je u tom smislu upozoriti na realitet da činjenice koje tvore objekte „općepoznatih" pravila iskustva također imaju značenje općepoznatih činjenica, činjenica znanje o kojima nam se čini tako prirodnim i samorazumljivim da o njima ne vodimo posebno računa. Između ostaloga takve činjenice svoju nezamjenjivu ulogu imaju prigodom formiranja tzv. slobodne ocjene dokaza.

Bit je pravila o notornosti u tome da ona, s jedne strane, oslobađaju sud dužnosti da općepoznate činjenice utvrđuje dokazivanjem (negativni učinak notornosti), dok, s druge strane, omogućavaju (nalažu) sudu da o takvim činjenicama zauzme stav u skladu s onim što se o njima kao takvima zna (pozitivan učinak notornosti) (v. *infra ad* II.2.2.3.). Ipak, unatoč tomu što oslobađanjem suda od potrebe da dokazivanjem utvrđuje važne činjenice pridonosi procesnoj ekonomiji i ekspeditivnosti, institut notornosti potencijalno nosi u sebi i određene opasnosti – osobito onda kad se određeno znanje o nečemu smatra (nameće) ne samo kao politički (i ćudoredno) već i kao pravosudno neupitno.[8] Upravo zato posebnu važnost u primjeni ovog instituta

razjašnjenje okolnosti o kojima ovisi odluka o nekim od više u istoj tužbi istaknutih zahtjeva koji su beznačajni u odnosu prema ukupnom iznosu svih istaknutih zahtjeva povezano s teškoćama koje su nerazmjerne s važnošću tih zahtjeva, sud može o njima odlučiti po **slobodnoj ocjeni** uzimajući u obzir već razjašnjene okolnosti slučaja i prikupljene dokaze, a osobito isprave koje su stranke priložile te njihove iskaze, ako ih je sud saslušao (članak 264.). Prema odredbi članka 223.a, u sporovima čija vrijednost predmeta spora u postupku pred općinskim sudovima ne prelazi 10.000,00 kuna, a u postupku pred trgovačkim sudovima 50.000,00 kuna sud može, ako ocijeni da bi utvrđivanje činjenica važnih za rješenje spora moglo biti povezano s nerazmjernim teškoćama i troškovima, o postojanju tih činjenica zaključiti po **slobodnoj ocjeni** uzimajući u obzir isprave koje su stranke priložile te njihove iskaze ako je sud izveo dokaz saslušanjem stranaka (članak 264.).

7 Prema odredbi članka 221.a ZPP-a, ako sud na temelju izvedenih dokaza (članak 8.) ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o postojanju činjenice zaključit će primjenom pravila o teretu dokazivanja.

8 Neke su ljude i spalili zato što su se usudili tvrditi nešto što se nije podudaralo s onim što se smatralo općeprihvaćenim (i dopuštenim) znanjem – zar ne? Autor se iz vlastite prakse prisjeća jednog slučaja s konca šezdesetih godina prošlog stoljeća u kojemu je osoba koja se za šankom u kafiću usudila ustvrditi da su Sjedinjene Države demokratskije od tadašnje Jugoslavije, bila zbog toga (doduše blago i uvjetno) osuđena zbog kaznenog djela širenja lažnih vijesti i uznemiravanja građana, i to na temelju sumarno provedenog postupka. U tom je postupku jedna od bitnih činjenica (širenje lažnih vijesti da su Sjedinjene Države demokratskije od tadašnje Jugoslavije) bila utvrđena na temelju pravila o notornosti. Sud je, naime, uzeo da je okrivljenik svjesno širio lažne vijesti jer se u tadašnjoj Jugoslaviji moralo smatrati da je općepoznato da je ta država najdemokratskija zemlja na svijetu.

ima mogućnost dokazivanja da nešto nije općepoznato, odnosno da ne postoji ono ili da ne postoji onako kako je to notorno.

U ovom će se radu nastojati sustavno i cjelovito razmotriti institut općepoznatih činjenica u hrvatskom parničnom pravu, pri čemu će se – u komparativističkoj perspektivi - problematizirati pojam, zakonske osnove i bitne odrednice toga instituta te modalitete njegove postupovne operacionalizacije. Pokušat će se odrediti i njegov odnos prema institutima koji uređuju druge metode utvrđivanja činjenica, ali i dati odgovor na pitanje o njegovoj pravnoj prirodi te o pravu koje može biti mjerodavno za njegovo prosuđivanje. U tom bi smislu ovaj rad trebao biti shvaćen kao poticaj da se institutu notornosti u doktrini i judikaturi posveti ona pozornost koju zaslužuje.

2. ZAKONSKE OSNOVE I BITNE ODREDNICE INSTITUTA

2.1. Zakonske osnove

Zakonske osnove instituta postavljene su već spomenutom odredbom članka 221. stavka 4. ZPP-a (v. *supra ad* I.) prema kojoj ne treba dokazivati činjenice koje su općepoznate.[9] Dopunski su zakonski izvori instituta odredba prema kojoj će sud u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje zakazati ročište, osim ako su činjenice na kojima se prijedlog temelji općepoznate (121/2.), zatim odredbe prema kojima je sud prigodom provjere jesu li ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog ogluhe dužan provjeriti nisu li činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u protivnosti s činjenicama koje su općepoznte (331.b/1.3.) te ne postoje li općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da podnese odgovor na tužbu (331.b/1.4.), odnosno odredbe prema kojima je sud prigodom provjere jesu li ispunjene pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka dužan provjeriti nisu li činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u protivnosti s činjenicama koje su općepoznate (332/1.4.) te ne postoje li općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište (332/1.5.).

9 U zakonskim uzorima odnosno pretečama ovog propisa institut je notornosti bio unekoliko drukčije postavljen. Tako § 291. dZPO glasi: «Offenkundigkeit. Tatsachen die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.», a § 269. öZPO: "Tatsachen, weche bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises." Slično je propisivao i § 365. ZSPGP 29: «Iznesene činjenice, koje su kod suda opšte poznate, ne treba dokazivati». Odredbe se njemačkog i austrijskog zakona u bitnome tekstualno podudaraju. Međutim, navedena je odredba ZSPGP 29, koja je kao i cijeli zakon bila modelirana prema austrijskom uzoru, koristeći riječi «Iznesene činjenice» umjesto samo «Činjenice» («Tatsachen») otvorila interpretativnu mogućnost da se primjena instituta notornosti ograniči na činjenice koje su stranke iznijele, odnosno mogla je izazvati dilemu je li se prema njoj o općepoznatim činjenicama trebalo voditi računa *ex officio* neovisno o tome jesu li ih stranke iznijele tijekom postupka ili samo ako su to učinile.

2.2. Bitne odrednice instituta

2.2.1. O nekim stavovima u doktrini i judikaturi

2.2.1.1. Općenito

Pojam općepoznatih činjenica u bivšem jugoslavenskom i važećem hrvatskom pravu nije zakonski definiran, a tako nije definiran ni u njemačkom niti autrijskom pravu.[10] On je zapravo kreacija judikature i doktrine, koje su dosta fluidne i evolutivne u svojim stavovima, sudeći barem prema nekim trendovima u austrijskoj doktrini i judikaturi.

2.2.1.2. O nekim stavovima u bivšoj jugoslavenskoj i postjugoslavenskoj doktrini

U bivšoj jugoslavenskoj doktrini neki su autori, moglo bi se reći, pod utjecajem poimanja instituta formiranog prema rješenjima iz § 365. ZSPGP 29,[11] koja su inače kao pravna pravila važila sve do donošenja jugoslavenskoga Zakona o parničnom postupku iz 1956., razlikovali između opće i sudske notornosti. Pritom su neki autori smatrali da su općepoznate one činjenice koje su znane na većem ili manjem području bilo kakvom velikom mnoštvu ljudi, ako su poznata sudu, kao npr. veliki povijesni i politički događaji, velike katastrofe, poplave, potresi, epidemije itd., dok bi sudski znane bile činjenice za koje je sud saznao iz nekog drugog službenog djelovanja, npr. iz kaznenog postupka, iz zemljišnih knjiga, registara, spisa o drugim predmetima itd.[12] Drugi su autori općepoznatim smatrali i smatraju činjenice koje su poznate svakom prosječnom čovjeku ili znatnom broju ljudi, u cijeloj zemlji ili u njenim prostranim oblastima, kao npr. «krupan» politički ili elementarni događaj o kojemu piše dnevni tisak, ali i događaji lokalnog značaja, poznati ljudima onog kraja ili mjesta u kome se nalazi sjedište suda, kao npr. prekid autobusnog prometa u određenom trajanju na određenoj dionici puta zbog poplave, veliki požar; slab prinos poljoprivrednih kultura u određenoj godini. Ovi drugi autori, međutim, s tako određenim pojmom notornosti izjednačavaju i činjenice koje su sudu bile poznate iz njegove službene djelatnosti o kojima je stekao znanje u nekom drugom sudskom postupku.[13]

Razlike u stavovima očitovale su se i u tome kome su u sudskom vijeću takve činjenice trebale biti poznate da bi se mogle smatrati općepoznatima. Prema jednima se tražilo da ona bude poznata svim članovima vijeća,[14] prema drugom se o notornosti odlučivalo većinom glasova.[15]

Općenito se zastupao stav, bez posebne argumentacije, da sud na takve činjenice

10 Za austrijsko i njemačko pravo v. bilj. 6.
11 V. bilj. 6.
12 JUHART, Civilno procesno pravo FLRJ 1961 (cit. JUHART, CPP), 357.
13 POZNIĆ, Borivoje i RAKIĆ-VODINELIĆ, Vesna, Građansko preocesno pravo (cit. POZNIĆ-RAKIĆ, GPP), 15. izd., 1999., 238., 17. izd., 2015., 381. Takvo se stajalište o notornim činjenicama zastupa od prvog izdanja ovog sustava koji je utemeljio Poznić.
14 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 15. izd., 238.
15 JUHART, CPP, 357.

treba paziti po službenoj dužnosti, da nije bilo potrebno da se stranke na njih pozovu.[16]

Iznesena je i teza da sud po slobodnoj ocjeni odlučuje o tomu treba li neku činjenicu smatrati općepoznatom,[17] odnosno teza da je utvrđenje suda da je neka činjenica notorna činjenično utvrđenje.[18]

2.2.1.3. Hrvatska doktrina

U hrvatskoj građanskoprocesnopravnoj doktrini, koja se u tom pogledu nastavlja na stavove zastupane i s obzirom na prijašnje savezno jugoslavensko uređenje, općepoznate činjenice definiraju se kao činjenice koje su poznate širem krugu ljudi (ne moraju biti poznate svima) u sredini u kojoj se suđenje obavlja (*notoria non egent probatione*). Pritom se upućuje na sudsku praksu koja je u nekim slučajevima tražila širu notornost stojeći na stajalištu da ne treba dokazivati postojanje samo onih činjenica koje su poznate širem krugu ljudi, dok se u drugim zadovoljavala užom notornošću smatrajući da je dovoljno to što je određena činjenica poznata na užem geografskom području, ili u sredini u kojoj se suđenje obavlja,[19] ili ljudima određene specijalne profesije pa čak i samom parničnom sudu.[20]

2.2.1.4. O nekim stavovima u austrijskoj i njemačkoj doktrini i judikaturi

U austrijskoj i njemačkoj doktrini i judikaturi razlikuje se između općepoznatih (njem. *Allgemeinkundige Tatsachen*) i sudski poznatih činjenica (njem. *Gerichtskundige Tatsachen*),[21] za koje razlikovanje ima uporišta i u zakonskom uređenju instituta.

Općepoznatim činjenicama smatraju se činjenice koje su barem na jednom značajnijem (većem ili manjem) području poznate neograničenom mnoštvu ljudi ili se barem bez poteškoća mogu saznati[22] i koje su iz tog razloga poznate i sudu. Znanje o njima mora, dakle, na tom području biti općenito prošireno, mnoštvo ljudi mora moći za njih saznati i njihovo postojanje mora za svakoga bez posebne stručnosti iz pouzdanih izvora biti provjerljivo. Među takve bi činjenice pripadala sva nesporna pravila općeg životnog iskustva, općenito poznate povijesne činjenice i događaji, njihove posljedice, osobito za gospodarski život, geografske činjenice, npr.

16 U tom smislu implicite JUHART, CPP, 357., iznoseći stav da se općepoznate činjenice ne moraju navoditi niti dokazivati, a eksplicitno POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 15. izd., 238., a, suprotno tome u 17. izd., 381., uz obrazloženje da to ne bi bilo u skladu s odredbama po kojima sud može uzeti u obzir samo činjenice koje su stranke iznijele (7/1., 2. srb.ZPP 2011).

17 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 15. izd., 238., 17. izd. 381.

18 JUHART, CPP, 357.

19 VSH: Gž-668/80-PSP-17/146.; VSH: Rev-80/87 – PSP 34/142.

20 Usp. TRIVA-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 2004. (cit. TRIVA-DIKA, GPPP), 487.

21 Genusno ove se dvije kategorije činjenica nazivaju *offenkundige (notorische) Tatsachen* – usp. RECHBERGER-SIMOTTA, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 7. izd., 2009. (cit. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR), 405.

22 RECHBERGER u FASCHING, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. izd., 3. tom., 2004. (cit. RECHBERGER, Fasching. Komm., 3.), 598., poziva se s time u vezi na stav izražen u austrijskoj judikaturi prema kojemu bi trebala biti riječ o činjenicama koje mogu biti poznate svim inteligentnim osobama koje o odnosima njihove sredine (okruženja) vode računa.

međusobna udaljenost dvaju mjesta, položaj i stanje javnih putova i smještaj zemljišta i zgrada, također dnevni događaji o kojima se javljalo u svim slobodno dostupnim tuzemnim izvorima vijesti.[23]

Prema mišljenju nekih autora, sudski poznate činjenice su činjenice koje su sudu (a ne možda samo sudećem sucu) postale poznate tijekom njegove službene djelatnosti[24] (neovisno o tomu je li do toga došlo u okviru nekog parničnog postupka ili druge pravosudne ili sudskoupravne djelatnosti; npr., kao službena objava u službenom listu Wiener Zeitung-a).[25] [26] Prema shvaćanju drugih, izloženo bi mišljenje imalo za posljedicu da bi značenje sudski poznatih činjenica imale i sve one činjenice za koje bi se moglo saznati iz spisa istoga suda, neovisno o tome na što bi se odnosili. Upravo se stoga prigovara da to mišljenje ide predaleko jer bi u konačnici dovelo do toga da stanovitu činjenicu koja bi jednom u nekom sudu bila utvrđena (za što bi se iz postojećih spisa moglo saznati) ne bi više trebalo dokazivati. Zato se smatra ispravnom novija judikatura prema kojoj sudska poznatost postoji samo onda kad je sucu neka činjenica poznata iz njegove službene djelatnosti, bez potrebe da zbog toga obavi uvide u određene spise, makar se radilo o spisima istoga suda.[27]

23 U tom smislu ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 2010. (cit. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR), 619., FASCHING, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 1990. (cit. FASCHING, ZPR), 540., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 405. FASCHING, ZPR, 540., upozorava na oprez kad su u pitanju informacije objavljene u medijima: tisak, radio i film po i za sebe nisu pouzdano provjerljivi izvori jer se svaka u masovnim medijima proširena informacija ne može sadržajno provjeriti. Upravo se stoga ističe da se često kao notorno može uzeti samo to da su te informacije u jednom masovnom mediju proširene i da su time postale općenito poznate, ali ne i da su istinite. Slično i RECHBERGER, Fasching. Komm., 3., 598., koji referira o novijoj austrijskoj judikaturi (538., 539.) koja je, između ostaloga, značenje općepoznatih činjenica priznala okolnostima: da je tijekom posljednjih dvadesetak godina došlo do promjena radne tehnike i načina rada uredskih namještenika, posebno uvođenjem elektroničkih uređaja; da je djelatnost profesionalnog nogometaša posebno izložena riziku, tako da su i onda kad profesionalni invaliditet ne nastupi, tipične profesionalne prenapregnutosti i posljedice povreda mogu dovesti do okončanja profesionalnog sportskog životnog puta prije nastupanja starošću uvjetovane nesposobnosti; da se trafikanti s amputiranim nogama, vezanim uz stolice s kotačima i time isključivo sjedeći, često sreću širom Austrije; - da su u skrbničkim domovima uzete osobe često smještene u krevetima sa zaštitnom ogradom da ne bi mogle ispasti i pritom se povrijediti; da se i kod najmanjih operativnih zahvata, unatoč svih mjerama predostrožnosti, ne može isključiti neka infekcija ili neka time uvjetovana komplikacija; da neka jednoruka osoba može raditi na mnogim, pa i trgovačkim poslovima. S druge strane, zauzet je stav da, između ostaloga, značenje općepoznate činjenice nemaju: predodžba o poslu voditelja filijale velikog trgovačkog lanca (za razliku od one o poslovima portira, prodavača karata itd.) zato što se njegovo stručno obrazovanje ne odvija pred očima javnosti; okolnost da se na nekim sveučilištima odnosno fakultetima zbog općih uvjeta studiranja pogoršalo dovršenje studija; činjenice čije opažanje pretpostavlja posebno obrazovanje, iskustvo ili djelatnost; posebnosti nekog lokaliteta koje može spoznati samo netko tko raspolaže posebnim poznavanjem nekog mjesta ili sličnim sposobnostima.

24 Usp.: FASCHING, ZPR, 450.; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 629.

25 FASCHING, ZPR, 450.; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 629.

26 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 630., ističu s time u vezi da puko iz drugih spisa pribavljivo znanje ne bi dostajalo: sudac bi, štoviše, već morao znati za činjenicu.

27 RECHBERGER, Fasching.Komm., 3., 599., 600., koji, ipak, smatra da bi mogli biti sporni

Inzistira se na potrebi oštrog razlikovanja između sudski poznatih činjenica i privatnog znanja suca, u okviru kojega treba razlikovati njegovo znanje kao svjedoka i kao vještaka.[28]

Budući da su sudski notorne činjenice nerijetko nepoznate jednoj ili objema strankama, sud bi ih morao, osobito onda kad su stranački navodi s tim činjenicama u protivnosti ili se čini da strankama nisu poznate objektivno postojeće općepoznatne činjenice, u granicama materijalnog upravljanja parnicom, s njima raspraviti ako ih hoće uzeti u obzir po službenoj dužnosti u slučaju u kojemu ih niti jedna od njih nije iznijela – to bi zahtijevalo pravo na pravno saslušanje.[29] To bi trebalo učiniti i kad notornost neke činjenice ne bi bila potpuno izvan sumnje. Povreda ovih obveza može biti povredom postupka.[30]

Općepoznate (notorne) činjenice ne treba dokazivati; one ne moraju biti ustvrđene, već ih je sud dužan po službenoj dužnosti postaviti kao osnovu svoje odluke. Općepoznate činjenice obuhvaćene su dužnošću stranaka da iznose istinito i potpuno činjenično stanje. One nisu predmet priznanja; njima protuslovno priznanje je bez učinka, jednako kao što njihovo osporavanje ne može spriječiti da budu vrednovane kao općepoznate činjenice. U parnici pred vijećem većina članova vijeća određuje je li nešto općepoznato. Dopušteno je dokazivati da nije točno da je neka činjenica općepoznata. Bio bi dopušten i protudokaz da ne postoji činjenica koja se smatra općepoznatom. O općepoznatosti odlučuje sud s obzirom na svoju instanciju. Utvrđenje da je neka činjenica općepoznata može se pobijati kao nepravilno utvrđenje činjenice.[31] Može se dokazivati općepoznatost za koju sud ne zna.[32]

konkretni slučajevi na temelju kojih su ova načela razvijena. Tako on prigovora stavovima u novijoj judikaturi, koja se glede toga distancira od prijašnje prakse prema kojoj su se sudski poznatima smatrale činjenice unijete u zemljišne knjige i registar tvrtki, koja takvim činjenicama negira takvo svojstvo, obrazlažući svoju unesene okolnošću da danas činjenice unesene u javne registre svatko može pribaviti zahvaljujući mogućnostima moderne informacijske tehonologije, ali i time da i ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, § 111., Rz 29., smatraju da su unosi u javne register sudski poznati. Suglašava se, međutim, sa stavom judikature da se u službenom glasilu objavljeno dopuštenje nekog lijeka ne smatra sudski poznatim kad ono sucu nije činjenično poznato.

28 Usp.: FASCHING, ZPR, 451.; RECHBERGER, Fasching.Komm., 3., 600., 601.; RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 405.

29 U tom smislu ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 17. izd., 629., naglašavaju da treba prije vrednovanja jedne takve činjenice osigurati pravo na pravno saslušanje.

30 Usp.: FASCHING, ZPR, 450.; RECHBERGER, Fasching. Komm., 3., 601.

31 Usp.: FASCHING, ZPR, 450., 452.; RECHBERGER, Fasching. Komm., 3., 601.; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 17. izd., 630.

32 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 17. izd., 630. Takvo bi se dokazivanje provodilo u pravilu svjedocima, a vještacima samo tamo gdje bi ono počivalo na znanstvenom uvjerenju, kao npr. kod neopaženih povijesnih ili geografskih pitanja, kod konkurentskih parnica ispitivanjem mišljenja, i imalo bi značenje indicijskog dokaza o istinitosti navodno općepoznate činjenice. Dokazivanje sudske poznatosti ne bi bio dopušten.

2.2.2. Vlastiti stav

2.2.2.1. Određenje pojma

Pojam općepoznatih činjenica nije zakonski definiran. Riječ je zapravo o jednom relativno neodređeno postavljenom pravnom standardu čiji se konkretniji sadržaj treba kazuistički razraditi. Pritom bi, s jedne strane, trebalo voditi računa o razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti koji determiniraju njegovu pravozaštitnu svrhu (v. *infra ad* 2.2.2.), a, s druge strane, uzeti u obzir i moguće opasnosti koje bi njegova «preslobodna» primjena involvirala. Neovisno o rečenom, relativno stroži zahtjevi u određivanju tog pravnog standarda i time uvjetovano uže utvrđenje njegova značenja mogli bi se opravdati i načelnim stavom da iznimne situacije, one u kojima se odstupa od redovnih bitno određenije uređenih metoda utvrđivanja činjenica poput dokazivanja, primjena kojih upravo zbog toga jamči pravilnu i zakonitu odluku, treba usko tumačiti. Naime, uz notornost se veže zabrana dokazivanja kao redovne (iako u pravilu supsidijarne) metode utvrđivanja činjenica, na što doslovno upućuje dikcija odredbe članka 221. stavka 4. ZPP-a; ona, pored toga, isključuje i primjenu pravila o priznanju činjenica, ali i primjenu pravila o oborivim pravnim predmnjevama (v. *infra ad* III.11.). Upravo bi stoga «olaka» ili «programirana» primjena instituta i u slučajevima u kojima to ne bi bilo «objektivno» opravdano mogla dovesti do uskrate prava na pravično suđenje.

Uzimajući u obzir rečeno, općepoznatim treba smatrati činjenice koje su (mogu biti) barem na određenom – većem ili manjem – području poznate (skoro) svim razumnim ljudima standardnog obrazovanja, informiranosti i sposobnosti koji na njemu žive ili djeluju i koje su upravo zato i kao takve poznate i sucu (sucima) koji rješava (rješavaju) konkretni predmet.

Notornost, dakle, pretpostavlja: (1) da sudac zna za određenu činjenicu i (2) da ono što o njoj zna, zna zato što je to općepoznato, da, dakle, zna da je činjenica koju zna općepoznata. Sučevo znanje o nečemu što nije i općepoznato jest njegovo privatno znanje – znanje svjedoka ili vještaka i za to znanje ne vrijede pravila o notornosti, već pravila o privatnom znanju suca, ili eventualno o njegovu znanju koje je stekao u svom radu kao sudac.

Zato što notornost pretpostavlja da sud zna za određenu činjenicu jer je općepoznata, prigodom suđenja u vijeću ona treba biti poznata svim članovima vijeća – tu ne smije biti preglasavanja. Naime, ako neka činjenica nije poznata svim članovima vijeća, nije općepoznata, svakako, osim ako se određenje pojma ne "omekša" prihvaćanjem kriterija "pretežnije" ili "značajnije" poznatosti. Preglasavanje bi, evetualno, bilo moguće samo o tome je li neka činjenica za koju znaju svi članovi vijeća općepoznata.

Stajalište zastupano u austrijskoj doktrini (v. *supra ad* 2.1.4.) po kojemu pojam notornosti obuhvaća i činjenice koje se moglu bez poteškoća saznati i znanje o kojima se bez posebne stručnosti može iz pouzdanih izvora provjeriti ne čini se prihvatljivim – ono u pojam notornosti uključuje i činjenice za koje sud koji sudi ne zna, ali ih može saznati. Takvo stajalište implicira dužnost suda da *ex offcio* provodi odgovarajuće provjere, što bi bilo u protivnosti s raspravno organiziranim parničnim

postupkom. Naime, prema važećem hrvatskom uređenju parničnog postupka, sud više nije dužan (*ex officio*) istinito i potpuno utvrditi činjenično stanje, kako je to, uz određene relativizacije, bio dužan do Novele 2003. (usp. prij. 7/1.), što se inače s aspekta austrijskog prava, u kojemu takva odredba (i dalje) postoji, ističe kao jedan od argumenata u prilog stavu o dužnosti suca da prigodom donošenja svoje odluke uzme u obzir i činjenice iz drugih sudskih spisa i javnih evidencija.[33] Upravo bi stoga, u granicama dominantnog raspravnog načela koje vrijedi kako u odnosu na činjenice tako i u odnosu na dokaze (*arg. ex* 7/1., 2.), inzistiranje na stavu da se notornima smatraju i činjenice koje se bez poteškoća mogu saznati i znanje o kojima se bez posebne stručnosti i poteškoća može provjeriti bilo u protivnosti s tim uređenjem i nametalo bi sucu dužnost da *ex officio* traga za takvim činjenicama, pri čemu bi propust suda da uzime u obzir i takve činjenice imao za posljedicu nepotpuno utvrđenje činjeničnog stanja. Situacija bi dodatno postala bitno složenijom ako bi se prihvatio i stav da bi sud, vodeći računa po službenoj dužnosti i o tzv. sudski poznatim činjenicama, morao uzeti u obzir i činjenice o kojima bi se podatci mogli pribaviti iz spisa toga suda, odnosno iz javnih evidencija.

S aspekta hrvatskoga prava nema mjesta ni razlikovanju između općepoznatih i sudski poznatih činjenica. To pravo, naime, ne poznaje institut sudski poznatih činjenica niti daje osnove da se on impostira; ono govori samo o općepoznatim činjenicama (v. *supra ad* 1.). Stavovi u bivšoj jugoslavenskoj i postjugoslavenskoj doktrini o sudski poznatim činjenicama mogu se smatrati posljedicom doktrinarne inercije koja je i s aspekta uređenja inauguriranog Zakonom iz 1956. i potvrđenog Zakonom iz 1976. zastupala rješenja koja su svoje utemeljenje imale u ZSPGP-a iz 1929., odnosno u još ranijem öZPO-u iz 1895., propisnicima koji su razlikovali odnosno razlikuju te dvije kategorije činjenica.

2.2.2.2. Ratio

Ratio instituta notornosti treba tražiti, kako je to već *supra* (*ad* I. i 2.2.1.) nagoviješteno, u razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti. Dokazivati ono što je općepoznato, značilo bi dokazivanjem doći do znanja koje se već posjeduje o nečemu zbog posebnog svojstva tog nečeg. Takvo je dokazivanje nepotrebno jer ne može dovesti do drukčijeg utvrđenja o onome što je zahvaljujući svojoj notornosti već poznato i tako utvrđeno.

2.2.2.3. Struktura pravila o notornosti

Opća (i osnovna) odredba o općepoznatim činjenicama (221/4.), time što propisuje da ne treba dokazivati činjenice koje su općepoznate, izričito eksplicira samo negativno pravilo o tim činjenicama, pravilo koje propisuje što se s njima ne treba raditi, pravilo koje zapravo zabranjuje njihovo dokazivanje. Ono, međutim, ne daje izravan odgovor na pitanje kako će i kakav zaključak o postojanju neke činjenice smijeti (i biti dužan) formirati sud kad nađe da je općepoznata. Odgovor na to pitanje daje jedno drugo, pozitivno, pravilo – pravilo koje je implicirano u navedenom

33 V. bilj. 24. i tekst izrada te bilj.

ekplicitnom (negativnom) pravilu, pravilo da se za općepoznate činjenice, zato što su takve, smatra da postoje onako kako su općepoznate i da je sud dužan na takvom svom znanju o njima utemeljiti svoju odluku, svakako, osim ako se ne utvrdi da nisu općepoznate ili da – unatoč svojoj notornosti – ne postoje ili da nisu onakve kako je općepoznato. Tek s ovim drugim pravilom institut notornosti dobiva svoj puni, pravi smisao kao institut koji uređuje jednu od metoda formiranja zaključka o postojanju činjenica, jednu od metoda utvrđivanja činjenica.

Na postojanje navedenog pozitivnog pravila, osim logike instituta koja se može izvesti iz Zakonom izrijekom utvrđenog negativnog pravila, upućuju i već citirane odredbe prema kojima je sud prigodom provjere jesu li ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog ogluhe dužan provjeriti nisu li činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u protivnosti s činjenicama koje su općepoznate (331.b/1.3.), te ne postoje li općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da podnese odgovor na tužbu (331.b/1.4.), zatim, odredbe prema kojima je sud prigodom provjere jesu li ispunjene pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka dužan provjeriti nisu li činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u protivnosti s činjenicama koje su općepoznate (332/1.4.) te ne postoje li općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište (332/1.5.) - odredbe koje polaze od toga da neka općepoznata činjenica postoji onako kako je to za nju općepoznato i da je kao takvu treba uzeti u obzir prigodom donošenja odluke. Isto značenje kao i navedene odredbe ima i odredba prema kojoj će sud u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje zakazati ročište, osim ako su činjenice na kojima se prijedlog temelji općepoznate (121/2.).

2.2.2.4. Presumptivnost pravila o općepoznatim činjenicama

Pravila o utvrđivanju općepoznatih činjenica zapravo su specifična presumptivna pravila, pravila koja uz utvrđenje da je nešto općepoznato (presumptivna baza) nalažu zaključak da to i postoji onako kako je to općepoznato (presumirana činjenica). Budući da je riječ o oborivoj predmnjevi, dopušteno je dokazivati da nešto nije općepoznato (napad na presumptivnu bazu protudokazom), ali i da ono što je općepoznato ne postoji ili da nije onako kako je općepoznato (dokaz o protivnom). Pritom je dokazom o protivnom dovoljno samo dovesti u pitanje pouzdanost znanja o postojanju onog što je općepoznato. U tom je smislu na protivniku teret dokazivanja da postoje razlozi za sumnju u postojanje te tako presumirane činjenice. V. *infra ad* III.3.

2.2.2.5. Pravna priroda i mjerodavno pravo

Pravila koja uređuju utvrđivanje činjenica primjenom pravila o notornosti tiču se načina formiranja i sadržaja zaključka o njihovu postojanju na temelju jednog njihovog specifičnog svojstva, i kao takva mogu imati procesnopravno (formalno) i pravozaštitno (sadržajno) značenje. Kao pravila primjenom kojih će se formirati zaključak o postojanju ili nepostojanju činjenice koju treba utvrditi, ta pravila pripadaju kategoriji „pravozaštitnog prava utvrđivanja činjenica“, prava koje uređuje sadržajni aspekt utvrđivanja činjenica kao elementa niže premise logičkog silogizma presude.

S druge strane, pravila koja uređuju postupanje suda prigodom utvrđivanja činjenica primjenom pravila o općepoznatim činjenicama pripadaju kategoriji „procesnog prava utvrđivanja činjenica", prava koje uređuje postupak utvrđivanja činjenica primjenom različitih metoda utvrđivanja činjenica. U tom je smislu pravilo po kojemu se smatra da općepoznata činjenica postoji onako kako je to o njoj općepoznato pravilo „pravozaštitnog prava utvrđivanja činjenica", dok je pravilo po kojemu je sud koji smatra da je neka činjenica općepoznata dužan o tome obavijestiti stranke i omogućiti im da se o tome izjasne - pravilo „procesnog prava utvrđivanja činjenica".

Za utvrđivanje činjenica primjenom pravila o općepoznatim činjenicama bit će uvijek mjerodavno pravo suda, i to stoga što ta pravila nemaju nikakvih izravnih, ali ni posrednih dodirnih poveznica s mjerodavnim materijalnim pravom, za razliku, npr., od pravila o pravnim predmnjevama i o teretu dokazivanja te, eventualom, pravila o dokazivanju. Pravo suda bit će mjerodavno i za određivanje sadržaja i opsega samog pojma instituta, ali i za određivanje pretpostavaka i učinaka njegove primjene.

3. UTVRĐIVANJE ČINJENICA PO PRAVILIMA O OPĆEPOZNATIM ČINJENICAMA

3.1. Općenito

Utvrđivanje činjenica po pravilima o općepoznatim činjenicama jest jedna od metoda njihova utvrđivanja – pored dokazivanja, ali i pored utvrđivanja činjenica po privilima o njihovu priznanju (221/1., 2.), po pravilima o pravnim predmnjevama (221/3.), po pravilima o slobodnoj ocjeni (223., 223.a) te po pravilima o teretu dokazivanja (221.a) (v. i *infra ad* III.11.).

3.2. Potrebna razina uvjerenosti u notornost

Sudac neku činjenicu smije smatrati općepoznatom i uzeti da postoji onako kako je to notorno samo ako je siguran da je ona općepoznata te da postoji onako kako je to notorno. Čim posumnja u to da je notorna ili da postoji, odnosno da ne postoji onako kako je notorno, dužan ju je utvrđivati drugim (raspoloživim) metodama. Na takav zaključak upućuje i dikcija odredbe članka 221. stavka 4. ZPP-a prema kojoj općepoznate činjenice ne treba dokazivati, što nužno implicira uvjerenost suca u postojanje određene činjenice kao općepoznate, a ne možda u (pretežniju) vjerojatnost ili mogućnost njezina postojanja kao takve.[34]

3.3. Obaranje notornosti

Budući da sud treba biti siguran u notornost neke činjenice, dovoljno je da protivnik stranke za koju je povoljno postojanje navodno notorne činjenice

34 Zahtjev potrebne razine uvjerenosti u notornost neke činjenice bilo bi, eventualno, moguće sniziti na vjerojatnost onda kad bi bila dovoljna ta razina utvrđenosti neke činjenične pretpostavke.

protudokazom dovede u pitanje sigurnost uvjerenja u njezinu notornost pa da sud pristupi provjeri njezina postojanja primjenom drugih raspoloživih metoda utvrđivanja činjenica, u pravilu dokazivanjem. U tom je smislu u načelu dopušteno tvrditi i dokazivati da činjenica nije notorna, odnosno da, unatoč tome što je notorno da postoji, ipak ne postoji[35] ili da ne postoji onako kako je notorno.

Izjašnjavajući se o stavu suda o notornosti neke činjenice, stranke bi, dakle, mogle: (1) tvrditi i dokazivati da ona nije općepoznata (što bi impliciralo i tvrdnju da ne postoji ili da ne postoji onako kako se - pogrešno smatrajući da je notorna – misli) te da zato primjenom drugih raspoloživih metoda utvrđivanja činjenica treba provjeriti njezino postojanje, a, zatim, (2) ako nije sporna njezina notornost, tvrditi i dokazivati da ne postoji ili da, ako postoji, postoji drukčije od onoga što je o njoj općepoznato. Tvrditi drukčije značilo bi tvrditi da je "istina" djelomično ili u izmijenjenom smislu različita od onoga što sud smatra da je općepoznato, odnosno da sadržaj onoga što je notorno treba drukčije razumjeti (problem "interpretacije" onoga što je općepoznato).

3.4. Postupanje suda u povodu prigovora nenotornosti

Sud se u povodu tvrdnji da neka činjenica nije notorna ili da ne postoji ili da ne postoji onako kako je to notorno treba upustiti u dokazivanje (provjeru) njihove opravdanosti (osnovanosti) samo ako ocijeni da su one relevantne, da će, ako se pokaže da su točne, biti dovedena u pitanje notornost znanja o nekoj činjenici. Upravo će stoga stav suda o tome treba li se upustiti u provjeru notornosti ili postojanja neke činjenice najprije ovisiti o hipotetskoj konkluzivnosti tvrdnji kojima se dovode u pitanje takva njezina svojstva, a zatim i o tome jesu li one potkrijepljene i kakvim dokazima. Sud, svakako, treba voditi računa i o svojoj dužnosti da postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku, sa što manje troškova te da onemogući svaku zloupotrebu prava u postupku (10/1.).

O sucu, dakle, ovisi hoće li dopustiti utvrđivanje (uključujući i dokazivanjem) da neka činjenica nije notorna, odnosno da ne postoji ili da ne postoji onako kako je notorno da postoji, jednako kao što o njemu ovisi hoće li radi toga uopće dopustiti izvođenje dokaza te, ako ga dopusti, kojih dokaza (*arg. ex* 292.). Prije donošenja odluke, strankama treba omogućiti da se o tome izjasne (7/3; v. *infra ad* III.9.).

Sud ne bi samo po slobodnoj ocjeni, kako se to u doktrini tvrdi (v. *supra ad* II.2.1.2.), odlučivao o tome treba li neku činjenicu smatrati općepoznatom.[36] Ako bi do svog stava o neosnovanosti prigovora nenotornosti došao uzimajući u obzir samo nekonkluzivnost navoda kojima je on potkrijepljen, tada bi bila riječ o standardnom hipotetskom logičkom zaključku. Ako bi radi provjere izveo i neke dokaze, tada bi o vrsti dokaza ovisila metoda primjenom koje bi ih vrednovao. Tako, ako bi se protivno dokazivalo pravomoćnom sudskom odlukom, u granicama njezine pravomoćnosti u kojima ima snagu neoborive predmnjeve, sud svoj stav o protivnom ne bi nikako mogao formirati po slobodnoj ocjeni – on bi o protivnom morao zaključiti na temelju zakonskih odredaba koje bi mu to nalagale. Isto bi vrijedilo i kad bi na zaključak

35 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 487., 488.
36 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 15. izd., 238., 17. izd., 381., v. *supra ad* II. 2.1.2.

o protivnom ili drukčijem upućivale neke druge neoborive predmnjeve (v. *infra ad* III.11.). On bi do svog stava o utemeljenosti prigovora nenotornosti ili o protivnom mogao doći na temelju slobodne ocjene dokaza koje bi izveo tek ako za vrednovanje njihove dokazne snage ne bi bila mjerodavna pravila o tzv. formalnoj ocjeni dokaza. Sud bi po slobodnoj ocjeni (koja ne bi bila slobodna ocjena dokaza [8.], već možda ocjena koja bi bila bliža onoj po kojoj bi sud vrednovao okolnost da stranka kojoj je to naloženo nije predujmila sredstva za izvođenje nekog dokaza [153/3.], odnosno onoj po kojoj vrednuje okolnost da je stranka uskratila davanje svog iskaza [269/2.]) odlučivao o opravdanosti prigovora nenotornosti odnosno o nepostojanju notorne činjenice u slučajevima u kojima bi, izvan navedenih slučajeva u kojima bi svoju odluku morao utemeljiti na strogim pravilima o tome, prosuđivao ima li opravdanih razloga da posumnja (često polazeći od stava o hipotetskoj konkluzivnosti navoda iz prigovora) da činjenica o kojoj je riječ ipak nije notorna, odnosno da ne postoji ili da ne postoji onako kako je to notorno.

Notornost bi zapravo već zbog svoje prirode pretpostavljala nespornost, odnosno opće suglasje o odgovarajućem svojstvu neke činjenice i o tome kakva je ona, pa bi zato u načelu osporavanje trebalo otkloniti samo ako bi bilo očito neutemeljeno. U suprotnom bi, dakle kad god bi, makar hipoteski, postojali indiciji za razumnu sumnju u to da neka činjenica nije notorna odnosno da nije onakva kako je to notorno, trebalo provesti odgovarajuće provjere, zapravo dopustiti utvrđivanje (u pravilu dokazivanjem) protivnog. Mjera provjere ovisila bi o razlozima zbog kojih je ona određena i o onome što bi se tijekom njezine provedbe sukcesivno utvrđivalo. Ako bi ocijenio da je rezultati do kojih bi postupno dolazio tijekom započete provjere ne opravdavaju, sud bi uvijek mogao odustati od njezine daljnje provedbe.

3.5. Troškovi provjere

Za troškove provjere je li neka činjenica notorna odnosno postoji li ona unatoč tome što se smatra da je notorno da postoji vrijede opća pravila o predujmljivanju sredstava za izvođenje dokazivanja (153.) te o snošenju troškova prema uspjehu u parnici (154.) odnosno po kriteriju krivnje ili slučaja (156.).

3.6. Dokazivanje notornosti

Dokazivati da je neka činjenica notorna bilo bi zapravo protivno prirodi notornosti. To bi, naime, značilo dokazivati sucu da je ona općepoznata iako on za nju ne zna ili ne zna onako kako bi trebao znati, odnosno da, iako za nju zna, ne zna da je notorna. Mogućnost takva dokazivanja bi, međutim, pretpostavljala određivanje pojma notornosti kao nečega za što znade određena kvalificirana većina ljudi određenih svojstava na određenom području, među koje bi se mogao, ali se ne bi morao nalaziti i sudac koji bi trebao odlučiti uzimajući takvo znanje o toj činjenici kao relevantno utvrđenje o njezinu postojanju (mimosudska notornost; nametnuta notornost). Pritom bi sudac, zato što ne postoji "registar notornih činjenica", trebao izvoditi dokaze radi toga da bi se uvjerio da je činjenica za koju bi se tvrdilo da je takva zaista takva,

dokaze koji bi ga trebali uvjeriti da za nju zna i kako za nju zna potrebna kritična masa ljudi, dokaze koje bi ocjenjivao – već prema njihovoj prirodi - po slobodnoj ili legalnoj ocjeni. Ako bi se dokazalo takvo svojstvo neke činjenice na razini sigurnosti, sudac bi već samo zbog toga morao uzeti da ona postoji (presumpcija o postojanju činjenice na temelju utvrđenja o njezinoj notornosti). Zato on ne bi smio izvoditi dokaze radi njezina utvrđenja kao što bi to bio dužan učiniti kad ne bi bilo utvrđeno da je notorno njezino postojanje – svakako, osim ako ne bi sam posumnjao u to da ona, unatoč takvoj svojoj notornosti, ne postoji ili da je drukčije nego što je notorno. Naime, kao što je sudac *ex officio* dužan prigodom donošenja svoje odluke uzeti u obzir općepoznate činjenice (v. *infra ad* 7.), tako bi trebao biti ovlašten po službenoj dužnosti provjeravati svoje sumnje postoje li valjani razlozi za to da uzme da neka činjenica za koju je općepoznato da postoji ipak nije notorna ili da ne postoji onako kako je to notorno. Bilo bi dovoljno da njegova takva provjera opravda naznačene sumnje, pa da dopusti utvrđivanje neke činjenice drugim dostupnim metodama njezina utvrđivanja.

3.7. Oficijelnost

Iz odredbe prema kojoj općepoznate činjenice ne treba dokazivati (221/4.) može se izvesti zaključak da se smatra da one postoje ili da ne postoje onako kako je općepoznato (v. *supra ad* II.2.2.3.), ali ne i da sud o tom znanju treba voditi računa po službenoj dužnosti pa ih uzeti u obzir i kad se stranke na njih nisu pozvale. Na to da je sud te činjenice ipak dužan uzeti u obzir *ex officio* upućuju, međutim, *argumento a cohaerentia*, *a completudine*, pravila koja brane sudu da donese presudu zbog ogluhe i zbog izostanka kad iz općepoznatih okolnosti proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da dâ odgovor na tužbu odnosno da dođe na ročište (331.b/1.4.; 332/1.5.), kao i pravila po kojima sud smije donijeti te presude (tek) ako, pored ostaloga, utvrdi da činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev nisu u protivnosti s činjenicama koje su općepoznate (331.b/1.3., 332/1.4.).[37] Tome u prilog, s istom argumentacijom, govori i odredba po kojoj sud smije odlučiti o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje bez održavanja ročišta ako su činjenice na kojima se prijedlog temelji općepoznate (121/1.).

3.8. Zabrana dokazivanja

Odredbu prema kojoj općepoznate činjenice ne treba dokazivati (221/4.), valja zapravo protumačiti u smislu da sud te činjenice ne smije dokazivati sve dok je na zahtijevanoj razini uvjeren u takvo njihovo svojstvo i time postojanje (zabrana dokazivanja općepoznatih činjenica). Tek kad se ta razina uvjerenosti dovede u pitanje, sud je dužan dopustiti dokazivanje da nije riječ o notornoj činjenici, odnosno da ne postoji ono za što je notorno da postoji ili da ne postoji onako kako je notorno.

37 U tom smislu i TRIVA-DIKA, GPPP, 180.

3.9. Obavještavanje stranaka i raspravljanje o notornosti

Sud je dužan obavijestiti stranke o tome da neku činjenicu smatra notornom i da će je stoga prigodom donošenja svoje odluke bez dokazivanja (ili primjene neke druge metode utvrđivanja) uzeti u obzir po službenoj dužnosti te im omogućiti da se o tome izjasne, da o tome raspravljaju (*arg. ex* 7/3., 11., 219/2., 288.a/2.). Propust suda da strankama omogući da raspravljaju o njegovu stavu o postojanju neke notorne činjenice može imati začenje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka (7/3., 354/2.6.). Sud sa strankama, svakako, može raspravljati i o tome treba li neku činjenicu smatrati notornom, dakle i prije nego što o tome zauzme (ili očituje) svoj stav.

Suglasnost stranaka o tome da je neka činjenica notorna treba shvatiti kao priznanje te činjenice (221/1., 2.), osim ako i sam sud ne smatra da je riječ o takvoj činjenici. Takva suglasnost sama po sebi ne može spriječiti provjeru idu li stranke njezinim očitovanjem za tim da raspolažu pravima kojima ne mogu raspolagati (7/2., 221/2.), da, dakle, ostvare pravozaštitni rezultat koji bi bio protivan prisilnim propisima i javnom moralu (3/3.). Upravo bi stoga trebalo zauzeti stav da je nemoralno i stoga nedopušteno priznanjem neke činjenice za koju je općepoznato drukčije navoditi suca da na takvom priznanju utemelji svoju odluku. Tome u prilog govori i dužnost suca da *ex officio* uzme u obzir notorne činjenice, dakle neovisno o tome jesu li ih stranke iznijele i kakav su stav o njima zauzele. Nedopuštenost takvog priznanja očitovala bi se i u tome što bi ono bilo protivno dužnosti stranaka da govore istinu (9.).

3.10. Pravne posljedice povrede pravila o notornosti

Ako sud ne uzme u obzir neku pravno relevantnu činjenicu koja je općepoznata, odluka se može pobijati žalbom zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, a ako na nekoj činjenici koja nije općepoznata kao općepoznatoj utemelji svoju odluku, zbog pogrešnog utvrđenja toga stanja (353.2., 355.), osim u sporovima male vrijednosti u kojima žalba nije dopuštena zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex* 353., 354. i 467/1.).

Zabrana iznošenja meritorno relevatnih činjenica u žalbi (352/1.) ne odnosi se na općepoznate činjenice – tu propust suda da po službenoj dužnosti uzme u obzir takve činjenice može imati značenje relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (*arg. ex* 353.1., 354/1.). Zato bi žalitelj, ističući u žalbi neku novu činjenicu kao općepoznatu, zapravo dokazivao postojanje takve povrede. Zbog ove se povrede, kao uostalom i općenito zbog relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka žalba ne može podnijeti u sporovima male vrijednosti (*arg. ex* 353., 354. i 467/1.).

Ako bi prvostupanjski sud uzeo u obzir neku općepoznatu činjenicu iako strankama nije bilo omogućeno da se o njoj izjasne, počinio bi apsolutno bitnu povrede odredaba parničnog postupka nezakonitim uskraćivanjem strankama prava da raspravljaju pred sudom (7/3., 354/2.6.; v. i *supra ad* III.9.).

Drugostupanjski sud u povodu žalbe nije ovlašten po službenoj dužnosti voditi računa o općepoznatim činjenicama jer on tako ne pazi na pogrešno i nepotpuno

utvrđeno činjenično stanje, a ni na relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (*arg. ex* 365/2.). Drugostupanjski bi sud, ipak, mogao ukinuti pobijanu presudu ako bi, uzimajući u obzir neku općepoznatu činjenicu, našao da je prvostupanjski sud protivno odredbama Zakona svoju odluku utemeljio na nedopuštenim raspolaganjima stranaka i time počinio apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka (*arg. ex* 354/2.4.). On bi, eventualno (što bi bilo vrlo "nategnuto"), mogao uzeti i da presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati zato što prvostupanjski sud prigodom njezina donošenja nije uzeo u obzir neku notornu činjenicu (354/2.11.).

Presuda zbog ogluhe (331.b/1.3.) i presuda zbog izostanka (332/1.4.) mogu se pobijati i zato što je sud prigodom njihova donošenja propustio ocijeniti dovode li, između ostaloga, u pitanje osnovanost tužbenog zahtjeva i činjenice koje su općepoznate (*arg. ex* 354/2.5.). Propuštanje prvostupanjskog suda da prigodom donošenja ovih presuda uzme u obzir i notorne činjenice bilo bi, međutim, sankcionirano kao jedna apsolutna povreda odredaba parničnog postupka. Propuštanje suda da prigodom donošenja navedenih presuda uzme u obzir općepoznate činjenice iz kojih bi proizlazilo da tuženik iz opravdanih razloga nije podnio odgovor na tužbu odnosno da je zbog takvih razloga propustio prvo ročište moglo bi također imati značenja jedne specifične apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka (354/2.5.).

Stranka bi mogla tražiti ponavljanje postupka zbog činjenice koja je postojala kad ju je mogla iznijeti tijekom postupka prije pravomoćnosti, a koja je inače općepoznata, ako bi učinila barem vjerojatnim da bez svoje krivnje nije znala da ona, unatoč tom svom svojstvu, postoji, odnosno da je važna za rješenje spora (*arg. ex* 421/1.10.).[38]

3.11. Odnos prema drugim metodama utvrđivanja činjenica

Iako je sud dužan po službenoj dužnosti uzeti u obzir općepoznate činjenice prigodom donošenja svoje odluke, on neće smijeti uvijek tako postupiti. Naime, ako je neka činjenica utvrđena pravomoćnom sudskom odlukom drukčije nego što je to općepoznato, sud će u granicama u kojima se uz takvu presudu veže neoboriva predmnjeva o istinitosti njezina sadržaja (*arg. ex*: 12/1., 2.; 421/1. 8., 9.) morati poštovati tu presudu. U tom bi smislu notornost bila slabija od pravomoćnosti.

38 Suđeno je da okolnost da se u sporovima radi utvrđivanja očinstva već dulje izvodi dokaz tipizacijom tkiva nije općepoznata, zbog čega je, kad je tuženik, tražeći ponavljanje postupka, predložio taj dokaz, zauzet stav da je potrebno utvrditi kad je on saznao za mogućnost njegovog izvođenja (VSH: Gž-44/84 –PSP 27/145.). Iz navedenog stajališta, za koje bi se moglo reći da je «prevladano» razvitkom biomedicinskih znanosti do kojega je u međuvremenu došlo, proizlazilo bi, čini se, daljnje stajalište da se, da je ta činjenica bila općepoznata, zbog nje, neovisno o tome kad se za nju saznalo, ne bi moglo tražiti ponavljanje postupka. Uz notornost neke činjenice bi se uvijek vezalo znanje o činjenici. Treba, međutim, upozoriti na to da predlagatelj koji traži ponavljanje postupka treba dokazati da bez svoje krivnje neku činjenicu za koju je saznao prije pravomoćnosti nije upotrijebio u postupku prije toga (*arg. ex* 421/1.10, 422/2.) – ne bi bilo dovoljno samo to da je za nju znao. Naime, stranka bi mogla tek iz drugostupanjske presude ili presude revizijskog suda saznati da je neka općepoznata činjenica za koju je znala već tijekom prvostupanjskog postupka pravno relevantna, a da je nije iznijela tijekom prethodećeg postupka zato što ni ona, a ni prvostupanjski sud nisu smatrali da je takva.

Pozivanjem na notornost moglo bi se, međutim, tvrditi da je nakon momenta na koji se odnosi pravomoćnost presude nastala činjenica čije je postojanje općepoznato, koja dezuvuira utvrđenje iz presude. U ovom bi drugom slučaju notornost imala prednost pred pravomoćnošću.

Notornost je općenito slabija od neoborivih predmnjeva: onda kada pravila o neoborivim predmnjevama upućuju na postojanje neke činjenice, sud mora uzeti da ona postoji iako je notorno drukčije.

Notornost je, međutim, jača od priznanja činjenica. Naime, iako je neka činjenica – izrijekom ili prešutno – priznata, sud neće biti vezan tim priznanjem ako je notorno drukčije, između ostaloga i stoga što bi bilo protivno javnom moralu siliti suca da uzme da postoji nešto oko čega su se stranke suglasile iako je općepoznato drukčije (*arg. ex* 221/1., 2.), odnosno zato što bi to bilo protivno dužnosti stranaka da govore istinu (9.) (v. i *supra ad* III.9.).

Notornost (u pravilu – v. *supra*) isključuje potrebu dokazivanja (221/4.); ona je jača od neiznošenja tvrdnji o činjenicama (*arg. ex* 7/2., 221/1., 221/4., 331.b, 332.), ali i od utvrđivanja činjenica primjenom pravila o oborivim predmnjevama (221/3., 221/4.).

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Institut notornosti kao institut koji uređuje jednu od metoda utvrđivanja činjenica jest jedan od instituta prava utvrđivanja činjenica, prava koje, određujući kriterije za utvrđivanje činjenica kao elemenata niže premise logičkog silogizma presude, uređuje sadržajni, pravozaštitni aspekt njihova utvrđivanja ("pravozaštitno pravo utvrđivanja činjenica"), ali, propisujući i proceduru koja će se pritom primijeniti, i postupovnopravni aspekt toga utvrđivanja ("postupovno pravo utvrđivanja činjenica u užem smislu"). Naznačeno razlikovanje između dviju grana prava utvrđivanja činjenica u parničnom postupku primijenjeno na institut notornosti nije relevantno samo za razumijevanje pravne prirode pojedinih pravila koja uređuju taj institut, već i za određivanje razloga za pobijanje sudskih odluka zbog njihove povrede – hoće li biti riječ o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju ili o bitnim povredama odredaba parničnog postupka. Iako to razlikovanje u načelu može biti važno i za određivanje prava koje će biti mjerodavno za izbor te za određivanje sadržaja i značenja pravila koja se tiču pravozaštitnog odnosno proceduralnog aspekta utvrđivanja činjenica, za odgovor na pitanje hoće li to biti uvijek pravo suda ili, uz određene pretpostavke, i strano pravo, kao što je to slučaj kod pravnih predmnjeva i pravila o teretu dokazivanja, ono zbog specifičnosti pravila koja ga uređuju ne dolazi do izražaja u vezi s institutom notornosti – za njegovo je prosuđivanje uvijek mjerodavno pravo suda.

Za razumijevanje instituta notornosti osobito je važno razlikovanje između dvaju pravila koja određuju njegovu pravozaštitnu bit: razlikovanje između "negativnog pravila", koje je izrijekom utvrđeno u Zakonu i kojim se sud oslobađa, kojim se sudu "zabranjuje" da općepoznate činjenice dokazuje, i impliciranog "pozitivnog pravila" pravila koje sudu nalaže da o notornoj činjenici zaključi onako kako je to općepoznato

(presumptivnost notornosti), pravila koje svojim postojanjem daje puni, pravi smisao institutu.

Primjena pravila o notornosti pretpostavlja sigurnost uvjerenja suda u takvo svojstvo određenih činjenica. Zato mora postojati mogućnost dokazivati da neka činjenica nije notorna i da je stoga treba utvrđivati primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica, u pravilu dokazivanjem, odnosno da ne postoji ono što je notorno ili da ne postoji onako kako je to notorno – kad god se pojavi opravdana sumnja u takva njezina svojstva. Postojanje takve mogućnosti zahtijeva relativnost ljudskog znanja pa stoga i svega onoga što se smatra općepoznatim. Ta je mogućnost osobito važna radi otklanjanja opasnosti koje "olaka" ili "programirana" ("nametnuta") primjena instituta implicira. Upravo se stoga čini razumnim restrinktivno određivati pojam notornosti i svakako ga uvjetovati i znanjem suca (članova vijeća) koji određenu činjenicu treba (trebaju) utvrditi: on (oni) moraju znati za određenu činjenicu zato što je notorna i onako kako je to notorno – ne smije im se moći dokazivati da je riječ o takvoj činjenici, znanje im se o takvu njezinu svojstvu ne smije moći nametati, osobito ne kao "pravno (politički, čudoredno, religijski itd.) utvrđeno" znanje ("apriorna" notornost).

LITERATURA

1. Dika, Mihajlo, O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, br. 1/2015., str. 1-70.
2. Dika, Mihajlo, Zakonske predmnjeve – prilog učenju o virtualnosti pravne stvarnosti, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 35, br. 1/2014., str. 1-60.
3. Juhart, Jože, Civilno procesno pravo FLRJ, Univerzitetna založba, Ljubljana, 1961.
4. Poznić, Borivoje, Rakić-Vodinelić, Vesna, Građansko preocesno pravo, 15. izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1999. i 17. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2015.
5. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo, Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004.
6. Rechberger, Walter H., Simotta, Daphne A., Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 7. izd., Manz Verlag, Wien, 2009.
7. Fasching, Hans W., Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Band 3, 2. izd., Manz Verlag, Wien, 2004.
8. Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz, Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2010.
9. Fasching, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, Manz Verlag, Wien,1990.
10. Zakon o parničnom postupku, NN, br. 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13., 89/14.

Summary

GENERALLY KNOWN FACTS IN LITIGATION

This paper deals with generally known facts in litigation with review on some viewpoints accepted in Austrian, German and Croatian jurisprudence and legal practice on this topic. First starting theoretical viewpoint in this research is that the establishment of facts by rules on generally known facts is one of methods for establishment of facts. Regular method for establishment of facts is proving, but it has subordinate nature. Other methods for establishment of facts are application of rules on recognition, on legal presumptions and on burden of proof. Second starting theoretical viewpoint is that the law on establishment of facts has dual legal nature: it has legal protective and procedural aspect. Author discusses on various problems with regard to notion, legal basis and characteristics of generally known facts and on implementation of rules on their establishment in litigation.

Keywords: *generally known facts, establishment of facts, litigation.*

Zusammenfassung

OFFENKUNDIGE TATSACHEN IM ZIVILPROZESS

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit offenkundigen Tatsachen im kroatischen Zivilprozessrecht auseinander. Der Fokus wird auf die österreichische, deutsche und kroatische Jurisprudenz und Rechtsprechung gelegt. Es wird theoretisiert, dass das Feststellen von Tatsachen nach den Regeln für offenkundige Tatsachen eine Methode der Tatsachenfeststellung darstellt. Dabei ist die Beweisaufnahme die gewöhnliche, obgleich subsidäre, Methode für die Tatsachenfeststellung. Zu anderen Methoden der Tatsachenfeststellung zählt die Anwendung von Tatsachenanerkenntnis-, Voraussetzungen- und Beweislastbestimmungen. Anschließend dazu wird schlussfolgert, dass das Recht der Tatsachenfeststellung gleichzeitig schutzrechtliche, wie auch verfahrensrechtliche Aspekte umfasst. Darüberhinaus untersucht der Autor die Rechtsgrundlage der offenkundigen Tatsachen und die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen im Rahmen des Zivilprozesses.

Schlüsselwörter*: offenkundige Tatsachen, Feststellung von Tatsachen, Zivilprozess.*

Riassunto

I FATTI NOTORI NEL PROCESSO CIVILE

Il presente lavoro tratta dei fatti notori nel processo civile, prestando attenzione ad alcuni orientamenti adottati a tale riguardo nella giurisprudenza e nella dottrina austriaca, tedesca ed i quella croata. Il fondamento teorico da cui si parte nell'indagine è il convincimento che l'accertamento dei fatti in ragione dell'applicazione delle regole sui fatti notori rappresenti uno dei modi di accertamento dei fatti. La modalità ordinaria per accertare i fatti è la prova; tuttavia essa ha natura subordinata. Altri metodi di accertamento dei fatti si fondano sull'accertamento dei fatti, sulle presunzioni legali e sull'onere probatorio. Un secondo fondamento teorico da cui si parte è che il diritto all'accertamento dei fatti che disciplina tutti i metodi menzionati abbia una doppia natura giuridica, la quale si esplicita nel suo aspetto di tutela legale ed in quello processualistico. L'autore tratta di varie questioni concernenti la nozione, il fondamento giuridico e le caratteristiche dei fatti notori, come pure delle regole volte all'accertamento dei medesimi nel processo civile.

Parole chiave: *fatti notori, accertamento dei fatti, processo civile.*

ELEKTRONIČKI DOKAZI U SUDSKOM POSTUPKU I RAČUNALNA FORENZIČKA ANALIZA

Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor
Dr. sc. Marija Boban, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 343.14:004.056
Ur.: 23. siječnja 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Današnja slika informacijskog društva usvaja terminologiju suvremenog rječnika globalizacije i uključuje termine kao što su konvergencija, digitalizacija (medija, tehnologija i/ili telekomunikacija) i mobilnost bilo ljudi bilo tehnologija. Iz svake riječi odiše napredak, razvoj, pozitivan predznak uspona informacijskog društva. S druge strane u virtualnom okruženju tradicionalni dokazi u sudskom postupku s dokumenta na papirnatoj podlozi postaju elektronički dokazi, a njihovi upravljački procesi i kriteriji dopuštenosti mijenjaju se u odnosu na tradicionalne dokaze. Brzi rast računalnih podataka stvorio je nove mogućnosti i rast novog oblika računalnog, ali i kibernetičkog kriminaliteta, a tako i nove načine dokazivanja u sudskim postupcima, nedostupne prije samo nekoliko desetljeća.

Autori u ovom radu opisuju nove trendove razvoja informacijskog društva i nastanak elektroničkih dokaza s naglaskom na utjecaj razvitka računalnog kriminaliteta na elektroničke dokaze; na pojam, pravno uređenje i dokaznu snagu elektroničkih dokaza i posebno elektroničkih isprava te na problematiku vještačenja elektroničkih dokaza i elektroničkih isprava u sudskom postupku.

Ključne riječi: *(građanski) sudski postupak, računalni kriminalitet, elektronički dokazi, informacijska tehnologija.*

1. UVOD

1.1. Opći trendovi razvitka informacijskog društva, vezani progresivnim tehnološkim razvojem i napretkom informacijskih tehnologija, uvelike otvaraju nova pitanja – pitanja ne samo zaštite tjelesne, prostorne, već i kibernetičke sigurnosti i zaštite podataka.[1] Ipak, samim procesom globalizacije utječe se na stvaranje

1 O kibernetičkoj sigurnosti i novim oblicima organiziranog kriminaliteta u digitalnom dobu i okruženju informacijskih tehnologija vidi u BOBAN, M., *Information and communication technologies and the new forms of organized crime in network society,* 39th International Convention on Information and Communication Technology, Electronics and Microelectronics, MIPRO 2016 - Proceedings, 2016., str. 1857-1862

potrebe za postavljanjem zaštite ne samo u fizičkom smislu, već postoji konstantan trud da se stvori zaštićen "osobni svijet", zadrži vlastita privatnost osobe što se u suvremenom svijetu i okruženju informacijskih tehnologija sve više čini nemogućom misijom.[2] Također, *nove informacijske tehnologije povezuju svijet u globalne mreže instrumentalnosti*.[3] Globalizacija kao svjetski proces utječe na otvaranje bilo državnih granica, bilo lokalnih zajednica i poboljšava uvjete svjetskog tržišta i svjetskih ekonomija potičući konkurentnost tržišta.[4] Nova (informacijska ekonomija) i razvoj svjetskog globalnog tržišta uvelike omogućava približavanje i smanjivanje prostornih komunikacijskih granica, međutim, utječe i na pojavu novih oblika kaznenih djela: *kibernetičkog kriminaliteta*. Samo procesiranje informacija korištenjem suvremenih informacijskih tehnologija potiče kontinuirani razvoj i unaprjeđenje informacijskog društva, a time i novog znanja. Stoga u informacijskom društvu koje se temelji na informacijskim tehnologijama i na tehnologijama za generiranje znanja, postoji bliska veza između kulture i proizvodnih snaga, iz čega zaključuje da je za očekivati nastajanje novih oblika društvene interakcije, kontrole i promjene, a još jedna veza između kulture i informacijskog društva koju opisuje je ta što je informacijsko društvo okarakterizirano važnošću koju u njemu ima *kulturni identitet* kao njegov *organizacijski princip*.[5]

U svijetu koje obilježavaju *simultana globalizacija* i *fragmentacija,* nameće se ključno pitanje: *Kako spojiti nove tehnologije i pravnu znanost, kako pratiti nove oblike zlouporabe računalnih sustava i kako prikupljati dokaze?* Iz gore navedenoga proizlazi zaključak da se u svijetu zamjećuje trend porasta – sve veća poveznaost između *informacijskih tehnologija* i *razvoja pravne znanosti koja prati računalnu forenziku.* Jedina nepobitna činjenica, unatoč ovakvom uočenom trendu globalizacije, jest da nemaju svi jednaku mogućnost pristupa *informacijskoj tehnologiji* i i*nternetu*[6]

2 Prvi koraci informacijskih društava daju sliku društva kojemu identitet prevladava kao načelo organizacije dok je osobiti društveni trend 1990-ih prevladavao oko izgradnje društvenog djelovanja i politike oko primarnih identiteta – bez obzira jesu li oni bili pripisani, ukorijenjeni u povijest i geografiju ili novoizgrađeni prilikom potrage za smislom ili duhovnošću. Društveni odnosi, definirani su *vis-a vis* ostalih na temelju onih kulturnih vrijednosti koje definiraju identitet. Pod identitetom u tom smislu podrazumijevan je proces kojim se društveni sudionik reorganizira i izgrađuje smisao ponajprije na temelju zadanog kulturnog atributa ili seta atributa, pri čemu se isključuje iz šireg odnosa prema ostalim društvenim strukturama. Vidi CASTELLS, M., *The information age: economy, society and culture,* Vol. I: The rise of the network society, Cambridge: Blackwell Publishers, 2000., str. 57.

3 U razmatranju tih vrsta promjena ističe se sociolog Manuel Castells. Njegovo je mišljenje da su ljudi sada preopretećeni tom pretpostavkom. Toliko su okruženi medijima, kao interpretatorima stvarnosti, da stvarnost koja se zbiva izvan dosega ljudskih osjetila, ljudskog zdravog razuma, ne mogu drukčije dohvatiti nego putem onoga što nam mediji serviraju. Zato prema Castellsu, virutalna stvarnost postaje "stvarna virutalnost". Ibid., CASTELLS, M., str. 357.

4 O utjecaju globalizacije i novim oblicima korištenja informacijskih tehologija vidi šire u MONROE E. PRICE, *Free Expression, Globalism, and the New Strategic Communication*, Cambridge University Press, 2014., str. 101

5 Usp. TOURAINE, A., *Qu'est-ce que la democratie?,* Fayard, Pariz, 1994., str. 4.

6 *Internet* predstavlja globalni komunikacijski sustav koji povezuje i spaja računalne mreže pojedinih zemalja i organizacija te tako omogućava posjednicima računala ciljem svijeta da putem svojih lokalnih mreža i telefonskih mreža međusobno komuniciraju, razmjenjuju

stvarajući time novi oblik *kulturološkog razdora* između informacijski bogatih i informacijski siromašnih koja se u novoj terminologiji naziva *digitalna podjela*. Je li upravo taj aspekt u ovoj podjeli i sudbonosan? Jesu li na neki način *informacijski siromašni* zaštićeni od globalizacijskih efekata novih aspekata kaznenih djela i njihovog zadiranja u *informacijsku privatnost i osobnost* – pokazat će budućnost.[7]

Suvremeni način poslovanja i komuniciranja putem globalnih informacijskih mreža doveo je do sve veće povezanosti ne samo ljudi već i informacijskih sustava. Uz sve svoje blagodati takav način rada nosi u sebi i brojne opasnosti po sigurnost svih sudionika, kao i samih informacijskih sustava. Podatci i informacije, koji se unutar takvih sustava obrađuju, memoriraju i distribuiraju, kao i tehnička osnovica koja to omogućuje sve su češće cilj takvih zloupotreba, pa se zato i postavlja kao osnovni zadatak zahtjev za njihovom učinkovitom i cjelovitom zaštitom.[8]

Sve veća povezanost i upućenost informacijskih sustava na uključivanje u globalne informacijske mreže, u prvom redu internet, ali i na neke druge koje su nastale logičkim slijedom vremena, ali na istim principima doveli su do toga da se njihova zaštita više ne može promatrati i rješavati izolirano, već samo kao dio tog sustava. Takva otvorenost informacijskih sustava prema sve većem broju korisnika dodatno je oslabila njihovu sigurnost. Stoga je nužno da se pitanjima zaštite pristupi s jednog šireg, globalnog aspekta – aspekta globalnih informacijskih mreža koje ih sve više objedinjuju. Dakle, pitanja sigurnosti i zaštite interneta postaje jedno od osnovnih pitanja kako za same informacijske sustave i njihove korisnike tako i za cijelu međunarodnu zajednicu.[9]

1.2. Elektronički podatci danas su sveprisutan i značajan izvor informacija. Razvitkom informatike i informacijskih sustava stvorena su brojna elektronička i tehnička sredstva koja omogućavaju zapisivanje i snimanje svih vrsta informacija, događaja i pojava na elektroničke/digitalne medije te njihovu reprodukciju. Računala i komunikacijski uređaji mogu stvoriti i pohraniti u svojoj memoriji ogromne količine digitalnih podataka. Praksa široke primjene suvremenih informacijsko-komunikacijskih tehnologija na svim područjima ljudskog komuniciranja dovela je do toga da se, zbog niza prednosti (brzine i učinkovitosti) ove tehnologije primjenjuju i u sudovima u poslovnom (organizacijskom) i u funkcionalnom (postupovnom)

informacije i koriste brojne druge usluge. U fizičkom smislu, to je niz međusobno povezanih računalnih mreža, organiziranih na jedinstven način, sa zajedničkim komunikacijskim protokolima i mrežnim uslugama. Za razliku od ostalih informacijskih sustava, informacijsko-komunikacijski sustavi bave se prikupljanjem, obradom i distribucijom različitih informacijskih sadržajnih formi u cjelokupnom fizičkom komunikacijskom prostoru. Fizički komunikacijski prostori su komunikacijske mreže koje omogućavaju pretraživanje bilo koje lokacije u mreži s bilo koje druge lokacije u istoj mreži." Tako i šire GRBAVAC, V., PLENKOVIĆ, M., *Komunikacijski sustavi na prijelazu u 21. stoljeće*, Informatologija, br. 27., 1995., str. 1.

7 Tako i šire ČIZMIĆ, J., BOBAN, M., ZLATOVIĆ, D., *Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost*, Sveučilište u Splitu Pravni fakultet, Split, 2016., str. 39.

8 Vidi NOORDA, C., HANLOSER, S., *E-discovery and data privacy: a practical guide*, Kluwer Law International, 2010., str. 191 - 199.

9 O tome vidi više u NOUWT, S., DE VRIES, B. R., PRINS, C., *Reasonable expectations of privacy?: eleven country reports on camera surveillance and workplace privacy,* Cambridge University Press, 2005.

pogledu.[10] Bitno je istaknuti kako tradicionalni dokazi prelaze s dokumenta na papirnatoj podlozi u virtualno okruženje i postaju *elektronički dokazi*, a njihovi upravljački procesi i kriteriji dopuštenosti mijenjaju se u odnosu na tradicionalni dokaz.[11] Brzi rast elektroničkih informacija stvorio je nove mogućnosti dokazivanja prema novim *elektroničkim dokazima* u sudskim postupcima, nedostupne prije samo nekoliko desetljeća. Ljudi često olako koriste nove oblike komunikacije, ne vodeći računa o tome da bi jednog dana elektroničke informacije mogle biti upotrebljene kao dokazno sredstvo u sudskom postupku.[12] S druge strane, samim elektroničkim dokazima lako je manipulirati pa je pri njihovoj uporabi u sudskom postupku nužno obratiti dodatnu pozornost.

2. RAČUNALNI KRIMINALITET

2.1. Pojam

Za valjanu primjenu elektroničkih dokaza u sudskom postupku, osim ocjene njihove dokazne snage, nužna je provjera njihove izrade, pohrane, prijenosa, čuvanja, vjerodostojnosti i nepromjenjivosti (arg. Zakon o elektroničkoj ispravi, čl. 12. st. 2.). Elektronički dokazi jedan su od najvažnijih čimbenika u području računalnog kriminaliteta. Računalo se pojavljuje kao ključan čimbenik počinjenja kaznenog djela i iako nema izravan učinak na slučaj ono sadržava elektroničke dokaze vrlo važne za istraživanje počinjenog računalnog kriminaliteta. Takav postupak, bilo da se radi o djelu počinjenom u stvarnom fizičkom svijetu ili putem mreže istražitelji mogu učiniti pretraživanje putem mreže u potrazi za elektroničkim dokazima, naziva se *računalna forenzička analiza* (dalje - RFA). Prema definiciji predstavlja *postupak utvrđivanja činjenica nad digitalnim medijima primjenom različitih metoda.* [13] Najčešće se koristi u postupcima sudskog dokazivanja, a sastoji se od niza analitičkih metoda za otkrivanje, prikupljanje, ispitivanje i skladištenje podataka te često podrazumijeva ispitivanje računalnih sustava kako bi se utvrdilo njihovo korištenje u ilegalnim ili neautoriziranim aktivnostima poput krađe poslovnih tajni, uništavanja intelektualnog vlasništva ili prijevare. [14]

Razvojem interneta i njegovim masovnim zadiranjem u sve pore ljudskog života, računalni kriminalitet sve više se širi na područje gospodarstva i utječe na brži razvoj tehnika operativnog kriminalističkog nadzora i naprednijih metoda i

10 Vidi PALAČKOVIĆ, D., *E–dokument i E-isprava – Legislativa i mogućnost primene u parničnom postupku*, "Pravni život", Beograd, godina LX, knjiga 549, 2011., broj 11, str. 771.

11 U tom smislu kod *Dopustivost elektroničkog dokaza pred sudom: Suzbijanje visokotehnološkog kriminala – I. dio*, Odvjetnik, 5-6/2007., str. 39.

12 Tako CHARLES W. ADAMS, C. W., Spoliation of electronic evidence: sanctions versus advocacy**,** 18 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 1 (2011), str. 1., podatak dostupan na stranici: http://www.mttlr.org/voleighteen/adams.pdf. Vidi i CHORVAT, T. J., *E-Discovery and Electronic Evidence in the Courtroom*, Business Law Today, vol. 17, broj 1, Sept./Oct. 20.

13 Tako i šire CARNET, LS&S, *Osnove računalne forenzičke analize*, CCERT-PUBDOC-2006-11-174, 2006., dostupno na http://security.lss.hr/documents/LinkedDocuments/CCERT-PUBDOC-2006-11-174.pdf, str. (03. 01. 2017.).

14 *Ibidem.*

tehnika operativne kriminalističke analitike i računalne forenzike jer se proširuje i krug mogućih počinitelja, kao i krug sredstava i metoda kojima se ostvaruju računalni napadi i napadi povezani s računalima.[15] Posebno zabrinjava povezanost počinitelja s raznim oblicima organiziranog kriminaliteta, a gotovo svakodnevno se javljaju nove metode, sredstva i oblici zlouporabe.[16]

Pravna regulativa u RH i u svijetu je dosta neujednačena, a prečesto i u novijoj praksi neučinkovita. S obzirom na to da se radi o globalnom problemu, za djelotvorno suzbijanje nisu dovoljni samo stručnjaci za sigurnost, ekspertne skupine i ostali organi za sprječavanje i suzbijanje kiberentičkog kriminaliteta, već treba ostvariti cjelovitiju koordinaciju i sveobuhvatnu akciju zakonodavstva i snaga reda u prevenciji računalnog kriminaliteta u sferi financijskog poslovanja. [17]

Nažalost, također svakodnevni rad putem računalnih mreža: elektroničke pošte, plaćanja računa i drugih oblika komunikacije, omogućava i razvoj svih oblika napada na informacijske sustave. Virtualni čovjekov svijet postaje sve više onaj prirodni ambijent u kojem on svakodnevno živi i djeluje. U tom svijetu i pomoću njega zadovoljava svoje povijesno nastale potrebe i razvija svoje ljudske snage svestranim komuniciranjem i podjednakim korištenjem tekovina kulture i civilizacije.[18] Da je to ipak tek početak jednoga novog epohalnog svjetskog zaokreta pokazuje i zbiljnost

15 Internet i digitalna tehnologija pružaju nove prilike za učenje, omogućuju pojedincima direktnu prodaju ideja, usluga ili proizvoda, pristup informacijama te zadovoljavanje emocionalnih i psiholoških potreba. Kao prošireni aspekt utjecaja javljaju se tzv. virtualne zajednice utemeljene na zajedničkim interesima koje često prerastaju u društvene mreže. Postupak ostvarivanja kontakta na daljinu i vezivanje zajedničkim interesima neminovno značajano utječe na kulturološko širenje temeljnih odrednica pojedine nacije. S jedne strane, definitivno znači obogaćivanje osobe na osobnoj razini kao i njen daljnji utjecaj na svoju okolinu. Ipak, postoji neodređena "meka" granica koja razdvaja to obogaćivanje od globalnog nadiranja u domenu osobnosti pojedinca. Vidi šire u KIM J. ANDREASSON, K. J., *Cybersecurity: Public Sector Threats and Responses*, CRC Press, 2012., str. 101.

16 O razvoju informacijskih i komunikacijskih sustava i utjecaju na društvene promjene te samom procesu digitalizacije vidi GRBAVAC, V., PLENKOVIĆ, M., *Komunikacijski sustavi na prijelazu u 21. stoljeće*, Informatologija, br. 27., 1995., str. 1-5.

17 Prema DRAGIČEVIĆU, A. i DRAGIČEVIĆU, D., "*Kiberkomunizmu je budućnost osigurana, zajamčena, i ne mogu ga u tom povijesnom pohodu zaustaviti sve birokracije, policije, špijunske službe i vojske ovoga svijeta a još manje pohlepne kaste kojima je profit važniji od čovjeka"*. Nadalje, autori smatraju da ovaj oblik "novog svijeta" ujedno znači i *novi društveni moral* i *novu društvenu etičnost*, s naglaskom na *obvezi prema ljudima, institucijama, predmetima, vjerovanjima, idejama, mjestima, prirodi, projektima, iskustvima, pustolovinama i pozivu*. Upravo taj novi društveni moral i nova društvena etika trebali bi pomicati obveze u osi dalje od osobnog ja - bilo samoodricanja ili samoispunjenja – i bliže povezanosti sa svijetom što predstavlja sudbonosan i nepovratan fenomen.. Usp. DRAGIČEVIĆ, A. i DRAGIČEVIĆU, D., *Doba kiberkomunizma*, str. 30-31.

18 Opisujući elemente bitne za razumijevanje informacijskog društva M. Castells uvodi pojam koji naziva *paradigma informacijskih tehnologija* i kaže da se suvremene društvene promjene mogu sagledati kao pomak od tehnologija koje su se temeljile na jeftinoj energiji prema tehnologijama koje se temelje na uglavnom jeftinim informacijama, što je izazvano razvojem i novim spoznajama na područjima mikroelektronike i telekomunikacija. Kroz tu paradigmu pokušava opisati novonastale društvene transformacije precizirajući elemente koje čine osnovu te paradigme, a time i osnovu informacijskog društva. Tako i šire CASTELLS, M., str. 56.

svakodnevnog života u kojoj polovica čovječanstva još nije stigla do tog stupnja razvoja, a druga polovica obitava u različito razvijenim zajednicama u kojima se staro i novo povezuje i isprepliće u raznovrsnim oblicima i kombinacijama. [19]

Ključnu ulogu imaju: veće zlouporabe komunikacijskih sredstava koje su prethodile konkretnom djelu računalnog kriminaliteta; brži razvoj i širenje telekomunikacijskih uređaja; nezaustavljiv razvoj i sve teže korištenje operativnih metoda i tehnika kriminalističke analitike, te računalnih mreža koje omogućuju neovlaštene pristupe; sve veća dostupnost računala i osobama bez velikog stručnog znanja; hakerski BBS-ovi (engl. *Bulletin Board System*)[20] koji omogućavaju tajnu komunikaciju i programe namijenjene provalama u sustave; pojava medija koji često neopravdano veličaju hakerske vještine i napade; sporost i relativna složenost (kompleksnost) donošenja pravne regulative na području materijalnog, procesnog i fiskalnog zakonodavstva u cilju prevencije računalnog kriminaliteta u sferi financijskog poslovanja. [21]

Mješovito informacijsko društvo, kao i svako ranije tranzicijsko zajedništvo, zakonito prate ostatci i tragovi prošlosti među kojima se pored pozitivnih susreću i brojni negativni suputnici. Od trenutka spoznaje da postoji nešto što je nazvano računalni kriminalitet, sagledavajući njegov opseg i sadržaj, još uvijek ne postoji općeprihvaćena definicija. Razlog za to su njegove osnovne karakteristike; šarolikost oblika kroz koje se izražava, brzina kojom se širi i različitost stajališta pravnih teoretičara. Računalni kriminalitet još uvijek ne predstavlja jednu zaokruženu i jedinstvenu kategoriju da bi ga se moglo staviti u točno određene okvire koji bi bili prihvaćeni jednako od teoretske struke i prakse. Međutim, jedno je sigurno, to je forma kojom se ispoljavaju različiti oblici kriminalne aktivnosti, forma koja će u budućnosti postati dominantna.

Neke od postojećih definicija su prejednostavne jer svode računalni kriminalitet samo na ona kaznena djela koja se ne bi mogla obaviti bez korištenja računala uz visoko stručno znanje računalnih operacija, iako praksa dokazuje suprotno. [22] Sve

19 Današnja suvremena Hrvatska nastoji se približiti procesima europskih integracija uz uzdizanje vlastitih kulturnih svojstava budući da jedino priznavanje vlastitog identiteta predstavlja osnovu za priznavanje kulturne raznolikosti. Ipak, proces globalizacije i još opasniji proces "kulturne globalizacije" prijeti integraciji u multimedijsku kulturu. Jedini ključ spasa predstavlja zapravo jednostavnim riječima očuvanje "vlastite posebnosti" i vlastitog kulturnog identiteta. Tako i šire vidi u TUĐMAN, M., *Informacijsko ratište i informacijska znanost,* Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2008., str. 263 – 267.

20 BBS (eng. *bulletin board system*) je računalni sustav namijenjen razmjeni poruka, podataka, informacija i softvera daljinskim komuniciranjem uz pomoć modema. Pojavili su se i koristili i prije pojave WWW-a, a i danas su u širokoj uporabi. O protokolima i komunikacijskim paketima vidi više u CERF, V. G., KAHN, R. E., *A protocol for packet network interconnection,* IEEE Trans. Comm. Tech., vol. COM-22, V 5, May 1974., str. 627-641.

21 Vidi United Nations International cooperation in combating transnational crime, dostupno na http://www.uncjin.org/6e.pdf (28. 12. 2016.).

22 Kod računalnog kriminaliteta riječ je o više objekata zaštite jer se zaštita odnosi kako na sam računalni sustav, odnosno tehniku osnovicu u širem smislu, tako i na netjelesna dobra koja se pri njegovu radu pohranjuju, obrađuju i prenose. Riječ je o računalnim podatcima i programima. Problemi se javljaju jer se oni ne moraju nalaziti unutar samog računalnog sustava (npr. kod komunikacije i prijenosa podataka), a ne mogu se zbog svojih specifičnosti poistovjetiti s

je veći broj kaznenih djela u kojima se, posredno ili neposredno, koristi računalo i ne podrazumijeva specifična znanja zbog jednostavnosti i dostupnosti informatičke tehnologije, a posebno brojnih programa namijenjenih isključivo takvoj nezakonitoj aktivnosti. Čak postoje i primjeri kada je moguće ugroziti različite programe i podatke i bez neposrednog korištenja računala oštećenjem medija na kojemu se nalaze. U najopasnije se među njima ubraja i *računalni kriminalitet*. Ta uobičajena i sada već općenito prihvaćena sintagma *obuhvaća ukupnost počinjenih kaznenih djela kojima se neovlašteno utječe na korištenje, cjelovitost i dostupnost tehničke, programske ili podatkovne osnovice kompjutorskog sustava ili na tajnost digitalnih podataka.*[23] Zloupotrebe ove vrste postaju informacijskim razvojem sve učestalije, a po posljedicama sve opasnije.

Zaštita od računalnog kriminaliteta postaje važnom funkcijom društva jer se sa svakom tehnološkom inovacijom javljaju nove zloupotrebe počinjene na računalima ili uz njihovu pomoć. Susrećemo se na svim lokalnim, nacionalnim i regionalnim razinama, a isprepletanjem računalnih mreža i ekspanzijom interneta i na svjetskim prostranstvima. Tomu uvelike pridonosi digitalni oblik dostupnih podataka i informacija, a isto tako i mogućnost da se zlodjela počine pristupom na daljinu, korištenjem, upravljanjem i manipuliranjem podatcima. Pogoduje im, također, okolnost da se u istim pojavama i procesima nalazi i prepleće dopušteno i nezakonito, a učinci se postižu istim sredstvima i podjednakim metodama i postupcima koje se koriste u svakodnevnom radu i korištenju informatičke tehnologije. Također, kriminalne aktivnosti potpomognute novim tehnologijama razvijaju se takvom brzinom da je istražiteljima gotovo nemoguće držati korak i pratiti ih.

2.2. Nastanak računalnoga kriminaliteta

Jednako kao ni za unificiranu definiciju računalnog kriminaliteta, tako ni za njegov nastanak, nema jedinstvenoga stajališta. Čak postoje oprečna mišljenja, jedni uzimaju u obzir pojavu prvih računala, dok se drugi baziraju na pojavu elektroničkih računala.[24]

Nadalje, nastanak negativne manipulacije računalima kroz povijest veže se

nositeljem čak i onda kada se na njemu nalaze. Štoviše, moguće ih je ugroziti i bez neposrednog posredovanja računala (npr. oštećenje gotovo bezvrijednog medija na kojem se nalaze). Vidi šire BAČIĆ, F., *Krivično pravo-opći dio,* str. 99.

23 Važno je napomenuti da se u ovoj definiciji izraz «utjecaj» odnosi na svaku onu radnju kojom se neovlašteno i namjerno otuđuje, oštećuje, mijenja ili onemogućava korištenje tehničke, programske ili podatkovne osnovice, kao i one radnje kojima se neovlašteno pribavljaju ili odavaju tuđi digitalni podatci. Vidi Dragičević, D., Kompjutorski kriminalitet..., str. 113. Tako i Horvatić, Ž., polazeći od objekta zaštite odnosno samog računalnog sustava i njegove dvojake uloge te specifičnosti načina na koji se takva djela izvršavaju, računalni kriminalitet predstavlja *ukupnost kriminalnih ponašanja na određenom prostoru kroz određeno vrijeme*. Usp. HORVATIĆ, Ž., *Osnove kriminologije*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1998., str. 3. Sličnu definiciju daje i BAČIĆ, F., *Krivično pravo – opći dio,* Informator, 1995., str. 15.

24 O povijesti i pretečama suvremenih digitalnih kompjutera vidi EVANS, C., *Kompjutorski izazov,* Zagreb, 1982., str. 10. Vidi i GRBAVAC, V., *Informatika,* Zagreb, 1995., str. 1-8.

uz pojavu i primjenu prvih ručnih i mehaničkih računala, izum tkalačkog stroja tj. utiskivanjem uzoraka tkanine uz pomoć bušene kartice (za posljedicu je imalo bojazan radnika za gubitkom zaposlenja, te su posezali za sabotažama nad tim strojevima što se evidentira kao prvo kazneno djelo vezano uz računalni kriminalitet), pojavu tzv. poslovnog kriminaliteta poznatijeg kao kriminalitet "bijelih ovratnika" (eng. *white collar crime*) početkom 20. stoljeća i uglavnom se povezuju s financijskim poslovanjem s motivom osobnog koristoljublja.[25]

Oblik računalnoga kriminaliteta s kakvim se danas susrećemo veže se uz razvoj telekomunikacijskih medija i modema tijekom šezdesetih godina 20. stoljeća kada se javljaju prvi tehnički obrazovani delinkventi koji počinju razvijati metode i sredstva za neovlašteno korištenje telefonskih usluga. Tada su ujedno i izmišljeni prvi računalni programi za provaljivanje u tuđe sustave ("crvi", "virusi", "trojanski konj"). Ono što je vrlo značajno kao osnovna karakteristika počinitelja visoki je stupanj povezanosti, razmjenjivanja iskustva i računalnih programa namijenjenih zlouporabi različitih informatičkih tehnologija putem raznih publikacija koje redovito izdaju. Napredovanje komunikacijske tehnologije bilo je samo poticaj počiniteljima za usavršavanje svojih informatičkih sposobnosti u smjeru zlouporabe onog što je nastalo stvaranjem širokih globalnih komunikacijskih mreža.[26]

2.3. Fenomenologija računalnog kriminaliteta

Zajedno s postojanjem raznovrsnih pojavnih oblika računalnoga kriminaliteta, tako su i brojni uzroci i motivi što u konkretnoj situaciji dovode do takvih djela i potiču počinitelje. Ponajprije je potrebno utvrditi *zakonitosti* koje vladaju tim fenomenom da bismo ga lakše shvatili i razjasnili kao pojavu masovnih razmjera. Uzroci se ne mogu tražiti samo u pojedincu koji takvo djelo počini jer je on kao jedinka uvjetovan društvenim uvjetima. Uzroci su isprepleteni i mora ih se proučavati zajedno jer se jedino tako može dobiti cjeloviti uvid u cjelokupan niz čimbenika koji utječu na pojavu računalnoga kriminaliteta u konkretnom slučaju.[27]

Kao prvi korak utvrđuje se *objektivni kriminogeni čimbenik*, odnosno *opći uvjet koji je doveo do pojave i rasprostranjenosti računalnog kriminaliteta i brzina razvoja informacijske tehnologije*. Osobitosti prema kojima se ovaj oblik kriminaliteta razlikuje od drugih *nalaze se u njegovim karakteristikama u kojima se odražava kao kriminalitet suvremenog i razvijenog društva, kriminalitet urbanih sredina, globalni kriminalitet, kriminalitet obrazovanih ljudi, posljedica brojnih slabosti (ljudskih, tehničkih), teško ga je suzbijati i zaustaviti, digitalni oblik podataka, najštetnije posljedice za pojedinca i društvo u cjelini te kao kriminalitet 21. stoljeća*. Kao posljedica može se i navesti nesnalaženje i nepravodobno prilagođavanje novonastalim tehnološkim promjenama

25 Usp. WASIK, M., *Crime and computer*, Clarendon Press, Oxford. 1991., str. 24.

26 Suočavajući se s nizom novonastalih problema s kojim se pravo nije prije susretalo (naviknuti na fizička kaznena djela), dovelo se u pitanje *načelo zakonitosti* i uslijedila je aktivnost zakonodavstava i međunarodnih organizacija u cilju pronalaženja adekvatnih rješenja. O načelu zakonitosti vidi BAČIĆ, F., *Krivično pravo – opći dio,* str. 59.

27 O različitom definiranju kompjutorskog kriminaliteta vidi DRAGIČEVIĆ, D.: *Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi,* Informator, Zagreb, 1999. str. 110-113.

koje su postale veliki oslonac društva što se javlja kao subjektivni čimbenik koji pridonosi ovoj vrsti kaznenih djela. Otuđenost, frustracija, psihička oboljenja, motivacija i različiti stavovi najčešće su pojave povezane uz razvoj informatičkog educiranja, pojedinca i društva. Sve je brže potrebno donositi odluke iz sve veće mase podataka i razabrati one ispravne. Stoga se računalni kriminalitet ne izučava samo kao pravni, već kao i sociološki, filozofski i etički fenomen.[28]

3. PRAVNO UREĐENJE RAČUNALNOG I KIBERNETIČKOG KRIMINALA

3.1. Pravno uređenje u Republici Hrvatskoj

Zakonodavni okvir elektroničkih dokaza počiva ponajprije na izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 – dalje KZ) i njegovom usaglašavanju s europskom Konvencijom o kibernetičkom kriminalitetu, čime je u Republici Hrvatskoj doneseno novo, kvalitetno, premda ne i potpuno zakonsko rješenje u ovom području. Najvažnija novina u Kaznenom zakonu jest njegovo usuglašavanje s obvezama preuzetim potpisivanjem Konvencije o kibernetičkom kriminalitetu Vijeća Europe (NN-MU 9/02, 4/04). Konvencija predstavlja najvažniji i najopsežniji europski dokument o takvoj vrsti kriminaliteta koju su potpisale i neke neeuropske informatičke velesile, ponajprije Sjedinjene Američke Države, Kanada i Japan. Konvencija je svečano potpisana 23. studenog 2001. u Budimpešti, te je predstavljena kao međunarodno pravni instrument kojim se po prvi put pravno regulira korištenje i prijenos informacija i podataka putem informacijskih i telekomunikacijskih sustava. Naime, progresivan *razvoj tehnologija rezultirao je integracijom informacijskih i telekomunikacijskih tehnologija čime dolazi do pojačane povezanosti i većih oblika njihove zlouporabe* pa se pojam *"računalni kriminalitet" zamjenjuje širim pojmom* "*kibernetički kriminalitet"*. Upravo stoga se zove Konvencija o kibernetičkom, a ne o računalnom kriminalu.

3.2. Konvencija o kibernetičkom kriminalu

Konvencija o kibernetičkom kriminalu (engl. *Convention on Cybercrime - Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 9/2002., br. 4/2004.* – u daljnjem tekstu *Konvencija*)[29] predstavlja oblik međunarodnog ugovora. Također, ova je Konvencija

28 Šire o tome vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Kriminologija i socijalna patologija*, Pravni fakultet Zagreb i dr., 1987., str. 17.

29 Konvencija o kibernetičkom kriminalu Država članica Vijeća Europe potpisana je u Budimpešti 23. rujna 2001. godine. Njeno je značenje, među inim, i u tome što prelazi granice Vijeća Europe, jer su je osim članica toga Vijeća prihvatile SAD, Kanada, Japan i Južna Afrika. Povijesno gledano, Konvencija je nastala tako da je Vijeće Europe 1997. godine osnovalo posebnu komisiju, Committee of Experts On Crime in Cyber Space, čiji je zadatak bio utvrditi stanje i započeti rad na međunarodnim instrumentima za borbu protiv kriminala na internetu. Nakon tri godine rada u tajnosti, Nacrt konvencije prvi put je predstavljen javnosti krajem 2000. godine. Njime je predviđeno da će stranke usvojiti zakonska i druga rješenja nužna da se

ujedno i prvi međunarodni ugovor o kaznenim djelima počinjenim putem interneta i drugih računalnih mreža koje se posebno bave kršenjem autorskih prava, računalnih kaznenih djela vezanih uz prijevare, dječju pornografiju i povrede sigurnosti mreže. Na određen način računalni kriminalitet, u današnjem suvremenom dobu neslućenog tehnološkog napretka, može se definirati komprimiranjem Preambule Konvencije u kojoj se ističe da je *ratio* donošenja Konvencije odvraćanje od *postupaka usmjerenih protiv tajnosti, cjelovitosti i dostupnosti računalnih sustava, mreža i računalnih podataka, kao i za odvraćanje od njihovih zlouporaba, jer utvrđuje, na način opisan u ovoj Konvenciji, kriminalizaciju takvog ponašanja.*[30] Konvencija o kibernetičkom kriminalu dopunjena je *Dodatnim protokolom uz Konvenciju o kibernetičkom kriminalu* o inkriminiranju djela rasističke i ksenofobne naravi počinjenih pomoću računalnih sustava *(Narodne novine – Međunarodni ugovori br. 4/2008.)*.

Kibernetički kriminal prema tekstu Konvencije definira inkriminacije vezane uz internet prema sljedećim grupama: *grupu djela protiv tajnosti, nepovredivosti i dostupnosti podataka spremljenih na računala i samih sustava* (ovdje spadaju takve povrede kao što su neovlašteni pristup računalu; *neovlašteno presretanje podataka; neovlašteno mijenjanje i uništavanje podataka, zloupotreba računala i programa radi počinjenja kaznenih djela, ometanje nesmetanog rada računala*, itd.); *kaznena djela poput prijevare i krivotvorenja uz pomoć računala; kaznena djela vezana uz sadržaj podataka na računalima, prvenstveno uz distribuciju i širenje dječje pornografije; djela vezana uz kršenje autorskih i srodnih prava.*[31]

Također, nakon kaznenih djela slijede i odredbe o sankcioniranju pomaganja i prikrivanja pri izvršenju gore navedenih djela te o kaznenoj odgovornosti pravnih osoba za navedena kaznena djela.

Ono što je zajedničko svim državama i ono na temelju čega se Konvencija temelji je suglasnost da je potrebno voditi zajedničku kaznenu politiku usmjerenu su zaštiti društva od računalnog kriminala. Nadalje, dužnosti su država potpisnica da u svoj kaznenopravni sustav unesu odredbe koje će osigurati da kaznena djela mogu biti

u domaćem zakonodavstvu mogu goniti počinitelji kaznenih djela protiv tajnosti, integriteta i dostupnosti kompjuterskih podataka i sustava, kaznenih djela u vezi s kompjutorom, sadržajem i povredama autorskih i srodnih prava. Nacrtom je predviđeno i rješavanje procesnih pitanja vezanih za pretragu i pribavljanje dokaza, ovlaštenja redarstvenih vlasti, nadležnost suda, izručenje počinitelja, uzajamnu suradnju te obveze internet providera. O tome vidi ŠKRTIĆ, D., *Implementacija odredbi Konvencije o kibernetičkom kriminalu u hrvatsko Kazneno i Kazneno procesno pravo*, 10. SLOVENSKI DNEVI VARSTVOSLOVJA, Varstvoslovje med teorijo in prakso, UM, Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana, 4. - 5. junij 2009, Zbornik prispevkov, str. 1 – 12.

30 Usp. Preambula Konvencije, NN MU br. 9/2002.

31 Na nekoliko mjesta u Konvenciji spominje se obveza zemalja potpisnica da u svoj pravni poredak unesu odredbe koje će omogućiti i pristup i pretragu podataka na računalima korisnika osumnjičenih za počinjenje neke od inkriminacija gore opisanih. Poseban je naglasak stavljen i na omogućavanje suradnje između država potpisnica u vezi s istražnim radnjama. To je pogotovo očito u odredbama koje određuju dužnost država potpisnica da osnuju službu koja će biti 24 sata na raspolaganju ako se pojavi potreba za suradnjom glede nadgledanja prometa na dijelu mreže u nadležnosti neke od država potpisnica. Izvorni tekst vidi u *Convention on cybercrime,* Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, 2001. Dostupno na http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm (05. 12. 2016.).

kažnjavana s efektnim kaznama, uključivši i kaznu zatvora. [32]

Cilj je Konvencije ponajprije: *usklađivanje domaćeg kaznenog materijalnog prava, elementi djela i povezanih odredbi u području* kibernetičkog kriminaliteta; *pružanje ovlasti za domaće kazneno procesno pravo nužne za istragu i progon tih kaznenih djela, kao i druga djela počinjena pomoću računalnog sustava ili dokaza u elektroničkom obliku; postavljanje brzog i djelotvornog režima međunarodne suradnje*.[33]

Pomnijom analizom kazneno-materijalnih odredbi Konvencije (čl. 2 – 10.) dolazi se do zaključka da se kaznena djela mogu grupirati u dvije skupine. U prvoj skupini su kaznena djela koja se mogu primijeniti na računalni sustav i na računalne podatke. Unutar te skupine su dvije podskupine. Podskupina inkriminacija protiv tajnosti, cjelovitosti i dostupnost računalnih podataka i sustava – *nezakoniti pristup (čl. 2. Konvencije), nezakonito presretanje (čl. 3.), ometanje podataka (čl. 4.), ometanje sustava (čl. 5.) i zlouporaba naprava (čl. 6.) te podskupina s dva modificirana klasična kaznena djela – računalno krivotvorenje (čl. 7.) i računalna prijevara (čl. 8.)*. Drugu skupinu čine kaznena djela sa sadržajem informacija kao bitnom komponentom njihova bića, računalnim podatcima u svezi s komunikacijom, stvorenih pomoću računalnog sustava kao dijela komunikacijskog lanca, a koji naznačuju podrijetlo komunikacije, njeno odredište, put, vrijeme, datum, veličinu, trajanje i vrstu te usluge (*podaci u prometu* – čl. 1.d Konvencije).[34]

Također, navedeni delikti od čl. 2. do čl. 8 mogli bi se definirati i kao *računalni kriminalitet u užem smislu, kao katalog tradicionalnog, postojećeg kataloga kaznenih djela*. U definiciji *računalnog kriminaliteta u širem smislu* taj je katalog proširen na *kaznena djela vezana uz dječju pornografiju* (čl. 9. Konvencije) i *kaznena djela povrede autorskih i srodnih prava* (čl. 10. Konvencije).[35]

---

32 Potpisivanjem Konvencije o kibernetičkom kriminalu Vijeće Europe pokušalo je dati smjernice u borbi protiv računalnog kriminala, pogotovo onog vezanog za internet. O tome vidi TURKALJ, K., *Kako se Europska Unija suočila s modernom prijetnjom terorizma? Gdje je tu Hrvatska kao država u procesu pristupanja Europskoj Uniji?*, Hrvatska pravna revija, br. 11., godina VII., studeni 2007., str. 1- 16.

33 Upravo područje računalnog kriminaliteta najjasnije nameće potrebu izgradnje međunarodnog kaznenog prava: *solidarnost i suradnja među državama, eliminiranje relacije momenta, djelotvorna borba s kriminalitetom, pravičnost, zaštita prava i sloboda čovjeka, humanitarni pristup*. O tim načelima, na tragu kojih je i ujedno i kreirana Konvencija vidi u ZLATARIĆ, B., *Međunarodno krivično pravo*, (priredio: Šeparović, Z.), Informator, Zagreb, 1979., str. 33 – 37.

34 Tako i šire PAVLOVIĆ, Š., *Kompjutorska kaznena djela*, Kompjuterska kaznena djela – I. dio", Hrvatska pravna revija, br. 4, 2004., str. 44.

35 Radnje počinjenja djela iz čl. 9. Konvencije postoje u inkriminacijama Glave XIV. KZ (Kaznena djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa) – iskorištvanaja djece ili maloljetnika za pornografiju (čl. 196.) i upoznavanja djece s pornografijom (čl. 197.). Usp. KZ čl. 196. i 197. Također, kaznena djela povrede autorskih i srodnih prava iz čl. 10. Konvencije u Glavi XVII. KZ–a (kaznena djela protiv imovine) – povreda prava autora ili umjetnika izvođača (čl. 230.) i povreda prava proizvoditelja zvučne slike ili slikovne snimke i prava u svezi s radio difuzijskim emisijama (čl. 231.) te u čl. 188. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (Narodne novine, br. 167/2003.). O tome vidi šire u ZLATOVIĆ, D., *Položaj autorskog prava u informacijskom društvu,* Hrvatska pravna revija, br. 3., god. IX., 2009., str. 35–42. Vidi i MOSLAVAC, B., *Kaznenopravne odrednice autorskog prava*, Hrvatska pravna revija, br. 10.,

3.3. Izmjene Kaznenog zakona i usklađivanje sukladno Konvenciji od trenutka potpisa Konvencije

Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju o kibernetičkom kriminalu 23. studenog 2001. godine, a obveze koje su time preuzete odnosile su se na izmjenu Kaznenog zakona u koji je trebalo uvesti nova kaznena djela, i to: *nezakoniti pristup, nezakonito presretanje, ometanje podataka, ometanje sustava, zloporabu naprava, kompjutorsko krivotvorenje, kompjutorsku prijevaru, djela vezana uz dječju pornografiju i autorska prava,* u slučajevima kada se računala i internet koriste za zločin, tj. upravo ona djela za koja je rečeno da kompjutorski kriminalitet još uvijek ne predstavlja jedinstvenu fenomenološku kategoriju s jasno određenim i definiranim djelima koje bi trebao obuhvaćati. Također je trebalo uvesti i djela koja uključuju pokušaj, pomaganje i poticanje na sva ova već navedena djela.[36]

Najveća intervencija bila je unošenje u Kazneni zakon definicije kojom su inkriminirane nove zloupotrebe, tako da su od tada uz *oštećenje, izmjenu, brisanje, uništenje ili druge načine zlouporabe podataka* koji ih čine neuporabljivim, kažnjivi i svi načini kojima se oni čine nedostupnima. Ta je novina posebno bitna u situacijama u kojima podatci nisu izbrisani ili oštećeni, ali im se ne može pristupiti zbog djelovanja malicioznih programa, ponajprije virusa, tzv. "crva" i "trojanskih konja". Time se napokon programima i podatcima osigurava jednaka zaštita kao i tjelesnim predmetima. Naime, do sada se krađa računalnih podataka nije smatrala krađom, jer podatci nisu fizički ukradeni iz računala. Činjenicu da su prekopirani i dostupni drugima zakon nije uvažavao. Ovom se izmjenom rješava primjena KZ-a u praksi tih slučajeva.[37]

Novost je bila i sankcioniranje "onemogućavanja ili otežavanja rada ili korištenja" računala ili računalne komunikacije, kao još jedan način kažnjavanja izrade i prijenosa malicioznih programa, ali i sve druge načine uskraćivanja usluga, tzv. *Denial of Service* (DoS) napada. Interpretacija ove norme daje i mogućnost kažnjavanja tzv. *spamminga*, slanja velikog broja *e-mail* poruka s namjerom zagušenja servera ili stroja primatelja, zbog kojeg sustav prestaje raditi. Premda je namjera zakonodavca problem *spamminga* riješiti u posebnom zakonu, ne treba isključiti ni ovu mogućnost. Predviđena kazna za sva navedena djela je novčana ili zatvorska do tri godine.

To nas dovodi do druge bitne novosti, povećanja sankcija za počinitelje koje se sada i razlikuju ovisno o tomu je li kazneno djelo počinjeno na privatnom računalu (novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine) ili "računalu, sustavu, podatku ili programu tijela državne vlasti, javne ustanove ili trgovačkog društva od posebnog javnog interesa", u kojem slučaju je sankcija isključivo kazna zatvora od tri mjeseca do pet godina. Daljnje novine odnose se na kažnjavanje neovlaštene izrade i prodaje

god. VIII, 2008., str. 74 – 86.

36 Izmjene koje su provedene ipak su samo djelomične jer nisu inkriminirana sva Konvencijom predviđena djela. Vidi šire u DERENČINOVIĆ, D., *Uvod u kriminologiju i socijalnu patologiju - s osnovama kaznenog prava,* Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004., str. 223 – 227.

37 Šire o tome vidi u PAVLOVIĆ, Š., "*op. cit*., str. 45

naprava i programa prilagođenih za činjenje kaznenih djela kibernetičkog (računalnog) kriminaliteta te kažnjavanje za pokušaj bilo kojeg od svih spomenutih kaznenih djela.

Važeći KZ, prema izmjenama iz 2015. godine, otišao je korak dalje uvevši novu glavu i članke KZ-a – Glava XXV. pod nazivom: Kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka te: Članak 266.: Neovlašteni pristup*;* Članak 267.: O*metanje rada računalnog sustava;* Članak 268.*: Oštećenje računalnih podataka;* Članak 269.: Neovlašteno *presretanje računalnih podataka;* Članak *270.: Računalno krivotvorenje; Članak 271.: Računalna prijevara; Članak 272.: Zloporaba naprava; i* Članak 273.: Teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka.[38] Time je riješeno i jedno od pitanja koje u ranijim izmjenama nije usuglašeno s Konvencijom, a radilo se o kaznenom djelu neovlaštenog pristupa podatcima ili programima, tzv. *hakingu.* Naime, Konvencija je predvidjela sankcioniranje samog neovlaštenog pristupa dok je naš tadašnji Kazneni zakon (u članku 223.) kažnjavao "samo" neovlašteni pristup "unatoč zaštitnim mjerama". To rješenje je bilo prilično zbunjujuće dok današnja definicija detaljno definira sve oblike neovlaštenog pristupa (članak 266. KZ), ometanja rada računalnog sustava (članak 267. KZ), oštećenje računalnih podataka (članak 268. KZ), neovlašteno presretanje računalnih podataka (članak 269. KZ) kao i sama teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka (članak 273. KZ) što ujedno predstavlja i novost u KZ-u.[39] Dok se to ne utvrdi, procjenu o postojanju zaštitnih mjera morat će dati sud u svakom posebnom slučaju, a hakerima ostaje izvrsna mogućnost obrane na sudu. Laički govoreći, svaki haker se može braniti da nisu postojale zaštitne mjere, jer da jesu, on ne bi mogao provaliti u sustav.[40] Osim nabrojanih novina, u članku 270. i 271. KZ-a navode se već ranije uvedena dva kaznena djela: računalno krivotvorenje i računalna prijevara koji predstavljaju najčešći oblik kaznenih djela u ovom području. Tako će pribavljanje protupravne imovinske koristi izmjenom tuđih računalnih podataka u svrhu računalne prijevare biti kažnjeno s šest mjeseci do pet godina zatvora. Na isti način bilo koji drugi oblik krađe, prijevare, pronevjere i drugih takvih djela putem informacijskih tehnologija bit će kažnjen zatvorom budući da se radi o sasvim novom, posebnom kaznenom djelu koje nije moglo biti kažnjivo prema klasičnoj interpretaciji krađe kakva je bila dostupna u ranijem Kaznenom zakonu.

U vrijeme ekspanzije elektroničke trgovine i elektroničkog poslovanja općenito, u pravnoj znanosti i primjeni prava naglasak mora biti podjednako stavljen na zaštitu elektroničkih dokumenata kao i onih papirnatih jer u postupku kriminalističke obrade upravo elektronički dokumenti predstavljaju *elektroničke dokaze.*

38 Vidi *Narodne novine,* br. 125, od 07.11.2011., Kazneni zakon: GLAVA DVADESET PETA.

39 O tzv. "hakingu" i drugim pojavnim oblicima računalnog kriminaliteta vidi šire u DRAGIČEVIĆ, D., *Novi izazovi kibernetičkog kriminala*, Hrvatska pravna revija, br. 7-8, godina V., 2005., str.153 – 16.

40 O kritici postojeće inkriminacije vidi BAČIĆ, F., PAVLOVIĆ, Š., *Kazneno pravo – Posebni dio,* Informator, Zagreb, 2001., str. 228 – 229.

4. ELEKTRONIČKI DOKAZI U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU

4.1. Pojam i vrste elektroničkih dokaza

4.1.1. Pravilna primjena pravnih pravila na pravne odnose zavisi o potpunom i pravilnom utvrđivanju činjeničnog stanja u sporu,[41] a jedan od načina utvrđivanja je i dokazivanje (lat. *argumentatio, demonstratio*). Dokazivanje je procesna djelatnost suda i stranaka uz sudjelovanje i nekih dugih sudionika u postupku radi pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja kako bi se osigurala pravilna podloga za sudsku odluku,[42] odnosno to je postupovna radnja utvrđivanja činjenica pravno relevantnih za rješenje stvari koja je predmet postupka.[43] Dokazivanje možemo definirati i kao skup procesnih radnji suda i stranaka upravljenih na utvrđivanje odgovaraju li činjenični navodi stranaka i pretpostavke suda o postojanju odlučnih činjenica istini, a jedno od sredstava za ostvarenje tog cilja su dokazna sredstva, koja su sudu izvor saznanja istine, odnosno objektivna stvarnost koja utječe na pravilnu odluku. Dokazna sredstva se u praksi i zakonu uobičajeno nazivaju "dokazi". Zakon o parničnom postupku (Urednički pročišćeni tekst, "Službeni list", broj 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, "Narodne novine", broj 35/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – čl. 50. Zakon o arbitraži, 117/03, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 43/13 - Rješenje USRH i 89/14 – OUSRH, dalje – ZPP) ne daje definiciju dokaza, odnosno dokaznog sredstva. Dokaz je pojam koji se u pravnom i laičkom govoru koristi u više značenja.[44] Dokaz ili dokazno sredstvo je izvor, odnosno nositelj informacija od kojih sud dobiva obavijesti o činjenicama važnim za donošenje odluke,[45] to je svako sredstvo saznanja koje je podobno da kod suca stvori uvjerenje o istinitosti činjeničnih tvrdnji,[46] kao i ono (činjenica) iz čega se čulnim opažanjem crpi saznanje o postojanju ili nepostojanju činjenice čije je utvrđivanje važno u parnici.[47]

41 Tako TRIVA, S. – DIKA, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004., dalje – TRIVA-DIKA, str. 480.

42 Vidi MATIĆ, I., *Dokazivanje – pojam dokazivanja*, slajd 2, http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/DOKAZIVANJE_39340.pdf.

43 Usp. AVIANI, D., *Dokazivanje*, http://www.pravst.unist.hr/dokumenti/novosti/blog/blog_dodfile_dokazivanje.pdf.

44 Terminu dokaz (njem. *Beweis)* u praksi i procesnopravnoj teoriji pridaju se različita značenja. U jednom značenju dokaz su podatci određene dokazne vrijednosti do kojih se dolazi ispitivanjem tzv. dokaznih sredstava (*media probandi*) na temelju kojih sud zaključuje o činjenicama koje treba utvrditi; u drugom - sama ta dokazna sredstva; u trećem smislu sam uspješan rezultat dokazivanja. Tako i podrobnije o tome kod DIKA, M. - ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 1999., dalje – DIKA-ČIZMIĆ, str. 50-51. Drugim riječima izraz dokaz upotrebljava se da označi dokazno sredstvo (izvor saznanja o činjenicama); sadržaj obavijesti koje proizlaze iz dokaznog sredstva te uspješan rezultat provjeravanja istinitosti tvrdnje koja je neposredni predmet dokazivanja. TRIVA-DIKA, str. 482.

45 Vidi KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004., str. 277.

46 Tako STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo*, prva sveska – *Parnično procesno pravo*, Niš, 2010., str. 428.

47 Usp. TRIVA-DIKA, str. 482.

ZPP među dokazna sredstva ubraja predmete očevida, isprave, svjedoke, stranke, vještake i tumače. Dokazna sredstva se u procesnopravnoj teoriji, s obzirom na objektivne osobine, uobičajeno dijele u dvije vrste: osobna (svjedoci, vještaci, tumači i stranke) i stvarna (isprave i predmeti očevida). Ovo zakonsko nabrajanje dokaznih sredstava nije taksativno pa stranke u pogledu utvrđivanja njihovih činjeničnih navoda mogu predlagati i druga raspoloživa sredstva saznanja. Teško je vjerovati da se u dogledno vrijeme može pojaviti izvor informacija koji se zbog sadašnje određenosti vrsta dokaznih sredstava ne bi mogao upotrijebiti u svrhu dokazivanja, odnosno koji se ne bi mogao uvrstiti u neko od sada predviđenih dokaznih sredstava. To bi dopustilo da se zaprimanje ili ishođenje informacije nedopušteno provede izvan propisanih postupovnih pravila (primjerice, da se s istim pravnim učinkom umjesto saslušanja svjedoka pred sudom, upotrijebi pisana izjava svjedoka).[48]

Svaka stranka dužna je iznijeti činjenice i predložiti dokaze na kojima temelji svoj zahtjev ili kojim pobija navode i dokaze protivnika (ZPP, čl. 219. st. 1.). ZPP ne propisuje izrijekom elektronička sredstva kao dokazno sredstvo, ali je jasno da ona to mogu biti jer se putem njih može u postupku utvrđivati istinitosti tvrdnje koja je neposredni predmet dokazivanja.

4.1.2. Danas gotovo sva nacionalna zakonodavstva poznaju pojam elektroničkog (elektronskog, digitalnog) dokaza, i imaju određena pravila koja uređuju načine na koje se elektronički podatci, odnosno dokumenti, mogu upotrijebiti kao dokazna sredstva. Elektronički dokazi počeli su se pojavljivati u sudskim i drugim postupcima usporedno s povećanjem važnosti elektroničkih tehnologija, posebno računala, u svakodnevnoj komunikaciji i poslovanju. Elektronički dokaz definira se kao "dokument u elektronskom obliku koji se koristi u pravnim poslovima i drugim pravnim radnjama, kao i u upravnom, sudskom i drugom postupku pred državnim organom". S obzirom na to da ovakvi dokumenti imaju snagu javne isprave, logično je očekivati da će se pojavljivati u većoj mjeri u različitim postupcima pred državnim tijelima.[49]

Elektronički dokazi su specifični po tomu što sudu ili drugom organu pred kojim se vodi postupak mogu biti predstavljeni i u neelektroničkoj formi. Primjerice, komunikacija e-poštom može se predstaviti u "izvornoj" formi, računalom ili nosačem/čitačem elektroničkih podataka, ali se također može provesti i u papirnatoj formi kao tiskana elektronička pošta.[50] Elektronički dokazi posebna su vrsta stvarnih/materijalnih dokaza, novi instrument kojim je moguće dokazivati i kao takvi dobivaju sve veću važnost u sudskim postupcima. Oni su informacije i podatci koji imaju dokaznu vrijednost i mogu se koristiti u sudskom postupku, a pohranjeni su ili se prenose putem elektroničkih uređaja.[51]

Elektronički dokaz je svaki elektronički zapis koji je nastao na računalu ili

48 Tako KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004., str. 277.

49 Usp. PRLJA, D.- RELJANOVIĆ, M. – IVANOVIĆ, Z., *Internet pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012., str. 145.

50 Vidi PRLJA, D.- RELJANOVIĆ, M. – IVANOVIĆ, Z., *Internet pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012., str. 145.

51 Tako BANOVIĆ, B., *Kompjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti*, Bezbednost, god. 1., 2003., str. 36.

sličnom uređaju, od strane čovjeka ili je automatski generiran, a koji može služiti u dokaznom postupku pred sudom ili drugim državnim tijelima.[52] To je svaka (binarna) informacija u digitalnom obliku koja ima dokazujuću vrijednost i koja je generirana, obrađivana, pohranjena ili prenesena u digitalnom obliku,[53] i koji služi kao sredstvo uvjeravanja u vjerodostojnost neke isprave.[54] Elektroničkom dokumentu ne može se osporiti valjanost ili dokazna snaga samo zato jer je sačinjen u elektroničkom obliku. Elektronički dokazi predstavljaju kombinaciju različitih informacija poput teksta, slike, audio i videosnimke i sl.[55]

Pravni propisi mogu se primijeniti na elektronički dokaz zahvaljujući interpretativnom načelu analogne primjene normi, što je posebno bitno zbog činjenice što za takvu vrstu dokaza ne postoje posebne norme.[56]

ZPP ne definira ni pojam "(elektronički) dokument".[57] Međutim, iz sudske prakse europskih i nacionalnih sudova dade se zaključiti da taj pojam uključuje fotografije, dijagrame, karte, fotografski film, magnetofonske vrpce, diskove, računalne baze podataka i sl. U tom smislu pojam elektroničkog (digitalnog) dokaza uključuje kompjutorski pohranjene i generirane dokazne informacije i podatke, digitalizirane audio i video signale, podatke s digitalnog mobilnog telefona, podatke s digitalnih faks uređaja i podatke s drugih digitalnih uređaja.[58] Kao dokaz u sudskom postupku može se upotrijebiti i ispisani tekst koji je generiralo samo računalo ili ga je samo arhiviralo (tzv. rukopis osobe u elektroničkoj formi), tekst obrađen procesorima za elektroničku poštu, zapisi iz aktivnosni diskutirajućih skupina (foruma i blogova) i virtualnih soba za razgovor ("*chat-rooms"*), zapisi provajdera koji se tiču identifikacije korisnika (internet protokoli), telefonski zapisi, zapisi govornih automata i sl.[59] Elektronički

52 *Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE), Digital Evidence: Standards and Principles*, Forensic Science Communications, vol. 2, 2/2000, str. 1.

53 Vidi PISARIĆ, M., *Elektronski zapisi kao dikazi u krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 43., 2009., br. 2., str. 521.; PETROVIĆ, D. L., *Digitalni dokazi*, rad na savjetovanju ZITEH 2004., podatak na stranici https://singipedia.singidunum.ac.rs/izdanje/40058-digitalni-dokazi, str. 2.

54 Tako *Dopustivost elektroničkog dokaza pred sudom: Suzbijanje visokotehnološkog kriminala – I. dio*, Odvjetnik, 5-6/2007., str. 39.

55 Usp. PROTRKA, N., *Računalni podaci kao elektronički (digitalni) dokazi*, Policija i sigurnost, god. 20., 2011., broj 1, str. 2.

56 Vidi *Dopustivost elektroničkog dokaza pred sudom: Suzbijanje visokotehnološkog kriminala – I. dio*, Odvjetnik, 5-6/2007., str. 41.

57 Elektronički dokument bilo je koji elektronički medijski sadržaj (osim računalnih programa i sistemskih datoteka) koji je namijenjen korištenju u elektroničkom ili pisanom obliku (*Elektronički dokument*, https://hr.wikipedia.org/wiki/Elektroni%C4%8Dki_dokument), napravljen, odnosno generiran na računalu, koji nema svojstva elektroničke isprave (*Uredba o uredskom poslovanju*, "Narodne novine" broj 7/2009, čl. 4. razdjel 4.), a predstavlja elektronički oblik papirnatog dokumenta. (*Osnovni pojmovi, OptimIT*, http://www.optimit.hr/hr/edi/-/asset_publisher/6a93Ij7DSOHe/content/osnovni-pojmovi).

58 Tako KER, O., *Digital evidence and new criminal procedure*, "Columbia law review", vol. 105, 2005., No. 1, p. 283., podatak kod PISARIĆ, M., *Elektronski zapisi kao dikazi u krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 43., 2009., br. 2, str. 522.

59 Usp. NIKOLIĆ, V., *Otkrivanje i praćenje kompjuterskog kriminala*, Bezbednost, Beograd, vol. 46., 2004., broj 2., str. 273.

dokaz kao generički pojam obuhvaća analogni dokaz (primjerice, audio trake, gramofonske/vinilne ploče, fotografski film, telefonski poziv i sl.) i digitalni dokaz (sve što je kreirano ili se čuva u kompjutoru, što je napravljeno na način koji predviđa internet, CD, DVD, MP3, MP4, digitalni signal i sl.).[60]

Elektronički dokazi se u tom smislu ne razlikuju prema svojoj svrsi, pa samim time ni prema načinu izvođenja i upotrebe u različitim postupcima, od ostalih dokaza. Pravila koja važe za ostale, uvjetno nazvane "obične" dokaze, primjenjuju se shodno i na elektroničke dokaze. Treba, ipak, imati na umu da postojeća pravila i metode prikupljanja dokaza nisu u potpunosti primjenjiva kod (svih) dokaza u elektroničkom obliku. Elektronički dokazi se ipak razlikuju od klasičnih dokaznih sredstava po nekoliko karakteristika koje su posljedica njihove prirode. Ponajprije zbog toga što oni nastaju u prostoru elektroničkih komunikacija i elektroničkih podataka.[61] Za razliku od ostalih, elektronički dokazi prolaze dvostruku provjeru u sudskom postupku – provjeru njihove izrade, pohrane, prijenosa, čuvanja, vjerodostojnosti i nepromjenjivosti s jedne strane (arg. Zakon o elektroničkoj ispravi, čl. 12. st. 2.), a s druge ocjenu njihove dokazne snage.

Prednosti elektroničkog dokaza u odnosu na obične, tradicionalne dokaze su: objektivnost, točnost, pouzdanost, vjerodostojnost, dostupnost, održivost, trajnost i neutralnost informacije; jednostavnost i brzina prikupljanja i korištenja te vrste dokaza; smanjenje troškova dostave i dr. Nedostatci su: nedostatak sredstava provjere autentičnosti, nedovoljno poznavanje postupka obrade podataka i tumačenja postupovnog prava u tom pogledu, jednostavnost kojom se tim dokazima može manipulirati, nepoznavanje načina očuvanja i ispravnog pohranjivanja elektroničkog dokaza, nedostatak primjerenih i sustavnih zakonskih propisa, oskudnost sudske prakse, nedostatak tehničke infrastrukture u pravosudnim tijelima, nužnost specifičnih znanja i sl. [62]

4.2. Prikupljanje podataka i procjena elektroničkih dokaza

Prikupljanje podataka i dokaza najosjetljiviji je korak u području računalnog kriminaliteta i obavlja se putem računalne forenzičke analize. Eventualne pogreške u ovom stupnju mogu značiti nepovratan gubitak dokaza, bilo zbog njihova oštećenja ili zbog gubitka njihove vjerodostojnosti zbog neprimjerenih metoda prikupljanja. Zbog toga je potrebno pažljivo isplanirati postupak prikupljanja dokaza, s posebnim naglaskom na ranjive dokaze, te koristiti odgovarajuće programske alate.

Prije prikupljanja elektroničkih dokaza potrebno je izvršiti temeljitu procjenu danog slučaja i na temelju toga odrediti smjer daljnjeg djelovanja. U okvir takve

60 Vidi MASON, S., *International electronic evidence*, British Institute of International and Comparative Law, 2008., str. 35., podatak kod PALAČKOVIĆ, D., *E – dokument i E- isprava – Legislativa i mogućnost primene u parničnom postupku*, Pravni život, Beograd, godina LX, knjiga 549, 2011., br. 11., str. 787.

61 Tako RELJA, D.- RELJANOVIĆ, M. – IVANOVIĆ, Z., *Internet pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012., str. 145.

62 U tom smislu kod *Dopustivost elektroničkog dokaza pred sudom: Suzbijanje visokotehnološkog kriminala – I. dio*, Odvjetnik, 5-6/2007., str. 44.

procjene ulaze nalog za pretraživanje, detalji slučaja, vrsta ispitivanog sklopovlja i programske podrške, potencijalni dokazi koje se traži te uvjeti njihova prikupljanja. Nepohranjivanjem elektroničkih dokaza istražitelji se dovode u opasnost od gubitka istih te nemogućnosti nastavka daljnjeg procesa RFA.[63] Stoga je u razgovoru s voditeljem istrage potrebno razmotriti: primjenu ostalih forenzičkih postupaka nad dokazima (DNA analiza, prikupljanje otisaka prstiju, traženje tragova mehaničke obrade i sl.); važnost opreme pronađene uz računalo (npr. kreditne kartice, skeneri, pisači ili digitalne kamere); ostale smjerove istrage npr. traženje podataka od pružatelja internet usluga, pronalaženje udaljenih spremišta podataka ili poruka elektroničke pošte); vrstu potencijalnih dokaza (fotografije, tablice, dokumenti, baze podataka, financijski podatci); ostale informacije vezane uz slučaj (korisnička imena, zaporke, računi elektroničke pošte, mrežne postavke, dnevnički zapisi) koje je možda moguće dobiti u razgovoru s administratorima, korisnicima ili zaposlenicima, te razinu informatičkog znanja korisnika čije se djelovanje ispituje. Po dolasku na mjesto potencijalnog zločina potrebno je utvrditi: broj i vrste računala; prisutnost računalne mreže; vrstu i količinu medija za pohranu podataka te dokumentirati gdje su pronađeni; postojanje udaljenih spremišta podataka i/ili udaljenih računala; korištene komercijalne programske pakete; o kojim se operacijskim sustavima radi; te intervjuirati sistemske administratore i korisnike. Skladištenju pronađenih dokaza potrebno je osigurati njihovu zaštitu od elektromagnetskih smetnji. Stalni izvori napajanja mogu biti potrebni ako se radi o uređajima s baterijskim napajanjem.[64]

4.3. Ranjivost (elektroničkih) dokaza

Elektronički dokazi su mnogo ranjiviji od konvencionalnih fizičkih dokaza i zbog toga je pri rukovanju potrebno se pridržavati određenih smjernica kako ih se ne bi uništilo ili oštetilo. Prvi korak u traženju dokaza na računalu često je njegovo gašenje i transport u laboratorij radi provođenja temeljite analize. Svi podatci nastali tijekom rada računala, koji nisu pohranjeni na tvrdi disk, time su nepovratno izgubljeni. Ostavljanje računala uključenim ipak ne jamči očuvanje dokaza. Ako je računalo povezano na računalnu mrežu, napadač može s udaljene lokacije izbrisati dnevničke zapise ili, neovisno o vezi na mrežu, programirati njihovo automatsko brisanje. Jednako tako, dobronamjeran korisnik radom na računalu može nesvjesno uzrokovati prepisivanje dokaza. Uništenje nije jedina opasnost koja prijeti digitalnim dokazima. Nestručnim rukovanjem oni mogu biti oštećeni i tako obezvrijeđeni u potencijalnom sudskom postupku. To se najčešće događa zbog neinformiranosti korisnika koji, nakon što su uočili zločin, pokušavaju otkriti što se točno dogodilo te tako utječu na sustav.

Glavne vrste ranjivih dokaza su: prijelazni podatci – oni koji se gube gašenjem računala i tu se ubrajaju aktivne mrežne veze ili aplikacije koje se izvode u radnoj memoriji; ranjivi podatci – iako pohranjeni na tvrdom disku, lako su izmjenjivi (primjer

63 O računalnoj forenzičkoj analizi na fizičkoj memoriji vidi više u BURDACH, M., *Digital forenzics of the physical memory,* Varšava, 2005.

64 Tako i šire CARNET, LS&S, *Osnove računalne forenzičke analize*, str. 6-7.

ovakvih dokaza su vremenske oznake posljednjeg pristupa datoteci ili direktoriju); privremeni podatci – podatci koji su pohranjeni na tvrdom disku, a moguće im je pristupiti samo u određenim vremenskim intervalima (primjer su datoteke kriptiranih datotečnih sustava).[65]

Kako bi se ranjivi dokazi očuvali potrebno ih je što prije pohraniti na siguran medij. Tvrdi disk ispitivanog računala nije prikladan za to jer i sam može sadržavati dokaze koji bi na ovaj način mogli biti uništeni ili oštećeni.[66] Pri pohrani ranjivih dokaza potrebno je koristiti što manje radne memorije kako bi se o čuvao njezin sadržaj. Umetanje tvrdog diska u ispitivano računalo nije prihvatljivo jer zahtijeva njegovo gašenje. Ne preporuča se niti korištenje USB ili *Firewire* prijenosnih medija jer se njihovim spajanjem mijenja stanje ispitivanog sustava. Najbolji način za prikupljanje ranjivih dokaza uporaba je računalne mreže. Kako bi se ispitivano računalo zaštitilo od daljnjih napada i kako bi se prikrila istraga, računalo je po otkriću napada potrebno isključiti s mreže. Njegovim spajanjem na privatno čvorište *(*eng. *hub*) omogućuje se prijenos podataka. Pritom drugo računalo, korišteno za prikupljanje dokaza, treba prilagoditi mrežnim postavkama ispitivanog računala.

Prije svega je potrebno dohvatiti i pohraniti sadržaj radne memorije ispitivanog računala i to u manjim paketima kako bi se izbjeglo prepisivanje ostatka radne memorije. Nakon što je sadržaj radne meorije pohranjen može se pristupiti dohvaćanju ostalih podataka, bez ograničenja na veličinu paketa.[67]

Također, ako su informacije i podatci koji se nalaze na računalu pravno relevantni, a istražitelji znaju što traže, bit će moguće u vrlo kratkom roku dokazati da je dokaz ono što on kaže da jest te da dolazi s lokacije za koju on kaže i da dokaz nije bio mijenjan ili oštećen na bilo koji način. Što se elektroničkih dokaza tiče, ovo može biti vrlo teško jer su elektronički dokazi lako promjenjivi kao što je već ranije istaknuto. Stoga je važno biti promišljen, slijediti ranije navedene korake prikupljanja podataka i elektroničkih dokaza: njihove procjene i zaštite ranjivosti, i nadasve upoznat s tehnologijom koja se istražuje.

5. ELEKTRONIČKE ISPRAVE KAO ELEKRONIČKI DOKAZI U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU

Iako ZPP ne predviđa razliku između dokaznih sredstava glede njihove dokazne snage, u pravilu su isprave najpouzdanije dokazno sredstvo. ZPP ne daje ni definiciju isprave. Prema stajalištu procesnopravne teorije, isprave su predmeti koji sadrže obavijesti o činjenicama, sastavljene u pisanom obliku. U građanskom postupovnom pravu isprava, kao stvarno dokazno sredstvo, je svaki predmet na kojemu je pismom zabilježena neka misao,[68] odnosno svaki predmet na kojem je znakovima pisma

65 Ibid., CARNET, LS&S, str. 7

66 O postupiku forenzičke analize elektroničkih dokaza i primjerima iz prakse vidi ASHCROFT, J., DANIELS, D. J., HART, S. V., *Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law nforcment,* U.S. Department of Justice, 2004.

67 Tako i šire CARNET, LS&S, str. 7-8

68 Tako TRIVA, S. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo,* Zagreb, 2004., str. 511.

uneseno neko priopćenje, izjava, misao ili drugi takav podatak,[69] na kojemu je pisanim znacima izražena određena tvrdnja ili iznesena neka činjenica.[70] Tjelesni predmet od kojega je isprava sačinjena osigurava postojanost, trajnost i potpunost onoga što isprava sadrži.[71] Predmeti očevida nisu isprave ako na njima nisu zabilježene misli. Isto značenje imaju i obavijesne stvari poput graničnih znakova, koji sadrže otjelovljenje misli, ali bez upotrebe pisma.[72]

Prema izdavateljima, isprave se dijele na javne i privatne. Kod privatnih isprava na kojima je javno ovjerovljen potpis izdavatelja, značenje javne isprave ima samo ta ovjera (legalizacija). Isprava je autentična ako ju je izdala osoba koja je na njoj označena kao njezin izdavatelj. Ona je lažna ako ne potječe od osobe koja je na njoj označena kao njen izdavatelj.[73] Stranka koja predlaže dokaze ispravom dužna je ispravu individualizirati označavanjem imena izdavatelja, predmeta na koji se ona odnosi, mjesta i datuma sačinjavanja, kao i da uz pripremni podnesak priloži prijepis isprave, a na raspravi pokaže sudu izvornik.[74]

U pravilu je isprava napisana na papiru, ali bi bila valjana ako je napisana i na koži, drvetu, kamenu, metalu, staklu ili na drugom predmetu i materijalu koji mogu trajnije očuvati pisani zapis. Za ocjenu ima li predmet karakter isprave nije bitna ni vrsta pisma i jezika na kojemu se piše, niti je presudno koriste li se uz slova i drugi znakovi (crteži, matematički, geometrijski i drugi znakovi, note i sl.).[75] Za pojam ovog dokaznog sredstva nije bitna ni vrsta znakova (pisana slova, tiskana slova, stenografski znakovi), kao ni sredstva kojima su ti znakovi naneseni na predmet (tinta, olovka, tuš, pisač, pisaći stroj),[76] pa ni to je li sastavljena u svrhu dokazivanja ili nije. Dokazivanje ispravom izvodi se čitanjem isprava, što je vrlo blisko izvođenju dokaza očevidom.[77] Kada se radi o planovima, skicama, graničnim znacima, magnetofonskoj vrpci, gramofonskoj ploči, fotografijama, konvencionalnim znakovima i sl.,[78] primjenjuju se pravila o izvođenju dokaza očevidom, pa postoji mišljenje da bi se to moralo primijeniti i na e-zapis.[79]

Javna isprava jest isprava koju je u propisanom obliku izdalo državno tijelo u granicama svoje nadležnosti te isprava koju je u takvom obliku izdala pravna ili fizička osoba u obavljanju javnog ovlaštenja koje joj je povjereno zakonom ili propisom

69 Vidi KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004., str. 298.
70 Usp. POZNIĆ, B. – RAKIĆ VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010., str. 332.; STANKOVIĆ, G. – RAČIĆ, R., *Građansko procesno pravo, Prva sveska – Parnično procesno pravo*, Podgorica, 2010., str. 421.
71 Vidi STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo*, prva sveska – Parnično procesno pravo, Niš, 2010., str. 431.
72 Tako TRIVA, S., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 420.
73 Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 407-410.
74 Vidi odluku Višeg trgovinskog suda, Pž. - 5227/05 od 23. 1. 2006. godine.
75 Tako KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004., str. 298.
76 Usp. POZNIĆ, B. – RAKIĆ VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, 15. izmijenjeno i dopunjeno izd., Savremena administracija; Beograd, str. 252.
77 Vidi KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004., str. 298.
78 Tako TRIVA – DIKA, str. 511.
79 Usp. PALAČKOVIĆ, D., *E – dokument i E- isprava – Legislativa i mogućnost primene u parničnom postupku*, Pravni život, Beograd, godina LX, knjiga 549, 2011., br. 11., str. 771.

utemeljenim na zakonu. Javna isprava dokazuje istinitost onoga što se u njoj potvrđuje ili određuje (ZPP, čl. 230. st. 1.). Istu dokaznu snagu imaju i druge isprave koje su posebnim propisima u pogledu dokazne snage izjednačene s javnim ispravama (ZPP, čl. 230. st. 2).[80] Ako međunarodnim ugovorom nije što drugo određeno, inozemne javne isprave koje su propisno ovjerene imaju, uz uvjet uzajamnosti, istu dokaznu snagu kao i domaće javne isprave (ZPP, čl. 231.). Dopušteno je dokazivati da su u javnoj ispravi neistinito utvrđene činjenice ili da je isprava nepravilno sastavljena (ZPP, čl. 230., st. 3.).

Pojam privatne isprave trebalo bi negativno odrediti kao one isprave koje nisu javne. Uz privatne se isprave ne bi vezivala nikakva presumpcija glede njihove autentičnosti. Ako bi se ona osporila, teret dokaza glede njezine autentičnosti bio bi na onome koji je njome trebao dokazati neku činjenicu. Dokaznu snagu tih isprava glede istinitosti njihova sadržaja sud bi trebao procjeniti po slobodnoj ocjeni dokaza, pa stoga u ZPP-u nema odredaba o presumptivnoj dokaznoj snazi privatnih isprava.[81] Privatnu ispravu, upravo jer se uz nju ne veže presumpcija istinitosti, treba posebno vrednovati u sklopu svih ostalih provedenih dokaza.[82]

U postupcima koji se vode pred tijelima javne vlasti i arbitražama kao dokaz mogu se koristiti i elektroničke isprave (arg. ZEI, čl. 12. st. 1.). Elektronička isprava jednoznačno je povezan cjelovit skup podataka koji su elektronički oblikovani (izrađeni pomoću računala i drugih elektroničkih uređaja), poslani, primljeni ili sačuvani na elektroničkom, magnetnom, optičkom ili drugom mediju, i koji sadrže svojstva kojima se utvrđuje izvor (stvaratelj), vjerodostojnost sadržaja te dokazuje postojanost sadržaja u vremenu. Sadržaj elektroničke isprave uključuje sve oblike pisanog teksta, podatke, slike i crteže, karte, zvuk, glazbu, govor (ZEI, čl. 4. točka 1.). Upravo zato ne može se tvrditi da su elektronička isprava i elektronički dokument istovjetna stvarna dokazna sredstva kao što su to isprave u papirnatom obliku, nego se u slučaju pohrane drugih oblika sadržaja, osim pisanih, moraju primjenjivati pravila o očevidu.[83] Svrha elektroničke isprave jest kreiranje pravno valjanog iskaza volje danog u elektroničkom obliku koji ima određeni sadržaj, a nedvojbeno je da potječe od određene osobe te "dokumantacijskim svojstvom" povezuje sadržaj isprave s formalnim i za pravnu valjanost takve isprave nužnim pratećim elementima.[84]

Stranka je dužna sama podnijeti ispravu na koju se poziva za dokaz svojih navoda (ZPP, čl. 232. st. 1.). ZPP predviđa različita pravila o pribavljanju, odnosno ediciji isprava, u zavisnosti o tomu tko je držatelj isprave. Pravila o ediciji isprava

80 Javnobilježničke isprave su javne isprave. Međutim, izvod iz vjerovnikove kartice dugovanja nije glede dokazne snage izjednačen s javnom ispravom (VSFBiH, Pž-131/97 od 19. 8. 1997. - objavljeno u Biltenu Vrhovnog suda FBiH, broj 2/97).

81 Tako TRIVA-DIKA, str. 515.

82 Odluka OS u Dubrovniku, Gž-435/88. - PSP 45/109. "Pisane potvrde o izvršenim isplatama naknade štete predstavljaju privatne isprave koje sud vrednuje i ocjenjuje zajedno sa svim ostalim provedenim dokazima" (ŽS u Varaždinu, Gž-1248/07-2 od 14. 1. 2008. godine, Domaća i strana sudska praksa, stručni i informativni časopis, godina V, br. 28., str. 92.).

83 Vidi LISIČAR, H., *Mogućnost i uporabe elektroničke isprave i elektroničkih dokumenata u parničnom postupku***,** Zbornik PFZ, vol. 60, (3), 2010., str. 1415.

84 Usp. VOJKOVIĆ, G., *Elektronička isprava*, zbornik radova sa savjetovanja Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 13, Organizator, Zagreb, 2006., str. 451.

reguliraju postupak pribavljanja isprava radi dokazivanja pred sudom. Odredbe su različite s obzirom na to da nalazi li se isprava kod stranke koja se na nju poziva, kod njezinog protivnika, ili kod nekoga trećeg.[85] Držimo da se navedena pravila mogu analogno primijeniti i kod edicije elektroničkih isprava.

Elektronicka isprava ima istu pravnu snagu kao i isprava na papiru, ako se njezina uporaba i promet provode u skladu s odredbama Zakona o elektroničkoj ispravi (ZEI, čl. 2.). Unatoč izrijekom propisanoj istovjetnosti i ravnopravnosti elektroničkim isprava s "običnim" (papirnatim) ispravama, iznimno za sve radnje u kojima se zakonom ili drugim propisima izričito traži javnobilježnička ovjera isprava na papiru, ne može se dostavljati elektronička isprava ili njegova preslika na papiru (ZEI, čl. 11.). Upravo zbog toga što ZPP ne daje definiciju isprave kao i zbog toga što u e-regulativi nisu propisani nužni uvjeti koje e-dokument mora ispunjavati da bi bio e-isprava i imao pravnu valjanost kao isprava sačinjena na papiru, ostaje sporno je li e- zapis koji nije otisnut isprava u smislu odredaba ZPP-a.[86]

6. UMJESTO ZAKLJUČKA – VJEŠTAČENJE ELEKTRONIČKIH DOKAZA

Konačni cilj prikupljanja i analize elektroničkih podataka i stvaranja elektroničkih dokaza, jest njihovo prezentiranje u dokaznom postupku. Ono se može ostvariti na više načina, ali je temeljna razlika u tomu provodi li se njihovo veštačenje ili samo ocjena na temelju pregleda istih, kao i jesu li oni pogodni za prezentiranje u papirnatoj formi (tiskani) ili u izvornoj – elektroničkoj formi na računalu ili drugom uređaju.[87] Podnošenje dokaza sudu u elektroničkom obliku, bez obzira na to radi li se o elektroničkoj ispravi ili o elektroničkom dokumentu, ograničeno je ponajprije mogućnošću suda da takve dokaze prihvati i pregleda. Kada je u pitanju elektronička isprava, sud neće moći pregledati njezin sadržaj ako prethodno nije omogućena uporaba infrastrukture javnog ključa. Suprotno, kada je riječ o elektroničkom dokumentu, čak i ako sud ima mogućnost uvida u njegov sadržaj, otvara se pitanje vjerodostojnosti i izvornosti tog sadržaja.[88]

Kod ocjene ispravnosti elektroničke isprave, moraju se uzeti u obzir pojedinosti o njezinoj izradi, pohrani, prijenosu, čuvanju, vjerodostojnosti i nepromjenjivosti (ZEI, čl. 12. st. 2.). Stranke su dužne dokazati autentičnost dokaza koje predlažu, a o načinu na koji će to učiniti odlučuje sud. Ako sud posumnja u autentičnost isprave, može zatražiti da se o tomu očituje tijelo od kojega bi ona trebala potjecati (ZPP, čl. 230. st. 4).

Elektronički dokazi/isprave mogu biti predmetom vještačenja, posebno u pogledu njihove autentičnosti, dokazne snage, istinitosti sadržaja i propisanog oblika. Sud će

85 Tako TRIVA-DIKA, str. 516.

86 Vidi PALAČKOVIĆ, D., *E – dokument i E- isprava – Legislativa i mogućnost primene u parničnom postupku*, "Pravni život", Beograd, godina LX, knjiga 549, 2011., br. 11., str. 778.

87 Usp. PRLJA, D.- RELJANOVI, M. – IVANOVIĆ, Z., *Internet pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012., str. 149.

88 Tako LISIČAR, H., *Mogućnost i uporabe elektroničke isprave i elektroničkih dokumenata u parničnom postupku***,** Zbornik PFZ, vol. 60, (3), 2010., str. 1415.

izvesti dokaz vještačenjem kad je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže (ZPP, čl. 250.). Pri predlaganju, odnosno određivanju vještaka mora se voditi računa o stručnim kvalifikacijama i kvalitetama onoga tko se imenuje vještakom. Vještaci se određuju, ponajprije, iz reda imenovanih stalnih sudskih vještaka za određenu vrstu vještačenja, ali stranke i sud nisu vezani za listu sudskih vještaka, nego se može po potrebi za vještaka odrediti i drugu osobu.[89] Naime, službenu listu stalnih sudskih vještaka treba shvatiti kao pomoćno sredstvo, podsjetnik, adresar osoba prikladnih za obavljanje vještačenja, i ta lista može imati samo značenje preporuke i sugestije, a ne i obvezatnog izvora.[90] Za određenu vrstu vještačenja sud može odrediti vještake i izvan reda stalnih sudskih vještaka, primjerice ako za određenu vrstu vještačenja nema stalnog sudskog vještaka ili je stalni sudski vještak spriječen ili postoji opasnost od odgađanja.

Vještačenje se može povjeriti i stručnoj ustanovi (bolnici, kemijskom laboratoriju, fakultetu i sl.). Ako postoje posebne ustanove za određene vrste vještačenja (vještačenje lažnog novca, rukopisa, daktiloskopsko vještačenje i sl.), takva vještačenja, a osobito složenija, treba povjeravati prvenstveno tim ustanovama (ZPP, čl. 252. st. 2.). Kad je vještačenje povjereno stručnoj ustanovi, ona određuje jednu ili više osoba koje će u njezino ime obaviti vještačenje.[91] Vještačenje sud može povjeriti stručnoj ustanovi posebno ako drži da je potrebno vještačenje toliko teško i složeno da na izradi nalaza i mišljenja treba raditi više stručnjaka i/ili se pri izradi nalaza i mišljenja trebaju koristiti posebna tehnička sredstva i oprema s kojom te ustanove raspolažu.

Sud bi vještačenje elektroničkih dokaza mogao prepustiti sudskom vještaku iz područja informatike, elektronike, elektrotehnike ili komunikacija, koji može sudu na jednostavan način pojasniti komplicirane tehničke sadržaje.[92] Sudski vještak za informacijske tehnologije (IT vještak), mora prethodno utvrditi izvorno stanje informatičkih dokaza te potvrditi da je informatički dokaz nepromijenjen u odnosu na izvorno stanje, što je od ključnog značenja za prihvaćanje dokaza na sudu. Podatak o tomu kako su dokazi pribavljeni, čuvani, prenošeni, zaštićeni od izmjena i kako se s njima manipuliralo, presudan je za donošenje odluke o tomu hoće li oni biti na sudu prihvaćeni ili odbačeni. Elektronički dokazi moraju zadovoljiti i sve druge zahtjeve koji se odnose na ostale sudske dokaze.[93]

LITERATURA

1. ASHCROFT, J., DANIELS, D. J., HART, S. V., Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law nforcment, U.S. Department of Justice, 2004.
2. AVIANI, D., *Dokazivanje*, dostupno na http://www.pravst.unist.hr/dokumenti/novosti/

89 Odluka VSH, Rev-1849/80 od 17. veljače 1981. - PSP 19/205.
90 Tako TRIVA-DIKA, str. 530.
91 U tom je smislu odluka VSH u odluci Rev-1001/90, od 11. rujna 1990. - PSP 50/136.
92 Usp. PROTRKA, N., *Računalni podaci kao elektronički (digitalni) dokazi*, Policija i sigurnost, god. 20, 2011., br. 1., str. 8.
93 Tako PETROVIĆ, D. L., *Digitalni dokazi*, rad na savjetovanju ZITEH 2004., podatak na stranici: https://singipedia.singidunum.ac.rs/izdanje/40058-digitalni-dokazi, str. 5.

blog/blog_dodfile_dokazivanje.pdf
3. BAČIĆ, F., Krivično pravo – opći dio, Informator, 1995.
4. BAČIĆ, F., PAVLOVIĆ, Š., Kazneno pravo – Posebni dio, Informator, Zagreb, 2001.
5. BANOVIĆ, B., Kompjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti, "Bezbednost", god. 1., 2003.
6. BOBAN, M., Information and communication technologies and the new forms of organized crime in network society, 39th International Convention on Information and Communication Technology, Electronics and Microelectronics, MIPRO 2016 - Proceedings , 2016., str. 1857-1862
7. BURDACH, M., Digital forenzics of the physical memory, Varšava, 2005.
8. CARNET, LS&S, Osnove računalne forenzičke analize, CCERT-PUBDOC-2006-11-174, 2006., dostupno na http://security.lss.hr/documents/LinkedDocuments/CCERT-PUBDOC-2006-11-174.pdf
9. CASTELLS, M., "Moć identiteta", Svezak I., Golden marketing, Zagreb, 2002.
10. CASTELLS, M., The information age: economy, society and culture, Vol. I: The rise of the network society . Cambridge: Blackwell Publishers, 2000.
11. CERF, V. G., KAHN, R. E., "A protocol for packet network interconnection", IEEE Trans. Comm. Tech., vol. COM-22, V 5, May 1974., str. 627-641
12. CHARLES W. ADAMS, C. W., Spoliation of electronic evidence: sanctions versus advocacy, 18 MICH. TELECOMM. TECH. L. REV. 1 (2011), str. 1, dostupno na http://www.mttlr.org/voleighteen/adams.pdf
13. CHORVAT, T. J., E-Discovery and Electronic Evidence in the Courtroom, "Business Law Today", Vol. 17, No. 1, Sept./Oct. 20.
14. Convention on cybercrime, Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, 2001. Dostupno na: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm
15. ČIZMIĆ, D., BOBAN, M., ZLATOVIĆ, D., Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost, Sveučilište u Splitu Pravni fakultet, Split, 2016.
16. DERENČINOVIĆ, D., Uvod u kriminologiju i socijalnu patologiju - s osnovama kaznenog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004., str. 223 - 227
17. DIKA, M. - ČIZMIĆ, J., Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1999.,
18. DRAGIČEVIĆ, A., DRAGIČEVIĆU, D., Doba kiberkomunizma, Golden marketing, Zagreb, 2003.
19. DRAGIČEVIĆ, D., Novi izazovi kibernetičkog kriminala, Hrvatska pravna revija, br. 7-8, godina V., kolovoz 2005., str.153 - 166
20. DRAGIČEVIĆ, D.: "Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi", Informator, Zagreb, 1999.
21. EVANS, C., Kompjutorski izazov, Zagreb, 1982.
22. GRBAVAC, V., Informatika, Zagreb, 1995.
23. GRBAVAC, V., PLENKOVIĆ, M., Komunikacijski sustavi na prijelazu u 21. stoljeće, Informatologija, br. 27., 1995., str. 1-5
24. HORVATIĆ, Ž., "Osnove kriminologije", Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1998.
25. KAZNENI ZAKON, Narodne novine, br. 125, od 07.11.2011., GLAVA DVADESET PETA
26. KEĆA, R. – STAROVIĆ, B., Građansko procesno pravo, Novi Sad, 2004.
27. KER, O., Digital evidence and new criminal procedure, "Columbia law review", vol. 105, 2005., br. 1.
28. KIM J. ANDREASSON, K. J., Cybersecurity: Public Sector Threats and Responses, CRC Press, 2012.
29. LISIČAR, H., Mogućnost i uporabe elektroničke isprave i elektroničkih dokumenata u parničnom postupku, "Zbornik PFZ", vol. 60, (3), 2010.
30. MASON, S., International electronic evidence, British Institute of International and

Comparative Law, 2008.
31. MATIĆ, I., Dokazivanje – pojam dokazivanja, dostupno na http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/DOKAZIVANJE_39340.pdf
32. MONROE E. PRICE, Free Expression, Globalism, and the New Strategic Communication, Cambridge University Press, 2014.
33. MOSLAVAC, B., Kaznenopravne odrednice autorskog prava, Hrvatska pravna revija, br. 10., god. VIII, listopad 2008., str. 74 - 86
34. NIKOLIĆ, V., Otkrivanje i praćenje kompjuterskog kriminala, Bezbednost, Beograd, vol. 46, 2004., broj 2.
35. NOORDA, C., HANLOSER, S., E-discovery and data privacy: a practical guide, Kluwer Law International, 2010.
36. NOUWT, S., DE VRIES, B. R., PRINS, C., Reasonable expectations of privacy?: eleven country reports on camera surveillance and workplace privacy, Cambridge University Press, 2005.
37. Odluka OS u Dubrovniku, Gž-435/88. - PSP 45/109, ŽS u Varaždinu, Gž-1248/07-2 od 14. 1. 2008. godine, Domaća i strana sudska praksa, stručni i informativni časopis, godina V, broj 28, str. 92
38. Odluka Višeg trgovinskog suda, Pž. - 5227/05 od 23. 1. 2006. godine.
39. Odluka VSH u odluci Rev-1001/90, od 11. rujna 1990. - PSP 50/136.
40. Odluka VSH, Rev-1849/80 od 17. veljače 1981. - PSP 19/205.
41. Odluka VSFBiH, Pž-131/97 od 19. 8. 1997. - objavljeno u Biltenu Vrhovnog suda FBiH, broj 2/97
42. Dopustivost elektroničkog dokaza pred sudom: Suzbijanje visokotehnološkog kriminala – I. dio, Odvjetnik, 5-6/2007.,
43. OPTIMIT, osnovni pojmovi, dostupno na: http://www.optimit.hr/hr/edi/-/asset_publisher/6a93Ij7DSOHe/content/osnovni-pojmovi
44. PALAČKOVIĆ, D., E – dokument i E- isprava – Legislativa i mogućnost primene u parničnom postupku, Pravni život, Beograd, godina LX, knjiga 549, 2011., broj 11,
45. PAVLOVIĆ, Š., Kompjutorska kaznena djela, Kompjuterska kaznena djela – I. dio, Hrvatska pravna revija, br. 4, travanj, 2004., str. 44
46. PETROVIĆ, D. L., Digitalni dokazi, rad na savjetovanju ZITEH 2004., dostupno na: https://singipedia.singidunum.ac.rs/izdanje/40058-digitalni-dokazi
47. PISARIĆ, M., Elektronski zapisi kao dikazi u krivičnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol. 43., 2009., br. 2, str. 521.;
48. POZNIĆ, B. – RAKIĆ VODINELIĆ, V., Građansko procesno pravo, 15. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 2010.
49. Preambula Konvencije o kibernetičkom kriminalu, NN MU, br. 9/2002.
50. PRLJA, D.- RELJANOVIĆ, M. – IVANOVIĆ, Z., Internet pravo, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
51. PROTRKA, N., Računalni podaci kao elektronički (digitalni) dokazi, Policija i sigurnost, god. 20, 2011., broj 1, str. 1 – 13.
52. Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE), Digital Evidence: Standards and Principles, Forensic Science Communications, vol. 2, 2/2000.
53. STANKOVIĆ, G. – RAČIĆ, R., Građansko procesno pravo, Prva sveska – Parnično procesno pravo, Podgorica, 2010.
54. STANKOVIĆ, G., Građansko procesno pravo, prva sveska – Parnično procesno pravo, Niš, 2010.
55. ŠEPAROVIĆ, Z., Kriminologija i socijalna patologija, Pravni fakultet Zagreb i dr., 1987.
56. ŠKRTIĆ, D., Implementacija odredbi Konvencije o kibernetičkom kriminalu u hrvatsko Kazneno i Kazneno procesno pravo, 10. SLOVENSKI DNEVI VARSTVOSLOVJA, Varstvoslovje med teorijo in prakso, UM, Fakulteta za varnostne vede, Ljubljana, 4. - 5. junij 2009, Zbornik prispevkov, str. 1 – 12.

57. TOURAINE, A., Qu'est-ce que la democratie?, Fayard, Pariz, 1994.
58. TRIVA, S. – DIKA, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004.
59. TRIVA, S., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986., str. 420.
60. TUĐMAN, M., Informacijsko ratište i informacijska znanost, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2008., str. 263 – 267.
61. TURKALJ, K. Kako se Europska Unija suočila s modernom prijetnjom terorizma? Gdje je tu Hrvatska kao država u procesu pristupanja Europskoj Uniji?, Hrvatska pravna revija, br. 11., godina VII., studeni 2007., str. 1- 16.
62. United Nations International cooperation in combating transnational crime, dostupno na:http://www.uncjin.org/6e.pdf.
63. UREDBA O UREDSKOM POSLOVANJU, Narodne novine broj 7/2009.
64. VOJKOVIĆ, G., Elektronička isprava, zbornik radova sa savjetovanja Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 13, Organizator, Zagreb, 2006.
65. WASIK, M., Crime and computer, Clarendon Press, Oxford. 1991.
66. Elektronički dokument, dostupno na stranici: https://hr.wikipedia.org/wiki/Elektroni%C4%8Dki_dokument.
67. ZLATARIĆ, B., Međunarodno krivično pravo, (priredio: Šeparović, Z.), Informator, Zagreb, 1979., str. 33 – 37.
68. ZLATOVIĆ, D., Položaj autorskog prava u informacijskom društvu, Hrvatska pravna revija, br. 3., god. IX., ožujak 2009., str. 35 – 42.

Summary

ELECTRONIC EVIDENCE IN THE JUDICIAL PROCEEDINGS AND COMPUTER FORENSIC ANALYSIS

Today's perspective of the information society is characterized by the terminology of modern dictionaries of globalization including the terms such as convergence, digitization (media, technology and/or telecommunications) and mobility of people or technology. Each word with progress, development, a positive sign of the rise of the information society. On the other hand in a virtual environment traditional evidence in judicial proceedings with the document on paper substrate, are becoming electronic evidence, and their management processes and criteria for admissibility are changing over traditional evidence. The rapid growth of computer data created new opportunities and the growth of new forms of computing, and cyber crime, but also the new ways of proof in court cases, which were unavailable just a few decades.

The authors of this paper describe new trends in the development of the information society and the emergence of electronic evidence, with emphasis on the impact of the development of computer crime on electronic evidence; the concept, legal regulation and probative value of electronic evidence, and in particular of electronic documents; and the issue of electronic evidence expertise and electronic documents in court proceedings.

Keywords: *civil procedure, cyber crime, electronic evidence, information technology.*

Zusammenfassung

ELEKTRONISCHE BEWEISE IM GERICHTSVERFAHREN UND COMPUTERFORENSISCHER ANALYSE

Die heutige Perspektive der Informationsgesellschaft ist geprägt von der Terminologie der modernen Wörterbücher der Globalisierung und schließt die Begriffe wie Konvergenz, Digitalisierung (Medien, Technologie und/oder Telekommunikation) und Mobilität von Menschen oder Technologie ein. Jedes mit den Begriffen wie Fortschritt und Entwicklung verbundene Wort ist ein positives Zeichen für den Aufstieg der Informationsgesellschaft. Auf der anderen Seite, in einem virtuellen Umfeld werden traditionelle Papierbeweise in Gerichtsverfahren in elektronische Beweise umgestellt und ihre Umgangsprozesse und Zulässigkeitskriterien ändern sich in Bezug auf traditionelle Beweise. Das rasante Wachstum von Computerdaten schafft neue Chancen und das Wachstum neuer Formen der Datenverarbeitung und Cyberkriminalität, aber auch neue Beweismethoden in Gerichtsfällen, die nur wenige Jahrzehnte zur Verfügung standen.

Die Autoren dieses Artikels beschreiben neue Trends in der Entwicklung der Informationsgesellschaft und die Entstehung elektronischer Beweise mit Schwerpunkt auf die Auswirkungen der Entwicklung der Cyberkriminalität auf elektronische Beweise; auf das Konzept, die rechtliche Regulierung und die Beweiskraft von elektronischen Beweisen, insbesondere von elektronischen Dokumenten; und auf die Experteinschätzung der elektronischen Beweise und elektronischen Dokumente in Gerichtsverfahren.

***Schlüsselwörter**: Zivilverfahren, Cybertkriminalität, elektronische Beweise, Informationstechnologie.*

Riassunto

LE PROVE ELETTRONICHE NEL PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO ED ANALISI INFORMATICA FORENSE

L'odierna società informatica acquisisce la terminologia del vocabolario contemporaneo della globalizzazione, annoverando espressioni quali la convergenza, la digitalizzazione (media, tecnologia e/o telecomunicazione) e la mobilità sia di persone, che di tecnologie. Ciascun termine esprime il progresso, lo sviluppo ed un segnale positivo di crescita della società informatica. Per converso, in un circondario virtuale le prove tradizionali nel procedimento giudiziario da documenti cartacei si trasformano in prove elettroniche: i processi di gestione ed i criteri di ammissibilità risultano mutati rispetto alle prove tradizionali. La rapida crescita di dati informatici ha creato nuove possibilità ed una crescita di nuove forme di criminalità informatica, come anche di quella cibernetica; di qui la comparsa di nuovi mezzi di prova nei procedimenti giudiziari, impraticabili fino a qualche decennio fa.

Gli autori in questo lavoro descrivono le nuove tendenze di sviluppo della società informatica e la comparsa delle prove elettroniche, prestando attenzione all'influenza dell'evoluzione della criminalità informatica sulle prove elettroniche. Ancora, si occupano della nozione, della disciplina giuridica e della forza probatoria delle prove elettroniche ed in particolare degli atti elettronici, come pure della questione delle perizie sulle prove elettroniche e sugli atti elettronici nel procedimento giudiziario.

***Parole chiave:** procedimento giudiziario (civile), criminalità informatica, prove elettroniche, tecnologia informatica.*

NOVO PRAVNO UREĐENJE *PRIVATE EQUITY* I *VENTURE CAPITAL* FONDOVA I OTVORENA PITANJA[1]

Dr. sc. Edita Čulinović-Herc, redovita profesorica
Dr. sc. Mihaela Braut Filipović, docentica
Suzana Audić Vuletić, mag. iur., doktorandica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.721
Ur.: 13. siječnja 2017.
Pr.: 10. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira novo pravno uređenje alternativnih investicijskih fondova rizičnog kapitala (private equity) i alternativnih investicijskih fondova poduzetničkog kapitala (venture capital) koji su u hrvatskom pravu uređeni Zakonom o alternativnim investicijskim fondovima i podzakonskim aktima. Njihovi udjeli nude se privatnom ponudom u prvom redu profesionalnim, odnosno kvalificiranim ulagateljima. Kapital pribavljen od ulagatelja ti fondovi ulažu ponajprije u dionice i udjele trgovačkih društava, bilo da se radi o novoosnovanim društvima, odnosno društvima koja su u razvoju ili onima koji se nalaze u već zreloj fazi. Stoga je njihov značaj za trgovačka društva velik jer omogućavaju i malim poduzetnicima pribavljanje sredstava za financiranje poslovne djelatnosti kada su im klasični izvori financiranja nedostupni. S obzirom na to da se radi o tržišnom segmentu investicijskih fondova koji se u domaćoj poslovnoj praksi tek razvija i čiji se potencijal tek počinje prepoznavati, ovim se radom ispituju transakcijske osobitosti ovog oblika ulaganja između private equity (dalje u tekstu: PE) i venture capital (dalje u tekstu: VC) fonda i društva u koje taj fond ulaže (portfeljno društvo). Iako pravno uređenje PE i VC fondova nije usklađeno na razini Europske unije (dalje u tekstu: EU) već samo pravno uređenje njihovih upravitelja, obrađuju se oni pravni izvori EU-a kao i korespondentni propisi u RH, kojima se reguliraju određeni aspekti poslovanja tih fondova, a koji utječu na pravne odnose između PE ili VC fonda i porfteljnog društva kada fondovi u portfeljnom društvu stječu kontrolu. U tom kontekstu otvara se pitanje postoje li određeni mehanizmi kojima se može osigurati da PE ili VC fond svoj utjecaj u portfeljnom društvu ostvaruje na društveno odgovoran način s obzirom na to da ima složen zadatak usklađivanja dvaju (moguće) suprotstavljenih interesa: interesa portfeljnog društva, o čemu je dužan voditi računa kao njegov dioničar i interesa ulagatelja koji su uložili u taj fond.

1 Ovaj rad su sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 "Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga".

Ključne riječi: *private equity, venture capital, alternativni investicijski fondovi, portfeljno društvo, Zakon o alternativnim investicijskim fondovima.*

1. UVOD

Investicijski fondovi, kao kolektivni oblik ulaganja, donose značajan kapital na tržišta kojeg njihovi upravitelji nadalje ulažu sukladno investicijskoj politici fonda. Na strani potražnje za tim kapitalom, pored ostalih subjekata, nalaze se i trgovačka društva, neovisno o tomu radi li se o društvima uvrštenima na uređeno tržište ili ne. Dok su UCITS fondovi podložni brojnim ograničenjima, investicijske politike alternativnih investicijskih fondova (dalje u tekstu: AIF) omogućavaju veću slobodu ulaganja koja se može ostvariti većom koncentracijom ulaganja u pojedino društvo/izdavatelja, financijsku pomoć društvu u koje se ulaže, utjecaj na vođenje društva u koje se ulaže i drugo. Iako ulaganje u vlasničke instrumente (*equity*) nije dominantan oblik ulaganja AIF-ova, određene vrste AIF-ova, kao što su *private equity* (dalje u tekstu: PE) i *venture capital* (dalje u tekstu: VC) fondovi, profilirali su se upravo za tu vrstu ulaganja. Oni su sudionici tzv. *private equity* tržišta na kojem uz njih djeluju i drugi institucionalni investitori i bogati individualci. Cilj je ovog rada temeljem uvida u komparativnu pravnu i financijsku literaturu izlučiti glavne značajke PE i VC fondova, objasniti kako se strukturira tipična PE/VC transakcija te na koji način PE/VC fondovi kao "vremenskim horizontom određeni ulagatelji", ulaze u i izlaze iz portfeljnog društva te koje zaštitne mehanizme ugovaraju kako bi zaštitili svoje ulaganje dok ono traje. Iako pravno uređenje PE i VC fondova nije usklađeno na razini Europske unije (dalje u tekstu: EU), autori će obraditi pravne izvore EU-a kojima se ipak reguliraju određeni aspekti poslovanja tih fondova. S obzirom na to da je u Republici Hrvatskoj (dalje u tekstu: RH) ulaskom u EU usvojeno novo pravno uređenje za AIF-ove, obradit će se i novo pravno uređenje PE i VC fondova u RH. U radu je stavljen naglasak na odnos između PE i VC fondova s društvom u kojeg ulažu, posebice ako ujedno i stječu kontrolu u portfeljnom društvu. Autori analiziraju postoje li u tim slučajevima obveze za upravitelje PE i VC fondova da djeluju u interesu portfeljnog društva, te postoje li određeni mehanizmi kojima se može osigurati da svoj utjecaj u portfeljnom društvu ostvaruju na društveno odgovoran način. Time je cilj autora raspraviti položaj PE i VC fondova, odnosno njihovih upravitelja, kao društveno odgovornih ulagatelja (*public accountability*) kada stječu kontrolu u portfeljnim društvima.

2. OPĆE ZNAČAJKE PRIVATE EQUITY I VENTURE CAPITAL ULAGANJA

2.1. Pojam i zajednička obilježja PE i VC ulaganja

AIF-ovi obuhvaćaju široku lepezu investicijskih fondova, koji se međusobno razlikuju po investicijskim politikama, ulagateljima, pravnoj strukturi, izloženosti

riziku, pravnom uređenju i drugo. Iako čvrste granice između AIF-ova nema, PE i VC fondovi koji su predmet ovog rada, prepoznati su kao zasebne vrste AIF-ova zahvaljujući njihovim investicijskim politikama. Zajedno tvore tzv. *private equity* tržište. No na tom tržištu osim fondova djeluju i drugi *private equity* ulagatelji koji nisu predmet ovog rada, no ulaganje se odvija prema istoj matrici.[2] Tom segmentu tržišta je zajedničko da ulagatelji ulažu u udjele / dionice portfeljnih društava koja nisu uvrštena na uređeno tržište, a imaju potencijal rasta.[3] Taj oblik ulaganja nosi ulagateljima povećani rizik.[4] PE i VC fondovima je zajedničko i to da se njihovi udjeli nude na kupnju u pravilu profesionalnim ulagateljima.[5]

Prema *Levinu*[6], PE/VC fond prikuplja kapital od ograničenog broja profesionalnih ulagatelja privatnom ponudom i dijeli dobit koji je ostvario fond između osoba koje profesionalno vode taj PE/VC fond i njegovih ulagatelja na način koji se prethodno ugovara (engl. *pre-negotitated basis*).[7] Te uvjete ugovora naziva se još i *common covenant*s – oni uređuju ponašanje fond menadžera pri donošenju investicijskih odluka (engl. *restrictions on investment decisions*).[8] U pravu zemalja anglosaksonskog kruga

2 Prema Landströmu, *venture capital* tržište je dio *private equity* tržišta. Na tom širem tržištu djeluju razni *private equity* ulagatelji, a ne samo investicijski fondovi. Također se razlikuje tzv. institucionalni segment *private equity* tržišta od neinsitucionalnog. U sklopu institucionalnog segmenta tog tržišta djeluju neovisna društva tzv. *limited partnerships* u kojem je glavni partner tzv. *venture capitalist*, koji odgovara neograničeno, a *limited partners* odgovaraju ograničeno. Vidi, Landström, H., Pioneers in venture capital research, u Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 3-65, str. 5. Vidi još Groh, Alexander, The Capital Flow from Institutional Investors to Entrepreneurs, u Cumming, D. (ed.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 15-36, str. 15. Osim *limited partnership*a, koristi se još *limited liability company (LLC*). Vidi Levin, J. S., Structuring Venture Capital, Private Equity and Entrepreneurial Transactions, Wolters Kluwer, Law & Business, New York, 2011., str. 1-3, par. 102. U tzv. neinstitucionalni dio tržišta ubrajaju se poslovni anđeli i drugi ulagatelji koji investiraju na neformalnoj razini, poput prijatelja i obitelji. Landström, op. cit. u ovoj bilješci, str. 8. O ulozi poslovnih anđela u premošćivanju financijskog jaza vidi više Kelly, P. Business Angel research: The road traveled and journey ahead, u Landström, H., (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007, str. 315-331.

3 Landström, H., *op. cit.* u bilj. 1., str. 5.

4 Assmann, H-D, Schütze, R. A., Handbuch des Kapitalanlagerechts, München, C. H. Beck, 2015., rbr. 392.

5 Definicija profesionalnog ulagatelja sa stajališta našeg prava nalazi se u čl. 3. t. 45. ZAIF-a i glasi: *Profesionalni ulagatelj je ulagatelj koji se u skladu sa zakonom kojim se uređuje tržište kapitala smatra profesionalnim ulagateljem ili se na vlastiti zahtjev može tretirati kao profesionalni ulagatelj.* U Zakonu o tržištu kapitala (NN 88/8, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15, 110/15, 123/16) (dalje u tekstu: ZTK) je to pitanje uređeno u čl. 61. i 63.

6 Levin, J. S. *op. cit.* u bilj. 1, str. 1-3, par. 102.

7 Cumming, D., Fleming, G., Schweinbacher, A., The structure of venture capital funds, u Landström, H (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007, str. 155-176, str. 163. Autori navode da se temeljna prednost ustroja tih fondova u obliku *limited partnership*a sastoji u činjenici da oni nisu korporacija, pa se time izbjegava dvostruko oporezivanje dobiti do koje bi dolazilo da to jest korporacija. Također, s obzirom na to da fondovi koji su ustrojeni kao *limited partnership* nisu korporacija, nema osnivačkog akta u smislu statuta društva nego je to ugovor koji omogućava veću fleksibilnost.

8 Loc. cit.

PE/VC fond najčešće je pravno organiziran kao *limited partnership*. *General partner* u tom društvu ujedno je i menadžer fonda, dok *limited partners* pribavljaju kapital.[9] Uobičajeno je da glavni partner pribavi barem 1 % potrebnoga kapitala.[10] Nakon što su povjerili fond menadžeru svoj kapital, profesionalni ulagatelji nemaju značajniju kontrolu nad time kako PE/VC fond njime upravlja dok god fond menadžer poštuje pravila fonda. Ta pravila fonda obično sadrže ograničenja u pogledu pitanja koji iznos kapitala PE/VC fond smije usmjeriti prema jednom portfeljnom društvu, u koju vrstu vrijednosnog papira portfeljnog društva fond smije ulagati kao i o maksimalno dopustivom iznosu duga kojim se može opteretiti imovina fonda, dok za dug za koji se zadužuje portfeljno društvo ne postoje ograničenja.[11] PE/ VC fond, odnosno njegov menadžer (koji je ili *general partner* u *limited partnership*u ili LLC[12]) ostvaruje prihod iz tri izvora.[13] Prvo, iz godišnje naknade za upravljanje fondom. Također je uobičajeno je da se 20 % neto dobiti raspoređuje menadžeru fonda kao oblik kamate *(carried interest)*, dok se preostalih 80 % dobiti raspoređuje između menadžera fonda i ulagatelja sukladno omjeru uloženoga kapitala.[14] Neki menadžeri fonda naplaćuju i tzv. *deal and monitoring fees*, no njih u pravilu potražuju od portfeljnog društva.[15]

PE i VC fondovi ulažu tako da stječu udjele ili dionice u portfeljnom društvu, ali ne trajno već s određenim vremenskim horizontom *(not intended to be held indefinitely)*. Istekom tog vremenskog razdoblja PE/VC fondovi "izlaze" iz tog portfeljnog društva *(exit)* nadajući se značajnoj razlici u cijeni u svoju korist. VC fondovi općenito žele zaključiti svoj investicijski ciklus u roku od tri do pet godina, dok PE fondovi ulažu s nešto duljim horizontom od 10 do 13 godina.[16] PE/VC fondovi investiraju rizično – u *equity* ili *equity like* financijske instrumente portfeljnog društva, a u kasnijoj fazi i u one dužničke. Glavni cilj PE/VC investicije je postići visok povrat (engl. *geometric return*) kada je portfeljno društvo u koje ulažu uspješno i njegovi *equity* instrumenti bilježe rast vrijednosti.[17] Dakle glavna premisa djelovanja je "visok rizik za visok povrat". Gledajući iz perspektive portfeljnog društva, ovaj oblik financiranja[18]

9 Kaplan, S. N. Stromberg, P., Leveraged Buyouts and Private Equity, u: Bratton, W.W., McCahery, J.A. (ur.) Institutional Investor Activism, Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 491-516, str. 493.

10 *Loc. cit.*

11 *Loc.cit.*

12 *Limited liability company* je takav tip društva u kojem osnivači odgovaraju ograničeno za obveze društva.

13 Kaplan, S. N., Stromberg, P., *op. cit.,* u bilj. 8, str. 493.

14 Levin, J. S., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1-3, par. 102.

15 Kaplan, S. N., Stromberg, P., *op. cit.* u bilj. 8, str. 494.

16 O vremenskom horizontu ulaganja u trajanju od deset godina uz eventualno produljenje za još tri godine govore za PE fondove Kaplan i Stromberg, pri čemu naglašavaju da je prvih pet vrijeme snažnog ulaganja, dok su preostale godine (pet do osam) vrijeme povrata ulaganja ulagateljima PE fondova, Kaplan, S. N., Stromberg, P. *op. cit.,* u bilj. 8., str. 493.

17 Levin, J. S., *op. cit.,* u bilj. 1, str. 1-4, par. 103.

18 Portfeljna društva su u potrazi za kapitalom upućena i na banke, no ako je to put pribavljanja sredstava, treba imati u vidu da će banke plasirati kredit trgovačkom društvu na točno određeno vrijeme (vrijeme vraćanja kredita) i točno određenim prinosom (izraženom u kamati), a obveza povrata je fiksna obveza društva koja opterećuje novčane tijekove, dok ulaganje PE i VC fonda (načelno) ne opterećuje novčane tijekove, no postoji pritisak visoke stope povrata investicije,

prikladan je za ona trgovačka društva koja imaju potrebu za značajnim financijskim sredstvima koje nije moguće pribaviti običnim zaduživanjem. Klasično zaduživanje je manje skupo, ali zahtijeva dodatna sredstva osiguranja. To je posebno slučaj kod društava koja primjerice razvijaju svoju nematerijalnu imovinu čija vrijednost na tržištu još nije potvrđena, pa se tu važnost PE, a osobito VC fondova snažno ističe.[19]

Ono što je svojstveno PE/VC fondovima kao ulagateljima jest da njihovo ulaganje za razliku od drugih oblika ulaganja uključuje i određen aktivitet u portfeljnom društvu.[20] Taj aktivitet se ne odražava uplitanjem u dnevno vođenje poslova društva (engl. *day-to-day basis*),[21] no PE/VC fond ipak nadzire poslovanje, postavlja pred portfeljno društvo određena očekivanja dosizanjem određenih poslovnih prekretnica (engl. *milestones*), daje okvirne smjernice (engl. *monitoring and guiding*),[22] a također uobičajeno predstavnik PE/VC fonda može biti zastupljen u upravi ili nadzornom odboru društva (engl. *board representative*). Često se kao jedna od zajedničkih značajki PE/VC ulaganja ističe da PE/VC fondovi biraju portfeljna društva koja imaju stručnu i kompetentnu upravu (engl. *superior management*).[23] U tom smislu se ulaganje u portfeljno društvo PE/VC fondova, kao oblik ulaganja bitno odmiče od obične kupnje udjela ili dionica.

2.2. Ulaganje PE/VC fondova s obzirom na fazu investicijskog ciklusa

PE i VC fondovi načelno se razlikuju prema trenutku "ulaska" u portfeljno društvo, odnosno ulaze li u trenutku osnivanja ili pri ekspanziji[24]. Za VC fondove je karakteristično da ulažu u portfeljna društva koja su osnovana (engl. *startup*) ili će se

što poskupljuje ovaj oblik financiranja djelatnosti trgovačkog društva.

19 Busenitz, L. W., Innovation and performance implications of venture capital involvment in the ventures they fund, u Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 219-235, str. 225 i dalje.

20 O oblicima interakcije između VC ulagatelja i portfeljnog društva nakon ulaganja vidi: De Clerq, D, Manigart, S., The venture capital post-investment phase: Opening the black box of involvement, u Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007, str. 193 - 218. Navedeni autori razlikuju dvije vrste interakcija između portfeljnog društva i VC fonda – postoje aktivnosti kojima se nadzire samo ulaganje *(engl. monitoring)* od onih aktivnosti u kojima VC fond zbog svoje stručnosti i profesionalnosti dodaje "vrijednost više" portfeljnom društvu *(engl. value added)*.

21 Levin, J. S., *op. cit.*, u bilj. 1., str. 1-8, par. 105.1.

22 *Ibid.*, str. 1-7, par. 104. Cit. *PE/VC professionals generally serve on portofolio company's board, providing the portofolio company with high quality financial and strategic advice and management oversight.* Isti su rezultati i za hrvatsko private *equity* tržište. Vidi Braut Filipović, M., Derenčinović Ruk, M., Grković, N., Alternative investment funds and their role in portfolio companies – state of art in Croatian law and practice u Mihanović, D., Hunjet, A., Primorac, Ž. (eds.), 18th International Scientific Conference on Economic and Social Development – *Building Resilient Society*, Zagreb, 2016., str. 234-244, str. 241.

23 Levin, J. S., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1-6, par. 103. Cit: *A frequently held PE/VC maxim is that an attractive portofolio company has 3 key attributes: superior managemet, superior management and superior management.*

24 Cumming D., Johan, S. A., Venture capital and private equity contracting: An international perspective, Elsevier Inc., 2009., str. 5.

tek osnovati (engl. *seed*), odnosno koja se nalaze u početnim fazama poslovanja (engl. *early stage growth*)[25] kada je poduzetnicima teško doći do kapitala tradicionalnim izvorima financiranja zbog visokih rizika povezanih s takvim financiranjem/ulaganjem[26] te nemogućnosti da se klasičnim financijskim posrednicima ponude odgovarajuća sredstva osiguranja tražbina. *Seed money* označava prvu etapu investicijskog ciklusa u razvoju društva, odnosno radi se o financiranju tek osnovanog trgovačkog društva (ili društva koje će se tek osnovati), a uložena financijska sredstva usmjeravaju se na istraživanje i razvoj novoga proizvoda te da bi se utvrdio tržišni potencijal tih inovacija. *Startup* investiranje usmjereno je na trgovačka društva koji su iz faze idejnog projekta prešli u fazu proizvodnje, marketinga i prodaje svog proizvoda. Ova dva oblika financiranja rizičnim kapitalom nazivaju se još investiranje u ranoj fazi (engl. *early stage investment)*.[27] Posljednji oblik označava takav oblik financiranja koji je usmjeren na daljnji rast proizvodnje i povećanje distribucijskih kapaciteta. Ulaganje se može utjeloviti i tako da se osnuje i novo društvo (SPV/SPE) koje će trajati dok traje ulaganje.[28] Ako se prihvati podjela da se *startup* transakcije dijele na *seed money* i *early stage*, njihova daljnja podjela dalje slijedi njihovu sektorsku orijentaciju. Pri tom se može raditi o društvima koja su manje ili više poslovno ovisna o tehnološkoj podlozi ili su u potpunosti neovisna *(high tech /low tech /no tech)*.[29] Ipak stoji kao pravilo da se rizični kapital usmjerava najčešće prema društvima rane faze koja razvijaju visoku tehnologiju,[30] odnosno inovativna društva ili u mala ili srednja trgovačka društva tzv. brzog rasta (tzv. gazele).[31] Iz naprijed navedenog načelno se može izvesti zaključak da VC fondovi ulaze u portfeljna društva u ranijoj fazi investicijskog ciklusa, a PE fondovi u kasnijoj, odnosno u društva koja su razvijenija.

Kao protuteža pojmu *startup transactions*, opisuju se tzv. *equity growth*

25 Gledano iz kuta "novog proizvoda" kojeg razvija portfeljno društvo, prema nekim autorima *seed* faza označava sekvencu poslovanja u kojoj primjerice prototip proizvoda nije još razvijen, odnosno testiran. U *startup* fazi, primjerice, proizvod je spreman za tržište te su možda obavljene prve prodaje, ali tek treba povećati proizvodni kapacitet, smanjiti troškove proizvodnje, razviti sustav prodaje i distribucije i sl. Vidi opširnije, Parhankangas, A., An overview of research on early stage venture capital: Current Status and future directions, u Landström, H. (ur.) Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 253-280, str. 256. i tamo citiranu literaturu.

26 Weitnauer, W., Handbuch Venture Capital – Von der Innovation zum Börsengang, München, C. H. Beck, 2016., Rbr. 1.

27 Levin, J. S., *op. cit*. u bilj. 1., str. 1-8, par. 105.1. Vidi detaljnije o tome što razlikuje portfeljna društva rane faze razvoja od onih koja se nalaze u kasnijoj fazi. Parhankangas, A., op. cit. u bilj. 24., str. 271.

28 Levin, J. S., *op. cit.* u bilj. 1., str. 1-8, par. 105.1.

29 *Loc. cit.*

30 Cumming, D., Gill, A. Walz, U., International Private Equity Valuation and Disclosure, Northwestern Journal of International Law & Business, vol. 29, br. 3, 2009., str. 617-642, str. 641. Autori naglašavaju problem vrednovanja društava u ranoj fazi. Više o utjecaju VC fondova na inovativna društva te usporedni prikaz svih većih komparativnih studija po razdobljima i sektorima, vidi: Dessi, R., Yin, N. The impact of venture capital on innovation, u: Cumming, D. (ed.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 668-685, str. 671-673.

31 Landström, H., *op. cit*. u bilj. 1., str. 3.

transactions. To je glavna domena ulaganja PE fondova. Oni u načelu ulažu u poslovne subjekte radi optimiziranja njihove poslovne i financijske uspješnosti, a u očekivanju realiziranja povrata na uložena sredstva. To su društva koja su već osnovana i posluju, no kojima je neophodan kapital za ekspanziju, a društvo je ne može pribaviti iz tradicionalnih izvora financiranja.[32] Od PE fonda kao ulagatelja portfeljno društvo očekuje da će mu PE fond osigurati dodatan *equity* kapital koji će u potpunosti pokriti njegove potrebe ili mu poslužiti kako bi se pribavio preostali dio potrebnoga kapitala zaduživanjem kod tradicionalnih financijskih posrednika.[33] PE fondovi usmjeravaju svoje ulaganje prema društvima koja nisu uvrštena, no katkad također mogu ulagati i u uvrštena društva. I kad ulažu u uvrštena društva, preferiraju uložiti u vrijednosne papire društva koji nisu uvršteni, npr. u povlaštene dionice koje ne kotiraju, ako su uvrštene redovne dionice. Pritom se često može ugovoriti i pravo konverzije iz neuvrštenih vrijednosnih papira u uvrštene (engl. *preferred stock convertible into publicly traded common stock*)[34] Ako je ulaganje značajno, PE fond može organizirati konzorcij ili sindikat PE ulagatelja.[35] S obzirom na to da se u tom slučaju radi o ulaganjima u zrelija društva, od onih koja su tek osnovana, takav oblik ulaganja naziva se još i *later-stage investment*.[36] Kada se ulaganje usmjerava prema zrelijem društvu, odnosno društvu koje se nalazi u kasnijoj fazi investicijskog ciklusa, tada su rizici PE ulaganja niži, ali je i niža stopa povrata, negoli kod VC ulaganja.[37]

U mnogim PE transakcijama PE fondovi polaze od toga da postojeća uprava društva nema dovoljno udjela / dionica u tom društvu da bi bila motivirana djelovati učinkovitije, odnosno da se prevelik paket dionica/udjela nalazi u rukama pasivnih dioničara. Stoga je čest slučaj da PE ulagatelj smatra da je prije "ulaska" u društvo potrebno restrukturirati korporacijsku strukturu, kako bi ta nova korporativna struktura bila polugom za rast.[38] S druge strane, ulaganje PE fondova ne mora se ograničiti na zrela društva kojima je kapital potreban za ekspanziju, već i na društva koja su u poteškoćama, bilo da ostvaruju gubitke, prezadužena su ili imaju druge strukturne probleme. Ta podvrsta ulaganja PE fondova opisuje se kao *(troubled company) turn-around investements*.[39]

2.3. Strukturiranje ulaganja kao kupnje uz zaduživanje

Kada se promatra udjele i dionice portfeljnog društva kao predmet kupnje, osim

32 Levin, J. S. *op. cit.* u bilj. 1, str. 1-9, par. 105.2.
33 *Ibid.,* str. 1-8, par 105.
34 *Ibid.,* str. 1-9, par. 105.2.
35 *Loc. cit.* Ima autora koji zastupaju tezu da VC fondovi općenito žele svoja ulaganja organizirati kao sindikat s drugim VC fondovima *(engl. syndication)*. Tvrde da su tome skloni jer se provedbom selekcijskog postupka od strane nekoliko institucionalnih investitora smanjuje mogućnost pogreške u evaluaciji portfeljnih društava. Vidi više, Leleux, B. L., The performance of venture capital investments, u Landström, H. (ur), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 236-252, str. 237.
36 Levin, J. S. *op. cit.* u bilj. 1, str. 1-9, par. 105.2.
37 *Loc. cit.*
38 *Loc. cit.*
39 *Ibid*., str. 1-9, par. 105.3.

strateškog ulagatelja i dugoročnog ulagatelja, PE fond prepoznaje se kao financijski ulagatelj.[40] PE fondovi mogu pribaviti sredstava koja su potrebna za kupnju dionica portfeljnog društva, žele zadržati poziciju dioničara/udjelničara u društvu unutar predviđenog vremena i pritom poboljšati poslovne pokazatelje uspješnosti portfeljnog društva, a nakon toga otuđiti te udjele/dionice uz ostvarivanjeznačajne stope povrata na investiciju *(exit)*.

PE fondovi poznati su upravo po posebnom načinu financiranja ulaganja u portfeljno društvo koje se naziva *leveraged buyout*. Pod time se prije svega podrazumijeva da PE fondovi kupuju dionice/udjele (engl. *equity, equity like instruments*) portfeljnih društava (engl. *equity buyout*). No ako se kupnja obavlja uz vanjsko zaduživanje (engl. *outside debt financing*)[41], što je vrlo čest slučaj, PE fondovi najčešće osnivaju novo društvo, koje se još naziva i SPV (engl. *special purpose entity* - SPE). SPV društvo stječe dionice/udjele u portfeljnom društvu, a novac kojeg pribavlja PE fond kao financijer transakcije kao "dug" tereti ili novoosnovani SPV ili samo portfeljno društvo.

Klasična *leveraged buyout* transakcija obično se financira na način da se manji dio imovine ulaže iz samoga fonda, a veći se dio financira zaduživanjem, odnosno instrumentom financijske poluge *(levarage)*. Pritom su uobičajeni omjeri 40-10 % iz imovine samog fonda, a preostalih 60-90 % iz duga *(debt)*.[42]

Bit LBO transakcije u kojoj god inačici se ona pojavljivala jest da je jedino SPV ili portfeljno društvo odgovorno za vraćanje duga, a nikako sam fond. Obično kao dio cijeloga paketa LBO transakcije, fond vrbuje ili nove članove uprave ili preuzima najtalentiranije postojeće članove uprave portfeljnog društva da vode poslove društva u portfeljnom društvu ili u novoosnovanom SPV-u, nudeći im poticajne oblike nagrađivanja koji su opet snažno uvjetovani dobrim poslovnim rezultatima.[43]

Ponekad sama uprava portfeljnog društva biva inicijatorom transakcije, pa doktrina razlikuje pojam *PE-led LBO* i *Management-led MBO*.[44] Razlog tomu jest što je postojeća uprava ta koja želi kupiti dionice/udjele društva (engl. *management buyout)*, ali joj za to nedostaju sredstva. Ako taj kapital pribavlja upravo od VC/PE fonda, u pravilu će se ponovno ta transakcija financirati uz zaduživanje (engl. *leveraged management buyout)*.[45] MBO tipično uključuje nekoliko osoba iz tzv. višeg menadžement, ali se u nekim situacijama može i proširiti na menadžere srednje razine, a također i na zaposlenike, u kojem slučaju se govori o *management-employee buyout* (tzv. MEBO).[46]

40 *Ibid*., str. 1-10, par. 105.3.

41 Kaplan, S. N., Stromberg, P., *op. cit.,* u bilj. 8, str. 491.

42 *Ibid.,* str. 494. Unutar tog duga razlikuje se dio koji je višeg reda prvenstva i osiguran *(engl. senior and secured)*, od onog koji to nije *(engl. junior and unsecured)*, pri čemu se potonji još naziva i *mezzanine* dug – to je onaj dio ili segment duga koji je subordiniran dugu s višim redom prvenstva.

43 Levin, J.S. *op. cit.* u bilj. 1, str. 1-11, par. 105.4.

44 *Loc. cit.*

45 *Loc. cit.* Vidi također Wright, M., Private equity and management buy-outs, u Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 281-312, str. 283.

46 Wright, M. *op. cit.* u bilj. 44, str. 283. Autor navodi još brojne podvarijante MBO-a.

S obzirom na to da se radi o ulaganju u *equity*, karakteristično pitanje uz PE / VC fondove jest ulaze li u društvo kao većinski ili manjinski dioničari/udjelničari, odnosno stječu li kontrolni paket u portfeljnom društvu. Iako strogog pravila nema, smatra se da VC fondovi preferiraju položaj manjinskog dioničara/udjelničara[47], a PE položaj većinskog dioničara.[48] To se odražava i na ukupnost financijskih sredstava koje je potrebno pribaviti za tu akviziciju.

2.4. Selekcijski postupak i transakcijski tijek

Kako su ugovori pri PE/VC ulaganju kompleksni i nestandardizirani važno je shvatiti na koji način se odvija transakcija. U prvom redu tu se pojavljuje pitanje selekcije samog portfeljnog društava u koji će fond ulagati. U literaturi[49] se spominje da postoje dva konceptualno različita načina odabira koji su ujedno jedan drugome dopuna. Jedan od njih je da PE/VC fond dizajnira sam financijski instrumenti putem kojeg će fond uložiti u portfeljno društvo na takav način da on pravima i obvezama koja iz njega proizlaze privuče samo poduzetnike visoke kvalitete, odnosno da manje kvalitetna portfeljna društva uopće to ne uoče kao poslovnu priliku, već to bude za njih odvraćajuće, pa tako sam financijski instrument obavlja predselekciju (engl. *screen out*).[50]

Drugi način je da se provodi skupo dubinsko snimanje (engl. *due dilligence*).[51] U toj vrsti selekcijskog postupka VC/PE financijer igra proaktivniju ulogu, kao specijalist za evaluaciju poslovnih planova, što pretpostavlja visok stupanj poznavanja prilika u segmentu industrije u kojem djeluje portfeljno društvo.[52] U tom selekcijskom procesu buduće ugovorne strane suočavaju se s dvije vrste rizika – onima za koje zna samo osnivač portfeljnog društva i koji su rezultat tzv. informacijske asimetrije i onima koji nisu znani niti samom poduzetniku. Ističe se da dizajniranje financijskog instrumenta može neutralizirati samo prvi rizik, dok se drugi rizik bolje neutralizira putem dubinskog snimanja.[53] U literaturi su provedena brojna istraživanja glede objektivnih i subjektivnih kriterija koje koristi VC fond u selekcijskom postupku.[54]

47 Landström, H., *op. cit*. u bilj. 1., str. 5.

48 Kaplan, S. N., Stromberg, P., *op. cit.,* u bilj. 8, str. 491.

49 Yung, C., Venture Capital before the First Dollar: Deal origination, screening and Evaluation, u Cumming, D. (ed.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 303-327, str. 309.

50 *Loc. cit.* Autor navodi da u toj paradigmi financijer igra pasivnu ulogu. Cit*: ...he does not choose the best project, rather he offers contracts so that the best projects come to him.*

51 *Loc. cit.*

52 *Loc. cit.*

53 *Loc. cit.*

54 *Ibid.,* str. 312-313. Autor se poziva na studiju koju su 1984. godine proveli: Tyebjee, T., Bruno, A., A model of Venture Capital Investment Activity, Management science, 1984., vol. 30, br. 9., str. 1051-1066. Navedeni su autori iz velikog probira izlučili pet ključnih kriterija selekcije: tržišnu privlačnost *(engl. market attractiveness)*, diferencijaciju proizvoda *(engl. product differentiation*), menadžerske sposobnosti *(engl. managerial capabilities)*, otpornost na "opasnosti" iz okoline *(engl. environmental threat resistance)*, sposobnost generiranja zarade *(rengl. cash-out potentials*). Opširnije o selekcijskim postupcima za VC fondove vidi:

Također se navodi da dubinsko snimanje nije samo jedan susret koji završava pozitivnim ili negativnim vrednovanjem portfeljnog društva (engl. *one-time-yes-or-no binary event*), već se i taj dio vrednovanja odvija u spirali: postoji početni krug vrednovanja *(initial screens)*, u kojem PE/VC fond odbacuje veliki broj projekata, odnosno portfeljnih društava, nakon čega se usmjerava na dubinsku analizu (engl. *due dilligence)* poslovnih planova onih portfeljnih društava koja su prošla u drugi krug.[55]

Nakon selekcije, a tijekom pregovora VC/PE menadžer ne samo da se sastaje s osnivačima portfeljnog društva nego i s drugim dioničarima, kao s financijerima prethodnih rundi ulaganja, ako su takve postojale.[56] Također prije pregovora stranke, obično preliminarno raspravljaju o vrednovanju *(premoney valuation)* koje utječe na cijenu transakcije i pregovaraju o općoj strukturi ugovora.[57] Cilj je tih pregovora da se postigne sporazum o preciznoj strukturi svakog ugovora kojeg je potrebno sklopiti i da se rasprave moguće prilagodbe cijene. Ako se stranke usuglase potpisuje se konačna verzija dokumenta koji se naziva *term sheet* ili *heads of term* koji odvjetnici i pravni stručnjaci koji nazoče pregovorima imaju zadatak pretočiti u posebne ugovore.[58] Moguće su i razne vrste ugovora u kojima se PE/VC fond osim oblikovanja temeljne transakcije teži osigurati da se osnivač ili kontrolni dioničar portfeljnog društva u toj osjetljivoj predugovornoj fazi ne ponaša nesavjesno, započne pregovore s drugima i sl.

Za PE/VC financiranje uobičajeno je i to da se odvija u rundama, odnosno da se kapital pribavlja po etapama. Doziranjem injekcije kapitala na razini koja omogućuje portfeljnim društvima da napreduju do nekog određenog cilja, PE/VC fondovima se omogućuje da napuste financiranje portfeljnog društva ako ono ne dosegne očekivani rezultat. Postoje dva temeljna modela etapnog financiranja: *milestone rounds* i *stand-alone rounds*. Za prvi je karakteristično da su poslovne prekretnice ili *milestones*, opisane u postojećem ugovoru i one postaju okidač za novu rundu financiranja. Ako portfeljno društvo ostvari točno opisan kriterij, odnosno poslovni događaj, za PE/VC fond nastaje ugovorna obveza da plasira novu "injekciju" kapitala u zamjenu za prethodno ugovorena prava.[59] Naime PE/VC fond investira samo onoliko kapitala koliko je potrebno za dosizanje neke poslovne prekretnice, pa u slučaju da poduzetnik nije uspio osigurati tako predviđenu poslovnu prekretnicu, AIF može ili znatno smanjiti svoje ulaganje ili ga prekinuti u cijelosti. Tim svojim pravom potiče poduzetnika na bolji rezultat i ostvaruje nad njih kontinuiranu kontrolu.[60] U drugom

Zacharakis, A., Shepherd, D. A., The pre-investment process: Venture capitalist's decision policies, u: Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 177-192, i tamo citiranu literaturu.

55 Yung, C., *op. cit*. u bilj. 48., str. 317. Autor navodi studije drugih autora koje su pokazale da je dubinsko snimanje vrlo radno intenzivno i prosječno traje 97,3 dana.

56 Bengtsson, O., Financial Contracting in US Venture Capital: Overview and Empirical Evidence, u Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 478-508, str. 485.

57 *Loc .cit.*

58 Bengtsson smatra najčešćima tri ugovora: Certificate of Incorporation, Stock Purchase Agreement, Shareholder Agreement, no sve ih zajedno naziva "VC contract". *Ibid*., str. 486.

59 *Loc. cit.*

60 U Italiji se kao sredstvo pritiska na portfeljno društvo ugovara i tzv. "pravo veta". To pravo se

slučaju, te ugovorne obveze nema, nego je potrebno sklopiti novi ugovor.[61] Time PE/VC fondovi mogu napustiti financiranje portfeljnih društava čiji je rezultat u planiranom vremenu ispod očekivanog ili nedostatno kvalitetan *(to screen out low-quality and lazy management entrepreneurs)*.[62]

Kao što je već rečeno, posebna se pozornost posvećuje odabiru vrijednosnog papira, odnosno financijskog instrumenta portfeljnog društva u koje PE/VC fond ulaže. Iako su PE/VC fondovima dostupne za ulaganje redovne dionice, preferirani oblik ulaganja PE/VC fondova su povlaštene dionice. Naime prije nego što je portfeljno društvo primilo svoju prvu injekciju PE/VC kapitala, ono je dotada bilo samo emitent redovnih dionica.[63] S ulaskom PE/VC financijera, odnosno u svakoj novoj rundi VC ulaganja, izdaju se povlaštene dionice. Sve povlaštene dionice iz jedne runde financiranja imaju iste ugovorne uvjete, a da je riječ o istoj rundi financiranja vidi se o podatcima kojoj seriji dionice pripadaju. Budući da isti VC fond može u različitim rundama investirati u različite vrste povlaštenih dionica, ukupnost ugovornih prava nekog VC fonda procjenjuje se pribrajanjem prava iz svih rundi ulaganja.[64]

Prava unutar povlaštenih dionica mogu se skalarno oblikovati. Tako postoji mogućnost izdavanja povlaštenih dionica koje su zamjenjive za redovne dionice *(convertible preferred stock),* ali i onih koje to nisu *(non-convertible preferred stock)*.[65] Stjecanjem nekih povlaštenih dionica doći će do stjecanja prava na isplatu kumuliranih neisplaćenih dividendi, dok za druge to ne mora vrijediti.[66] Pritom su interesantne povlaštene konvertibilne dionice koje daju PE/VC fondovima prioritet u naplati dividende, a pri "izlasku" iz investicije mogu biti zamjenjive u redovne dionice.[67] No, na raspolaganju stoji sva raznolikost financijskih instrumenata: od tipično dužničkih (obveznice) i vlasničkih (dionice) instrumenata do kvazi-dužničkih (različiti oblici dužničkih vrijednosnih papira plasiranih na tržište kao mezanin financiranje ili drugi oblik subordiniranog financiranja) i kvazivlasničkih (u koje se ubrajaju naprijed navedene konvertibilne povlaštene dionice).[68] Za kasnije faze financiranja čak se koristi i financiranje temeljem imovine *(asset based)* kao što je

obično se koristi u ranim fazama transakcije, kada je rizik vezan uz investiciju najveći i fond u tom periodu želi imati najveći utjecaj na upravljanje portfeljnim društvom. Vidi više: Lener, R., Italy u Wymeersch, E. (ur.), Alternative Investment Fund Regulation, Wolters Kluwer Law & Business, 2012., str. 237-250, str. 246.

61 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 486.

62 *Loc. cit.* O tome vidi više: Gompers, P. A., Optimal Investment, Monitoring, and Staging of Venture Capital. Journal of Finance, vol. 50, br. 5., 1995, str. 1461-1489.

63 Bengtsson, O., *op.cit.* u bilj. 55., str. 486.

64 *Loc. cit.*

65 Levin, J. S., *op. cit*. u bilj. 1, str. 1-5, par. 103.

66 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 487.

67 Ulaganje u društvo putem konvertibilnih povlaštenih dionica ulagatelji ugovaju iz razloga što postoji nesrazmjer u ciljevima i informacijska asimetričnost između ulagatelja i podzetnika. Naime, poduzetnik u ranoj fazi može iskoristiti dobivena sredstva na način da dodatno ulaže u razvoj proizvoda (R&D), no to nije i cilj financijera, jer on ne teži daljnjem tehnološkom razvoju već bi htio povrat na uloženi kapital. Vidi više Denis, D.J., Entrepreneurial finance: an overview of the issues and evidence, Journal of Corporate Finance, vol. 10, br. 2, 2004., str. 301–326, str. 311.

68 Wright, M., *op. cit.* u bilj. 44, str. 298.

leasing.[69]

Kupnja određene vrste vrijednosnog papira portfeljnog društva često ima dodatne ugovorne mehanizme zaštite za PE/VC fond. U literaturi[70] se navodi da ugovaranje tih ugovornih klauzula ispunjava dva cilja. Njima se utječe na novčane tijekove između portfeljnog društva i PE/VC fonda (engl. *cash flow rights*) ili su usmjereni na ostvarenje kontrole u portfeljnom društvu (engl. *control rights*).[71] U tzv. *cash flow rights* ubraja se pravo na isplatu kumuliranih neisplaćenih dividendi, a ta tražbina dospijeva na naplatu pri prodaji ili likvidaciji društva.[72] Srodna tomu su prioritetna prava u likvidaciji društva (engl. *liquidation preferences*) i tzv. participativna prava (engl. *participation rights*) također ostvariva pri likvidaciji društva.

Svakako su najinteresantnija prava koja pribavljaju klauzule o zabrani razvodnjavanja (engl. *anti-dilution rights*) i pravo nazadprodaje stečenih dionica društvu, koje se još naziva pravo na otkup (engl. *sellback rights, redepmtion rights*). S obzirom na to da se ta prava aktiviraju pri izlasku PE/VC fonda iz portfeljnog društva, može nastati sukob interesa ako portfeljno društvo ne želi realizaciju ikakvog *exita* unutar vremena kojeg predlaže PE/VC fond. Zbog toga PE/VC fond pridržava pravo nazadprodaje stečenih dionica portfeljnom društvu, odnosno pravo zahtijevati otkup dionica od portfeljnog društva.[73]

Kada je riječ o *anti-dilution* klauzuli[74] valja imati na umu da se prvotno ulaganje PE/VC fonda može razvodniti na dva načina: smanjenjem postotnog udjela u temeljnom kapitalu, u slučaju nove emisije dionica. Radi se o tzv. *percentage dilution.*[75] U tom slučaju klauzula štiti fond na način da udio u temeljnom kapitalu PE/VC fonda mora ostati postotno isti. Drugi način razvodnjavanja nastaje ako se pri novoj emisiji dionica, dionice izdaju za cijenu manju od one po kojoj je dionice stekao PE/VC fond (engl. *economic dilution*). Stoga *anti-dilution* klauzula ima zadatak očuvati isti postotni udio u temeljnom kapitalu kojeg inicijalno stječe PE/VC fond, odnosno njegovu ekonomsku vrijednost. U inačici ulaganja PE/VC fondova u uvrštena društva, iako ona nisu glavni *target*, *anti-dilution* klauzula može značiti da se PE/VC fond želi zaštititi od novih izdanja dionica koje bi bile ispod fer tržišne vrijednosti dionice. Ako je PE/VC fond uložio u konvertibilne povlaštene dionice (koje primjerice nisu uvrštene) pa društvo izda u novoj emisiji dionica redovite dionice po cijeni manjoj od one po kojoj je PE/VC fond platio svoju dionicu, tada on pri konverziji svojih

69 *Loc. cit*.

70 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 487.

71 *Loc. cit.* Više o kontrolnim mehanizimima vidi: Leleux, B. L., *op. cit*. u bilj. 34, str. 238.

72 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 488.

73 *Ibid*., str. 494. Navodi da su te klauzule prisutne u 58 % ugovora prema jednoj studiji istog autora iz 2010., a koja je obuhvatila 1804 VC ugovora. Navodi se da se *redemption right* sekvencionira na način da se primjerice jedna trećina stečenih dionica može otkupiti nakon isteka roka od pet godina, dok se druga trećina otkupljuje u šestoj, a treća trećina u osmoj godini.

74 *Ibid.,* str. 484. Više o oblikovanju VC ugovora vidi, Triantis, G. G., Financial Contract Design in the World of Venture Capital, University of Chicago Law Review, 2001., vol. 68, str. 305-322.

75 Ako je A.B. 100 % imatelj dionica u društvu XYZ, a novom emisijom dionica C.D. stekne isti broj novih dionica tada se njegov korporativni udio razrjeđuje na 50 %.

preferencijalnih dionica u redovne može imati pravo za jednu preferencijalnu steći više redovitih dionica. Spominju se još *drag-along rights* i *tag-along rights*, kao posebna prava koja se aktiviraju pri izlasku PE/VC fonda iz portfeljnog društva.[76]

U kontrolna prava ubrajaju se pravo na imenovanje određenog broja članova uprave (engl. *board seats*), pravo na imenovanje većine članova uprave (engl. *board majority*),[77] pravo veta (engl. *blocking rights*).[78] Pravo veta svodi se na to da član uprave mora dobiti suglasnost PE/VC fonda u svim važnim pitanjima operativnog i financijskog poslovanja. To se odnosi na pitanja poput prodaje imovine (engl. *asset sales*), kupnje imovine (engl. *asset acquisition*), promjene poslovnog plana, izdavanja dionica i obveznica i sl.[79] Sva ta prava imaju za cilj kontinuirano nadziranje ulaganja.[80]

2.5. Strategije dezinvestiranja

Strategije dezinvestiranja dio su transakcijskog dizajna, i kao takve već se planiraju u vrijeme zaključenja transakcije. Tri su tipična scenarija izlaska *(exit)*. Prema Levinu,[81] jedan je da se dionice portfeljnog društva ponude javnom ponudom *(IPO and subsequent public stock sale)*[82]. Druga je mogućnost prodaje tih dionica strateškom partneru, u pravilu većem i jačem predstavniku tog segmenta industrije, bilo da se ta akvizicija odvija kao oporeziva prodaja dionica tom strateškom partneru ili dolazi do pripajanja portfeljnog društva strateškom partneru,[83] u kojem slučaju PE/VC fond stječe dionice strateškog partnera u zamjenu za dionice portfeljnog društva. Konačno, jedan od vidova izlaska je nazadprodaja dionica portfeljnom društvu, odnosno njegovim dioničarima.[84] *Kaplan i Stromberg* opisuju kao izlaznu strategiju i prodaju portfeljnog društva upravi.[85] Neki autori govore o tomu da se uspješnom izlaznom strategijom za VC fond smatra i prodaja portfeljnog društva drugom PE/VC fondu koji tipično financira iduće poslovne runde.[86] U sklopu izlaska PE/VC fondovi ugovaraju važna zaštitna (kontrolna) prava. *Drag-along right* je takvo pravo koje omogućava PE/VC fondu koji je većinski dioničar da prisilno "uvuče" druge dioničare portfeljnog društva u prodaju dionica. *Tag-along right* je takvo pravo koje koristi PE/VC koji je manjinski dioničar na način da ako većinski dioničar odluči poduzeti prodaju dionica, tada "mora uzeti sa sobom" i dionice koje drži PE/VC

76 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 496.
77 Radi se o metodama pridržavanja formalne kontrole nad portfeljnim društvom. Vidi više Utset, M. A., Time-inconsistent preferences and venture capital contracting, u Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 509-541, str. 514 i dalje.
78 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 496.
79 *Loc. cit.*
80 De Clerq, D., Manigart, S., *op. cit*. u bilj. 19., str. 194-198.
81 Levin, J. S. *op. cit.,* u bilj. 1., str. 1-12, par. 105.5.
82 *Ibid.,* str. 9-4, par. 9.
83 Prednost pripajanja je u boljem poreznom tretmanu (*tax free*). *Loc. cit*.
84 Prema nekim autorima cijena dionice se u tom slučaju izračunava po formuli deseterostruke vrijednosti dividende po dionici – tzv. *earnings per share*. *Ibid*., str. 9-5, par. 9.
85 Kaplan, S. N., Stromberg, P., *op. cit.,* u bilj. 8, str. 499.
86 Parhankangas, A., *op. cit*. u bilj. 24., str. 267.

fond.[87] Dok se inicijalna javna ponuda smatra najboljim načinom izlaska za PE/VC fond, najnepovoljniji način izlaska je stečaj ili likvidacija portfeljnog društva.[88]

3. PRAVNO UREĐENJE PRIVATE EQUITY I VENTURE CAPITAL FONDOVA U EUROPSKOJ UNIJI

Pravno uređenje PE i VC fondova nije ujednačeno na razini EU-a. No, to ne znači da AIF-ovi nisu prepoznati kao važan faktor na tržištu kapitala EU-a. Posebice nakon posljednje financijske krize iz 2008., AIF-ovi su bili u središtu rasprave o njihovu mogućem utjecaju na stabilnost financijskog sustava i ekonomije država članica,[89] iako jednoznačnog zaključka o njihovoj odgovornosti za krizu nema. No, pravo EU-a uredilo je AIF-ove na način da se pristupilo pravnom uređenju njihovih menadžera, odnosno upravitelja (dalje u tekstu: UAIF) donošenjem Direktive 2011/61/EU o upraviteljima alternativnih investicijskih fondova (dalje u tekstu: AIFM Direktiva).[90] Radi se o horizontalnom uređenju koje obuhvaća sve UAIF-ove koji zadovoljavaju određene uvjete, bez obzira na to kojom vrstom AIF-a upravljaju (engl. *one size fits all*).[91] Pravni ustroj AIF-ova i dalje uređuju nacionalna prava država članica. Razlog tom pristupu jest velika raznolikost pravnog uređenja AIF-ova u pravu država članica što bi njihovo usklađivanje učinilo nerazmjerno teškim.[92]

Bez obzira na to što AIF-ovi nisu izravno predmet AIFM Direktive, oni to jesu posredno uređenjem UAIF-ova. Naime, jednom kada ulagatelji ulože u AIF, odluku kako će se ta imovina dalje ulagati donose UAIF-ovi. Stoga smatramo da se odredbama kojima se uređuje postupanje UAIF-ova pri donošenju investicijskih odluka, način upravljanja s uloženom imovinom fonda i drugo, neizravno uređuju i sami AIF-ovi, odnosno PE i VC fondovi. Hoće li AIFM Direktiva utjecati pozitivno ili negativno na *private equity* tržište u EU tek se ima vidjeti, iako je pri donošenju direktive u praksi

87 Bengtsson, O., *op. cit.* u bilj. 55., str. 496. Autor spominje još "registration rights" koje se aktiviraju kod IPO-a, te tzv. *piggyback rights*. *Ibid.,* str. 497.

88 Vidi o tome Trapido, D., Performance Implications od Venture Capital Syndication Networks, u Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 401-420, str. 408. Drugi autori upućuju na povezanost uspješno obavljenih *exita* s reputacijom VC fondova, pogotovo ako se radilo o opetovanim uspješno provedenim inicijalnim javnim ponudama. Vidi više: Krishnan, C. N. V., Masulis, R. W., Venture Capital Reputation, u: Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 61-129, str. 67.

89 Vidi pregledno u Strömqvist, M., Hedge funds and financial crises, Stockholm, Sveriges Riksbank Economic Review, 1/2009, str. 87-106; Palaskas, T., Stoforos, C., Drakatos, C., Hedge Funds Development and their Role in Economic Crises, Iasi, Annals of the Alexandru Ioan Cuza University – Economics, vol. 60, br. 1., 2013., str. 168-181.

90 Direktiva 2011/61/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2011. o upraviteljima alternativnih investicijskih fondova i o izmjeni direktiva 2003/41/EZ i 2009/65/EZ te uredbi (EZ) br. 1060/2009 i (EU) br. 1095/2010, SL L 174, 1.7.2011., str. 1–73.

91 Vidi Van Dam, M., Mullmaier, J., Impact of AIFMD on the Private Equity Industry u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 695 – 706, str. 695.

92 Preambula 10 AIFM Direktive.

prevladavao stav da će utjecaj biti negativan.[93]

Analizirajući AIFM Direktivu, smatramo da će čl. 26-30. AIFM Direktive biti od posebnog interesa za PE i VC fondove. Radi se o svojevrsnom zaštitnom mehanizmu, primarno za dioničare/udjelničare portfeljnog društva (ali i druge sudionike kao što su zaposlenici portfeljnog društva) kada AIF-ovi stječu kontrolu u portfeljnom društvu (što je česta investicijska politika PE i VC fondova), pri čemu postoji određena razlika ovisno o tomu je li portfeljno društvo uvršteno ili ne. *Ratio* uređenja je postizanje transparentnosti ulaganja AIF-a i sprječavanje tzv. *asset stripping* scenarija. *Asset stripping* općenito se opisuje kao situacija u kojoj ulagatelj (u ovom slučaju AIF) ulazi u društvo radi izvlačenja njegove ekonomske supstance ili (ras)prodaje imovine tog društva, što ima negativne posljedice po društvo, jer ono bez ključne imovine ne može postići očekivane poslovne rezultate. U okviru *private equity* transakcija, do *asset strippinga* posebno može doći u slučajevima kada portfeljno društvo dobro posluje pa PE/VC fond nastoji osigurati brzi povrat duga koji je nastao pri ulaganju u portfeljno društvo i to na teret njegovih sredstava (*acquisition debt*) odnosno kada je portfeljno društvo preopterećeno obvezama isplate duga nastalog pri ulaganju PE/VC fonda (engl. *acquisition debt*) pa je potrebno prodati njegovu imovinu.[94]

Pored uvjeta stjecanja kontrole nad portfeljnim društvom, da bi se čl. 26-30. AIFM Direktive primjenjivali na PE i VC fondove jest i da njima upravljaju UAIF-ovi na koje se primjenjuje AIFM Direktiva. Naime, AIFM Direktiva se ne primjenjuje na sve UAIF-ove, već je, pored drugih uvjeta (mjesta trgovanja i osnivanja AIF-ova), potrebno da je riječ o "većim" UAIF-ovima. Ti su UAIF-ovi svrstani u dvije kategorije, gdje u prvu ulaze oni koji upravljaju portfeljima AIF-ova čija imovina pod upravljanjem uključujući i korištenje financijske poluge ne prelazi prag od 100 milijuna eura, a u drugu ulaze UAIF-ovi čija imovina pod upravljanjem ne prelazi prag od 500 milijuna eura kada AIF-ovi ne koriste financijsku polugu i ne predviđaju mogućnost ostvarivanja prava isplate tijekom razdoblja od pet godina nakon početnog ulaganja u svaki AIF.[95]

Iz navedenog proizlazi da AIFM Direktiva ipak u manjem opsegu uređuje PE i VC fondove, pod uvjetima da njihovi UAIF-vi ulaze u polje primjene AIFM Direktive, te da pri ulaganju stječu kontrolu nad neuvrštenim društvima ili izdavateljima. Stoga će se zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive analizirati u nastavku ovog rada u poglavlju br. 5.

Pored AIFM Direktive, na razini EU-a donesena je i Uredba 345/2013 o europskim fondovima poduzetničkog kapitala (dalje u tekstu: Uredba EuVECA).[96] Cilj

93 McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., Recasting private equity funds after the financial crisis: the end of "two and twenty" and the emergence of co-investments and separate accounts u Bratton, W. W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism, Hedge Funds and Private Equity, Economic and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 599 – 613, str. 604.

94 Clerc, C., The AIFM's Duties upon the Acquisition of Non-listed Firms u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 649-666, str.652.

95 Čl. 3. st. 2. t. a. i t. b. AIFM Direktive.

96 Uredba (EU) br. 345/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2013. o europskim fondovima poduzetničkog kapitala, SL L 115, 25.4.2013., str. 1–17.

ove uredbe jest olakšati skupljanje kapitala VC fondovima od ulagatelja u različitim državama članicama te potaknuti ulaganja VC fondova i u subjekte osnovane u drugim državama članicama.[97] Putovnica koju EuVECA fondovi dobivaju znači da UAIF može prikupljati sredstva za VC fond u različitim državama članicama, a bez potrebe da se usklađuje za specifičnim pravilima o prikupljanju kapitala, javnom ponudom i drugim zahtjevima koji su različito uređeni nacionalnim zakonodavstvima. To je posebno važno za VC fondove nakon financijske krize od 2008., nakon čega podatci ukazuju da VC fondovi teže dolaze do kapitala.[98] Također, smatra se da će ulagatelji imati više povjerenja u VC fond nosi li oznaku EuVECA, s obzirom na zahtjeve koji svaki EuVECA fond mora ispuniti.[99]

Iako se na prvi pogled čini da se ovom uredbom usklađuje pravno uređenje svih VC fondova na razini EU-a, to ipak nije tako. Prije svega, UAIF-ovi sami biraju žele li da se Uredba EuVECA primjenjuje na njih, odnosno žele li upotrebljavati oznaku EuVECA za VC fond kojim upravljaju.[100] Odluče li se UAIF-ovi za to, moraju zadovoljiti uvjete koji su propisani uredbom, ali ujedno uživaju i u pogodnostima EU putovnice VC fonda posluju li na tržištu različitih država članica. Nadalje, Uredba EuVECA se može primjenjivati samo na UAIF-ove koji ne ulaze u primjenu AIFM Direktive.[101] No, ako UAIF naknadno uđe u primjenu AIFM Direktive može pod određenim uvjetima i dalje zadržati oznaku EuVECA.[102] Drugim riječima, europski je zakonodavac donio Uredbu EuVECA da bi "malim" UAIF-ovima koji upravljaju VC fondovima, ali koji ne ulaze u polje primjene AIFM Direktive, omogućio korištenje iste pogodnosti, a to je EU putovnica za nuđenje i upravljanje VC fondovima.

Valja istaknuti da su Uredbom EuVECA kao ciljna skupina ulaganja tih fondova određeni SME-ovi, čime se želi potaknuti upravo njihov rast i inovativnost u okviru EU-a.[103] Tako su EuVECA fondovi dužni ulagati najmanje 70 % svoje imovine u četiri kategorije instrumenata, od kojih su tri vezane upravo uz SME-ove.[104]

Na datum 21. prosinca 2016. bila su registrirana ukupno 33 EuVECA fondova na razini EU-a,[105] među kojima niti jedan iz RH. Najviše EuVECA fondova osnovano

97 Preambula 2 Uredbe EuVECA-e.

98 McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., *op. cit*. u bilj. 92., str. 600. Vidi također Block, J., De Vries, G., Sandner, P., Venture capital and the Financial crisis: an empirical study across industries and countries u Cumming, D. (ur.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 37-60, str. 41 i dalje.

99 Park, B., Vermeulen, E. P. M., The Future of Venture Capital in Europe: Applicable Lessons from the United States u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 667-681, str. 679.

100 Čl. 1. Uredbe EuVECA.

101 Čl. 2. st. 1. t. a. Uredbe EuVECA.

102 Čl. 2. st. 2. Uredbe EuVECA.

103 To je kao cilj jasno postavljen u Preambuli 13 Uredbe EuVECA.

104 Čl. 5. Uredbe EuVECA. U kategoriji kvalificiranog ulaganja, u što EuVECA fondovi moraju ulagati najmanje 70 % svoje imovine, ulaze sljedeće kategorije instrumenata: vlasnički instrumenti ili instrumenti nalik vlasničkom instrumentu koje izdaje kvalificirani subjekt za imovinu (SME), osigurani ili neosigurani zajmovi koje EuVECA daje SME-u pod odgovarajućim uvjetima, udjeli ili dionice kvalificiranog subjekta za imovinu (SME), te dionice ili udjeli jednog ili više drugih EuVECA fondova (čl. 3. t. e. Uredbe EuVECA).

105 Registar EuVECA fondova vodi ESMA. Podatci su dostupni na web stranici: https://registers.

je u Njemačkoj (11), zatim slijedi Luksemburg (7), Irska (5) i druge države. Za primijetiti je da je osnovan tek mali broj tih fondova na razini EU-a, pa treba tek vidjeti hoće li EuVECA fondovi zaista zaživjeti u praksi.

Dakle, primjena režima iz Uredbe EuVECA opcionalna je za UAIF-ove. Na UAIF-ove koji ne žele koristiti oznaku EuVECA i dalje se primjenjuju nacionalna pravila država članica. Iz toga proizlazi da je pravno uređenje VC fondova i njihovih UAIF-ova i dalje mahom prepušteno nacionalnim zakonodavstvima država članica. Stoga se Uredba EuVECA neće dalje razrađivati u okviru ovoga rada.

Osim AIFM Direktive i Uredbe EuVECA, EU *private equity* tržište dotiče i nedavno donesena Uredba 2015/760 o europskim fondovima za dugoročna ulaganja (dalje u tekstu: ELTIF Uredba).[106] Cilj je ove uredbe poticanje dugoročnih ulaganja u europske infrastrukturne projekte i mahom neuvrštena društva koji za ulagatelje imaju karakteristiku nelikvidne imovine (te u pravilu ulagatelji nemaju mogućnosti otkupa prije završetka investicije).[107] Za razliku od EuVECA-e, ELTIF fond može biti samo AIF čiji UAIF ima odobrenje za rad temeljem AIFM Direktive,[108] što znači da Uredba ELTIF nadopunjuje već postojeći pravni okvir uveden AIFM Direktivom. Ciljna skupina ELTIF Uredbe su, između ostalih, neuvrštena društva i SME-ovi bez obzira na to jesu li uvršteni ili ne,[109] u koje ELTIF mora ulagati najmanje 70 % svoje imovine.[110] S obzirom na to da su ta društva upravo ciljna portfeljna društva i PE i VC fondova, ideja EU zakonodavca bila je očigledno pobuditi interes UAIF-ova PE i VC fondova da odaberu regulatorni režim ELTIF-a. Kako je i primjena ELTIF Uredbe opcionalna za UAIF-ove,[111] ta će se uredba primjenjivati na PE i VC fondove samo ako se njihovi upravitelji na to odluče. Međutim, na datum 21. prosinca 2016. nije zabilježen niti jedan registrirani ELTIF na razini EU-a,[112] što jasno ukazuje da ELTIF-ovi još nisu zaživjeli u praksi.

4. PRAVNO UREĐENJE PRIVATE EQUITY I VENTURE CAPITAL FONDOVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Hrvatski zakonodavac je uređenju AIF-ova pristupio na način da je osnovne elemente tog uređenja regulirao na razini Zakona o alternativnim investicijskim fondovima (dalje u tekstu: ZAIF),[113] dok je podrobnu tipologiju fondova i njihova

esma.europa.eu/publication/searchRegister?core=esma_registers_euveca, 21.12.2016.

106 Regulation (EU) 2015/760 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on European long-term investment funds, SL L 123, 19.5.2015., str. 98–121.

107 Vidi Preambulu 1 i 15 ELTIF Uredbe.

108 Čl. 5. st. 2. zajedno s čl. 7. st. 2. ELTIF Uredbe.

109 Preambula 1 ELTIF Uredbe. Također vidi čl. 11. st. 1. ELTIF Uredbe.

110 Čl. 13. st. 1. ELTIF Uredbe. O sastavu portfelja ELTIF-a, kao i o zabranjenim investicijskim tehnikama vidi više u: Zetzsche, D. A., Preiner, C. D., ELTIFR versus AIFMD u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 135 – 166, str. 143 i dalje.

111 Čl. 4. ELTIF Uredbe.

112 Središnji registar za ELTIF-e vodi ESMA (čl. 3. ELTIF Uredbe), a na datum 21. prosinca 2016. nije objavljen niti jedan subjekt registriran kao ELTIF.

113 NN, 16/13, 143/14.

distinktivna obilježja uredio na razini Pravilnika o vrstama alternativnih investicijskih fondova (dalje u tekstu: Pravilnik).[114] PE i VC fondovi detaljnije su uređeni Pravilnikom, koji PE označava kao "AIF rizičnog kapitala", a VC fond kao "AIF poduzetničkog kapitala". Autori će relevantna rješenja analizirati tako da se prvo obrade zajednička obilježja i rješenja za PE i VC fondove, a zatim distinktivna obilježja PE i VC fondova.

4.1. Zajednička obilježja PE i VC fondova

Prema osnovnoj tipologiji AIF-ova u Republici Hrvatskoj, svi AIF-ovi, pa tako i PE i VC fondovi se mogu osnovati kao otvoreni i zatvoreni investicijski fondovi. Osnivaju li se kao otvoreni investicijski fondovi, tada se radi o fondovima bez pravne osobnosti (zasebna imovina bez pravne osobnosti),[115] dok se kao zatvoreni mogu osnovati u obliku dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću.[116] Uvidom u registar HANFE o AIF-ovima u RH na dan 3. siječnja 2017., uočava se da su svi PE i VC fondovi osnovani kao otvoreni fondovi, odnosno fondovi bez pravne osobnosti.[117] Također, u registru je upisano svega sedam PE fondova i jedan VC fond što govori u prilog relativno nerazvijenom *private equity* tržištu u RH.

Osnovno obilježje PE i VC fondova jest da se mogu nuditi isključivo privatnom ponudom,[118] pri čemu je ponuda uvjetovana određenjem ulagatelja koji mogu ulagati u PE i VC fondove. Zbog povećane rizičnosti ulaganja u ove fondove, pri čemu se rizici povezani s ulaganjem u PE procjenjuju višim, HANFA je Pravilnikom odredila da se udjeli PE i VC fondova mogu nuditi samo profesionalnim ulagateljima.[119] No i tu postoje razlike ovisno o tomu radi li se o ulaganju u PE ili u VC fond, a o čemu će biti više riječi u nastavku.

Pravilnikom su uređena pojedina pitanja jednoznačno za sve AIF-ove privatnom ponudom, neovisno o tomu o kojem se podtipu radi. Tako se u čl. 17. st. 1. Pravilnika, zakonodavac bavi podatcima koje moraju sadržavati pravila AIF-a, a što predstavlja ključne podatke za ulagatelje koji prethode investicijskoj odluci.[120] Ističemo rješenja iz čl. 17. st. 2. Pravilnika koji propisuje što pravila AIF-a mogu, ali ne moraju sadržavati. Svi se navedeni podatci odnose na ulagatelje AIF-a, pri čemu se ističe

114 NN, 105/13, 28/15.

115 Čl. 7. st. 2. ZAIF-a.

116 Čl. 7. st. 3. ZAIF-a.

117 Vidi internet stranice HANFE na kojim se vodi registar AIF-ova u elektroničkom obliku: http://www.hanfa.hr/registar/23/aif-fondovi?page=1 (3. siječnja 2017.).

118 Čl. 16. st. 1. t. 2. Pravilnika. Definiciju iste nalazimo u čl. 1. t. 44. ZAIF-a kao: *...svaka obavijest dana u bilo kojem obliku i uporabom bilo kojeg sredstva, koja sadrži dovoljno informacija o uvjetima ponude i ponuđenim udjelima AIF-a, da se na temelju istih ulagatelj može odlučiti na upis tih udjela, a koja je po nekoj svojoj karakteristici uvjetovana, primjerice minimalnim iznosom ulaganja, ciljanom skupinom ulagatelja ili brojem ulagatelja.*

119 Vidi čl. 4 st. 2. i st. 3. Pravilnika.

120 Tako pravila AIF-a s privatnom ponudom moraju sadržavati: investicijsku strategiju i ciljeve AIF-a, vrstu imovine u koje AIF može ulagati i ograničenja ulaganja, profil rizičnosti AIF-a i stupanj diverzifikacije ulaganja, te okolnosti pod kojima AIF može koristiti financijsku polugu (ako je zakonom dopušteno korištenje financijske poluge za određene fondove).

mogućnost postojanja odbora ulagatelja u okviru AIF-a.[121] To smatramo posebice važnim za ulagatelja kada je PE i VC fond osnovan kao otvoreni fond, odnosno fond bez pravne osobnosti. Postojanje odbora predstavljalo bi jedini način vršenja utjecaja na upravljanje AIF-om, s obzirom na to da sklapanjem investicijskog posla u pravilu ulagatelji prepuštaju pravo upravljanja i svakodobnog donošenja odluka UAIF-u.[122]

Pravilnikom je za sve AIF-ove s privatnom ponudom određen i sastav portfelja, odnosno u što ti AIF-ovi mogu ulagati.[123] Pritom su ciljne kategorije imovine i profil portfeljnih društava u koje se ulaže (kao i ograničenja tih ulaganja) podrobnije propisane za PE,[124] odnosno za VC fondove,[125] o čemu će više biti rečeno u nastavku.

4.2. Distinktivna obilježja PE i VC fondova

Distinktivna obilježja PE i VC fondova mogu se uočiti na nekoliko razina, počevši od njihovog poimanja (razlike postoje u njihovoj općoj ulagateljskoj orijentaciji) do uvjeta koje moraju ispuniti (mali) ulagatelji da bi im mogli pristupiti. Nešto su neznatnije razlike u pogledu vrsta imovine u koju odnosni fondovi mogu ulagati, no izraženije su kada su u pitanju ograničenja ulaganja, pogotovo kada je u pitanju zaduživanje, odnosno korištenje financijske poluge.

Na razini pojmovnih razlika, PE fond definiran je čl. 20. Pravilnika kao *AIF s privatnom ponudom čija se imovina pretežito ulaže u poslovne subjekte s ciljem optimiziranja njihove poslovne i financijske uspješnosti u očekivanju realiziranja povrata na uložena sredstva*. Za razliku, VC fond je u čl. 24. Pravilnika definiran kao *AIF s privatnom ponudom čija se imovina, u skladu s pravilima AIF-a pretežito ulaže u poslovne subjekte koji su novoosnovani ili su u početnim fazama poslovanja*, *a prema procjeni UAIF pokazuju potencijal za rast i širenje poslovanja.*

Iz navedenih definicija su vidljive razlike u ciljnim portfeljnim društvima PE

121 Ako je pravilima AIF-a određeno postojanje odbora, Pravilnik postavlja određene odrednice, iako smatramo da nisu obvezujuće s obzirom na to da je i samo postojanje odbora postavljeno kao fakultativno. To su da odbor ulagatelja ne čine svi ulagatelji, već samo predstavnici ulagatelja, da se pravilima AIF-a predvidi poslove koje taj odbor obavlja, broj članova odbora te način rada (čl. 17. st. 2. t. b. Pravilnika).

122 O posebnostima ugovora o ulaganju, te time i položaja ulagatelja u fondove vidi u: Braut Filipović, M., Pravni položaj i odgovornosti depozitara UCITS fondova, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, e-izdanje, 2015., str. 17.

123 Čl. 18. st. 1. Pravilnika. Tako se imovina može sastojati od: 1. prenosivih vrijednosnih papira ili instrumenata tržišta novca, 2. poslovnih udjela društava s ograničenom odgovornošću ili uloga u drugim trgovačkim društvima, 3. instrumenata nalik vlasničkim instrumentima, 4. udjela AIF-ova ili UCITS fondova iz RH ili iz druge države članice, te udjela investicijskih fondova s odobrenjem za rad koje je izdalo nadležno tijelo iz treće države ili dionica investicijskih fondova, 5. depozita kod kreditnih institucija koje imaju registrirano sjedište u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici ili trećoj državi, 6. izvedenih financijskih instrumenata kojima se trguje na uređenom tržištu u smislu zakona koji uređuje tržište kapitala u RH, državi članici i trećoj državi, ili izvedenih financijskih instrumenata kojima se trguje izvan uređenog tržišta (neuvrštene OTC izvedenice), 7. potraživanja po danim zajmovima, 8. nekretnina, 9. roba, 10. novca na računima, 11. drugih vrsta imovine ako je isto izričito predviđeno pravilima AIF-a.

124 Vidi čl. 20. i 22. Pravilnika.

125 Vidi čl. 24. i 25. Pravilnika.

i VC fondova. Ciljno portfeljno društvo VC fonda jasnije je opisano u čl. 25. st. 6. Pravilnika koji navodi da su to poslovni subjekti koji nisu uvršteni niti se njima (odnosno njihovim financijskim instrumentima, *op. aut*.) trguje na uređenom tržištu ili multilateralnoj trgovinskoj platformi u RH, državi članici ili trećoj državi u vrijeme kada ih AIF stječe. Mora se raditi i o "poslovnom subjektu" koji ima manje od 250 zaposlenih radnika, ostvaruje manje od 400 milijuna kuna prihoda godišnje i čija ukupna aktiva iznosi najviše 344 milijuna kuna (radi se o SME-ovima). Također mora imati sjedište u Republici Hrvatskoj, drugoj državi članici ili u trećoj državi.[126] Slijedom navedenog izvodi se zaključak da su ciljna portfeljna društva VC fondova srednja i mala neuvrštena društva (SME). Za PE AIF-ove ne postoje ta ograničenja u profilu portfeljnih društava što znači da ne igra ulogu veličina društva niti okolnost radi li se o uvrštenom ili neuvrštenom društvu, iako pojam *private equity* podrazumijeva prije svega ulaganja u neuvrštena društva.

Kada su u pitanju ulagatelji kojima se mogu nuditi udjeli pojedinih AIF-ova, regulator je pristupio uređenju tog pitanja na način da je općenito za sve fondove s privatnom ponudom (a u tu grupu se ubrajaju i PE i VC fondovi) odredio da se njihovi udjeli mogu nuditi sljedećim kategorijama ulagatelja: profesionalnim ulagateljima, odnosno ulagateljima koji se na vlastiti zahtjev mogu tretirati kao profesionalni ulagatelji prema zakonu koji uređuje tržište kapitala[127] te kvalificiranim ulagateljima.[128] U čl. 5. Pravilnika dalje se razrađuje pojam kvalificiranog ulagatelja, koji je primjenjiv za sve AIF-ove privatnom ponudom osim PE fondove, s obzirom na to da PE fondovi imaju "svoju vlastitu definiciju pojma" kvalificiranog ulagatelja sadržanu u čl. 4. st. 3. Pravilnika. Za sve AIF-ove privatnom ponudom polazi se od toga da je to mali ulagatelj koji treba zadovoljiti neke uvjete da bi ga se smatralo kvalificiranim ulagateljem. Taj ulagatelj prema čl. 5. st. 1. Pravilnika mora ispuniti tri kumulativno postavljena uvjeta: za potrebe ulaganja u udjele jednog AIF-a mora se obvezati uplatiti jednokratnom uplatom minimalno 400.000,00 kuna,[129] dok vrijednost njegove neto imovine mora biti minimalno 3.000.000,00 kuna. K tome, UAIF mora procijeniti da ulagatelj posjeduje dovoljno iskustva i stručnog znanja da je sposoban

126 Postoje i negativni uvjeti: ne smije se raditi o "subjektu za zajednička ulaganja" (a to je fond, op. aut.), niti o financijskoj instituciji kao što su: kreditna institucija, financijski holding niti mješoviti holding u smislu zakona koji uređuje osnivanje i rad kreditnih institucija, investicijsko društvo te osiguravajuće društvo. Vidi čl. 25. st. 6. t. c. i t. d. Pravilnika.

127 Kada upućuje na zakon kojim se uređuje tržište kapitala, Pravilnik upućuje na kategorizaciju ulagatelja koja postoji u Zakonu o tržištu kapitala i koja razlikuje *klijente koji se smatraju profesionalnim ulagateljima* koji su definirani čl. 61. ZTK-a od *klijenata koji se na vlastiti zahtjev mogu tretirati kao profesionalni ulagatelji* koje uređuje čl. 63. ZTK. Da bi se mali ulagatelj mogao tretirati kao profesionalni (čl. 63. ZTK), osim vlastitog zahtjeva trebaju biti zadovoljena najmanje dva od sljedećih kriterija: 1. klijent je na za njega mjerodavnom tržištu kapitala izvršio prosječno deset transakcija značajne vrijednosti, unutar svakog tromjesečja, unatrag godine dana, 2. veličina klijentovog portfelja financijskih instrumenata prelazi 4.000.000 kuna, 3. klijent radi ili je radio u financijskom sektoru najmanje godinu dana na poslovima koji zahtijevaju znanje o planiranim transakcijama ili uslugama. Vidi i kategorizaciju klijenata koji se smatraju profesionalnim ulagateljima a koju opisuje čl. 61. st. 2. ZTK-a.

128 Čl. 4. st. 2. Pravilnika.

129 Iznimno, temeljem čl. 24. st. 4. Pravilnika uplata može biti i višekratna.

razumjeti uključene rizike te da je ulaganje u AIF u skladu s njegovim ulagačkim ciljevima. No, ako se netko već smatra profesionalnim ulagateljem temeljem ZTK-a (čl. 61. ZTK) ili je temeljem svog zahtjeva dobio taj status (čl. 63. ZTK) ta osoba ne mora posebno dokazivati svoj status "kvalificiranog" ulagatelja temeljem naprijed navedene odredbe Pravilnika, pa je i ona prikladan ulagatelj u AIF privatnom ponudom, pa tako i u VC fond.[130]

Za razliku, "ulagački pragovi" za kvalificiranog ulagatelja koji želi uložiti u PE fond postavljeni su na višoj razini. Da bi (mali) ulagatelj bio ovlašten ulagati kao kvalificirani ulagatelj u PE fond mora ispuniti kumulativno tri uvjeta.[131] Njegova uplata mora biti minimalno 2.000.00,00 kuna, vrijednost njegove imovine mora biti minimalno 10.000.000,00 kuna, dok je treći kriterij isti kao i za ulagatelje u druge fondove, tj. UAIF mora procijeniti da ulagatelj posjeduje dovoljno iskustva i stručnog znanja da je sposoban razumjeti uključene rizike te da je ulaganje u PE u skladu s njegovim ulagačkim ciljevima. Višekratne uplate u PE fond u pravilu su moguće,[132] no najniži iznos ukupne obveze uplate pojedinog ulagatelja u PE fond iznosi 2.000.000,00 kuna.[133] Za ulagatelje PE fondova regulator u čl. 23. Pravilnika još predviđa obvezu UAIF-a da uredi postupke i mehanizme kojima će ulagateljima omogućiti sudjelovanje u odlučivanju u pitanjima koja su bitna za PE fond.[134] Iz svega naprijed navedenog razvidno je da kvalificirani ulagatelj u VC fond mora ispuniti niže pragove glede visine minimalne uplate te vrijednosti njegove imovine. Ova distinkcija proizlazi iz profila rizičnosti samih PE i VC fondova, s obzirom na to da je PE fondovima dopuštena uporaba instrumenta financijske poluge, a VC fondovima

130 Iako se ovaj zaključak nameće kao jedini ispravan i logičan, njegova održivost je dovedena u pitanje ako se uvjeti propisani u čl. 5. i 7. Pravilnika dovedu u vezu s onima iz čl. 63. ZTK-a. Taj zakonski članak ZTK dopušta malim ulagateljima pribavljanje statusa profesionalnog ulagatelja i kada uopće ne raspolažu imovinom određene veličine, što bi značilo da onaj mali ulagatelj koji je stekao status profesionalnog temeljem čl. 63. ZTK ne bi morao dosizati "financijske" pragove navedene u čl. 5. i 7. Pravilnika kada ulaže u neki PE ili VC fond. Postavlja se pitanje je li regulator htio da netko tko je stekao status profesionalnog ulagatelja temeljem čl. 63. ZTK-a bude oslobođen primjene navedenih financijskih pragova. Ako bi i taj mali ulagatelj, koji je temeljem čl. 63. ZTK-a, ostvario status profesionalnog ulagatelja bez da ima određenu veličinu imovine, bio prikladan za ulaganje u AIF, to bi stvorilo veliku nejednakost između samih ulagatelja. No takav ulagatelj koji bi primjerice htio ulagati u PE fond, morao bi osigurati temeljem druge odredbe Pravilnika, one sadržane u čl. 21. st. 6. *najniži iznos ukupne obveze uplate u visini od 2.000.000,00 kuna* pa se nameće zaključak da ipak ne postoji (mali) ulagatelj koji bi bio *eligible* za ulaganje u PE fond bez da raspolaže imovinom spremnom za ulaganje. No takvog zaštitnog propisa, u smislu određenja iznosa najmanje uplate, kada je u pitanju ulaganje u VC fond nema, pa bi u tom slučaju bilo bitno ono što stoji u pravilima fonda.

131 Čl. 7. st. 1. Pravilnika.

132 Čl. 21. st. 2. Pravilnika.

133 Čl. 21. st. 6. Pravilnika.

134 Radi se o sljedećim pitanjima u kojima dolaze do izražaja prava ulagatelja: sudjelovanje u potvrđivanju odluke o izboru revizora AIF-a, sudjelovanje u odlučivanju o promjeni investicijske strategije i/ili ciljeva AIF-a, ograničenja ulaganja i sektora ulaganja koja su sastavni dio pravila AIF-a, sudjelovanje u usvajanju financijskih izvještaja AIF-a, donošenje odluke o prijenosu poslova upravljanja na drugi UAIF, davanje drugih suglasnosti i odobrenja UAIF-u, dobivanje informacija o stanju imovine AIF-a, investicijskim mogućnostima ili o drugim okolnostima bitnim za upravljanje imovinom AIF-a. Vidi čl. 23. t. a. – f. Pravilnika.

samo "u strogo kontroliranim uvjetima" o kojima će naprijed biti govora.[135]

Razlika između PE i VC fondova ne uočava se u toj mjeri na razini sastava portfelja, odnosno kategorija imovine u koju ti fondovi mogu ulagati, osim što su VC fondovi načelno više usmjereni na poslovne subjekte, tj. portfeljna društva koja su "novoosnovana ili u početnim fazama poslovanja", a PE fondovi na poslovne subjekte koje žele "optimizirati", o kojoj razlici je već bilo govora s aspekta razlika koje postoje između ciljnih portfeljnih društava PE i VC fondova.

Kada se opisuju ciljne vrste financijskih instrumenata u koje PE fondovi ulažu, one su sadržane u čl. 20. Pravilnika u kojem se navodi da PE fond ulaže u "vlasničke instrumente" ili "instrumente nalik vlasničkim instrumentima.[136] Za potonje se u čl. 20. st. 3. Pravilnika nudi primjerična lista tih instrumenata: podređeni zajmovi (engl. *subordinated loans*), tiho sudjelovanje (engl. *silent participation*), sudjelujući zajmovi (engl. *participating loans*), prava na udio u dobiti (engl. *profit participating rights*), zamjenjive obveznice (engl. *convertible bonds)* i obveznice s varantima (engl. *bonds with warrants*). Pravilnik dopušta da se kao dopuna ulaganja u vlasničke instrumente i instrumentima nalik vlasničkim, ali ne i kao zamjena za njih, iz imovine PE fondova daju osigurani ili neosigurani zajmovi (kao što je primjerice *bridge financing*),[137] no oni mogu biti odobreni isključivo poslovnom subjektu u kojeg je PE fond već uložio te pod uvjetom da se za takve zajmove ne upotrebljava više od 30 % veličine PE fonda.[138] Slično, čl. 24. Pravilnika replicira ove vrste financijskih instrumenata kao "prikladnu" imovinu u koju ulažu VC fondovi te replicira i uvjete glede davanja osiguranih i neosiguranih zajmova kao što je to propisano za PE fondove.

U pogledu ograničenja ulaganja, temeljno načelo disperzije rizika između ulaganja u određene kategorije imovine glasi da se najmanje 70 % imovine PE fonda mora uložiti u vlasničke instrumente i instrumente nalik vlasničkima (čl. 22. st. 2. Pravilnika). No, PE fond se sam može zadužiti (odnosno to čini UAIF za račun PE fonda) ili izdati dužničke financijske instrumente ili dati jamstva. Pritom svi ti oblici zaduživanja ili jamstava kao i najveći iznos financijske poluge moraju biti navedeni u pravilima AIF-a. Iz ovoga slijedi da je korištenje instrumenta financijske poluge dopustivo za PE fond, pod uvjetom da je ono opisano po vrsnoći i određeno gornjom granicom izloženosti.

Kada je riječ o ograničenjima ulaganja VC fondova, u čl. 25. st. 1. Pravilnika također se replicira pravilo da se najmanje 70 % imovine VC fonda mora uložiti u imovinu poslovnih subjekata koji su inače *target* njihova ulaganja (neuvršteni SME-i). Koje se sve vrste imovine smatraju prikladnima unutar toga zadanog postotka, razrađuje se u stavku 7. tog istog članka. Čl. 25. st. 7. Pravilnika opisuje kao prikladne razne vrste vlasničkih i kvazivlasničkih instrumenata koje je izdao taj neuvršteni

135 Čl. 25. st. 4. Pravilnika.

136 Prema čl. 20. st. 3. Pravilnika *instrumenti nalik vlasničkim instrumentima obuhvaćaju vrstu instrumenta financiranja koja je kombinacija vlasničkog kapitala i duga, pri čemu je povrat od instrumenta povezan s dobiti ili gubitkom poslovnog subjekta u kojeg je AIF uložio, a otplata instrumenta u slučaju neispunjavanja obveza nije potpuno osigurana*.

137 Čl. 20. st. 4. Pravilnika.

138 Veličina PE fonda kao pojam definirana je u čl. 21. st. 4. Pravilnika.

poslovni subjekt (SME) ili njegov "većinski vlasnik",[139] no u taj izračun ulaze i oni udjeli/dionice tog poslovnog subjekta koje je VC fond stekao od postojećih imatelja udjela ili dioničara.[140] Tu se ubrajaju još i osigurani ili neosigurani zajmovi (dužnički financijski instrumenti) koje VC fond dao tom poslovnom subjektu u kojem već ima ulaganja pod uvjetom da se za te zajmove ne upotrebljava više od 30 % veličine AIF-a.[141]

No ulaganja koja se ubrajaju u pravilo "najmanje 70 %" odnose se i na ulaganja u druge VC fondove (a ne samo ciljna portfeljna društva!) pod uvjetom da ti VC fondovi i sami nisu uložili više od 10 % veličine AIF-a u druge VC fondove.[142] Time su ulaganja u udjele ili dionice jednog ili više VC fondova izjednačena s ulaganjem u ciljna portfeljna društva, a radi dosezanja potrebnog praga ulaganja od "najmanje 70 %", iako u potonjem slučaju UAIF-ovi, ulažući imovinu svog VC fonda u udjele ili dionice drugih VC fondova koriste ekspertizu i upravljačke vještine menadžera drugih VC fondova.

Značajna razlika između PE i VC fondova postoji u mogućnostima korištenja financijske poluge. VC fondovima prema čl. 25. st. 3. Pravilnika nije dopuštena uporaba financijske poluge na razini VC fonda. Čl. 25. st. 4. Pravilnika napominje da je UAIF-u koji upravlja VC fondom dopušteno samo zaduživanje, izdavanje dužničkih financijskih instrumenata ili pružanje jamstava na razini VC fonda, pod uvjetom da su takva zaduživanja, izdavanje dužničkih financijskih instrumenata ili jamstava pokriveni obvezom uplate kapitala na poziv i ne dovode do povećanja izloženosti AIF-a iznad razine obveza uplate kapitala. S druge strane, PE fondovi mogu koristiti financijsku polugu, pod jedinim uvjetom da se najveći iznos financijske poluge navede u pravilima AIF-a.[143]

Što se tiče vremenskog ograničenja trajanja fonda, Pravilnik određuje da se PE fond može osnovati samo na određeno vrijeme.[144] Za razliku od PE fondova, za VC fondove nije izrijekom uređeno da se radi o fondovima osnovanim na određeno vrijeme, iako je i to njihov uobičajen način djelovanja što je prikazano poglavlju br. 2. ovog rada.

5. POSEBNO UREĐENJE ZA AIF-OVE KOJI STJEČU KONTROLU NAD NEUVRŠTENIM DRUŠTVIMA ILI U IZDAVATELJIMA KOJI KOTIRAJU NA UREĐENOM TRŽIŠTU

S obzirom da PE i VC fondovi često zauzimaju položaj kontrole u društvima u koje ulažu, takav utjecaj može biti pozitivan ili negativan po portfeljno društvo. Najveća bojazan portfeljnog društva jest da fondovi ulaze u njegovu strukturu s ciljem *asset strippinga*, odnosno radi izvlačenja ili prodaje imovine tog društva što se može

139 Čl. 25. st. 7. t. a., treća alineja Pravilnika.
140 Čl. 25. st. 7. t. c. Pravilnika.
141 Čl. 25. st. 7. t. b. Pravilnika.
142 Čl. 25. st. 7. t. d. Pravilnika.
143 Čl. 22. st. 6. Pravilnika.
144 Čl. 21. st. 3. Pravilnika.

vrlo negativno odraziti na poslovanje društva. Stoga se pri usvajanju AIFM Direktive raspravljalo upravo o načinu na koji bi se zaštitilo dioničare/udjelničare portfeljnog društva nakon što AIF uđe u strukturu društva tako da u njemu stekne kontrolu.[145] Usvojeni pristup oslanja se na transparentnost ulaganja AIF-ova prema portfeljnom društvu i ostalim dioničarima/udjelničarima te (relativnoj) zabrani *asset stripping* radnji. Zbog investicijskih politika PE i VC fondova, upravo su oni najveći kandidati za primjenu usvojenih rješenja. Stoga će se u nastavku analizirati relevantna rješenja AIFM Direktive i hrvatskoga zakonodavca.

5.1. Na razini EU-a - AIFM Direktiva

AIFM Direktivom uređuju se obveze AIF-ova kada stječu kontrolu nad neuvrštenim društvima i izdavateljima u čl. 26-30. Da bi se navedene odredbe primjenjivale na PE i VC fondove, potrebno je da se zadovoljiti određene uvjete. Radi se o kumulativnim uvjetima koji se odnose na status UAIF-ova koji upravljaju PE/VC fondovima, prelasku kontrolnog praga u portfeljnom društvu i određenja na koja će se portfeljna društva primjenjivati zaštitni mehanizmi AIFM Direktive.

5.1.1. Uvjeti za primjenu čl. 26.-30. AIFM Direktive na PE i VC fondove

Kao prvo, UAIF koji upravlja PE ili VC fondom mora prijeći zadani prag da bi se AIFM Direktiva na njega primjenjivala ili optirati za primjenu AIFM Direktive ako ne prelazi zadani prag,[146] o čemu je više rečeno u poglavlju br. 3. ovog rada. Ukoliko ne spada pod režim AIFM Direktive, zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. neće se primjenjivati na taj UAIF, osim ako države članice u nacionalnim zakonodavstvima izrijekom ne prošire njihovu primjenu na sve UAIF-ove.

Drugo, da bi se zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive primjenjivao, potrebno je da UAIF koji upravlja PE ili VC fondom prijeđe kontrolni prag, odnosno da stekne kontrolu (pojedinačno ili s više AIF-ova kojima upravlja ili zajednički s drugim UAIF-om) nad neuvrštenim društvom[147] ili nad izdavateljima, tj. nad uvrštenim društvima.[148] Kontrolni prag za neuvrštena društva izrijekom je određen, a iznosi više od 50 % prava glasa u društvu.[149] Za izdavatelje, odnosno uvrštena društva kontrolni prag se izračunava u skladu s Direktivom 2004/25/EZ o preuzimanju, a koja je to prepustila nacionalnim rješenjima država članica.[150]

145 Commission staff working document accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/…/EC - Impact assessment, SEC/2009/0576 final (dalje u tekstu: Impact assessment AIFM Direktive), str. 26.

146 Čl. 3. st. 2. i st. 4. AIFM Direktive.

147 Čl. 26. st. 1. AIFM Direktive.

148 Čl. 26. st. 4. AIFM Direktive.

149 Čl. 26. st. 5. AIFM Direktive, koji uređuje i pravila izračuna tih glasova.

150 Čl. 26. st. 5. AIFM Direktive poziva se na primjenu Direktive 2004/25/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o ponudama za preuzimanje, SL L 142, 30.4.2004., str. 12–23.

Postavljeni prag za neuvrštena društva iznimno je visok.[151] U Prijedlogu AIFM Direktive, predložen je puno niži prag – 30 % prava glasa,[152] vjerojatno prema uzoru na kontrolni prag koji je okidač za dužnost objave obavezne ponude za preuzimanje uvrštenih dioničkih društava koji u prosjeku među državama članicama iznosi oko 30 % prava glasa.[153] Osim što je konačno usvojen kontrolni prag postavljen visoko, definicija kontrole pored neposrednog ostvarivanja prava glasa, obuhvaća još samo dva tipična slučaja stjecanja kontrole temeljem zajedničkog djelovanja. Prvi slučaj obuhvaća društvo kojeg kontrolira AIF, a drugi fizičke ili pravne osobe koje djeluju u svoje ime, ali za račun AIF-a ili društva kojeg kontrolira AIF.[154] Time nisu obuhvaćeni svi oblici zajedničkog djelovanja radi stjecanja kontrole, kao što bi to primjerice bilo djelovanje AIF-a s drugim članom portfeljnog društva (koji nije drugi UAIF) temeljem sporazuma.[155] Nadalje, u samoj AIFM Direktivi se za sve ostale slučajeve, osim za potrebe uređenja čl. 26.-30., za izračun kontrole poziva na drugo rješenje, i to ono iz Direktive 83/349/EEZ[156] koje obuhvaća puno širi koncept kontrole. Time se nameće zaključak da je usvojen koncept kontrole blaži u usporedbi s drugim rješenjima na razini EU-a, ali i u okviru same AIFM Direktive, te će teže doći do "okidanja" zaštitnih mehanizama za ulagatelje/dioničare portfeljnih društava koje je AIFM Direktiva uvela kada AIF-ovi (u pravilu PE i VC fondovi) stječu kontrolu nad neuvrštenim društvima. Određene korektivne mehanizme u smislu potpunijih pravila o stjecanju kontrole a time i lakšeg ostvarivanja uvjeta za primjenu zaštitnih mehanizama iz čl. 26.-30. AIFM Direktive mogu usvojiti države članice pri transpoziciji AIFM Direktive,[157] s obzirom na to da su slobodne usvajati stroža pravila od onih predviđenih AIFM Direktivom.[158]

Treće, izrijekom je uređeno na koja će se neuvrštena portfeljna društva, a nad kojima UAIF ima kontrolu primjenjivati zaštitni mehanizmi AIFM Direktive. To je

151 Za usporedbu, u hrvatskome je pravu za uvrštena dionička društva usvojen kontrolni prag od 2 5% + 1 pravo glasa za preuzimanje dioničkih društava, jer se već s tim postotkom može spriječiti donošenje najznačajnijih odluka na glavnoj skupštini. Čl. 5. st. 4. Zakona o preuzimanju, NN, 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13. Taj se prag u domaćoj pravnoj literaturi kritizira kao nizak. Za raspravu o tomu vidi više u: Čulinović-Herc, A., Zubović, A., (Ne)objavljivanje podataka o promjenama u korporativnoj strukturi uvrštenog dioničkog društva i utjecaj na prelazak kontrolnog praga – novi pojavni oblici držanja dionica ispod radara regulatora, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 34., br. 1., 2013., str. 37-81, str. 53 i dalje.

152 Vidi čl. 26. st.1.t.a. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/…/EC, COM/2009/0207 final (dalje u tekstu Prijedlog AIFM Direktive).

153 Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Cpmmittee and the Committee of the Regions, Application of Directive 2004/25/EC on takeover bids, COM(2012) 347 final, Brussels, 28.6.2012., str. 5.

154 Čl. 26. st. 5. AIFM Direktive.

155 Vidi usporedbu s čl. 5 Zakona o preuzimanju.

156 Na primjenu ove direktive poziva se čl. 4. st. 1. t. i. AIFM Direktive. 83/349/EEZ: Sedma direktiva Vijeća od 13. lipnja 1983. na temelju članka 54. stavka 3. točke (g) Ugovora o konsolidiranim financijskim izvještajima SL L 193, 18.7.1983., str. 1–17.

157 Za takav zaključak vidi i Clerc, C., *op. cit*., str. 660.

158 Čl. 26. st. 7. AIFM Direktive.

napravljeno metodom negativne enumeracije. Dakle, zaštitni mehanizam neće se primjenjivati na mala i srednja poduzeća (dalje u tekstu: SME) i na subjekte čija je namjena kupnja, posjedovanje ili upravljanje nekretninama.[159] Za razliku od toga, zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive primjenjuje se na sva uvrštena društva u kojima UAIF stječe kontrolu. *Ratio* usvojene iznimke za SME jest što se smatra da bi dodatne obveze za PE, a posebice VC fondove, predstavljale preveliko opterećenje, osobito u slučaju manjih ulaganja u neuvrštene SME.[160] Takvo bi opterećenje za posljedicu moglo imati smanjenje pritjecanja PE/VC kapitala u SME, što bi bilo u suprotnosti s usvojenom politikom poticanja razvoja tih poduzeća.[161] Unatoč usvojenom stavu, pri donošenju AIFM Direktive isticali su se i argumenti u prilog stavu da se zaštitni mehanizam iz čl. 36.-30. AIFM Direktive protegne i na SME. Glavni argumenti su bili da se interesi dioničara/udjelničara SME-ova ne razlikuju od interesa drugih dioničara/udjelničara (posebice glede sprječavanja *asset stripping*a), te da i nadležna tijela imaju interes znati kako PE/VC fondovi financiraju i kontroliraju SME-ove i to upravo zbog politike financiranja zaduživanjem (posebice nakon financijske krize iz 2008. kada mnoga portfeljna društva financirana *private equity* kapitalom imaju problem s vraćanjem duga).[162] No, unatoč navedenoj raspravi, ipak je usvojen stav prema kojemu se SME izuzimaju iz primjene protektivnog režima usvojenog u čl. 36.-30. AIFM Direktive.

5.1.1.1. Analiza zaštitnog mehanizma iz čl. 26.-30. AIFM Direktive

Zaštitnim mehanizmom iz čl. 26.-30. AIFM Direktive određeno je koje se subjekte štiti kao i *modus* zaštite. Subjekt kojemu se nameću povećane obaveze je UAIF koji upravlja AIF-om koji stječe kontrolu nad portfeljnim društvom. Pritom se obveze UAIF-a razlikuju ovisno o tomu je li portfeljno društvo neuvršteno ili uvršteno. U oba slučaja, obveze UAIF-a možemo podijeliti u dvije glavne kategorije: obveza transparentnosti o ulaganju i sprječavanje *asset stripping* radnji pod određenim uvjetima, što će se analizirati u nastavku.

159 Čl. 26. st. 2. AIFM Direktive. Za određenje malih i srednjih poduzeća, AIFM Direktiva se poziva na Preporuku Komisije 2003/361/EZ od 6. svibnja 2003. o definiciji mikro, malih i srednjih poduzeća, SL L 124, 20.5.2003. Prema čl. 2., st. 1., SME je određen kao poduzeće koje zapošljava manje od 250 osoba i ima godišnji prihod koji ne prelazi 50 milijuna eura i/ili ima godišnju ukupnu aktivu koja ne prelazi 43 milijuna eura. Unutar kategorije SME poduzeća, uredba razlikuje mala poduzeća koja zapošljavaju manje od 50 osoba i čiji godišnji prihod i/ili godišnja ukupna aktiva ne prelazi deset milijuna eura (čl. 2. st. 2.), i mikro poduzeća koja zapošljavaju manje od deset osoba i čiji godišnji prihod i/ili godišnja ukupna aktiva ne prelazi 2 milijuna eura (čl. 2. st. 3.).

160 Impact assessment AIFM Direktive, *op. cit*. u bilj. 144., str. 51.

161 S problemom nedostatka financiranja od strane trećih osoba, odnosno s nedostatkom ulagatelja kao zaprekom razvoja društava, posebice SME-ova, povezuje se pojam *equity gap* o kojemu se dosta raspravlja. Upravo se VC i PE fondovi percipiraju kao subjekti koji bi mogli doprinijeti smanjenju *equity gap*a za SME-ove. Vidi Murray, G. C., Venture Capital and government policy u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 113-151, str.117.

162 Clerc, C., *op. cit.* u bilj. 93., str. 657. Vidi također Impact assessment AIFM Direktive, *op. cit*. u bilj. 144., str. 22.

5.1.1.2. Subjekti zaštite

Zaštitnim mehanizmom iz čl. 26.-30. AIFM Direktive štite se interesi portfeljnog društva i njegovih dioničara, zaposlenika portfeljnog društva, ali i ulagatelja samog AIF-a koji stječe kontrolu nad portfeljnim društvom.

Na prvome se mjestu kao adresat zaštite uvijek navodi portfeljno društvo i njegovi dioničari. U okviru obveze transparentnosti o ulaganju UAIF-a, primarno se štite interesi manjinskih dioničara/udjelničara, koji nakon što dobiju informacije iz čl. 27.-29. AIFM Direktive mogu zaštititi svoje interese. Tako je ako se radi o neuvrštenome društvu UAIF dužan obavijestiti portfeljno društvo i njegove dioničare o stjecanju kontrole (čl. 27. AIFM Direktive), objaviti nakon stjecanja kontrole informacije iz čl. 28 AIFM Direktive te uvrstiti dodatne informacije u godišnja financijska izvješća portfeljnog društva ili AIF-a (čl. 29 AIFM Direktive). Ako se radi o uvrštenome društvu, tada je UAIF dužan objaviti samo informacije iz čl. 28. st. 1.-3. AIFM Direktive.

Zanimljivo je da komparativno provedene studije ukazuju da se cijena dionica/udjela portfeljnog društva povećava u razdoblju neposredno nakon što AIF uđe u društvo (što uključuje i slučaj kada PE i VC fondovi ulaze u društvo),[163] što ide u korist svih dioničara/udjelničara društva. No, dostupni podatci govore samo o *short-term*, tj. kratkoročnim učincima koji su pozitivni, dok su podatci dvojbeni kada se razmatraju *long-term*, tj. dugoročni učinci ulaganja AIF-a (a time i PE i VC fondova) u portfeljno društvo,[164] neovisno o tomu radi li se o uvrštenom ili o neuvrštenom društvu.

Zaštita dioničara/udjelničara portfeljnog društva cilj je i u okviru čl. 30. AIFM Direktive o sprječavanju *asset stripping* radnji pod određenim uvjetima. Pri tomu se otvaraju određene dvojbe. Naime, kada AIF (što može biti i PE i VC fond) uđe u strukturu društva te postane njegov dioničar, postavlja se pitanje u čijem je interesu UAIF/AIF dužan djelovati – u interesu svojih ulagatelja (ulagatelja AIF-a kojim UAIF upravlja) ili u interesu društva čiji je dioničar (portfeljno društvo). Dok za portfeljno društvo *asset stripping* radnja u pravilu ima negativne posljedice, to za AIF i njegove ulagatelje koji si primjerice nastoje isposlovati odluku o isplati većih iznosa dobiti portfeljnog društva (posebice u slučajevima kratkoročnih ulaganja) može imati vrlo pozitivan učinak. Odredbama o sprječavanju *asset stripping* radnji iz čl. 30. AIFM Direktive čini se da je europski zakonodavac prednost dao zaštiti interesa dioničara portfeljnog društva. Drugim riječima, od UAIF-a se traži da u slučaju sukoba interesa između svojih ulagatelja i dioničara portfeljnog društva, prednost da interesima dioničara portfeljnog društva. Ovakvo je rješenje prilično revolucionarno s aspekta

163 AIMA, Simmons&Simmons, *Unlocking value: the role of activist alternative investment managers*. 2015., http://www.shareholderforum.com/access/Library/20150223_AIMA.pdf, 22. prosinca 2016., str. 48. Također vidi i Brav, A., Jiang, W., Partnoy, F., Thomas, R. S., Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance u Bratton, W.W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 261-304, str. 286.

164 Coffee, J. C. Hedge Fund Activism: What do we Know nad not Know? U: Bratton, W.W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 694-706, str. 697.

dosadašnje politike uređenja fondovske industrije na razini EU-a, koja se do sada mahom temeljila na zaštiti interesa ulagatelja, a ne i dioničara/portfeljnog društva u koje ulaže fond.[165] Također, time se postavljaju brojna druga pitanja. Primjerice, je li time stvorena nova "klasa" dioničara u okviru društva, gdje za jedne dioničare – AIF-ove koji su stekli kontrolu – vrijede pravila koja ne obvezuju druge dioničare – niti u slučaju kada bi drugi većinski dioničari koji nisu AIF-ovi također stekli kontrolu nad društvom. Postavlja se i pitanje tko plaća UAIF – ulagatelji AIF-a ili dioničari portfeljnog društva, te stoga koji je tu ekonomski *ratio* za uvođenje obveze UAIF-a da djeluje u korist dioničara, a na štetu ulagatelja?

Unatoč pitanjima koje ovakvo rješenje otvara, smatramo da je uvođenje odredbi o sprječavanju *asset stripping* radnji u AIFM Direktivi pozitivan iskorak prema novopostavljenom cilju, a to je društveno odgovorno poslovanje AIF-ova (pri čemu zakonodavac koristi pojam *public accountability*),[166] kada ulažu u društva na način da u njima stječu kontrolu.[167] Time se ne štite samo interesi dioničara portfeljnog društva već se postiže i veći stupanj povjerenja između društava i AIF-ova koji ih mogu opskrbljivati novim kapitalom. Takva sinergija može dovesti do boljih poslovnih rezultata, čime raste i ekonomsko tržište EU-a. No, bez obzira na pozitivne učinke, smatramo da se treba pozabaviti i negativnim posljedicama ovakvog rješenja. Tako bi se primjerice *de lege ferenda* trebalo usvojiti rješenje kojime bi se i drugim subjektima, osim AIF-ova/UAIF-ova, pod istim uvjetima nametnula obveza sprječavanja *asset stripping* radnji. Međutim, iako je to europski zakonodavac propustio učiniti, nema zapreke da države članice to uvedu u nacionalna zakonodavstva, za što se zalažu autorice.

Nadalje, AIFM Direktiva nastoji podići i stupanj zaštite interesa zaposlenika portfeljnog društva kao što je to napravljeno u slučaju statusnih promjena društva, s obzirom na to da se zaposlenici nalaze u sličnom položaju – mijenja se korporativna struktura/većinski dioničar društva.[168] Tako su i zaposlenici portfeljnog društva određeni kao adresati propisanih obavijesti UAIF-a/AIF-a jer im se time omogućuje uvid u informaciju tko ima kontrolu u društvu kao i o namjeri UAIF-a u vezi s budućim poslovanjem društva. U okviru toga, zaposlenicima je od najvećeg interesa saznati kako će se ti planovi odraziti na sigurnost njihova radnog mjesta, a što je sad izrijekom postavljena kao obveza objave UAIF-a kod neuvrštenog društva.[169] Pritom

165 Za kritiku usvojenog pristupa vidi Zetzsche, D., Investment Law as Financial Law: From Fund Governance over Market Governance to Stakeholder Governance?, Arbeitspapiere des Instituts für Unternehmensrecht, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344340, 22. 12. 2016., str. 339-357, str. 352 i dalje.

166 Tako se u Impact assessment AIFM Direktive izrijekom navodi: *These repoting obligations are introduced in view of the need for private equity and buy-out funds to account publicly for the manner in which they manage companies of wider interest*. Vidi Impact assessment AIFM Direktive, *op. cit.* u bilj. 144., str. 44.

167 O ulozi društveno odgovornog poslovanja (Corporate Social Responsibility) u AIFM Direktivi vidi pregledno u: Zetzsche, D., Preiner, C. D., CSR, Responsible Investments and the AIFMD u u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 167 – 192.

168 To se kao cilj izrijekom navodi u Impact assessment AIFM Direktive, *op. cit.,* str. 22.

169 Čl. 28. st. 4. AIFM Direktive.

se od UAIF-a ne traži da izravno obavještava zaposlenike, već da zahtijeva i "ulaže sve napore" da uprava portfeljnog društva obavijesti predstavnike zaposlenika, ili ako ih nema, izravno zaposlenike. U Preambuli 54. AIFM Direktive dodatno se pojašnjava takvo rješenje. Navodi se da je opisana posredna komunikacija, odnosno komunikacija između UAIF-a koji stječe kontrolu sa zaposlenicima portfeljnog društva putem uprave usvojena jer prema općim pravilima prava društava nema izravnog odnosa između dioničara i zaposlenika dioničkog društva, te se stoga ni ne može nametnuti zahtjev za izravnom komunikacijom između ova dva subjekta.

Zanimljivo je što se kao adresati pojavljuju i ulagatelji AIF-a koji stječe kontrolu nad portfeljnim društvom, ali samo ako je portfeljno društvo neuvršteno. U odnosu na ulagatelje, postavljen je standard obavještavanja putem godišnjih financijskih izvještaja bilo portfeljnog društva ili AIF-a, gdje su propisane dodatne informacije koje mora sadržavati (čl. 29 AIFM Direktive). Tim se informacijama nastoji osigurati da ulagatelji AIF-a imaju pristup podatcima o trenutnom i budućem poslovanju portfeljnog društva u kojemu je AIF stekao kontrolu, što ima važne posljedice za uspješnost i prinose samog AIF-a, a time i ulagatelja. Također, UAIF je dužan ulagateljima AIF-a dostaviti i informacije o financiranju ulaganja u portfeljno društvo (čl. 28. st. 5. AIFM Direktive), a što posebice može biti od interesa za ulagatelje ako je UAIF financirao ulaganje, osim imovinom AIF-a i zaduživanjem za račun AIF-a (što je karakteristično za PE fondove).

Uz to se postavlja i standard obavještavanja nadležnih tijela država članica prema sjedištu UAIF-a. Pritom je glavni cilj prenijeti informaciju o načinu financiranja ulaganja u neuvrštena društva (posebice jer PE/VC fondovi koji mahom ulažu u neuvrštena društva u pravilu ulažu koristeći visoki stupanj zaduženosti).[170] Pritom se postavlja pitanje zašto se ta obavijest ne mora dostaviti i nadležnim tijelima prema sjedištu porfeljnog društva,[171] s obzirom na to da će poslovanje portfeljnog društva u slučaju takvog financiranja potencijalno biti ugroženo.

5.1.1.3. Dužnost transparentnosti UAIF-a

Prvi stup zaštitnog mehanizma iz čl. 26.-30. AIFM Direktive transparentnost je ulaganja UAIF-a/AIF-a, pri čemu se razlikuje količina i sadržaj informacija koje se moraju učiniti dostupnim pojedinim kategorijama subjekata koje se štiti. To se prije svega odnosi na saznanje da je AIF prešao kontrolni prag u neuvrštenom društvu. Zatim se od UAIF-a traži objavljivanje određenih informacija nakon stjecanja kontrole, pri čemu je UAIF dužan učiniti dostupnim i dodatne informacije ako je portfeljno društvo neuvršteno. Naposljetku, postavljeni su i dodatni zahtjevi u vidu sadržaja godišnjih financijskih izvještaja portfeljnog društva ili AIF-a, ali samo ako je portfeljno društvo neuvršteno. S obzirom na to da se obveze objavljivanja određenih podataka razlikuju ovisno o tomu je li AIF stekao kontrolu nad uvrštenim ili nad neuvrštenim društvom, u nastavku će se iznijeti analizu obveza transparentnosti UAIF-a vezano uz određenje portfeljnog društva.

170 Čl. 28. st. 5. AIFM Direktive.

171 Tako i Clerc. C., *op. cit.* u bilj. 93., str. 663.

5.1.1.3.1. Kada se kontrola stječe nad uvrštenim i/ili neuvrštenim društvom

Obveze transparentnosti ulaganja u okviru zaštitnog mehanizma iz čl. 26.-30. AIFM Direktive nametnute su UAIF-ovima kada ulažu u uvrštena i u neuvrštena društva. Pritom se jasno uočava da su povećane obveze određene ako UAIF stječe kontrolu nad neuvrštenim društvom. Tako se na UAIF-ove koji ulažu u uvrštena društva primjenjuje samo čl. 28. st. 1.-3. AIFM Direktive.[172] Isti se članak primjenjuje i kada je portfeljno društvo neuvršteno, stoga će se u ovome dijelu rada analizirati dužnosti UAIF-a u okviru transparentnosti ulaganja koje su zajedničke za uvrštena i neuvrštena društva.

Čl. 28. AIFM Direktive nameće UAIF-u obvezu objavljivanja određenih informacija nakon stjecanja kontrole nad uvrštenim i neuvrštenim društvom. Određen je sadržaj informacija, kao i adresati kojima se te informacije moraju učiniti dostupnima.

Kao adresati su označeni portfeljno društvo (uvršteno ili neuvršteno),[173] dioničari/udjelničari portfeljnog društva,[174] zaposlenici portfeljnog društva (koje se obavještava posredno preko uprave)[175] i nadležna tijela matične države članice UAIF-a.[176]

Informacije koje se moraju učiniti dostupnima označenim adresatima naznaka su UAIF-a koji je stekao kontrolu,[177] politika sprječavanja i upravljanja sukobom interesa (posebice između UAIF-a/AIF-a i portfeljnog društva) i informacija o usvojenim mjerama kojima je cilj osigurati da je *svaki sporazum zaključen između UAIF-a i/ili AIF-a i društva zaključen kao između poslovnih partnera koji su neovisni jedan o drugome*,[178] te politika komunikacije s portfeljnim društvom (posebice s njegovim zaposlenicima).[179]

5.1.1.3.2. Kada se kontrola stječe nad neuvrštenim društvom

Za PE i VC fondove od posebnog su interesa obveze vezane uz neuvršteno društvo jer je u skladu s njihovim investicijskim politikama da ulažu upravo u takva društva. Obveze transparentnosti ulaganja u okviru čl. 27.-29. AIFM Direktive, pored već opisane iz čl. 28. st. 1.-3. AIFM Direktive u poglavlju 5.1.2.2.1., za neuvrštena društva obuhvaćaju i obavijest o stjecanju kontrole,[180] dodatne objave nakon stjecanja

172 Čl. 26. st. 4. AIFM Direktive navodi koji će se točno članci primjenjivati na UAIF-ove koji stječu kontrolu nad izdavateljima, odnosno nad neuvrštenim društvima.

173 Čl. 28. st. 1. t. a. AIFM Direktive.

174 Čl. 28. st. 1. t. b. AIFM Direktive.

175 Čl. 28. st. 3. AIFM Direktive.

176 Čl. 28. st. 1. t. c. AIFM Direktive.

177 Čl. 28. st. 2. t. a. AIFM Direktive.

178 Čl. 28. st. 2. t. b. AIFM Direktive.

179 Čl. 28. st. 2. t. c. AIFM Direktive.

180 No i ako ne stekne kontrolu, AIFM Direktiva nameće UAIF-u dužnost obavještavanja o određenim promjena u udjelima prava glasa u neuvrštenome društvu. Dakle, ova se obveza odnosi i na manjinske dioničare. Tako je UAIF dužan obavijestiti nadležno tijelo svoje matične države članice svaki put kada udio u pravu glasa dostigne, prijeđe ili padne ispod pragova od 10 %, 20 %, 30 %, 50 % i 75 %, i to u roku od deset radnih dana od nastupa promjene. Time se

kontrole koje se odnose samo na neuvrštena društva te dodatne informacije u okviru godišnjih financijskih izvještaja portfeljnog društva ili AIF-a.

U okviru obavijesti o stjecanju kontrole, UAIF je dužan obavijestiti o činjenici stjecanja kontrole, odnosno o stjecanju prava glasa koji čine kontrolu u neuvrštenom društvu,[181] o uvjetima pod kojima je kontrola stečena uključujući i identitet dioničara i/ili osoba ovlaštenih za ostvarivanje prava glasa u društvu,[182] te datum kad je kontrola stečena.[183] Rok za dostavu te obavijesti postavljen je kratko, deset radnih dana od stjecanja kontrole.[184] Izrijekom je uređen i krug osoba kojima se dostavlja opisana obavijest. To su: portfeljno, odnosno neuvršteno društvo,[185] dioničari/udjelničari portfeljnog društva,[186] zaposlenici portfeljnog društva[187] i nadležna tijela matične države članice UAIF-a.[188]

Dodatne objave nakon stjecanja kontrole koje je UAIF dužan činiti kada stekne kontrolu u neuvrštenome društvu regulirane su čl. 28. st. 4. i 5. AIFM Direktive. Kao prvo, UAIF je dužan objaviti namjeru u vezi s budućim poslovanjem portfeljnog društva i vjerojatne posljedice i značajne promjene na zapošljavanje u portfeljnome društvu. Osobe kojima je dužan objaviti ove informacije su portfeljno društvo, dioničari i zaposlenici portfeljnog društva (putem uprave).[189] Kao drugo, UAIF je dužan dostaviti informacije o financiranju stjecanja, odnosno o financiranju ulaganja u portfeljno društvo, i to nadležnim tijelima matične države članice UAIF-a i ulagateljima AIF-a za čiji račun stječe kontrolu u neuvrštenom društvu.[190]

Naposljetku, UAIF je dužan uključiti dodatne informacije u financijske godišnje izvještaje portfeljnog društva ili AIF-a.[191] Kao adresati su izrijekom predviđeni zaposlenici portfeljnog društva (putem uprave) i ulagatelji AIF-a,[192] no to su i dioničari/udjelničari portfeljnog društva kojima moraju biti dostupni godišnji financijski izvještaji društva. Sadržaj dodatnih informacija su: vjeran prikaz poslovanja društva,[193] uz naznaku važnih događaja koji su nastupili od završetka poslovne godine,[194] vjerojatnog budućeg razvoja društva[195] i informacije vezane uz stjecanje vlastitih dionica, ako je do toga došlo.[196]

želi pravila koja vrijede za uvrštena društva prenijeti i na neuvrštena. Vidi čl. 27. st. 1. i st. 5., zajedno s čl. 26. st. 3. AIFM Direktive.

181 Čl. 27. st. 3. t. a. AIFM Direktive.
182 Čl. 27. st. 3. t. b. AIFM Direktive.
183 Čl. 27. st. 3. t. c. AIFM Direktive.
184 Čl. 27. st. 5. AIFM Direktive.
185 Čl. 27. st. 2. t. a. AIFM Direktive.
186 Čl. 27. st. 2. t. b. AIFM Direktive.
187 Čl. 27. st. 4. AIFM Direktive.
188 Čl. 27. st. 2. t. c. AIFM Direktive.
189 Čl. 28. st. 4. t. a i t. b. AIFM Direktive.
190 Čl. 28. st. 5. AIFM Direktve.
191 Čl. 29. st. 2. AIFM Direktive.
192 Čl. 29. st. 3. AIFM Direktive.
193 Čl. 29. st. 2. AIFM Direktive.
194 Čl. 29. st. 2. t. a. AIFM Direktive.
195 Čl. 29. st. 2. t. b. AIFM Direktive.
196 Čl. 29. st. 2. t. c. AIFM Direktive. Tu se AIFM Direktiva poziva na čl. 22. st. 2. Druge direktive, kojim se uređuje obveza objave informacija vezane uz stjecanje vlastitih dionica u godišnjim

5.1.1.4. Sprječavanje asset stripping radnji pod određenim uvjetima

Članak 30. AIFM Direktive uređuje sprječavanje *asset stripping* radnji (hrvatski zakonodavac koristi termin "razdvajanje imovine") UAIF-a koji ima kontrolu nad portfeljnim društvom pod određenim uvjetima, pri čemu su usvojena jednaka rješenja za uvrštena i neuvrštena portfeljna društva. Uvođenje odredbi kojima se sprječava *asset stripping* radnje novi je koncept na razini EU-a, te predstavlja prvi zakonodavni pokušaj uređenja *asset stripping* problema.[197] Za raspravu o sukobu interesa između ulagatelja i dioničara portfeljnog društva, te o otvorenim pitanjima koja proizlaze iz usvojenog rješenja o zabrani *asset stripping* radnji, vidi više u poglavlju 5.1.2.1. ovog rada.

Odmah pri početku analize čl. 30. AIFM Direktive potrebno je istaknuti da usvojeni koncept ne predstavlja apsolutnu zabranu *asset stripping* radnji UAIF-a. Naime, UAIF može i dalje provoditi *asset stripping* radnje, odnosno prodavati/izvlačiti imovinu, tj. utjecati na donošenje odluke o prodaji imovine portfeljnog društva pod uvjetom da poštuje opća pravila prava društava o očuvanju temeljnog kapitala i raspodjele dobiti društva. Također, zabrana *asset stripping*a ograničena je vremenski, i to samo na razdoblje od 24 mjeseci nakon što AIF stekne kontrolu nad društvom.[198]

Usvojeni mehanizam sprječavanja *asset stripping* radnji iz čl. 30. AIFM Direktive počiva na tri glavna stupa. To je vremenski ograničeno djelovanje zabrane, taksativno navođenje situacija koje su prepoznate kao *asset stripping* radnje i obveze UAIF-a vezano uz *asset stripping* radnje.

Kao prvo, UAIF je dužan pridržavati se obveza iz čl. 30. AIFM Direktive samo u roku od 24 mjeseci nakon što je stekao kontrolu nad društvom. *Ratio* vremenski ograničenog djelovanja zabrane *asset striping*a jest sprječavanje brzog vraćanja duga nastalog ulaganjem (engl. *acquisition debt*) iz imovine portfeljnog društva,[199] a što je česta politika upravo PE fondova.

Kao drugo, čl. 30. st. 2. AIFM Direktive taksativno navodi situacije u kojima će se smatrati da je došlo do *asset stripping*a. Kao prvo, to je svaka raspodjela dioničarima (pri čemu se pojam raspodjele ne definira, ali se izrijekom određuje da uključuje isplate dividendi i kamata u vezi s dionicama),[200] kada je neto imovina portfeljnog društva na datum zaključenja posljednje poslovne godine *niža ili bi kao posljedica takve*

financijskim izvještajima društva. 77/91/EEZ: Druga direktiva Vijeća od 13. prosinca 1976. o koordinaciji zaštitnih mehanizama koje, radi zaštite interesa članica i ostalih, države članice zahtijevaju od trgovačkih društava u smislu članka 58. stavka 2. Ugovora, s obzirom na osnivanje dioničkih društava i održavanje i promjenu njihovog kapitala, a s ciljem ujednačavanja tih zaštitnih mehanizama, SL L 26, 31.1.1977., str. 1–13.

197 Clerc. C., *op. cit.* u bilj. 93., str. 665.

198 Čl. 30. st. 1. AIFM Direktive.

199 Tako i Clerc. C., *op. cit.* u bilj. 93., str. 665.

200 Za određenje raspodjele vidi čl. 30. st. 3. t. a. AIFM Direktive. Napomena glede prijevoda – hrvatski prijevod AIFM Direktive umjesto kamate koristi pojam "udjeli", što nije ispravno. Engl. termin koji se koristi je *interest* a njem. *Zinsen*, što u prijevodu, a i smisleno s obzirom na odredbu ovog članka, valja prevesti kao "kamate".

raspodjele postala niža iznosa upisanog kapitala [temeljnog kapitala][201] *uvećanog za rezerve koje ne mogu biti raspodijeljene u skladu sa zakonom i statutom*.[202] Kao drugo, to je svaka raspodjela dioničarima iznosa koji premašuje iznos dobiti na završetku posljednje poslovne godine.[203] Kao treće, vezano uz stjecanje vlastitih dionica, *asset stripping* radnjom će se smatrati takvo stjecanje vlastitih dionica koje bi uzrokovalo smanjenje neto imovine društva ispod temeljnog kapitala društva.[204]

Kao treće, čl. 30. st. 1. AIFM Direktive propisuje obveze UAIF-a vezano uz opisane *asset stripping* radnje. Tako UAIF ne smije omogućavati, podupirati ili davati upute vezano uz *asset stripping* radnje,[205] ne smije glasati na skupštinama društva (ali niti kao član uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora društva) u korist *asset stripping* radnji[206] te u svakom slučaju mora ulagati napor kako bi spriječio *asset stripping* radnje.[207]

Iz opisanog slijedi da *asset stripping* kao takav nije zabranjen. No, postavljeni su uvjeti pod kojima to AIF može raditi, čime ostali članovi društva ipak uživaju određeni stupanj zaštite. Analizirajući određenje *asset stripping* radnji, nameće se zaključak da se njima još jednom osnažuju opća pravila prava društava o očuvanju temeljnog kapitala i raspodjele dobiti. Pritom je doprinos AIFM Direktive da se odnosi na sve tipove društava,[208] a ne više samo na dionička društva za koja su pravila o očuvanju temeljnog kapitala uređena Drugom direktivom.[209]

201 Napomena da je u hrvatskom prijevodu AIFM Direktive pojam na engleskom *subscribed capital,* a na njemačkom *Gezeichneten Kapitals* koji koristi čl. 30. st. 2. AIFM Direktive preveden kao "upisani kapital". Ispravan prijevod bio bi "temeljni kapital", koji se kao pojam i koristi u okviru prava društava, te predstavlja institut društava kapitala s vrlo značajnim posljedicama za život društva.

202 Čl. 30. st. 2. t. a. AIFM Direktive.

203 Pri čemu se iznos dobiti uvećava za prenesenu dobit i iznose rezervi koje se mogu koristiti u svrhu isplate, umanjen za sve prenesene gubitke i rezerve u skladu sa zakonom i statutom. Vidi čl. 30. st. 2. t. b. AIFM Direktive.

204 Čl. 30. st. 2. t. c. AIFM Direktive. Pritom se iznos temeljnog kapitala za potrebe izračuna uvećava za rezerve koje ne mogu biti raspodijeljene u skladu sa zakonom ili statutom, pri čemu se neuplaćeni dio temeljnog kapitala ne uzima u obzir ako nije uključen u imovinu iskazanu u bilanci.

205 Čl. 30. st. 1. t. a. AIFM Direktive.

206 Čl. 30. st. 1. t. b. AIFM Direktive. Hrvatski prijevod AIFM Direktive u ovome dijelu koristi termin "skupštine nadzornih tijela društava", što nije ispravan prijevod. Engl. prijevod koristi termin *governing bodies of the company*, a njem. *ersammlungen der Leitungsgremien des Unternehmens*. Smatramo da se radi o tijelima na kojima se u društvu donose odluke važne za poslovanje društva. Prema hrvatskome pravu društva, posebice za društva kapitala, to mogu biti tri organa: glavna skupština, uprava i nadzorni odbor (gdje se u monističkom ustroju dioničkog društva umjesto uprave i nadzornog odbora može pojavljivati upravni odbor), a gdje svaki donosi odluke iz svojeg kruga nadležnosti, što je izrijekom uređeno Zakonom o trgovačkim društvima (NN, 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 144/12, 68/13, 110/15). Pritom je uprava, odnosno upravni odbor organ društva gdje se donose najvažnije odluke za poslovanje društva, te je potencijalni utjecaj na njega najkritičniji s aspekta provođenja *asset stripping* radnji.

207 Čl. 30. st. 1. t. c. AIFM Direktive.

208 Tako i Clerc, C., *op. cit*. u bilj. 93., str. 665.

209 Vidi primjerice čl. 15. Druge direktive 77/91/EEZ.

5.2. Na razini Republike Hrvatske

Odredbe AIFM Direktive u hrvatsko su pravo preuzete ZAIF-om i podzakonskim propisima, o kojima je već prethodno bilo riječi. Usporedbom ZAIF-a i AIFM Direktive, uočava se da je hrvatski zakonodavac doslovce prenio rješenja čl. 26.–30. AIFM Direktive u čl. 91.-95. ZAIF-a. Stoga smatramo da ih nije potrebno nadalje analizirati već se upućuje na prethodno iznesenu analizu AIFM Direktive.

Međutim, potrebno je istaknuti specifičnosti hrvatskoga *private equity* tržišta. Prva se odnosi na veličinu portfelja kojim upravljaju hrvatski UAIF-ovi, a što uključuje i PE i VC fondove. Prema dostupnim podatcima,[210] samo jedan UAIF upravlja dovoljno "velikim" portfeljima AIF-ova da uđe pod primjenu AIFM Direktive.[211] To ujedno znači da samo jedan hrvatski UAIF dolazi u obzir za primjenu zaštitnog mehanizma iz čl. 26.-30. AIFM Direktive. Upravo zbog toga što na hrvatskome tržištu kapitala imamo gotovo sve UAIF-ove koji ne ulazu pod primjenu AIFM Direktive, hrvatski je zakonodavac u ZAIF-u dodatno podijelio UAIF-ove na "velike" i "male" (pri čemu su mali UAIF-ovi određeni kao oni koji ne spadaju pod režim AIFM Direktive).[212] Time se zakonodavno uredilo i one UAIF-ove koji ne ulaze pod primjenu AIFM Direktive i za koje se prema pravu EU-a nije tražilo zakonodavno uređenje, i to tako da je za "male" UAIF-ove usvojen blaži režim. Tako je, između ostaloga, uređeno da se na "male" UAIF-ove neće primjenjivati čl. 91.-95. ZAIF-a kojim je u hrvatsko pravo preuzet zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive. Dakle, zaključujemo da su gotovo svi hrvatski UAIF-ovi koji upravljaju AIF-ovima (osim jednoga), a tako i PE i VC fondovima, isključeni iz primjene zaštitnog mehanizma na dvije razine, i to jer ne prelaze pragove za njegovu primjenu ni prema AIFM Direktivi ni prema ZAIF-u!

Druga specifičnost hrvatskoga *private equity* tržišta jest što većina hrvatskih društava (čak 99,7 % svih poduzeća prema podatcima iz 2015. godine) spadaju u kategoriju SME-ova.[213] S obzirom na to da su SME-ovi izuzetak od primjene zaštitnog mehanizma iz čl. 26.-30. AIFM Direktive (čl. 91.-95. ZAIF-a), to ujedno znači da je cca 99,7 % hrvatskih društava isključeno iz primjene zaštitnog mehanizma!

Slijedom navedenoga, zaključujemo da se zbog specifičnosti hrvatskoga *private equity* tržišta opisani zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive uglavnom neće primjenjivati ni kada hrvatski UAIF ("mali" UAIF) ni kada strani UAIF (koji može ulaziti pod režim AIFM Direktive) ulažu u hrvatska društva. *De lege ferenda*, smatramo da bi hrvatski zakonodavac trebao usvojiti stroža rješenja, no ona predviđena AIFM Direktivom, a za što mu je izrijekom dana zakonska osnova u čl. 26. st. 7. AIFM Direktive. Tako smatramo da bi se primjena zaštitnog mehanizma trebala proširiti i na tzv. "male" UAIF-ove u koju kategoriju mahom ulaze hrvatski UAIF-ovi

210 Vidi registar AIF-ova na stranicama HANFE (http://www.hanfa.hr/registar/21/drustva-za-upravljanje-alternativnim-investicijskim-fondovima), zajedno s izvješćima HANFE o imovini pod upravljanjem (http://reports.hanfa.hr/).

211 Tako i Braut Filipović, M., Derenčinović Ruk, M., Grković, N., *op. cit*. u bilj. 21., str. 237.

212 Za određenje "malog" UAIF-a vidi čl. 5. st. 1. ZAIF-a.

213 CEPOR, Izvješće o malim i srednjim poduzećima u Hrvatskoj, Zagreb, 2015., str. 13. Dostupno na: http://www.cepor.hr/wp-content/uploads/2016/06/Cepor-izvjesce-2015-HR.pdf (11. siječnja 2017.).

koji upravljaju PE i VC fondovima. Također, smatramo da bi hrvatski zakonodavac trebao uzeti u obzir činjenicu da je 99,7 % hrvatskih društava SME-ovi (a što je *target* ulaganja PE i VC fondova), te urediti obveze UAIF-ova i drugih ulagatelja kada u njima stječu kontrolu po uzoru na rješenja predviđena čl. 26.-30. AIFM Direktive.

6. ZAKLJUČAK

Hrvatsko tržište kapitala relativno je mlado i nedovoljno razvijeno, posebice s aspekta alternativnih načina ulaganja, a što uključuje i *private equity* tržište. Maleni broj PE i VC fondova u RH jasno na to ukazuje. Time domaća trgovačka društva nisu dovoljno koristila prednosti ovog oblika financiranja, a što može predstavljati važnu polugu za razvoj, posebice kada to nije moguće putem klasičnih izvora financiranja. S integracijom hrvatskoga tržišta kapitala u jedinstveno europsko tržište, može se očekivati da će domaća portfeljna društva češće postajati metom stranih PE i VC fondova, kao i da će taj inozemni pritisak djelovati pozitivno na razvoj i pozicioniranje domaće fondovske industrije.

Uvid u komparativnu pravnu i financijsku literaturu pokazao je da su ulaganja PE i VC fondova u portfeljna društva pravno vrlo složene transakcije. Pregovorima prethodi vrlo zahtjevan i detaljno strukturiran selekcijski postupak, a prati ih i dubinsko snimanje portfeljnog društva. Tek nakon toga dolazi do pravnog i financijskog strukturiranja transakcije, a glavni pečat transakcijskom dizajnu daje PE/VC fond, odnosno njegov upravitelj. Analiza elemenata i tijeka PE/VC transakcije, upućuje na zaključak da je pažljivo strukturiranje i dizajniranje financijskog instrumenta putem kojeg PE i VC fond ulaže u portfeljno društvo jedan od najbitnijih transakcijskih elemenata, s obzirom na to da isti predstavlja okosnicu za razumijevanje odnosa koji nastaje između PE/VC fonda i portfeljnog društva kako na razini definiranja financijskih tijekova, tako i na razini definiranja vrsta tzv. kontrolnih prava koje PE/VC fond zauzima u portfeljnom društvu. Budući da ritam i sadržaj transakcije oblikuje stručan i profesionalan PE/VC fond, odnosno njegov upravitelj, a portfeljno društvo ima znatno slabiju pregovaračku poziciju, uobičajeno je da PE/VC fondovi ugovaraju brojne dodatne zaštitne mehanizme kojima čuvaju svoju investiciju i općenito su prepoznati kao ulagatelji s visokim aktivitetom.

Ono što se nameće kao stvaran problem u odnosu između PE i VC fonda i portfeljnog društva pitanje je hoće li PE/VC fond kao značajan dioničar djelovati u interesu portfeljnog društva ili će se pri donošenju odluka na razini portfeljnog društva (bilo putem svog predstavnika u upravi ili na skupštini društva) zalagati za donošenje odluke kojima se štite interesi fonda i njegovih ulagatelja, ako ti interesi divergiraju.

S obzirom na slabiju pregovaračku poziciju portfeljnog društva pri sklapanju PE/VC transakcije, postavlja se i pitanje treba li u korist portfeljnog društva zakonodavac postaviti određene zaštitne mehanizme kako bi se spriječilo neprimjereno ponašanje PE/VC fonda u portfeljnom društvu ili su dovoljni postojeći pravni mehanizmi zaštite. Kada je riječ o postojećim pravnim mehanizmima, autorice su uputile na rješenja koje sadrži AIFM Direktiva kada AIF stječe kontrolu u portfeljnom društvu, uključujući slučajeve kad se radi o neuvrštenome i o uvrštenome društvu. AIFM Direktivom

zauzet je stav zaštite primarno portfeljnog društva i njegovih dioničara/udjelničara (primjenjuje se na sve tipove društva) u tom slučaju, a zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive počiva na dva stupa: obveza transparentnosti o ulaganju i relativna zabrana *asset stripping* radnji. Iako je *asset stripping* najveća bojazan portfeljnog društva kada AIF nad njime stekne kontrolu, važno je uočiti da on AIFM Direktivom nije zabranjen, već su postavljeni uvjeti pod kojima to AIF može raditi, čime ostali članovi društva ipak uživaju određeni stupanj zaštite. U biti se tim odredbama AIFM Direktive još jednom osnažuju opća pravila prava društava o očuvanju temeljnog kapitala i raspodjele dobiti. Pored pitanja kvalitete samog zaštitnog mehanizma iz AIFM Direktive, autori su uputili na specifičnosti hrvatskoga prava. One se očituju u tome što gotovo svi upravitelji AIF-ova (a time i PE i VC fondova) zbog nedovoljne veličine portfelja kojim upravljaju ne ulaze pod primjenu AIFM Direktive, a prema ZAIF-u ulaze pod tzv. "male" UAIF-ove, što za posljedicu ima da se zaštitni mehanizam iz čl. 26.-30. AIFM Direktive uopće neće primjenjivati na njih. Također, i kada bi strani UAIF-ovi ulagali u hrvatska društva, s obzirom na to da cca 99,7 % svih hrvatskih društava spada u kategoriju SME-ova, zaštitni mehanizam se opet ne bi primjenjivao jer su SME-ovi navedeni kao iznimka od njegove primjene. Stoga smatramo da bi *de lege ferenda* hrvatski zakonodavac, uzimajući u obzir specifičnosti hrvatskoga tržišta kapitala, trebao urediti obveze UAIF-ova i drugih ulagatelja kada u njima stječu kontrolu po uzoru na rješenja predviđena čl. 26.-30. AIFM Direktive.

Također, usklađivanje dvaju suprotstavljenih interesa: interesa ulagatelja AIF-a i interesa portfeljnog društva, odnosno njegovih članova, jedan je od najtežih zadataka koji pred sobom ima PE/VC fond, pa se doima vrlo važnim dalje istražiti koji su to drugi pravni mehanizmi u pravu društava ili pravu tržišta kapitala koji stoje na raspolaganju upraviteljima tih fondova za prevladavanje i upravljanje tim sukobom interesa, odnosno koje bi se druge mjere mogle poduzeti, a koje bi potaknule PE/VC fondove na društveno odgovorno ulaganje *(engl. public accountability)* kada stječu kontrolu u portfeljnim društvima.

LITERATURA

1. AIMA, Simmons&Simmons, *Unlocking value: the role of activist alternative investment managers*. 2015., http://www.shareholderforum.com/access/Library/20150223_AIMA.pdf (22. prosinca 2016.)
2. Assmann, H-D, Schütze, R. A., Handbuch des Kapitalanlagerechts, München, C. H. Beck, 2015.
3. Bengtsson, O., Financial Contracting in US Venture Capital: Overview and Empirical Evidence, u: Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 478-508.
4. Block, J., De Vries, G., Sandner, P., Venture capital and the Financial crisis: an empirical study across industries and countries u: Cumming, D. (ur.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 37-60.
5. Braut Filipović, M., Derenčinović Ruk, M., Grković, N., Alternative investment funds and their role in portfolio companies – state of art in Croatian law and practice u: Mihanović, D., Hunjet, A., Primorac, Ž. (eds.), 18th International Scientific Conference on Economic and Social Development – "Building Resilient Society", Zagreb, 2016., str. 234-244.

6. Braut Filipović, M., Pravni položaj i odgovornosti depozitara UCITS fondova, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, e-izdanje, 2015.
7. Brav, A., Jiang, W., Partnoy, F., Thomas, R. S., Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance u Bratton, W.W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 261-304.
8. Busenitz, L.W., Innovation and performance implications of venture capital involvment in the ventures they fund, u: Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 219-235.
9. CEPOR, Izvješće o malim i srednjim poduzećima u Hrvatskoj, Zagreb, 2015., str. 13. Dostupno na: http://www.cepor.hr/wp-content/uploads/2016/06/Cepor-izvjesce-2015-HR.pdf (11. siječnja 2017.)
10. Clerc, C., The AIFM's Duties upon the Acquisition of Non-listed Firms u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015, str. 649-666.
11. Coffee, J. C. Hedge Fund Activism: What do we Know nad not Know? u Bratton, W.W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism: Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 694-706.
12. Commission staff working document accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/…/EC - Impact assessment, SEC/2009/0576 final.
13. Cumming, D., Fleming, G., Schweinbacher, A., The structure of venture capital funds, u: Landström, H (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007, str. 155-176.
14. Cumming, D., Gill, A. Walz, U., International Private Equity Valuation and Disclosure, Northwestern Journal of International Law & Business, vol. 29, br. 3, 2009., str. 617-642.
15. Cumming D., Johan, S. A., Venture capital and private equity contracting: An international perspective, Elsevier Inc., 2009.
16. Čulinović-Herc, A., Zubović, A., (Ne)objavljivanje podataka o promjenama u korporativnoj strukturi uvrštenog dioničkog društva i utjecaj na prelazak kontrolnog praga – novi pojavni oblici držanja dionica ispod radara regulatora, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 34., br. 1., 2013., str. 37-81.
17. De Clerq, D., Manigart, S., The venture capital post-investment phase: Opening the black box of involvement, u Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 193 - 218.
18. Denis, D. J., Entrepreneurial finance: an overview of the issues and evidence, Journal of Corporate Finance, vol. 10, br. 2, 2004., str. 301–326.
19. Dessi, R., Yin, N. The impact of venture capital on innovation, u: Cumming, D. (ed.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 668-685.
20. 77/91/EEZ: Druga direktiva Vijeća od 13. prosinca 1976. o koordinaciji zaštitnih mehanizama koje, radi zaštite interesa članica i ostalih, države članice zahtijevaju od trgovačkih društava u smislu članka 58. stavka 2. Ugovora, s obzirom na osnivanje dioničkih društava i održavanje i promjenu njihovog kapitala, a s ciljem ujednačavanja tih zaštitnih mehanizama, SL L 26, 31.1.1977., str. 1–13.
21. 83/349/EEZ: Sedma direktiva Vijeća od 13. lipnja 1983. na temelju članka 54. stavka 3. točke (g) Ugovora o konsolidiranim financijskim izvještajima, SL L 193, 18.7.1983., str. 1–17.
22. Direktiva 2011/61/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2011. o upraviteljima alternativnih investicijskih fondova i o izmjeni direktiva 2003/41/EZ i 2009/65/EZ te uredbi (EZ) br. 1060/2009 i (EU) br. 1095/2010, SL L 174, 1.7.2011., str. 1–73.

23. Direktiva 2004/25/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o ponudama za preuzimanje, SL L 142, 30.4.2004., str. 12–23.
24. Gompers, P. A., Optimal Investment, Monitoring, and Staging of Venture Capital. Journal of Finance, vol. 50, br. 5, 1995., str. 1461-1489.
25. Groh, A., The Capital Flow from Institutional Investors to Entrepreneurs, u Cumming, D. (ed.) The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012, str. 15-36.
26. Kaplan, S. N., Stromberg, P., Leveraged Buyouts and Private Equity, u: Bratton, W. W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism, Hedge Funds and Private Equity, Economics and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 491-516.
27. Kelly, P. Business Angel research: The road traveled and journey ahead, u: Landström, H., (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 315-331.
28. Krishnan, C. N. V., Masulis, R. W., Venture Capital Reputation, u: Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 61-129.
29. Landström, H., Pioneers in venture capital research, u: Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 3-65.
30. Leleux, B. L., The performance of venture capital investments, u: Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 236-252.
31. Lener, R., Italy, u: Wymeersch, E. (ur.), Alternative Investment Fund Regulation, Wolters Kluwer Law & Business, 2012., str. 237-250.
32. Levin, J. S., Structuring Venture Capital, Private Equity and Entrepreneurial Transactions, Wolters Kluwer, Law & Business, New York, 2011.
33. McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., Recasting private equity funds after the financial crisis: the end of "two and twenty" and the emergence of co-investments and separate accounts, u: Bratton, W. W., McCahery, J. A. (ur.), Institutional Investor Activism, Hedge Funds and Private Equity, Economic and Regulation, Oxford University Press, 2015., str. 599 – 613.
34. Murray, G. C., Venture Capital and government policy u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015, str. 113-151.
35. Palaskas, T., Stoforos, C., Drakatos, C., Hedge Funds Development and their Role in Economic Crises, Iasi, Annals of the Alexandru Ioan Cuza University – Economics, vol. 60, br. 1, 2013, str. 168-181.
36. Parhankangas, A., An overview of research on early stage venture capital: Current Status and future directions, u: Landström, H. (ur.) Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 253-280.
37. Park, B., Vermeulen, E. P. M., The Future of Venture Capital in Europe: Applicable Lessons from the United States, u: Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 667-681.
38. Pravilnik o vrstama alternativnih investicijskih fondova, NN 105/13, 28/15.
39. Preporuka Komisije 2003/361/EZ od 6. svibnja 2003. o definiciji mikro, malih i srednjih poduzeća, SL L 124, 20.5.2003.
40. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/…/EC, COM/2009/0207 final.
41. Regulation (EU) 2015/760 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on European long-term investment funds, SL L 123, 19.5.2015., str. 98–121.
42. Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Cpmmittee and the Committee of the Regions, Application of Directive 2004/25/EC on takeover bids, COM(2012) 347 final, Brussels, 28.6.2012.
43. Strömqvist, M., Hedge funds and financial crises, Stockholm, Sveriges Riksbank

Economic Review, 1/2009, str. 87-106.
44. Trapido, D., Performance Implications od Venture Capital Syndication Networks, u Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 401-420.
45. Triantis, G. G., Financial Contract Design in the World of Venture Capital, University of Chicago Law Review, 2001., vol. 68, str. 305-322.
46. Tyebjee, T., Bruno, A., A model of Venture Capital Investment Activity, Management science, 1984., vol. 30, br. 9, str. 1051-1066.
47. Uredba (EU) br. 345/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. travnja 2013. o europskim fondovima poduzetničkog kapitala, SL L 115, 25.4.2013., str. 1–17.
48. Utset, M.A., Time-inconsistent preferences and venture capital contracting, u Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 509-541.
49. Zacharakis, A., Shepherd, D. A., The pre-investment process: Venture capitalist's decision policies, u Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 177-192.
50. Zakon o alternativnim investicijskim fondovima, NN, 16/13,143/14.
51. Zakon o preuzimanju, NN, 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13.
52. Zakon o trgovačkim društvima, NN, 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 144/12, 68/13, 110/15.
53. Zakon o tržištu kapitala, NN, 88/8, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15, 110/15, 123/16.
54. Zetzsche, D., Investment Law as Financial Law: From Fund Governance over Market Governance to Stakeholder Governance?, Arbeitspapiere des Instituts für Unternehmensrecht, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344340 (22. 12. 2016.), str. 339-357.
55. Zetzsche, D., Preiner, C. D., CSR, Responsible Investments and the AIFMD u u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 167 – 192.
56. Zetzsche, D. A., Preiner, C. D., ELTIFR versus AIFMD u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 135 – 166.
57. Van Dam, M., Mullmaier, J., Impact of AIFMD on the Private Equity Industry u Zetzsche, D. A. (ur.), The Alternative Investment Fund Managers Directive, Wolters Kluwer, 2015., str. 695 – 706.
58. Weitnauer, W., Handbuch Venture Capital – Von der Innovation zum Börsengang, München, C. H. Beck, 2016.
59. Wright, M. Private equity and management buy-outs, u: Landström, H. (ur.), Handbook of Research on Venture Capital, Edward Elgar Publishing, 2007., str. 281-312.
60. Yung, C., Venture Capital before the First Dollar: Deal origination, screening and Evaluation, u: Cumming, D. (ed.), The Oxford Handbook of Venture Capital, Oxford University Press, 2012., str. 303-327.

Summary

NEW REGULATION OF PRIVATE EQUITY AND VENTURE CAPITAL FUNDS AND OPEN QUESTIONS

This article provides an analysis of the new regulation of private equity and venture capital funds which are in Croatian law regulated by Alternative Investment Funds Act and ordinances. These funds can offer their units only via private offering to primarily professional, i.e. qualifying investors. They invest mostly in shares and units of companies, including both companies in early (start-ups) and in later stage of business. For the companies in which they invest, these funds are very significant as they can provide capital for even small entrepreneurs which could not obtain financing from traditional sources (e. g. banks). This article analyzes investment transactions between private equity (further in text: PE) and venture capital (further in text: VC) funds and the company in which they invest (portfolio company). PE and VC funds represent a new segment in the Croatian capital market which is still developing and whose potential is yet to be fully recognized. PE and VC funds are not regulated on the EU level. However, managers of AIFs, including PE and VC funds are under certain conditions. Authors shall analyze these legal sources, both on the EU and on the domestic level, with emphasis on the regulation of managers of AIFs when they acquire controlling stake in non-listed companies and issuers, which is of special interest to PE and VC funds due to their investment techniques. In that light, authors question if there is a mechanism which ensures that PE and VC funds act as a socially responsible shareholders/unitholders in portfolio companies (public accountability of the managers of AIFs). If so, authors argue the existence of possible conflict of interest, as it is not clear in whose interest should managers of PE and VC funds act: in the interest of their investors or in the interest of the portfolio company.

***Keywords**: private equity, venture capital, alternative investment funds, portfolio company, Alternative Investments Funds Act.*

Zusammenfassung

NEUE REGELUNG DER PRIVATEN EIGEN- UND WAGNISKAPITALFONDS UND OFFENE FRAGEN

Dieser Artikel stellt eine Analyse der neuen Regulierung der Eigen- und Wagniskapitalfonds dar, die in kroatischem Recht durch das Alternative Investmentfondgesetz und Verordnungen geregelt sind. Diese Fonds können ihre Anteile nur über privates Angebot an primär professionelle, d. h. qualifizierte Anleger anbieten. Sie investieren überwiegend in Aktien und Unternehmenseinheiten, einschließlich der beiden Unternehmen im frühen (Start-ups) und späteren

Geschäftsverlauf. Für Unternehmen in die sie investieren, sind diese Fonds sehr bedeutend, da sie Kapital auch für kleine Unternehmer bereitstellen können, die keine Finanzierung aus traditionellen Quellen (z.B. Banken) verschaffen können. Dieser Artikel analysiert Investitionstransaktionen zwischen Eigenkapital (weiter im Text: EK) und Wagniskapital (weiter in Text: WK) und dem Unternehmen, in welches sie investieren (Portfoliounternehmen). EK und WK Fonds stellen ein neues Segment am kroatischen Kapitalmarkt dar, welches sich noch entwickelt und dessen Potenzial noch nicht vollständig erkannt wurde.

Obwohl die Rechtsordnung der EK- und WK-Fonds nicht auf der EU-Ebene geregelt sind, sondern nur die Rechtsordnung der Manager, hier werden nur die Rechtsquellen der EU und Regelungen der Republik Kroatien analysiert, die bestimmte Aspekte der Geschäftsführung dieser Fonds regeln und die rechtliche Beziehungen zwischen EK oder WK und einer Portfoliogesellschaft beeinflussen, wenn die Fonds in einer Portfoliogesellschaft die Kontrolle übernehmen. In diesem Zusammenhang stellen die Autoren die Frage, ob es einen Mechanismus gibt, der sicherstellt, dass die PK- und WK-Fonds in Portfoliounternehmen als sozial verantwortliche Anteilseigner/ Anteilsinhaber agieren (öffentliche Rechenschaftspflicht der AIF-Manager). Wenn dies der Fall ist, argumentieren die Autoren die Existenz eines möglichen Interessenkonflikts, da es nicht klar ist, in wessen Interesse die Manager der PK- und WK-Fonds handeln sollen: im Interesse ihrer Investoren oder im Interesse der Portfoliogesellschaft.

***Schlüsselwörter**: Eigenkapital, Wagniskapital, alternative Investmentfonds, Portfoliounternehmen, Alternatives Investmentfondgesetz.*

Riassunto

LA NUOVA DISCIPLINA GIURIDICA DEI FONDI PRIVATE EQUITY E VENTURE CAPITAL E LE QUESTIONI APERTE

Nel lavoro si tratta della nuova disciplina dei fondi di investimento alternativi di capitali di rischio (private equity) e dei fondi di investimento alternativi del capitale imprenditoriale (venture capital), che nel diritto croato trovano regolamentazione nella Legge sui fondi di investimento alternativi ed in regolamenti attuativi. Le loro partecipazioni vengono proposte mediante offerta privata in primo luogo ad investitori professionali, ovvero qualificati. Il capitale procurato dagli investitori viene investito dai fondi anzi tutto in azioni e partecipazioni societarie; tanto che si tratti di società di nuova costituzione o società in fase di sviluppo, quanto che si tratti di società che siano già in fase più matura. Per questo il loro valore per le società commerciali è grande, poiché consente anche ai piccoli imprenditori l'approvvigionamento di mezzi per il finanziamento di attività anche quando difficilmente possano attingere alle fonti di finanziamento classiche. Posto che si tratta di un segmento del mercato dei fondi di investimento che è in fase di decollo nel business domestico, il cui

potenziale comincia appena ora ad essere scoperto, con il presente lavoro si vagliano le caratteristiche transattive di questa forma di investimento intercorrente tra il private equity (in avanti: PE) ed il venture capital (in avanti: VC) e la società nella quale tali fondi investono (società in portafoglio). Visto che la disciplina giuridica dei fondi PE e VC non è uniforme sul piano dell'Unione europea (in avanti: UE) – infatti trovano regolamentazione soltanto i loro gestori, si esaminano quelle fonti giuridiche UE, come anche le corrispondenti fonti croate, mediante le quali si regolano determinati aspetti dell'attività di tali fondi, i quali influiscono sui rapporti giuridici tra i fondi PE e VC e la società in portafoglio, quando i fondi acquistano il controllo nella società in portafoglio. In tale contesto si apre la questione se esistano determinati meccanismi mediante i quali si possa garantire che i fondi PE e VC esercitino il proprio potere nella società in portafoglio in maniera responsabile posto che vanno conciliati due (possibili) interessi contrastanti: l'interesse della società in portafoglio, del quale deve curarsi in qualità di azionista, e l'interesse degli investitori che hanno investito in tale fondo.

Parole chiave: *private equity, venture capital, fondi di investimento alternativi, società in portafoglio, Legge sui fondi alternativi di investimento.*

IZRADA PRAVNIH PROPISA U HRVATSKOJ - STUDIJA SLUČAJA

Dr. sc. Dario Đerđa, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Teodor Antić, glavni tajnik
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 340.13
Ur.: 13. prosinca 2016.
Pr.: 16. siječnja 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Ovim se radom nastoji skrenuti pozornost na važnost tehnike izrade pravnih propisa te na njezine osnovne postavke, čemu se u Republici Hrvatskoj do sada nije pridavala veća pozornost. Naglašava se važnost nalaženja optimalnog razmjera jednostavnosti i pravne određenosti teksta propisa u procesu izrade i donošenja, a radi postizanja njegove razumljivosti i prilagođenosti svim subjektima na koje se odnosi. U radu se najprije izlažu objektivne pretpostavke nužne za kvalitetno obavljanje nomotehničkih zadaća, a zatim i subjektivne kvalitete kojima mora utjeloviti redaktor nacrta nekoga pravnog propisa. Radi konkretnoga ukazivanja na propuste koji su prisutni u hrvatskom pravu, analizira se proces izrade, dopunjavanja i mijenjanja Zakona o komunalnom gospodarstvu koji može poslužiti kao dobar primjer kako ne treba stvarati pravne propise, jer se u njemu uočava velik broj pogrešaka i propusta koji su rezultat nepravilne tehnike izrade propisa. Na kraju se izražava nada da će donošenje Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor ubuduće pridonijeti većoj kvaliteti zakonskih tekstova i njihovu potpunom udovoljavanju općim zahtjevima pravne sigurnosti i usklađenosti s načelom vladavine prava.

Ključne riječi: *izrada pravnih propisa, nomotehnika, komunalno gospodarstvo.*

1. UVOD

Posljednje desetljeće pravna znanost i struka usmjereni su na detaljnu raščlambu hrvatskoga prava. Posebna pozornost posvećuje se proučavanju upravnoga prava. Brojni autori različitih profesija - sveučilišni nastavnici, suci upravnih sudova i Ustavnoga suda Republike Hrvatske te javni službenici zaposleni u tijelima državne uprave, lokalne i područne (regionalne) samouprave, ali i drugim pravnim osobama koje participiraju u obavljanju javnih zadaća, redovito se kritički osvrću na pozitivno pravo Republike Hrvatske. Iako kvantitetom dominiraju rasprave usmjerene na aktualna pitanja upravnoga postupka i upravnoga spora, sve su češće i analize zakonskog uređenja drugih područja upravnoga prava, kao što su pravo javnih službenika, javna nabava, korištenje prirodnih bogatstava, upravljanje javnim dobrom i sl. U analizi

se redovito uzimaju u obzir pravomoćne upravnosudske i upravne odluke, a koje ukazuju na neke sadržajno ili pravnotehnički manjkave odredbe zakona. Iz tih radova često se zaključuje o potrebi dorade, izmjene pa čak i ukidanja nekih pravnih odredbi, ali i čitavih zakona. Takvom zajedničkom znanstvenom i stručnom aktivnošću teoretičara i praktičara pravni sustav se unaprjeđuje, čini pravičnijim, predvidljivijim te jednostavnijim za primjenu.

Međutim, unatoč brojnim radovima koji su usmjereni na sadržajnu kvalitetu zakona, u hrvatskoj pravnoj literaturi iznimno se rijetko susreću znanstveni i stručni radovi usmjereni na analizu tehnike izrade pravnih propisa. Kao preduvjet donošenju kvalitetnih zakona, propisa i drugih općih akta, tehnika izrade takvih akata zauzima posebno mjesto u pravnoj doktrini. Značenje zakona, propisa i drugih općih akata u svakoj je zajednici izuzetno, jer se njima na općenit način uređuju društveni odnosi te se upravo njihovom primjenom na konkretno činjenično stanje upravnim aktima i sudskim presudama pojedincima podjeljuju neka prava ili im se nameću obveze. Stoga je njihov materijalni sadržaj, ali i oblik u kojem se donose, od interesa ne samo za tijela javne vlasti, već i za svakoga građanina i poduzetnika. Navedeno posebno dolazi do izražaja u vrijeme prave ekspanzije pravnih propisa koja je u Hrvatskoj prisutna posljednjih dvadesetak godina, a koja je s jedne strane potaknuta potrebom stvaranja integralnoga pravnog sustava suverene i samostalne države, a s druge, punopravnim članstvom Republike Hrvatske u Europskoj uniji te potrebom implementiranja pravne stečevine ove organizacije u domaći pravni sustav. Pri tom se ne smije smetnuti s uma da su društveni odnosi, kao posljedica ubrzanoga razvoja gospodarstva, tehnologije i komunikacije, svakim danom sve složeniji te zahtijevaju normiranje u područjima koja su ranije izmicala pravu. Sve to zahtjeva dobro osmišljen i strukturirani sustav donošenja zakona, propisa i drugih općih akata, ponajprije od za to posebno osposobljenih osoba, a koji u Hrvatskoj trenutno ipak izostaje.[1]

1 Brojni su primjeri za to. Propusti zakonodavca u sustavnome uređenju nekoga pravnoga područja često se ističu u pravnoj literaturi. Primjerice, izostavljanje iz teksta *Nacrta prijedloga Zakona o upravnim sporovima*, dobro osmišljene odredbe o prisilnom izvršenju presuda upravnih sudova, a koja je zamijenjena upućivanjem na odgovarajuću primjenu odredbi o izvršenju upravnih akata iz *Zakona o općem upravnom postupku*, bila je razlogom nužnosti sudskoga tumačenja neprimjerenosti odredbi o izvršenju obvezujućih upravnih akata na pojedince, kao privatne osobe, u slučajevima kada je trebalo prinuditi javnopravno tijelo da donese rješenje sukladno pravnome shvaćanju i primjedbama izraženima u presudi upravnoga suda. Vidi članak 81. stavak 4. *Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14. i 94/16., te članke 142. do 144. *Zakona o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09. O ovome problemu više vidi u Đerđa, Dario, Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i usporednom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015., str. 148-153., Abramović, Andrej, Obveznost izvršenja upravnosudskih odluka, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2013., str. 647. te Rajko, Alen, Izvršenje presuda upravnih sudova u Hrvatskoj - otvorena pitanja i mogućnosti njihova rješavanja, *Sveske za javno pravo*, god. 4., br. 14., 2013., str. 22-24. U pravnoj literaturi također se ukazivalo i na nedosljednosti zakonodavca u pravnome normiranju, a što ima izravne posljedice na prava i pravne interese pojedinaca o čijim pravima javnopravna tijela odlučuju. Tako primjerice u svrhu davanja u zakup, osnivanja prava građenja ili osnivanja prava služnosti na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države, u šumama ili na šumskom zemljištu u vlasništvu države ili na javnom vodnom dobru u javnoj uporabi u nekim slučajevima, primjerice, odluka o davanju

Poteškoće koje rezultiraju iz loše osmišljenoga ili oblikovanog zakonodavstva izbjegavaju se sustavnim normiranjem pojedinoga segmenta društvenoga života, koje treba biti utemeljeno na detaljnoj snimci stanja u određenome području, simulaciji mogućih pravnih učinaka i kritičkom propitivanju svakoga od njih. Takav pristup pretpostavka je cjelovite regulacije pojedinoga segmenta društvenog života u skladu s pravnim sustavom u cjelini. No, nažalost takav pristup u Hrvatskoj često se ne susreće, jer zahtijeva odgovarajuće vrijeme osobe koja izrađuje pravni propis, stručno poznavanje područja koje se uređuje te poznavanje temeljnih nomotehničkih pravila. Analizom brojnih propisa u hrvatskom pravnome sustavu, čini se da posebno posljednja pretpostavka - upućenost redaktora propisa u nomotehnička znanja i vještine - prilično često izostaje ili joj se u praksi ne pridaje potrebna važnost.

Nomotehnika, kako se popularnije naziva znanost o izradi pravnih propisa, predstavlja znanstvenu disciplinu koja analizira i uspostavlja načela izrade pravnih pravila.[2] Ona nije upućena donositeljima pravnih propisa niti se bavi procedurom donošenja zakona, propisa i drugih općih akata, već je usmjerena na redaktora tih propisa kojega upućuje u tehniku normiranja, način izražavanja sadržaja pravne odredbe, korištenje pojmova u izradi pravnih propisa, logiku u oblikovanju propisa i sl. Drugim riječima, nomotehnika osposobljava redaktora pravne norme na način kojim će u pravnu odredbu unijeti željenu poruku te oblik koji treba dati toj odredbi. Stoga predmet izučavanja nomotehnike nije analiza pravnoga propisa kao dijela pozitivnog pravnoga sustava, baš kao što to nije niti formalni postupak donošenja nekoga propisa od za to nadležnoga tijela, već predmet ove znanstvene discipline čine načela i pravila koja treba koristiti pri izradi pravnih propisa. Ona time pridonosi u prvome redu donošenju tehnički kvalitetnih propisa, bez obzira na vrstu propisa i njegova donositelja. Time se ona pokazuje jednako korisnom zakonodavcu, tijelima državne uprave i lokalne i područne (regionalne) samouprave, kao i ustanovama, komunalnim trgovačkim društvima te udrugama koje donose opće akte, bez obzira na

zemljišta u zakup, osnivanju prava građenja ili osnivanju prava služnosti zakonom je utvrđena upravnim aktom, u drugom je slučaju propisano kako ona to nije, dok se u trećemu ne propisuje ništa. Nejednakom pravnom regulacijom jednakih pravnih instituta ne pruža se ista zaštita svim sudionicima u ovim postupcima, čime se izravno narušava njihova ravnopravnost pred zakonom i javnopravnim tijelom. O tome vidi npr. Đerđa, Dario, Dvojbe o pravnoj prirodi odluke o davanju na korištenje poljoprivrednog zemljišta, šume ili šumskoga zemljišta u državnom vlasništvu, *Zbornik radova novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi*, Organizator, Zagreb, 2016., str. 135-157. Konačno, česte su i ishitrene intervencije u zakonske tekstove, a koje nerijetko dovode do nepravičnih sadržajnih rješenja koja se protive čak i temeljnim načelima pravnoga sustava. Primjerice, novelom *Zakona o upravnim sporovima* iz 2012. godine, koja je stupila na snagu nakon manje od godine dana primjene ovoga *Zakona*, između ostaloga je izmijenjena odredba o podmirivanju troškova upravnoga spora. U početku dobro osmišljen i pravični koncept koji je obvezu podmirivanja troškova spora nametao stranci koja je izgubila spor, ubrzo je izmijenjen tako da u upravnom sporu svaka stranka snosi svoje troškove. To je za posljedicu imalo okolnost da je stranka koja je oštećena u upravnom postupku, unatoč uspjehu u upravnome sporu, bila izložena financijskim izdacima za vođenje toga spora. Ovakvu regulaciju snošenja troškova spora Ustavni sud Republike Hrvatske *Odlukom i rješenjem broj: U-I-2753/2012 i dr., od 27. rujna 2016. godine*, utvrdio je protuustavnim.

2 Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Pravni fakultet u Osijeku, Pravni fakultet u Splitu, Split, 1996., str. 8.

to bili oni heteronomne ili autonomne naravi.[3]

U pravnoj literaturi ističe se kako je potreba za nomotehnikom očita, jer se svrha pravnoga propisa može ostvariti jedino ako on na odgovarajući način regulira određenu materiju.[4] Razlog je tomu što tekst pravnoga propisa mora biti vrlo određen i precizan, kako ne bi bilo nikakve sumnje o onome što je donositelj propisa želio reći. No, u isto vrijeme, tekst propisa mora pokriti sve relevantne slučajeve na koje se treba odnositi, tj. mora biti sveobuhvatan.[5] Pored nužnosti ostvarivanja ovih suprotnih ciljeva, izrada svakoga pravnog propisa uvjetovana je i brojnim sadržajnim čimbenicima koji ovise o različitim kulturnim, jezičnim i pravnim utjecajima države u kojoj se donosi propis.[6] Stoga je cilj nomotehnike uputiti redaktora kako oblikovati jasan i usustavljen pravni propis, usklađen s pravnim sustavom u cjelini, načelima i vrijednostima pravne kulture i tradicije, a čime se pravni sustav u kojem se takav propis donosi čini potpunim, konzistentnim i koherentnim.[7]

Nomotehnika je već dugo prisutna u usporednome pravu gdje joj se posvećuje velika pozornost.[8] U poredcima poput njemačkog, austrijskog, švicarskog, francuskog i talijanskog, odavno je razvijena svijest da se zbog postizanja namjeravane svrhe i cilja pravnih propisa oni moraju izraditi promišljeno, precizno i metodološki pravilno. Drugim riječima, isticano je kako optimalno normativno rješenje u praksi može zaživjeti samo ako je pravilno izrađeno i precizno izraženo. Pritom se osobita pozornost pridavala meritornim i metodološkim sastavnicama izrade općih pravnih akata, ali i shvaćanju da apstraktni pravni akt pored sadržajne ima i svoju formalnu komponentu koja se odnosi na njegov naziv, oblik, izradu, važenje, mijenjanje, ukidanje itd. Kako takva shvaćanja bitno utječu na kvalitetu pravnih propisa i njihovu primjenu, a time i na kvalitetu pravnoga sustava u cjelini, u novije su ih vrijeme prihvatile brojne države Europe. Stoga se u mnogim nacionalnim pravnim sustavima spomenuta načela i pravila sve češće analiziraju i objavljuju, pa čak i normiraju odnosno kodificiraju.[9]

3 O ovome vidi Ivančević, Velimir, *Nomotehnika: ogledi*, Narodne novine, Zagreb, 1988., str. V-VI. te Borković, op. cit., str. 8. i 14.

4 Vuković, Mihajlo, Vuković, Đuro, *Znanost o izradi pravnih propisa - nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1997., str. V. i Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 10.

5 Upravo su stoga pravni propisi neosobni te ne smiju upućivati niti na jednu konkretnu situaciju. Međutim, ako se propis učini apsolutno preciznim i određenim, takvim će se normiranjem u potpunosti ograničiti njegovo potencijalno tumačenje, a što može onemogućiti primjenu toga propisa na sve one slučajeve koje bi trebao urediti. Redaktori pravnih propisa moraju istovremeno biti *"i određeni i neodređeni"*, ovisno o tomu mogu li predvidjeti sve potencijalne slučajeve njegove primjene. Vidi Gotti, Maurizio, Linguistic insights into legislative drafting, *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 2., no. 2., 2014., str. 129.

6 Ibid., str. 142.

7 Vidi Božić, Katja, Nomotehnika - med tehniko in občutkom, *Pravni letopis 2012*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2012., str. 204.

8 O važnosti izrade pravnih propisa još su u 18. i 19. stoljeću pisali poznati pravni teoretičari Montesquieu, Savigny i Ihering. Prvo sustavno djelo o izradi propisa 1896. godine objavio je Henry Campbell Black. Vidi Black, Henry Campbell, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing Co., St. Paul, 1896.

9 O ovome Milotić, Ivan, Peranić, Domagoj, *Nomotehnika: izrada općih akata s praktičnim primjerima*, RRIF, Zagreb, 2015., str. 1. Posljednjih četrdeset godina u svijetu je objavljeno niz monografija i priručnika posvećenih izradi pravnih propisa. Vidi primjerice Dale,

U Republici Hrvatskoj do sada se načelima, pravilima i metodama izrade općih pravnih akata nije pridavala veća pozornost niti su ova pravila bila službeno određena. Pri izradi propisa težište se stavljalo isključivo na sadržaj, tj. normativnu sastavnicu propisa, dok je u pogledu njihove izrade *de facto* prevladavalo shvaćanje kako to svatko može činiti. Zbog takva shvaćanja u Republici Hrvatskoj postoji velik broj neodgovarajuće izrađenih zakona, propisa i drugih općih akata, a što otežava njihovu primjenu te stvara ozračje pravne nesigurnosti. Štoviše, često se događa da dobro zamišljen te sadržajno dobro koncipirani propis devalvira upravo zbog njegove neodgovarajuće izrade.[10]

Nomotehnika se u Hrvatskoj počela javljati tek osamdesetih godina 20. stoljeća, kada su knjige ovoj temi posvetili neki od najvažnijih pravnih teoretičara svoga vremena, kao što su Mihajlo i Đuro Vuković, Velimir Ivančević, Đuro Gatarić i Ivo Borković. Valja spomenuti i nedavno izdanu knjigu Milotića i Peranića.[11] Svi oni svojim djelima poručuju kako improvizaciju u izradi pravnih propisa treba zamijeniti znanstveni pristup te da vještina izrade propisa mora biti redovito dopunjavana znanstvenim saznanjima o najboljim načinima njihove izrade, tj. spoznajama koje će jamčiti kvalitetu pravnoga sustava uopće. Spomenuti autori predmet svoga izučavanja posvećuju upravo tehnici izrade pravnih propisa, koja je ponajprije usmjerena na detaljnu osmišljenost cilja koji se želi postići, preglednost teksta propisa i jasnoću njegova sadržaja.

Ovim radom nastoji se skrenuti pozornost na važnost nomotehnike, kao tehnike pisanja pravnih propisa te na njezine osnovne postavke. Time se hrvatsku stručnu

William, *Legislative Drafting: a new approach*, Butterworths, London, 1977., Child, Barbara, *Drafting legal documents: materials and problems*, West Publishing Co., St. Paul, 1988., Butt, Peter, Castle, Richard, *Modern Legal Drafting: a guide to using clearer language*, Cambridge University Press, 2006. i sl. U nekim su državama pravila kojima se uređuje tehnika izrade pravnih propisa pravno propisana. Vidi npr. Sullivan, David E., *Legislative drafting and legal manual*, 3rd ed., MA, Boston, 2003. Dostupno na: file:///E:/Users/Dejana/Downloads/73fc5e204d2e468b77be2d0718f7%20(1).pdf (8.12.2016.).

10 Milotić i Peranić naglašavaju kako se nedostatci ponajprije odnose na neprimjerenost naziva ovih propisa, njihove strukture, sadržaja, izričaja, metoda, jezika i dr. Vidi Milotić, Peranić, op. cit., str. 1. S druge strane, Livaja i Milotić smatraju kako u Republici Hrvatskoj ne postoje dugovjeka nomotehnička pravila, dobre nomotehničke tradicije ili praksa, pa čak niti tradicija promišljenog i sustavnog pristupa nomotehnici, a što stvara naznačene i brojne druge probleme u praksi. Livaja, Anamarija, Milotić, Ivan, *Komentar jedinstvenih nomotehničkih pravila*, RRiF, Zagreb, 2015., str. 42-43. Značajne manjkavosti u pravnome normiranju susreću se i u susjednoj Sloveniji. Tako Pogorelec ističe kako je vjerojatno najvažniji razlog neuspješnoga nošenja Slovenije s gospodarskom i financijskom krizom neprimjeren pristup pravnome normiranju, kojega su bez iznimke prakticirale sve slovenske vlade zadnjih deset ili 15 godina. Pogorelec, Janez, Slovenski pristop k pravnemu normiranju ali zakaj smo tam, kjer smo, *Pravni letopis 2012*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2012., str. 191.

11 Vuković, Vuković, op. cit., Ivančević, *Nomotehnika*, cit., Gatarić, Đuro, *Stvaranje prava*, Pravni fakultet Zagreb, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 1991., Borković, *Nomotehnika*, cit., Milotić, Peranić, op. cit. Starija djela posvećena ovoj tematici napisali su primjerice Krbek i Mihajlo Vuković. Vidi Krbek, Ivo, *Pravno normiranje u socijalističkoj Jugoslaviji*, JAZU, Zagreb, 1960. te Vuković, Mihajlo, *Nauka o izradi pravnih propisa: nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1969.

javnost želi upozoriti na neopravdano zanemarivanje ove važne pravne discipline, a što je jedan od važnih razloga danas imperfektnoga pravnoga sustava u Republici Hrvatskoj. Na važnost posebne osposobljenosti osoba koje se bave izradom pravnih propisa i čiji se uradci upućuju u zakonodavnu ili drugu formalnu proceduru, pozornost se nastoji skrenuti i hrvatskome zakonodavcu i ostalim osobama zaduženim za izradu i donošenje pravnih propisa u državnim, područnim (regionalnim) i lokalnim tijelima, ali i pravnim osobama koje djeluju u javnome sektoru. U tu svrhu najprije se izlažu objektivne pretpostavke nužne za kvalitetno obavljanje nomotehničkih zadaća, a zatim i subjektivne kvalitete kojima mora raspolagati kreator nacrta nekoga pravnog propisa. U konkretnom ukazivanju na propuste koji su prisutni u hrvatskom pravnome sustavu, analiziran je *Zakon o komunalnom gospodarstvu*,[12] kao zakon koji izaziva interes širokoga kruga osoba - jedinica lokalne samouprave i komunalnih trgovačkih društava, ali i građana kao korisnika usluga u lokalnoj zajednici. Uz istaknute nomotehničke nedostatke ovoga *Zakona* upućuje se na pravila koja treba poštovati da bi se takvi nedostatci izbjegli. Ponajprije se analizira nepostojanost teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, u kontekstu čega se nastoji utvrditi broj izmjena i dopuna kojima se može intervenirati u neki zakonski tekst, a prije negoli bi bilo oportuno donijeti novi zakon. Zatim se razmatra dopuštenost mijenjanja zakona zakonom koji uređuje drugo upravno područje te način citiranja koji treba poštovati u navođenju ranijih brojeva službenoga glasila u kojima je objavljen zakon odnosno njegove izmjene i dopune. Nadalje, razmatra se tehnika donošenja pročišćenoga teksta zakona te sloboda koju redaktor ima pri izradi pročišćenoga teksta. U sljedećem dijelu analiziraju se sadržajne manjkavosti *Zakona o komunalnome gospodarstvu* kao i manjkavosti u području komunalnoga gospodarstva uopće. U tu svrhu ukazuje se na propuštanje reguliranja nekih važnih pitanja koje ulaze u opseg *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, pogreške koje su učinjene oblikovanjem pojedinih rješenja sadržanih u zakonskom tekstu, posljedice nedovoljnog razmatranja učinka nekih odredbi ovoga *Zakona* u praksi, upućivanje *Zakona* na primjenu drugih zakona kojima je propisano postupanje u određenim slučajevima, pravne praznine koje su nastale neadekvatnom regulacijom nekih instituta komunalnoga gospodarstva zakonima koji uređuju druga upravna područja te terminološke pogreške učinjene u izradi nacrta ovoga *Zakona*, kao i njegovih izmjena i dopuna. U posljednjem dijelu razmatraju se još neki nedostatci, a koji su vezani uz izradu nacrta i provedbu *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. Pri tom je pozornost usmjerena opravdanosti razlikovanja stupanja na snagu i početka primjene zakona, izradi valjanoga obrazloženja koje je obvezan prilog prijedlogu zakona te izmjena i dopuna zakona, kao i pravila koja treba poštovati pri davanju vjerodostojnoga tumačenja zakona.

12 *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 36/95., 109/95., 21/96., 70/97., 128/99., 57/00., 129/00., 59/01., 82/04., 110/04., 178/04., 38/09., 79/09., 153/09., 153/09., 49/11., 84/11., 90/11., 144/12., 56/13., 94/13., 153/13., 147/14. i 36/15.

2. NOMOTEHNIKA KAO PRETPOSTAVKA IZRADE NACRTA PRAVNOGA PROPISA

U pravnoj literaturi ističe se kako idealan pravni propis treba biti jednostavan za shvatiti širokom krugu osoba te pravno učinkovit u postizanju željenih ciljeva. U tu svrhu pravni propis treba biti razmjeran u postizanju jednostavnosti i pravne određenosti,[13] a njegova razumljivost u prvome redu treba biti prilagođena adresatima i tijelima koja ga primjenjuju. Kako bi se ostvarili ovi složeni ciljevi nomotehnika treba pripremiti redaktora da izradi odgovarajući i dobro strukturiran nacrt propisa, u koji će ugraditi optimalne jezične izraze razumljive adresatima propisa i tijelima koja ga trebaju primjenjivati.[14] Zbog toga je nomotehnika razvila objektivne i subjektivne pretpostavke o kojima donositelj propisa mora voditi računa, a kako bi donio sadržajno i tehnički ispravno izrađen zakon, propis ili drugi opći akt. Objektivne pretpostavke ukazuju na pravila koja u pravnome sustavu moraju biti normativno ili neformalno utvrđena te koja trebaju obvezivati redaktora nacrta propisa, dok se subjektivne pretpostavke odnose na posebnu osposobljenost, znanja, vještine i kompetencije redaktora nacrta propisa, a kojima on mora raspolagati kako bi primjenjujući pravila nomotehnike izradio jednostavan, pravno određen i razumljiv propis.

2.1. Objektivne pretpostavke

Radi izrade nacrta nekoga propisa pred redaktora se postavlja nekoliko temeljnih pitanja. Odgovori na njih mogu biti propisani nekim pravnim aktom, a mogu mu biti i ostavljeni na slobodnu procjenu. Prije negoli se uopće pristupi izradi nacrta propisa, važno je utvrditi opseg normiranja određenoga pravnog instituta ili određenoga pravnoga područja. Treba razjasniti je li institut ili područje u kojem se namjeravaju provesti normativne intervencije, već normirano ili nije te treba li ga normirati u cijelosti ili samo dijelom. Nakon toga nužno je odabrati vrstu općega akta kojim se normiranje planira provesti. Treba odlučiti koje će hijerarhijske razine biti propis koji se donosi te u kakvoj će on biti korelaciji s drugim važećim propisima u pravnome sustavu. Tek po utvrđivanju vrste i hijerarhijske razine propisa koji se planira donijeti, može se pristupiti izradi njegova prvoga nacrta. Prvi nacrt usmjeren je na uspostavu strukture i osnovnih rješenja koja propis treba sadržavati. Takav dokument predstavlja osnovu za rad na sljedećoj fazi normiranja, a koja cilja

13 Watson-Brown, Anthony, In Search of Plain English - The Holy Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting, *Statute Law Review*, vol. 33., no. 1., 2012., str. 12. U svrhu jednostavnosti i jasnoće pravnih odredbi, ali i njihove pravne određenosti i učinkovitosti u engleskom govornom području govori se o posebnim tzv. *plain English* standardima izrade propisa. *Plain English* predstavlja tehniku izrade propisa s ciljem ostvarivanja njegove pravne zadaće u zajednici. O ovome Watson-Brown, Anthony, Defining 'Plain English' as an Aid to Legal Drafting, *Statute Law Review*, vol. 30., no. 2., 2009., str. 85-86. O značaju i ulozi *plain Englisha* u izradi nacrta propisa više vidi u Kimble, Joseph, Plain english: a charter for clear writing, *Thomas M. Cooley Law Review*, vol. 9., no. 1., 1992., str. 1-30. te Wydick, Richard, *Plain English for Lawyers*, Carolina Academic Press, Durham, 1998.

14 Cook, Robert, The Teaching of Legal Drafting, *Western Reserve Law Review*, vol. 4., no. 4., 1953., str. 301.

daljnjoj razradi teksta propisa te njegovom sadržajnom i jezičnom dotjerivanju. Ova faza obično uzima najviše vremena te traje sve dok redaktor tekstom propisa nije u potpunosti zadovoljan. Konačno, u posljednjoj fazi izrade nacrta propisa pristupa se pronalaženju pravnih praznina, nedorečenosti i drugih nejasnoća u tekstu propisa, a koji se istovremeno ispravljaju. Tako dotjeran tekst nacrta upućuje se donositelju propisa na daljnje postupanje.[15]

Dok se opseg normiranja te vrsta i razina propisa koji se planira donijeti određuju u svakom konkretnom slučaju, načela izrade nacrta propisa univerzalne su naravi te se jednako primjenjuju na izradu nacrta zakona, propisa ili bilo kojeg drugog općeg akta. Pri izradi takvoga nacrta treba poštovati opća i posebna načela za izradu pravnih propisa. Opća načela služe pri izradi svih pravnih propisa, dok se posebna primjenjuju samo u izradi određenih vrsta.[16] Posebna načela za izradu nekih propisa mogu postojati, a moguće je da se u svezi s izradom nekih specifičnih vrsta propisa posebna načela uopće ne javljaju. No, opća načela treba primijeniti pri izradi nacrta svakoga propisa, bez obzira na njegovu vrstu, razinu i narav. U pravnoj literaturi ističu se četiri opća načela za izradu nacrta propisa. To su načelo ukupnosti sadržaja pravnog propisa; načelo jasnoće, kvalitete i kvantitete stila pravnog propisa; načelo odnosa jezičnih izraza i logičkog smisla pravnog propisa; te načelo utvrđivanja i izražavanja egzistencijske i sadržajne ovisnosti nižeg propisa o višem.[17]

Načelo ukupnosti sadržaja pravnoga propisa zahtijeva da se sadržajem jednoga propisa obuhvate svi društveni odnosi koji su predmet regulacije toga propisa. Drugim riječima, ukupnost sadržaja pravnog propisa označava da je redaktor propisa predvidio sva pitanja koja njime trebaju biti uređena te je njihovo uređenje ugradio u tekst propisa. Ukupnošću sadržaja pravnoga propisa izbjegavaju se posljedice nepotpunoga normiranja, pravne praznine, nužnost preuranjenih izmjena i dopuna toga propisa i sl.[18]

Načelo jasnoće, kvalitete i kvantitete stila pravnoga propisa nastoji učiniti propis što više razumljivijim. Sukladno ovomu načelu propis u isto vrijeme mora udovoljiti zahtjevima *"pravnosti"* i *"jednostavnosti"*, a što je iznimno kompliciranа zadaća koja se stavlja pred redaktora nacrta propisa.[19] Stoga ono naglasak stavlja na stil

15 O ovome vidi Swisher, Peter Nash, Techniques of legal drafting: a survival manual, *University of Richmond Law Review*, vol. 15., no. 4., 1981., str. 879-881.

16 Primjerice, za donošenje pravilnika u Hrvatskoj nadležno tijelo treba dobiti posebnu ovlast za regulaciju određenoga pitanja, a koja se utvrđuje u odredbi zakona za izvršenja kojega se konkretan pravilnik donosi. Takav pravilnik uvjetovan je sadržajem toga zakona te, ako izričito nije drukčije propisano, važi koliko važi i taj zakon. Vidi Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 103.

17 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 65. Livaja i Miloć naglašavaju kako se normiranjem neizostavno još moraju afirmirati načela ustavnosti i zakonitosti, ali i druga načela, kao što su načelo javnosti i dostupnosti propisa, načelo jasnoće normativnoga jezika i stila, načelo dosljednosti normiranja te načelo povezivanja i usklađenosti pravnoga poretka. Livaja, Milotić, op. cit., str. 71.

18 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 70.

19 Dvojba treba li propis biti *"pravni"* ili *"jednostavan"* već mnogo godina privlači pozornosti pravne teorije. Neki autori, kao npr. Kirk, smatraju da se u ovoj dvojbi treba prikloniti jednostavnosti, jer su adresati propisa u pravilu nepravnici, pa niti on načinom izrade ne

pravnoga propisa, kao izraz njegove potpunosti, dužine i nedvosmislenosti. Jasnoća stila pravnoga propisa zahtijeva da se misao redaktora stilski izrazi tako da osoba koja propis treba primijeniti niti jednoga trenutka ne sumnja u ono što je redaktor želio propisati.[20] Pri izradi pravnih propisa treba se koristiti posebnim stilom, jezikom i pojmovima. Treba težiti upotrebi uobičajenih izraza, tj. izraza razumljivih širokom krugu osoba. Treba izbjegavati izraze koji su s vremenom promijenili značenje, zastarjele izraze i izraze koji se više ne upotrebljavaju.[21] Na najmanju moguću mjeru treba svesti i upotrebu difuznih izraza, tj. izraza kojima se ne može precizno odrediti pravo značenje.[22] Kako pravne odredbe ne trpe dvosmislenost upotrijebljenih izraza, ako je u tekst pravnog propisa već nužno unijeti neki difuzni izraz, redaktor mora voditi računa da stilizacija rečenice daje dostatnu osnovu za točno određivanje značenja toga izraza.[23] Pri izradi propisa preporučljivo je, upravo zbog njihove preciznosti, koristiti

smije biti više *"pravni"* negoli je to nužno. Vidi Kirk, Maurice B., Legal Drafting: curing unexpressive language, *Texas Tech Law Review*, vol. 3., no. 1., 1971./72., str. 52-53. Pobornici *"jednostavnosti"* propisa ujedno ističu kako korištenje jednostavnoga jezika može pomoći pojednostavljenju složenosti nekih instituta kao i da *"jednostavni"* propisi rjeđe rezultiraju sporovima. Vidi Watson-Brown, Anthony, In Search, cit., str. 9. i 11. te Allen, Layman E., Symbolic logic: a razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents, *The Yale Law Journal*, vol. 66., no. 6., 1957., str. 855. Ovome stajalištu u hrvatskoj pravnoj literaturi priklonio se Borković koji naglašava kako nomotehnika zahtijeva da sadržaj propisa bude jasan svakome, zbog čega način upotrebe jezičnih izraza mora biti takav da tekst pravnog propisa razumije i osoba s prosječnim stupnjem osobne kulture i vlastitog obrazovanja. Stoga smatra kako pri izradi pravnih propisa posebno treba voditi računa o tomu koji se jezični izrazi upotrebljavaju. Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 66. Pobornici *"pravnosti"* propisa smatraju kako upravo stoga što je svaki propis usmjeren na tijela koja ga primjenjuju i njegove adresate, on treba biti razumljiv ponajprije njima, pa čak i ako bi svojim izrazima i sintaksom ostao nejasan širem krugu osoba. Takav stav pravdaju nemogućnošću reguliranja složenih odnosa na jednostavan način te činjenicom da propis trebaju razumjeti njegovi akteri. Oni upozoravaju kako propisi nerijetko moraju sadržavati brojne tehničke pojmove i složene metode postupanja, a što je teško izraziti na jednostavan način. Driedger, Public Administrators and Legislation, *Canadian Public Administration*, vol. 1., no. 2., 1958., str. 14. i 19.

20 Takve nejasnoće dovode do dvojbi treba li u propisu tražiti značenje koje on ima za adresata ili namjeru koju mu je htio dati zakonodavac. Ova dvojba jedna je od spornih tema o kojoj se već godinama raspravlja u pravnoj teoriji. O ovome vidi Cory R. Liu, Textualism and the presumption of reasonable drafting, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 38., no. 2., 2014., str. 727.

21 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 65-66. Livaja i Milotić navode kako je iznimno važno pravilno izabrati riječi kojima se normira, a koje moraju imati uporabnu vrijednost u svakodnevnome životu te biti suvremene i svima razumljive. Smatraju da riječi koje su suviše odvojene od života prosječnoga pojedinca i svakodnevnice ili su suviše apstraktne, učene, nepoznate, smanjuju ili čak u potpunosti dokidaju primjenjivost propisa. Livaja, Milotić, op. cit., str. 36.

22 Ovo su npr. izrazi *"mnogo"*, *"malo"*, *"vrlo"*, *"početkom"*, *"sredinom"* i sl., kojima nije moguće odrediti točno značenje ni u kvalitativnom niti u kvantitativnom pogledu. Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 66-67.

23 Na važnost nedvosmislenosti značenja izraza u propisu ukazuje se i u pravnoj literaturi, gdje se naglašava kako pravni praktičari nekoj odredbi nerijetko nastoje dati značenje ovisno o interesu koji temeljem takve odredbe žele ostvariti. Kirk, Maurice B., Legal Drafting: some elements of technique, *Texas Tech Law Review*, vol. 4., no. 2., 1973./74., str. 299-300.

pravne pojmove.[24] Također je korisno u propis unijeti odredbe kojima se objašnjava značenje nekih u njemu korištenih pojmova. Takva je normativna praksa korisna, jer jednom dano objašnjenje pojedinoga pojma služi za njegovo jednoobrazno tumačenje u cijelome tekstu propisa.[25]

Načelo odnosa jezičnih izraza i logičkog smisla pravnog pravila polazi od pretpostavke da je logika korektura jeziku. Pri izradi pravnih propisa nije nužno detaljno jezično izraziti ono što je logički razumljivo, i obratno, jezični opis je nužan sve dok se ne postigne logički smisao. Razlog tomu je što u pravnim propisima logika nije samo korektura, već predstavlja i dopunu jezičnog izražavanja. Jezičnom metodom tumačenja iz pravne odredbe izvodi se samo ono što proizlazi iz značenja riječi sadržanih u odredbi, dok logičko tumačenje iz odredbe izvodi i ono značenje koje nije izričito napisano riječima, ali ga je nužno shvatiti. Poimanje logičkog smisla sintakse pravne odredbe pridonosi većoj razumljivosti propisa, njegovu jednostavnijem tumačenju, a time i primjeni. U pravnoj literaturi ističe se kako je logika uvijek prisutna u pravu i pri izradi propisa i pri tumačenju njihova sadržaja, zbog čega je poznavanje njezinih pravila nužna pretpostavka uspješne izrade pravnih propisa.[26]

Konačno, načelo utvrđivanja i izražavanja egzistencijske i sadržajne ovisnosti nižega pravnog propisa o višemu polazi od pretpostavke kako pravni sustav čini konzistentnu cjelinu u kojoj se propisi, kao dio sustava, nalaze u odgovarajućem međusobnom odnosu. Egzistencijska ovisnost nižeg propisa o višemu zahtijeva da niži propis ne može nastati ako za donošenje takvog propisa njegovu donositelju višim propisom nije dana ovlast za donošenje. Sadržajni odnos nižeg propisa o višemu znači da sadržaj nižeg propisa mora obuhvatiti samo one odnose koje predviđa viši propis i kako to viši propis predviđa. Pritom treba još voditi računa da je sadržaj nižeg propisa u potpunosti usklađen sa sadržajem višeg propisa, tj. da nije u suprotnosti s njime. Poštovanjem ovoga načela izbjegava se donošenje nezakonitih propisa, što je često posljedica povrede odredaba o nadležnosti, kao što se izbjegava i pojava suprotnosti u pravnome sustavu. Pravne antinomije razlog su teškoćama u primjeni prava pa ih treba ispravljati usuglašavanjem pravnih propisa ili, u težim slučajevima nesuglasnosti, čak i stavljanjem propisa izvan snage.[27]

Radi uspostave osnovnih nomotehničkih standarada u Hrvatskoj, Hrvatski sabor donio je 2015. godine *Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za*

24 Propisi se ne bi mogli ni izraditi kad se pri njihovoj izradi ne bi upotrebljavali pravni pojmovi, tj. riječi koje imaju posebno pravno značenje, kao što su npr. *"zastara"*, *"stjecaj"*, *"ugovor"*, *"izuzeće"*, *"nehat"* i sl. Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 67.

25 O jeziku i stilu pravnoga propisa vidi Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 66-68. Nasuprot tom stajalištu Livaja i Milotić smatraju kako se navođenje i objašnjavanje pojmova treba izbjegavati kadgod je to moguće jer katalog pojmova propis čini nepreglednim, a zakonodavac u pogledu njih često čini nomotehničku pogrešku, jer ih normativno uređuje kao institute. Smatraju kako se izričitim navođenjem pojmova i njihova značenja dokida koristan koncept pravnoga standarda čiji sadržaj *in casu concreto* određuje praktičan život ili sud neposredno, vještačenjem ili na drugi način. Livaja, Milotić, op. cit., str. 17.

26 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 69.

27 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 70-71.

izradu akata koje donosi Hrvatski sabor.[28] Ovim *Pravilima* utvrđen je način kreiranja ponajprije zakona, ali i drugih propisa koje donosi Hrvatski sabor. Međutim, ona se na odgovarajući način primjenjuju i na druge propise koje donose državna tijela te tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, kao što su poslovnici, uredbe, pravilnici, naputci, preporuke, naredbe, odluke i drugi opći akti, ali i strategije, planovi, programi, rezolucije, deklaracije i sl. Ona propisuju strukturu svakoga propisa, utvrđujući sadržaj uvodnoga dijela propisa, sadržaj glavnoga dijela propisa te sadržaj prijelaznog i završnog dijela propisa. Utvrđuju i oblik propisa, tj. njegovu unutarnju raspodjelu na dijelove, glave, poglavlja i odjeljke, oblik njegove strukture, a koji je ponajprije usmjeren na oblikovanje teksta propisa kroz članke, stavke, podstavke, točke i podtočke, te jezik, stil i način pisanja propisa. Poseban dio ovih *Pravila* posvećen je izmjenama i dopunama propisa, amandmanima na konačni tekst prijedloga propisa, ispravkama propisa, izradi pročišćenoga teksta propisa te vjerodostojnom tumačenju pojedinih odredbi propisa. Ova *Pravila* na odgovarajući način uključuju neke elemente općih načela koja treba poštovati pri izradi pravnih propisa, čime ih u hrvatskom pravnom sustavu i normativno utvrđuju.[29] Iako ideja kodifikacije pravila koja treba poštovati pri izradi nacrta propisa zaslužuje svaku pohvalu, u pravnoj literaturi ističe se kako *Pravila* sadržavaju neke očigledne pogreške i na mnogim mjestima odstupaju od nomotehničkih tradicija, načela, standarda i pravila koja su propisana u većini relevantnih usporednih pravnih poredaka zbog čega njihova stroga primjena neće postići željeni rezultat, tj. pridonijeti kvaliteti i primjenjivosti svih vrsta propisa.[30] Stoga ona čine podlogu koja zahtijeva bitnu doradu u što skorije vrijeme.

2.2. Subjektivne pretpostavke

Za razliku od objektivnih pretpostavki koje se odnose na posebne metode i tehnike koje treba primjenjivati pri izradi pravnih propisa, subjektivne pretpostavke usmjerene su na znanja, vještine i kompetencije redaktora nacrta pravnoga propisa. One predstavljaju nužan preduvjet da se upravo toj osobi povjeri zadatak općega normiranja. Kako bi se nacrtima propisa koji se dalje upućuju u normativnu proceduru osigurala posebna kvaliteta, brojna državna tijela, tijela jedinica lokalne (regionalne) i područne samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima trebala bi raspolagati stručnjacima koji su posebno osposobljeni za izradu nacrta pravnih propisa i

28 *Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor*, Narodne novine, br. 74/15. Ova *Pravila* stupila su na snagu 1. rujna 2015. godine.

29 Tako primjerice članak 41. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* određuje kako je stil pisanja propisa uvjetovan nomotehničkim pravilima, pravopisom, gramatikom i semantikom jezika u službenoj uporabi. Članak 35. stavci 2. i 3. određuju kako se propis piše jasnim stilom, jednostavnim riječima te precizno i razvidno izraženim namjerama donositelja propisa te da nazivlje odnosno terminologija koja se koristi u propisima mora biti jasno, dosljedno, precizno i potrebno. Konačno, članak 39. određuje kako se u propisu treba koristiti precizan, dakle određen ili bar odrediv izričaj, čije pravne posljedice su nedvojbeno jasne, dok upotrebu uobičajenih, ali nepreciznih odrednica, kao što su: *"odmah"*, *"bez odgađanja"*, *"pravovremeno"*, *"u pravilu"* i sl., u pisanju propisa treba što više izbjegavati.

30 Livaja, Milotić, op. cit., str. III.

kojima je taj posao profesija. Subjektivne pretpostavke redaktora nacrta pravnoga propisa čine pravna svijest i znanje te vještina pripremanja nacrta propisa, ali i svih popratnih materijala nužnih za razumijevanje ciljeva propisa.[31] Pravna svijest i znanje podrazumijevaju visoku razinu općega obrazovanja te osobe, dobro poznavanje društveno-političkog uređenja i pravnoga sustava u cjelini te poznavanje načela i tehnike izrade pravnih propisa. Vještina nužna za pripremu nacrta teksta propisa te popratnih materijala odnosi se u prvome redu na sposobnost redaktorova jezičnog izražavanja. Takvo izražavanje ogleda se u kratkom, jasnom i nedvosmislenom formuliranju pravnih odredbi koje radi izbjegavanja nejednake prakse te stavljanja adresata propisa u nejednaki položaj, ne ostavlja veliku slobodu u tumačenju prava.[32]

Opće obrazovanje čini nužan element u ukupnom znanju potrebnom za izradu nacrta pravnoga propisa. Tehnika izrade propisa vrlo je složena, a pravna pravila izravno ili neizravno uređuju najrazličitija područja društvenoga života i odnose među brojnim kategorijama subjekata. Stoga je široko opće obrazovanje, s izraženom osobnom kulturom redaktora temeljna pretpostavka pronalaženja rješenja za složene probleme koje treba regulirati propisom.[33] U pravnoj literaturi stoga se posebno naglašava kako se osobe koje nisu stekle potreban stupanj općeg obrazovanja uopće ne bi smjeli prihvatiti izrade nacrta pravnih propisa.[34]

Pravno obrazovanje redaktora nacrta propisa još je važnije od njegova općega obrazovanja.[35] Po okončanju normativne procedure propisi čiji je nacrt izradio redaktor, u manje ili više izmijenjenome obliku postaju dijelom pravnoga sustava te reguliraju odgovarajuće društvene odnose. Stoga oni svojim sadržajem moraju biti usklađeni s pravnim sustavom u cjelini te sukladno njemu trebaju uređivati odnose u društvu. Upravo zbog nužne usklađenosti normativnoga teksta koji se donosi s pozitivnim pravnim sustavom redaktor mora iznimno dobro poznavati osnove i načela društvenoga i političkog uređenja u državi, ali i područje prava u kojemu se donosi propis. U tom smislu mora posebno poznavati ustavno pravo, temeljne grane prava, a posebno dobro onu granu u koju propis ulazi svojim sadržajem. Poznavanje

31 O ovome Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 59. i Vuković, Vuković, op. cit., str. 131. Jedan od najvećih autoriteta Sjedinjenih Američkih Država u području izrade pravnih propisa, Reed Dickerson, ustvrdio je kako se postupak kreiranja prava odvija na dvije razine, konceptualnoj i verbalnoj. Pored pronalaženja prave riječi, redaktor propisa treba pronaći i pravi koncept. Dickerson, Reed, *The Fundamentals of Legal Drafting*, Little Brown, Boston, 1965., str. 7.

32 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 60.

33 Vukovići naglašavaju kako se opće obrazovanje odnosi na različita područja društvenih znanosti kao što su npr. sociologija, ekonomija, filozofija, psihologija, logika, kulturna povijest i sl. Ujedno smatraju kako su katkada potrebna i određena znanja iz područja nekih prirodnih i tehničkih znanosti. Vuković, Vuković, op. cit., str. 112.

34 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 30.

35 Kirk naglašava kako je temelj nomotehničkih vještina redaktora upravo njegovo odgovarajuće pravno obrazovanje, a koje između ostaloga uključuje znanja o jeziku u pravu te predviđanje potencijalnih slučajeva koje pravna norma treba urediti. Upravo sposobnost predviđanja potencijalnih situacija redaktoru ukazuje treba li u neku pravnu odredbu uvrstiti naredbu, zabranu, deklaraciju, uvjet ili rok te hoće li korišteni pojmovi pravilno izraziti njegovu namjeru. Vidi Kirk, Legal Drafting: some elements, cit., str. 301. te Kirk, Legal Drafting: curing, cit., str. 54.

prava jednako se odnosi na poznavanje materijalnoga i postupovnoga prava, kao i na poznavanje pravnih pojmova. Redaktor ujedno mora dobro poznavati odnos među općim pravnim aktima u državi te utjecaj međunarodnih propisa na nacionalni pravni sustav. Konačno, on mora potpuno razumjeti postupak donošenja propisa, poznavati sudsku i upravnu pravnu praksu u području u kojem izrađuje nacrt propisa, kao i relevantnu znanstvenu i stručnu pravnu literaturu.[36] Zbog toga vrsno poznavanje pravnoga sustava čini neizostavan dio znanja potrebnoga za kreiranje pravnih propisa, a koji se u praksi nerijetko zanemaruje.

Na kraju, redaktor mora poznavati i načela koje je nomotehnika, kao znanstvena disciplina, utvrdila u izradi pravnih propisa. U izradi propisa jezično se izražavaju misli donositelja toga propisa. Stoga je zadaća redaktora izraziti misao koja u pisanome obliku čini dio teksta pravnog propisa. S obzirom na to da je uradak redaktora pisana pravna odredba, on mora voditi računa da su jezični izrazi upotrijebljeni u rečenicama jasni, da odgovaraju sadržaju izražene misli te da su gramatički, lingvistički i stilom usklađeni sa suvremenim standardnim hrvatskim jezikom.[37] Kako bi udovoljio ovome zahtjevu redaktor nacrta pravnoga propisa treba dobro poznavati još i pravila logike o pojmovima, sudovima i zaključcima te imati izraženu sposobnost jezičnoga izražavanja koje, između ostaloga, pretpostavlja poznavanje jezika i visoku pismenost. U pravnoj literaturi ističe se kako je upravo ta dva obilježja kvalitete teško ujediniti s nužnim pravnim znanjima. Stoga se naglašava kako je često korisno da konačni tekst nacrta pravnoga propisa korigiraju jezični stručnjaci, a radi postizanja potrebne razine jezične ispravnosti takvoga teksta. Međutim, pritom je nužna uska suradnja jezičnih stručnjaka s redaktorom teksta, a kako se izmjenom nekih jezičnih izraza ne bi izmijenio i smisao odgovarajućih odredaba sadržanih u nacrtu propisa.[38]

Upravo radi postizanja naznačenih subjektivnih kvaliteta redaktora nacrta pravnoga propisa, nužno je da te osobe imaju pravno obrazovanje, ali i da se kontinuirano stručno usavršavaju. Prateći opći društveni razvoj oni moraju biti upućeni u najnovija saznanja pravne znanosti, teorije i struke.[39] Sve to pred redaktora nacrta pravnoga propisa stavlja obvezu stalnog obnavljanja i usavršavanja svojeg teorijskog i praktičnog znanja, a sve s ciljem ispunjavanja važne društvene zadaće koja se postavlja pred njega.[40] Nestručno kreiranje propisa, kao i kreiranje propisa

36 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 60-61.

37 Stoga Vukovići posebno naglašavaju kako propisi moraju biti sastavljeni prema pravilima lingvistike, u koju svrhu redaktor propisa mora poznavati pravila gramatike, sintakse, stilistike i interpunkcije. Vuković, Vuković, op. cit., str. 112.

38 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 60-61. Pennisi navodi kako kvalitetan propis ne može biti izrađen bez pomoći lingvistike. Naglašava se kako zbog toga znanstvenici i istraživači u području prava i jezičnih znanosti trebaju izmijenjivati svoja znanja te zajednički sudjelovati u izradi propisa. Vidi Pennisi, Giulia Adriana, Legislative Drafting and Language: Legal Language in Context, *Statute Law Review*, vol. 37., no. 2., 2016., str. 2.

39 U pravu se učestalo mijenjaju postojeći pojmovi i uvode neki novi, uvode se novi pravni i društveni instituti, pravno se reguliraju do tada neuređeni aspekti društvenih odnosa itd.

40 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 61-62. Kirk naglašava kako je unaprjeđivanje nomotehničkih vještina osobna zadaća, ali i profesionalna odgovornost svakoga redaktora nacrta pravnoga propisa. On ujedno ističe kako je vještina izrade propisa individualni talent, ali koji treba unaprjeđivati. Kako su elementi ove vještine, tj. i osjećaj i umijeće osobne sposobnosti, one

"po logici zdravog razuma" neizbježno vodi do pretjeranoga opsega propisa, pravnih praznina, izmjena i dopuna propisa, neuvjerljivih obvezatnih tumačenja i svega onoga što u primjenu propisa unosi dvojbe, a u pravni sustav nesigurnost. Pritom, rezultat takve normativne aktivnosti ne predstavlja *"optimalno sredstvo za ostvarivanje društvenih ciljeva"*. Kako se pravnim propisima ostvaruju glavni ciljevi društvene politike, nestručna izrada nacrta propisa onemogućuje čak i najbolje političke zamisli te oslabljuje pravni poredak, a što onda rezultira teškoćama u životu građana i poduzetnika.[41]

Republika Hrvatska, kao i sve jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima koje imaju ovlast općega normiranja trebale bi posebnu pozornost posvetiti upravo izobrazbi osoba koje rade na poslovima normiranja. Čak ako u nekim državnim tijelima i postoji odgovarajući broj takvih stručnjaka, u državnim razmjerima on je zasigurno deficitaran.[42]

3. STUDIJA SLUČAJA - PRIMJENA PRAVILA NOMOTEHNIKE U IZRADI NACRTA, IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONA O KOMUNALNOM GOSPODARSTVU

Zakon o komunalnom gospodarstvu jedan je od zakona koji u najvećoj mjeri utječe na prava i pravne interese građana i poduzetnika. Predmet njegove regulacije koja se odnosi na obavljanje i financiranje djelatnosti prijevoza putnika u javnom prometu, održavanje čistoće, održavanje javnih površina, održavanje nerazvrstanih cesta, rad tržnica na malo, održavanje groblja i krematorija, obavljanje dimnjačarskih poslova i poslova javne rasvjete, čini neka od najvažnijih pitanja svakodnevnoga života građana u lokalnoj zajednici. Ovaj *Zakon* na snagu je stupio još 1995. godine,

se mogu razvijati samo iskustvom, a prvu od njih čini spoznaja kako ih treba unaprjeđivati. Kirk, Legal Drafting: curing, cit., str. 24. i 54. U pravnoj literaturi nadalje se navodi kako usavršavanje nomotehničkih znanja i vještina uključuje rad na izradi nacrta propisa, kritičko iščitavanje izabranih pravnih izvora, raspravu o kvaliteti ovih tekstova, izučavanje određenih pravnoteorijskih spoznaja o kreiranju propisa te simuliranje, propitivanje i kritički osvrt na pravne, gospodarske, društvene i druge odnose koji se ustanovljuju u zajednici. Cook, op. cit., str. 314.

41 Vuković, Vuković, op. cit., str. 8.

42 Ibid., str. VI. Đuro Vuković je još devedesetih godina dvadesetog stoljeća istaknuo kako je nestručnost u izradi nacrta propisa posljedica okolnosti da su mnogi redaktori ovih propisa kretali putem empirije u improvizaciju i prakticizam, umjesto da izradu nacrta propisa shvate kao važnu stručnu zadaću u stvaranju pravnog sustava uopće. Pritom je podsjetio na razne *"tehničare nepravnike"*, koji su s malo osjećaja odgovornosti prilazili izradi pravnih propisa, a nisu poznavali ni znanstvene postavke kreiranja, ni strukturu materije u kojoj su predlagali pravna rješenja, kao što nisu poznavali niti sustav u koji će se ta materija uklopiti. Također je naglasio kako se u javnosti rijetko kad čuo glas protiv nestručne izrade nacrta pravnih propisa. Vuković, Vuković, op. cit., str. 8. Brojne nomotehničke pogreške, posebno pri izmjenama i dopunama zakona, ističu se kao bitan nedostatak i slovenskoga zakonodavstva uopće, te se Hrvatska po ovome ne razlikuje od susjednih država. O konkretnim nedostatcima uzrokovanim izmjenama i dopunama zakona u slovenskom pravu vidi više npr. u Vezjak Progar, Karmen, Poti in stranpoti nomotehnike - analiza nekaterih aktualnih primerov, *Pravni letopis 2012*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2012., str. 160-166.

no njegova dugovječnost, koja danas premašuje dvadeset godina važenja, ni u kom slučaju nije u korelaciji s jednostavnošću primjene. Zbog vrlo čestih izmjena i dopuna, koje su nerijetko bile nedovoljno detaljno osmišljene te nekoordinirane s drugim važećim propisima, taj je *Zakon* izvrstan primjer kako se propisi ne bi trebali izrađivati. Od donošenja prvoga teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, brojnim izmjenama i dopunama učinjenim čak i zakonima koji uređuju druga upravna područja, sve do trenutno važećega teksta, u njemu su učinjene mnoge pravno-tehničke pogreške. Slabosti ovoga zakonskog teksta koje su se pokazivale u praksi često su otklanjane na način koji najblaže rečeno opravdano dovodio u pitanje pravnu stručnost i potrebne vještine ovlaštenih predlagatelja njegovih izmjena i dopuna, kao važnih aktera i nositelja normativne djelatnosti. *Zakon o komunalnom gospodarstvu* danas predstavlja prilično nepregledan i nejasan pravni tekst, koji nažalost omogućuje različita tumačenja, otvara brojne dvojbe, rezultira različitom primjenom pa i sudskim sporovima, a za adresate predstavlja izvor pravne nesigurnosti. Stoga je korisno sagledati koji su nomotehnički propusti učinjeni pri njegovu donošenju, a još više pri izmjenama i dopunama kojima je bio izložen te sugerirati kako je te propuste valjalo izbjeći.

3.1. Nepostojanost teksta Zakona o komunalnom gospodarstvu

Zakon o komunalnom gospodarstvu donesen je 15. svibnja 1995. godine.[43] Otada je on višekratno mijenjan i dopunjavan. U nešto više od dvadeset godina važenja u njegov sadržaj Hrvatski sabor i Vlada Republike Hrvatske intervenirali su čak dvadeset i tri puta. Osim u dva razdoblja koja su trajala tri odnosno četiri godine, u njega se intervenirao manje-više svake godine, a ponekad i više puta godišnje. Zanimljivo je istaknuti kako tekst *Zakona* nije opterećen samo vlastitim izmjenama i dopunama, već i intervencijom zakona kojima su uređivana druga upravna područja. Doneseno je osam zakona o izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, tri zakona o njegovim izmjenama te jedan o dopunama.[44] Pored toga, još je sedam puta

43 Ovaj *Zakon* donio je tadašnji Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske u svojem drugom sazivu, a njime je izvan snage stavljen *Zakon o komunalnim djelatnostima*, Narodne novine, br. 15/79., 18/79., 47/89., 19/90., 26/93. i 29/94., kojim je ranije bilo uređeno područje komunalnog gospodarstva.

44 Vidi *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 70/97., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 128/99., *Zakon o izmjeni Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 57/00., *Zakon o izmjeni Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 129/00., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 59/01., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 82/04., *Zakon o dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 178/04., *Zakon o izmjenama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 38/09., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 79/09., *Zakon o izmjenama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 49/11., *Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 144/12. i *Zakon o izmjenama i dopuni Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 147/14.

izmijenjen zakonima koji uređuju druga upravna područja[45] te dvaput uredbama Vlade Republike Hrvatske.[46] Svemu tomu donesena je i jedna odluka o *"nedavanju vjerodostojnog tumačenja" Zakona*.[47] Kolike je izmjene tijekom svojega važenja pretrpio *Zakon o komunalnom gospodarstvu* jasno pokazuje podatak da je od ukupno 35 članaka njegova izvornoga teksta, od kojih je 28 uređivalo odnose koji predstavljaju predmet njegova donošenja,[48] s vremenom dopunjen s još 13 potpuno novih članaka pa njegov danas važeći tekst ima čak 48 članaka. Sve izmjene i dopune *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ukupno broje 138 članaka koji se mijenjaju i dopunjuju, a što je gotovo četiri puta više od broja članaka koje je sadržavao njegov izvorni tekst.[49] U neke se članke interveniralo čak osam puta,[50] dok se do danas nisu izmijenila ili dopunila samo dva članka *Zakona*.[51]

Mijenjanje i dopunjavanje zakonskog teksta uobičajeno je, a u vremenima čestih društvenih i tehničkih promjena i neizbježno. Mijenjanju i dopunjavanju propisa pristupa se kada on više ne odgovara izmijenjenim prilikama u društvu, kada se u njemu uoče pravne praznine i drugi nedostatci ili kada se tijekom primjene utvrdi da se njime ne ostvaruju očekivani učinci ili da u praksi uzrokuje neželjene posljedice.[52] Pri njihovom mijenjanju i dopunjavanju osobito je važno da izmjene i dopune odgovaraju stvarnoj potrebi društvene regulacije.[53] U pravnoj literaturi upozorava se kako je uvijek potrebno procijeniti koliko široke odnosno brojne izmjene i dopune nekoga propisa smiju biti, posebno kada se govori o izmjenama i dopunama zakona.

45 *Zakon o komunalnom gospodarstvu* mijenjan je i dopunjavan još i *Zakonom o vodama*, Narodne novine, br. 153/09., *Zakonom o financiranju vodnog gospodarstva*, Narodne novine, br. 153/09., *Zakonom o cestama*, Narodne novine, br. 84/11., *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji*, Narodne novine, br. 90/11., *Zakonom o održivom gospodarenju otpadom*, Narodne novine, br. 94/13., *Zakonom o gradnji*, Narodne novine, br. 153/13. i *Zakonom o pogrebničkoj djelatnosti*, Narodne novine, br. 36/15.

46 Vidi *Uredbu o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 109/95. i *Uredbu o dopuni Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 110/04.

47 *Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja članka 3. stavka 1. točke 11. i stavka 12. Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 150/02.

48 Čak sedam članaka u izvornom tekstu *Zakona o komunalnom gospodarstvu* činile su prijelazne i završne odredbe.

49 Pritom se 107 članaka odnosi na izmjene i dopune teksta koji je predmet ovoga *Zakona*, a 31 članak na prijelazne režime uzrokovane izmjenama i dopunama *Zakona*.

50 Ovo je primjerice bio slučaj s člankom 3. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* koji uređuje komunalne djelatnosti, člankom 22. ovoga *Zakona* koji uređuje financiranje građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture i člankom 24. koji uređuje rješenje o komunalnom doprinosu za financiranje građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture.

51 Radi se o članku 1. koji uređuje predmet *Zakona o komunalnom gospodarstvu* i članku 8. koji uređuje postupak osnivanja vlastitoga pogona.

52 Članak 48. stavak 2. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* propisuje kako se u Republici Hrvatskoj izmjenama i dopunama propisa treba pristupiti kada propis više nije konzistentan promjenama u pravnom sustavu, više ne odgovara promjenama u politici u određenom području društvenoga života, ne udovoljava stvarnim potrebama ili ga treba mijenjati ili dopunjavati iz drugih opravdanih razloga, čime samo dijelom pokriva pravnoteorijske razloge izmjena i dopuna.

53 Vuković, Vuković, op. cit., str. 123.

Naime, uvijek treba pažljivo ocijeniti je li prihvatljivo u tekst nekoga zakona unijeti veći broj izmjena i dopuna ili je mudrije donijeti novi zakon. Veliki broj izmjena i dopuna otežava primjenu zakona i stvara teškoće pri snalaženju, a posebno je neprikladan za pozivanje na odgovarajuće odredbe takvoga zakona u pojedinačnim ili drugim općim aktima. U pravnoj literaturi također se upozorava kako se ne bi smjelo pristupiti izmjenama i dopunama zakona kada god je došlo do promjene u osnovnoj koncepciji takvoga zakona, već se tada treba pristupiti stavljanju zakona izvan snage i zamjenjivanju drugim.[54] Pitanje mijenjanja ili dopunjavanja zakona ili donošenje novoga, pokušalo se koncizno riješiti *Jedinstvenim metodološko-nomotehničkih pravilima* koja člankom 48. stavci 3. i 4. propisuju kako je potrebno pristupiti izradi novoga propisa ako se više od polovine članaka osnovnog propisa mijenja, odnosno dopunjava, kao i kada se propis mijenja, odnosno dopunjava, više puta. Ova *Pravila* ujedno sugeriraju donošenje novoga propisa svaki put nakon njegove treće izmjene odnosno dopune.[55] Hoće li ova odredba zaživjeti u hrvatskoj zakonodavnoj praksi pokazat će vrijeme. Valja naglasiti da koliko god izmjene i dopune nekoga zakona bile opravdane, kada se njegov sadržaj mijenja često i u velikom opsegu, pridonosi se nestabilnosti područja koje je uređeno takvim zakonom. Stoga se osnovano može postaviti pitanje odgovara li *Zakon o komunalnom gospodarstvu* općim obilježjima i ustavnopravnim standardima koje bi morao imati radi ostvarivanja načela vladavine prava.[56]

S druge strane, iako je mijenjanje i dopunjavanje jednoga zakona zakonom koji uređuje drugo upravno područje formalnopravno i metodološki dopušteno, ono ni u kom slučaju nije poželjan način interveniranja u upravna područja koja se ne uređuju zakonom koji se donosi.[57] Razlog je tomu što takva regulacija unosi neizvjesnost među adresate zakona koji uređuje drugo pravno područje, a koji su stoga prisiljeni pratiti cjelokupnu aktivnost zakonodavca kako bi postupali zakonito ili bi mogli ostvariti svoja prava odnosno zaštititi pravne interese. Valja imati na umu kako im pritom objektivno vrlo lako može promaći koja izmjena.[58] Isto danas propisuju i

54 O ovome Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 89-91.

55 Ove odredbe *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* nisu usklađene s razmišljanjima koja se javljaju u nomotehničkoj praksi, a sukladno kojima je u slučaju izmjene više od 30% odredbi sadržanih u nekom zakonu, bolje donijeti novi zakon negoli pristupiti izmjeni i dopuni postojećega. Naznačeni opseg od 30% odnosi se na sve ranije izmjene i dopune nekoga zakona, kumulativno, a upravo radi njegove preglednosti i jasnoće.

56 Ustavni sud Republike Hrvatske izrazio je stajalište kako je neprijeporna ovlast zakonodavca mijenjati i/ili dopunjavati postojeće odnose ovisno o gospodarskim, političkim i drugim okolnostima. Međutim, također je naglasio kako je vladavina prava *"više od samog zahtjeva za postupanje u skladu sa zakonom te da ona uključuje i zahtjeve koji se tiču sadržaja zakona"*. Vidi Ustavni sud Republike Hrvatske, *Odluka i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-659/1994 i dr., od 15. ožujka 2000.*, Narodne novine, br. 31/00. i Ustavni sud Republike Hrvatske, *Rješenje U-I-1787/2005 od 6. prosinca 2006*.

57 Vuković, Vuković, op. cit., str. 123.

58 Upravo se ovo se, primjerice, dogodilo s intervencijom u materiju *Zakona o komunalnom gospodarstvu* koja je učinjena *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji*. Njome je ukinuta zabrana izdavanja akta o građenju prije nego je za građevinu plaćen komunalni doprinos ili izvršena uplata prve rate. Livaja i Milotić naglašavaju da kada se izmjenom jednoga propisa mijenja neki drugi propis smanjuje se preglednost

Jedinstvena metodološko-nomotehničkih pravila koja člankom 49. zabranjuju da se izmjenama i dopunama određenog propisa mijenja i dopunjava drugi propis. Samo iznimno dopuštaju da se jednim propisom stavi izvan snage drugi propis, kada se propisom više pravne snage stavlja izvan snage propis niže pravne snage iz istog upravnog područja. Kada je riječ o *Zakonu o komunalnom gospodarstvu*, s obzirom na brojnost njegovih izmjena posebnim zakonima, kao i s obzirom na raznovrsnost tih zakona odnosno njihovu pripadnost različitim upravnim područjima, opravdano se može izraziti sumnja u ranije spomenutu usklađenost pravne regulacije područja komunalnoga gospodarstva s načelom vladavine prava.

Izmjene *Zakona o komunalnom gospodarstvu* koje su učinjene nekim zakonima koji uređuju posebna upravna područja dovele su do još jedne nepravilnosti, a koja je također posljedica lošega kreiranja pravnoga sustava u cjelini. Intervencijom *Zakona o vodama*[59] i *Zakona o održivom gospodarenju otpadom*[60] u materiju ranije uređenu *Zakonom o komunalnom gospodarstvu* neke odredbe ovoga *Zakona*, iako nisu ukinute, u praksi su postale potpuno neprimjenjivima. Primjerice, stupanjem na snagu *Zakona o vodama* djelatnost opskrbe pitkom vodom i djelatnost odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda prestale su biti komunalnim djelatnostima te su postale vodnim uslugama. S druge strane, stupanjem na snagu *Zakona o održivom gospodarenju otpadom* komunalnim djelatnostima prestali su biti i poslovi skupljanja i odvoza komunalnog otpada na uređena odlagališta i djelatnost odlaganja komunalnog otpada te su ovi poslovi postali djelatnostima gospodarenja otpadom. U oba slučaja prijelaznim i završnim odredbama, tj. člankom 258. stavak 1. *Zakona o vodama* i člankom 187. stavak 1. *Zakona o održivom gospodarenju otpadom*, izmijenjen je *Zakon o komunalnom gospodarstvu* tako da je utvrđeno kako određene njegove odredbe "*prestaju važiti*" u dijelu koji se odnosi na komunalne djelatnosti opskrbe pitkom vodom i odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, odnosno u dijelu koji se odnosi na komunalnu djelatnost održavanja čistoće, konkretno na skupljanje i odvoz komunalnog otpada na određena odlagališta i komunalnu djelatnost odlaganja komunalnog otpada. Pritom su izričito navedeni odgovarajući članci *Zakona o komunalnom gospodarstvu* u kojima se nalaze odredbe koje "*prestaju važiti*". Ovdje navedene odredbe odnosile su se na sve ili samo neke komunalne djelatnosti. Međutim, pojedine od njih odnosile su se jedino na djelatnosti prema kojima je *Zakon o komunalnom gospodarstvu* "*prestao važiti*", pa su na koncu stvarno ostale bez praktične primjene.[61] Kako je njihovo brisanje iz *Zakona komunalnom gospodarstvu*

pravnoga sustava. Stoga smatraju kako bi trebalo donijeti zasebnu novelu za svaki slučaj kad se pojavi potreba za promjenom propisa. Odstupanje od ovoga pravila drže opravdanim jedino kada su u pitanju provedbeni propisi doneseni na temelju propisa koji se mijenja, ali samo ako se oni stavljaju izvan snage. Ističu kako izmjene i dopune tih propisa novelom propisa na temelju kojega su doneseni stvaraju jednako nepovoljnu situaciju za adresate pa takve situacije treba izbjegavati. Livaja, Milotić, op. cit., str. 53.

59 *Zakon o vodama*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13. i 14/14.

60 *Zakon o održivom gospodarenju otpadom*, Narodne novine, br. 94/13.

61 Tako je člankom 26. izvornoga teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* bila propisana obveza vlasnika građevine da priključi svoju građevinu na komunalnu infrastrukturu pod uvjetima propisanim odlukom predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave. Ta odredba izmijenjena je više puta, a posljednja izmjena izvršena je člankom 10. *Zakona o izmjenama i*

"zaboravljeno", one se u njemu i dalje nalaze, no postale su potpuno neprimjenjive.[62]

U pravnoj literaturi ističe se kako izmjenama i dopunama pravnih propisa treba postići usklađenost sadržaja pravnih propisa cjelokupnog pravnoga sustava tako da se tekst jednoga pravnog propisa dovede u sklad s drugim. Naglašava se kako se upravo pri izmjenama i dopunama propisa treba voditi računa da se njima uklone potencijalne nesukladnosti između različitih propisa, a o čemu osoba koja kreira izmjene i dopune nekoga propisa posebno mora voditi računa, ako je to nužno i u koordinaciji s predlagateljima zakona u drugim pravnim područjima.[63] Kako djelatnost opskrbe pitkom vodom i odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, kao i o djelatnost skupljanja i odvoza komunalnog otpada na određena odlagališta formalnopravno više ne spadaju u skupinu komunalnih djelatnosti, odredbe *Zakona o komunalnom gospodarstvu* u kojima se one još uvijek spominju zbunjujuće su i nedvojbeno narušavaju njegovu

dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu iz 2004. godine, kojim je članak 34. stavci 1. i 3. pročišćenog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, izmijenjen tako da je vlasnik građevine obvezan priključiti svoju građevinu na komunalnu infrastrukturu za opskrbu pitkom vodom i odvodnju otpadnih i oborinskih voda te da je obvezan koristiti komunalne usluge održavanja čistoće u dijelu koji se odnosi na skupljanje i odvoz komunalnog otpada, a sukladno odlukama koje u tu svrhu donosi jedinica lokalne samouprave. Međutim, *Zakonom o vodama* ova je odredba prestala važiti u dijelu koji se odnosi na komunalnu djelatnost opskrbe pitkom vodom te odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, a zatim je i *Zakonom o održivom gospodarenju otpadom* prestala važiti u odnosu na komunalnu djelatnost održavanja čistoće u dijelu koji se odnosi na skupljanje i odvoz komunalnog otpada na određena odlagališta. Dakle, navedena odredba *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, postupno je "*prestala važiti*" za sve djelatnosti na koje se odnosila, tj. prestala je važiti u cijelosti. Međutim, nikada nije brisana iz *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, premda je za to bilo prilike u kasnijem *Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2014. Sličan slučaj dogodio se i s odredbom o obvezi ugradnje mjernih uređaja pri priključenju na komunalnu infrastrukturu za opskrbu pitkom vodom, plinom i toplinskom energijom, a koja je uvedena člankom 20. *Zakona i o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 1999. godine. Nekoliko godina kasnije, člankom 11. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2004. godine, djelatnosti opskrbe plinom i toplinskom energijom ukinute su iz popisa komunalnih djelatnosti, kao i iz navedene odredbe o obvezi ugradnje mjernih uređaja. Ova odredba sukladno *Zakonu o vodama* iz 2009. godine "*prestala je važiti*" i u dijelu koji se odnosi na komunalnu djelatnost opskrbe pitkom vodom. Dakle, ona se danas više ne primjenjuje niti na jednu komunalnu uslugu, tj. ne važi u cijelosti. Međutim, nikada nije izričito brisana te se i dalje nalazi u zakonskom tekstu, iako bez stvarnog sadržaja i primjene u praksi.

62 Takav je primjerice slučaj s odredbom članka 5. pročišćenog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* kojom se uređuje mogućnost obavljanja određenih komunalnih djelatnosti, između kojih se navode i djelatnosti opskrbe pitkom vodom, kao i odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, od strane trgovačkog društva u pretežnom vlasništvu države odnosno županije. Isto se odnosi i na odredbu članka 6. stavak 1. pročišćenog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, kojom je utvrđena mogućnost povjeravanja javnih ovlasti pravnim osobama koje obavljaju određene komunalne djelatnosti, među kojima se navode i djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda i odlaganja komunalnog otpada. Konačno, u pitanju je i odredba članka 22. stavak 1. točka 1. pročišćenog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* koja određuje namjenu sredstava komunalne naknade za financiranje određenih komunalnih djelatnosti, među kojima su i poslovi odvodnje atmosferskih voda, a koji su dio djelatnosti odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda.

63 O ovome više vidi u Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 90.

dosljednost, jednako kao i konzistentnost *Zakona o vodama* i *Zakona o održivom gospodarenju otpadom*. Možda je riječ o namjeri predlagatelja i/ili zakonodavca da navedene odredbe zadrži u *Zakonu o komunalnom gospodarstvu*, no to se iz obrazloženja prijedloga *Zakona o vodama* i *Zakona o održivom gospodarenju otpadom* ne bi moglo zaključiti, jer obrazloženja tih zakona ne sadrže nikakvo obrazloženje.[64] Stoga je ostalo nejasno je li stupanjem na snagu *Zakona o vodama* i *Zakona o održivom gospodarenju otpadom* u odnosu na navedene djelatnosti došlo do potpune ili djelomične derogacije *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. S obzirom na sadržaj materije u konkretnim slučajevima, čini se vjerojatnijim da je riječ o propustima, negoli o namjeri zakonodavca.

Pri izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* učinjeno je još nekoliko tehničkih pogrešaka koje nisu utjecale na sadržaje samih propisa, ali su odraz nestručnosti i nemara osoba koje su izrađivale izmjene i dopune ovoga *Zakona*. Jedno od osnovnih pravila mijenjanja i dopunjavanja zakona koji je već ranije mijenjan, jest da se u prvom članku zakona o izmjenama ili dopunama, između ostaloga, navode i brojevi službenoga glasila u kojima su objavljene sve prethodne izmjene i dopune takvoga zakona. Međutim, pri izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* to nije uvijek bio slučaj. Tako se više puta u zakonima kojima se mijenjao tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu* nisu naveli svi brojevi Narodnih novina u kojima su objavljene njegove prethodne izmjene i dopune,[65] dok su se u nekim zakonima o izmjenama i dopunama navodile oznake službenog glasila koje u vrijeme navođenja više nisu činili važeći tekst *Zakona*.[66] Takvi propusti i pogreške vezani uz *Zakon o komunalnom gospodarstvu* nedvojbeno dovode do nepovjerenja u

64 Vidi Hrvatski sabor, *Prijedlog zakona o vodama, s Konačnim prijedlogom zakona*, P.Z.E. br. 489., dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=31425 (17.11.2016.) i Hrvatski sabor, *Prijedlog zakona o održivom gospodarenju otpadom s Konačnim prijedlogom zakona*, P.Z.E. br. 427., dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=55426 (17.11.2016.).

65 Ovo je primjerice bio slučaj u *Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 79/09., u kojem nije naveden broj Narodnih novina u kojem je objavljen izvorni tekst, niti su objavljene izmjene i dopune ovoga *Zakona* prije utvrđivanja njegova pročišćenog teksta, već nabrajanje započinje s brojem Narodnih novina u kojima je objavljen pročišćeni tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. Zatim, u *Zakonu o financiranju vodnog gospodarstva* nisu naznačene, Narodne novine, br. 79/09., a istu pogrešku sadrži i *Zakon o cestama* u kojem nisu navedene Narodne novine, br. 153/09. U *Zakonu o prostornom uređenju i gradnji* propušteno je navesti broj Narodnih novina u kojima je objavljen izvorni tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, kao i Narodne novine, br. 153/09., 49/11. te 84/11. kojima se ovaj tekst mijenjao. Slična pogreška učinjena je i u *Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2012. godine u kojem nisu navedene Narodne novine, br. 84/11. i 90/11., u *Zakonu o održivom gospodarenju otpadom* u kojim nisu navedene Narodne novine, br. 153/09., u *Zakonu o gradnji* u kojem nisu navedene Narodne novine, br. 84/11., 90/11. i 94/13., kao i u *Zakonu o pogrebničkoj djelatnosti* koji se ne referira na Narodne novine, br. 153/09. i 147/14.

66 Tako su se primjerice u *Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 38/09., uz ostale brojeve navode i Narodne novine, br. 109/95. te 110/04. a u kojima su objavljene uredbe o izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* Vlade Republike Hrvatske, koje u vrijeme donošenja spomenutoga *Zakona o izmjenama i dopunama* više nisu bile na snazi.

zakonski tekst, pa ih treba izbjegavati.

I zakonodavac je postao svjestan otežane primjene pravnoga režima kojega utvrđuje *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, a koji je rezultat njegovih brojnih izmjena i dopuna. U osam godina od njegova stupanja na snagu izmijenjeno je 23 članaka izvornoga teksta te je tekst dopunjen s još 12 potpuno novih članaka. Stoga je Odbor za zakonodavstvo Hrvatskoga sabora pristupio utvrđivanju njegova pročišćenog teksta.[67] Pročišćeni tekst propisa predstavlja ukupnost važećih odredaba jednog propisa koji je više puta mijenjan i dopunjavan, odnosno mijenjan ili dopunjavan. Takav tekst nije propis, on ne stupa na snagu i ne stavlja se izvan snage, niti se može mijenjati i dopunjavati, odnosno mijenjati ili dopunjavati. On je jedino vjerodostojni izvor sadržaja propisa i predstavlja tehničko pomagalo u sagledavanju određene propisane materije na jednome mjestu. Pročišćeni tekst propisa utvrđuje se u pravilu nakon što su donesene veće i opširnije izmjene i dopune nekog propisa, odnosno nakon određenog broja izmjena i dopuna propisa, kada su ti propisi najmanje tri puta izmijenjeni ili dopunjeni.[68] Pročišćeni tekst pravnog propisa nastaje tako što se iz izvornog teksta propisa koji je pretrpio veći broj izmjena i dopuna odstrane svi izmijenjeni dijelovi te se umjesto njih uvrste izmjene odnosno dopunjene odredbe do dana pročišćavanja teksta. Time pročišćeni tekst propisa čine odredbe izvornog teksta takvoga propisa koje nisu mijenjane i sve kasnije učinjene izmjene i dopune, kao i eventualni ispravci ako ih je bilo. Time se dobiva jedan integralni tekst, koji zamjenjuje raniji izvornik i sve izmjene i dopune takvoga zakona. Utvrđivanje pročišćenog teksta zakona i bilo kojega drugog pravnog propisa tehnička je radnja i ona se obično povjerava nekom užem stručnom tijelu, tako da donositelj ovlašćuje to tijelo na posebni način da za određeni propis utvrdi njegov pročišćeni tekst.[69]

Iako pročišćeni tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu* treba ocijeniti korisnim, pri njegovoj izradi učinjena je velika nomotehnička pogreška. U pročišćenom tekstu *Zakona* Odbor za zakonodavstvo izmijenio je brojčane oznake članaka određene u izvornom tekstu *Zakona*, kao i u njegovim izmjenama i dopunama. Zbog toga, počevši od članka 5. izvornog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, svi naredni članci u pročišćenom tekstu nose drukčiju brojčanu oznaku od one koju imaju u izvornom tekstu i njegovim izmjenama i dopunama. Iako se u pravnoj literaturi navodi kako je izmjena numeracije članaka u pročišćenom tekstu zakona dopuštena,[70] suprotno stajalište zauzeo je Ustavni sud Republike Hrvatske posebno ističući da izrada pročišćenog teksta zakona, kako bi ga adresati lakše koristili *"... ne isključuje nužnost izrade pročišćenog teksta sukladno pravilima pravne tehnike i zahtjevu koji načelo vladavine prava, propisano člankom 3. Ustava, postavlja u odnosu na ostala obilježja zakona (jasnoća sadržaja i nepromjenjivost brojčanih oznaka članaka)"*. Ustavni sud posebno je naglasio kako pročišćeni tekst zakona ne smije zadirati u sistematiku zakonskog teksta, niti u brojčane oznake članaka, jer su oni važni za pravilnu primjenu zakona. Stoga, prema mišljenju Suda, zakonske odredbe

67 *Zakon o komunalnom gospodarstvu (pročišćeni tekst)*, Narodne novine, br. 26/03.
68 Vidi članak 63. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila*.
69 Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 92. te Vuković, Vuković, op. cit., str. 124.
70 Vidi Vuković, Vuković, op. cit., str. 124. te Borković, *Nomotehnika*, cit., str. 92.

u pročišćenom tekstu treba ustanoviti po redoslijedu koji je odredio zakonodavac. Pritom nije dopušteno mijenjati brojčane oznake članaka određene u izvornom tekstu zakona, odnosno u njegovim izmjenama i dopunama.[71] Isto stajalište susreće se i u članku 65. *Jedinstvenih metodološko-nomotehičkih pravila* koji propisuje kako pri utvrđivanju pročišćenog teksta propisa obvezatno treba poštovati strukturu i sadržaj te nazive svih dijelova propisa te da u pročišćenom tekstu propisa nije dopušteno mijenjati brojčane oznake članaka.

Na kraju je zanimljivo istaknuti kako je nakon objave pročišćenog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* u sljedećih 12 godina izmijenjeno ili dopunjeno 28 članaka od ukupno 40 koliko ih je sadržavao pročišćeni tekst te je *Zakonu* dodan još jedan potpuno novi članak. Međutim, nakon objave pročišćenog teksta sve daljnje izmjene i dopune izrađivane su i donošene tako da polaze od brojčanih oznaka članaka iz pročišćenog teksta *Zakona* i njih mijenjaju i/ili dopunjuju, a što je pogrešan pristup. Budući da se brojčane oznake članaka u pročišćenom tekstu razlikuju od onih u njegovu izvornom tekstu, u praksi je vrlo često teško utvrditi koja se zakonska odredba *Zakona o komunalnom gospodarstvu* mijenja ili dopunjuje, a što je njegov poseban nedostatak.[72]

3.2. Manjkavosti teksta Zakona o komunalnom gospodarstvu

Nedovoljno dobro osmišljenim izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* došlo je i do određenih manjkavosti u njegovu tekstu, a koje su rezultirale nemogućnošću provedbe nekih važnih instituta komunalnoga gospodarstva. Tako se primjerice kao posljedica značajnijih izmjena odredbi o komunalnom doprinosu učinjenih *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2004. godine, propustilo u tekst zakona unijeti nove odredbe o načinu obračuna komunalnoga doprinosa, tj. odredbe o osnovici, jediničnoj vrijednosti, zoniranju i iznimkama koje se koriste pri obračunu toga komunalnoga davanja. To je u praksi

71 Vidi točku II. *Pročišćeni tekstovi zakona Izvješća br. U-X-80/2005 od 1. lipnja 2006.*, Narodne novine, br. 64/06. U tom *Izvješću* Ustavni sud kao negativan primjer izrade pročišćenih tekstova u hrvatskom zakonodavstvu naveo je upravo pročišćeni tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. Zanimljivo je da se u razdoblju više godina nakon objave navedenog *Izvješća* pravila koja su u njemu sadržana nisu poštovala, na što je Ustavni sud ponovno upozorio *Izvješćem U-X-1435/2011 od 23. ožujka 2011.*, Narodne novine, br. 37/11. Pritom je naveo kako zbog toga u praksi često dolazi do nemogućnosti utvrđivanja koja se odredba pojedinog zakona mijenja ili dopunjuje, čime je povećan stupanj pravne nesigurnosti objektivnog pravnog poretka, ali i pravne nesigurnosti u ostvarenju prava i obveza građana Republike Hrvatske. Također, istaknuo je da povećanje unutarnje pravne nedosljednosti zakonodavnog poretka Republike Hrvatske ozbiljno narušava načelo vladavine prava, kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske.

72 U *Izvješću br. U-X-80/2005 od 1. lipnja 2006.*, Ustavni sud Republike Hrvatske naglasio je kako donošenje zakona o izmjenama i/ili dopunama koji polaze od pročišćenoga teksta zakona i njega mijenjaju i/ili dopunjuju, pročišćenom tekstu daju značenje zakona, a što on po svojoj naravi u smislu članka 128. točke 1. *Ustava Republike Hrvatske* nije. Stoga, sukladno stajalištu Ustavnoga suda takvo postupanje narušava pravnu sigurnost objektivnoga pravnog poretka kao i pravnu sigurnost građana.

dovelo do nemogućnosti obračuna i naplate komunalnoga doprinosa, koji je važan namjenski prihod jedinica lokalne samouprave. Kako bi ispravila taj propust Vlada Republike Hrvatske iste je godine žurno donijela *Uredbu o dopuni Zakona o komunalnom gospodarstvu*, kojom je popunjena nastala pravna praznina. Radi korigiranja postojećega stanja, uskoro je reagirao i zakonodavac koji je *Zakonom o dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* donesenim šest mjeseci kasnije tekst odredbi ranije navedenih u *Uredbi* u cijelosti uvrstio u *Zakon o komunalnom gospodarstvu*. Čini se da se taj propust dogodio omaškom, no to može biti samo objašnjenje, ali nikako i opravdanje za njegovo činjenje.

Nadalje, s više intervencija izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* počinjene su neke pogreške u normiranju rješenja sadržanih u zakonskom tekstu. Takav slučaj dogodio se primjerice *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 1999. godine, kojim je pored izmjene više članaka ranijega zakonskog teksta, u tekst *Zakona* dodano devet novih članaka.[73] Međutim, člankom 22. *Zakona o izmjenama i dopunama* propisana je obveza upravnim tijelima županije voditi određene evidencije. Nije teško uočiti kako odredbe o obvezi vođenja evidencija sadržajno ne spadaju među prijelazne i završne odredbe *Zakona*, jer se njima utvrđuju prava i obveze neke osobe te nadležnosti i ovlaštenja. Time su ove odredbe materijalnopravne, a ne prijelazne naravi. Iako se člankom 22. *Zakon o komunalnom gospodarstvu* također dopunio, odredbe ovoga članka svojim izričajem nisu tako formulirane, jer ne sadrže uvodnu rečenicu o dopuni i mjestu gdje se trebaju nalaziti u tekstu *Zakona*, a iz čega ostaje nejasno trebaju li one uopće biti njegovim dijelom. Ovu pogrešku ubrzo je primijetio i sam zakonodavac te je člankom 27. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2001. godine ove odredbe dopunom uvrstio kao članak 26.d *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. Iako ta pogreška u praksi nije imala važnijih štetnih posljedica te je relativno brzo otklonjena, njezina narav osnovano ukazuje na stručnu nekvalificiranost nekih nositelja normativnih poslova u Hrvatskoj.

Nedovoljno simulirani koncepti nekih zakonskih instituta koji su uneseni u *Zakon o komunalnom gospodarstvu* rezultirali su nestabilnošću zakonskoga teksta te čestim izmjenama pravnoga režima. Navedeno se također može istaknuti kao nedostatak u izradi ovoga propisa, do kojega ne bi došlo u slučaju dobroga predviđanja učinaka *Zakona*. Primjerice, do 1995. godine odnosno do stupanja na snagu *Zakona o komunalnom gospodarstvu* uređenje i održavanje javne rasvjete bilo je utvrđeno jednom od komunalnih djelatnosti.[74] U izvornom tekstu *Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 1995. godine djelatnost javne rasvjete nije navedena u popisu komunalnih djelatnosti pa se stupanjem na snagu *Zakona* ona prestala smatrati komunalnom djelatnošću. No, već iste godine *Uredbom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* Vlada Republike Hrvatske ponovno je utvrdila javnu rasvjetu komunalnom djelatnošću, a koja je tada uključivala ne samo upravljanje i

73 Člankom 3. ovoga *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* dodan je članak 4.a, člankom 8. ovoga *Zakona* dodan je članak 13.a, člankom 10. ovoga *Zakona* dodan je članak 18.a, člankom 13. ovoga *Zakona* dodani su članci 20.a do 20.d, dok su člankom 20. ovoga *Zakona* dodani članci 26.a i 26.b.

74 Vidi članak 2. stavak 1. točka 5. *Zakona o komunalnim djelatnostima*.

održavanje javne rasvjete, već i utrošak električne energije. Sabor Republike Hrvatske 1. veljače 1996. godine donio je *Odluku o prestanku važenja Uredbe o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*,[75] zbog čega je djelatnost javne rasvjete u razdoblju od devet mjeseci četvrti put promijenila pravni status. K tome, ispuštanje javne rasvjete iz komunalnih djelatnosti otvorilo je pitanje financiranja ove aktivnosti, jer su neke jedinice lokalne samouprave prestale snositi taj trošak. Stoga je narednim *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 1997. godine, djelatnost javne rasvjete opet uključena na popis komunalnih djelatnosti, no njezina definicija ovoga puta nije sadržavala i obvezu podmirenja troškova za električnu energije utrošenu za javnu rasvjetu.[76] Čini se kako unatoč učestalim izmjenama ova odredba i dalje nije rezultirala odgovarajućim učinkom u praksi te je *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2001. godine definicija javne rasvjete ponovno proširena tako da je u nju uključena obveza podmirivanja utroška električne energije. Neujednačen način uređivanja djelatnosti javne rasvjete rezultirao je brojnim sudskim sporovima, jer su mnoge jedinice lokalne samouprave u razdobljima u kojima javna rasvjeta nije bila određena komunalnom djelatnošću ili njezina definicija nije obuhvaćala obvezu snošenja troška utrošene električne energije, odbijale Hrvatskoj elektroprivredi podmiriti taj trošak. U ovim sporovima različiti sudovi donosili su suprotne presude, sve dok Vrhovni sud Republike Hrvatske konačno nije ujednačio sudsku praksu, zauzevši pravno stajalište prema kojem su općine i gradovi obveznici plaćanja naknade za isporučenu električnu energiju koja je utrošena za javnu rasvjetu.[77]

Naknadnih korekcija očiglednih propusta koji ukazuju na nedovoljnu pozornost posvećenu kreiranju teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* bilo je još. Neki od njih odnosili su se na propuštanje prethodne simulacije ukidanja pojedinih zakonskih odredbi, što je dovelo do drukčijeg uređenja određenih odnosa u postupku odlučivanja. U konkretnom slučaju, radilo se o brzopletoj želji za ujednačavanjem hrvatskoga pravnog sustava, a koja je rezultirala ozbiljnim problemima u primjeni nekih zakonskih instituta. Tako je primjerice do 2011. godine *Zakon o komunalnom gospodarstvu* propisivao da žalbe protiv upravnih akata koje u okviru javnih ovlasti donose pravne osobe koje obavljaju komunalne djelatnosti i žalbe protiv rješenja komunalnog redara, rješenja o komunalnoj naknadi i rješenja o komunalnom doprinosu,

75 *Odluka o prestanku važenja Uredbe o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 21/96.

76 Zanimljivo je da je tekst *Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama* u definiciju javne rasvjete uključivao i *"utrošak električne energije"*. Međutim, u saborskom postupku usvojen je amandman po kojem se taj dio odredbe briše iz teksta *Zakona o izmjenama i dopunama*. Vidi Vlada Republike Hrvatske, *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, klasa: 363-02/94-01/02, ur. br., 5030116-97-6 od 20. ožujka 1997. i Zastupnički dom Sabora, *Prijedlog zakona br. 189*, klasa: 363-02/94-01/02, sig. 62-97-163 od 14. travnja 1997.

77 Detaljnije o ovoj temi više vidi u Antić, Teodor, Pravno uređenje komunalne djelatnosti javne rasvjete, *Zbornik radova sa savjetovanja Javna rasvjeta - 10 godina u vlasništvu lokalne zajednice*, Udruga za razvoj Hrvatske i Hrvatski komitet Međunarodne komisije za rasvjetu, Crikvenica, 2008., str. 21-43.

rješava upravno tijelo županije nadležno za poslove komunalnog gospodarstva.[78] U širem kontekstu zbog potrebe za usklađivanjem hrvatskoga upravnog zakonodavstva s tada novim *Zakonom o općem upravnom postupku* iz 2009. godine, *Zakonom o izmjenama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2011. godine, ove su odredbe brisane uz obrazloženje kako su nepotrebne, jer je mogućnost izjavljivanja žalbe, kao i nadležnost za odlučivanje po žalbi propisana *Zakonom o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*[79] te *Zakonom o općem upravnom postupku*.[80] Međutim, brisanjem tih odredbi nadležnost za rješavanje po žalbama u spomenutim slučajevima prenesena je s upravnih tijela županije na resorno ministarstvo, iako to nije bilo izrijekom propisano ni predmetnim izmjenama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* niti novim *Zakonom o općem upravnom postupku*, već je taj prijenos vjerojatno našao utemeljenje na članku 38. stavak 1. točka 4. *Zakona o sustavu državne uprave*,[81] koji propisuje kako ministarstva rješavaju u upravnim stvarima u prvom stupnju kad su na to zakonom izrijekom ovlašteni te u drugom stupnju, ako zakonom nije što drugo određeno. I ovu pogrešku zakonodavac je uočio ubrzo te je već sljedeće godine donio *Zakon o izmjeni i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* kojim je nadležnost za rješavanje po žalbama s resornog ministarstva ponovno *"vratio"* upravnim tijelima županija. To je obrazložio nužnošću decentralizacije nadležnosti za obavljanje predmetnih poslova radi postizanja veće učinkovitosti i uspješnosti u obavljanju komunalnih usluga.[82] Postupak brisanja, a zatim vraćanja istih odredbi u kratkom vremenskom razdoblju jedino ukazuje na olako i nedovoljno promišljeno, tj. nepripremljeno pristupanje zakonskim izmjenama te pogrešnu procjenu učinka zakona i posljedica koje će izazvati u praksi.

Sljedeća nomotehnička nepravilnost koja se susreće u *Zakonu o komunalnom gospodarstvu* jest neispravno upućivanje na primjenu drugih zakona. Člankom 10. stavak 8. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* propisano je da se na sva pitanja u vezi s koncesijama koja nisu njime uređena, primjenjuje *Zakon o koncesijama*.[83] Međutim, *Zakon o koncesijama* člankom 48. propisuje kako je za rješavanje o žalbama u vezi s postupcima davanja koncesija nadležna Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave te da se pravna zaštita u postupku davanja koncesija provodi u skladu s propisima kojima se uređuje javna nabava. Time *Zakon o koncesijama* ne nudi rješenje situacije u svrhu koje na njega upućuje *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, već jedino usmjerava adresata toga *Zakona* na odredbe *Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave* i *Zakona o javnoj nabavi*.[84] Pravna tehnika i

78 Vidi članak 6., članak 18., članak 23. stavak 6. i članak 32. stavak 6. pročišćenog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

79 *Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, Narodne novine, br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 36/09., 125/08., 36/09., 150/11. i 144/12.

80 Vidi Hrvatski sabor, *Prijedlog zakona o izmjenama Zakona o komunalnom gospodarstvu, s konačnim prijedlogom Zakona*, P.Z. br. 745, dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=38509 (13.11.2016.).

81 *Zakon o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11., 12/13., 93/16. i 104/16.

82 Vidi Hrvatski sabor, *Prijedlog zakona o izmjeni i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, P.Z. br. 186, dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=50815 (13.11.2016.).

83 *Zakon o koncesijama*, Narodne novine, br. 143/12.

84 *Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave*, Narodne novine, br. 18/13.,

metodologija izrade propisa uistinu dopuštaju upućivanje jednog propisa na primjenu nekoga drugoga ili pojedinih odredbi drugoga propisa. Svrha je takvoga upućivanja izbjegavanje nepotrebnoga ponavljanja istih odredbi, ali i smanjivanje opsega teksta zakona. Prednost upućivanja je i što se u slučaju izmjene nekoga pravnog rješenja, ne treba činiti intervencije u više važećih zakona. Međutim, teškoća koja se ističe u svezi s upućivanjem na primjenu drugoga zakona je i vrijeme i dodatni trud koje je potrebno utrošiti u traženje i uspoređivanje zakonskih tekstova.[85] Pritom se u pravnoj literaturi susreću različita stajališta o dopustivosti tzv. *"stupnjevitoga"* odnosno *"serijskoga"* upućivanja, tj. situacije u kojoj jedan propis upućuje na primjenu drugoga, a ovaj drugi opet na primjenu trećega itd. Drugim riječima, pravnoteorijski je sporno upućivanje na odredbe propisa koje nemaju vlastiti pravni sadržaj, već i same upućuju na primjenu nekih drugih pravnih odredbi.[86] Prihvatljivost upućivanja u izradi pravnih propisa razriješena je člankom 43. stavak 3. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* koji utvrđuje kako je zabranjeno da odredba jednoga propisa upućuje na odredbu koja i sama upućuje na drugu odredbu. *Zakon o komunalnom gospodarstvu* serijski upućuje i to tzv. *"klizećim upućivanjem"*, što znači da upućuje na neku pravnu odredbu uvažavajući i moguće naknadne izmjene takve odredbe, i *"opisnim upućivanjem"*, što znači da upućuje na odredbu koja je određena svojim sadržajem, ali ne nazivom, odnosno ne sadržava nikakvu detaljniju naznaku odredaba na koje se upućuje. No, valja naglasiti kako ni *"klizeće"* niti *"opisno"* upućivanje po svojoj naravi nisu precizni oblici upućivanja.[87]

Nadalje, zakonima koji uređuju druga upravna područja kojima se mijenjao *Zakon o komunalnom gospodarstvu* stvorene su nepotrebne pravne praznine u pravnoj regulaciji komunalnoga gospodarstva. Ovo se jasno dade uočiti na primjeru *Zakona o cestama* iz 2011.[88] godine, koji je člankom 141. ukinuo definiciju održavanja javnih cesta iz *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, istodobno ostavljajući tu djelatnost na popisu komunalnih djelatnosti. Nije jasno zašto je *Zakonom o cestama* to učinjeno, kad njime nije dana nova definicija djelatnosti održavanja nerazvrstanih cesta, te se ona jedino može posredno izvesti dovođenjem u korelaciju odredbe u kojoj je definiran pojam nerazvrstanih cesta i odgovarajućih odredaba koje uređuju održavanje javnih cesta. Slijedom toga, iako je djelatnost održavanja nerazvrstanih cesta i dalje ostala komunalnom djelatnošću, *Zakon o komunalnom gospodarstvu* više nije sadržavao njezinu definiciju, niti je na bilo koji način upućivao na primjenu *Zakona o cestama* kao posebnog zakona u kojem se takva definicija nalazi, odnosno iz čijih se odredbi ona može izvesti. Ponavljanje iste odredbe jednoga zakona u drugome u načelu nije potrebno niti je preporučljivo. Međutim, djelatnost održavanja nerazvrstanih cesta jedina je komunalna djelatnost koja nije definirana u *Zakonu o komunalnom gospodarstvu* kao temeljnom zakonu koji uređuje područje komunalnoga gospodarstva. Stoga bi bilo

127/13. i 74/14. i *Zakon o javnoj nabavi*, Narodne novine, br. 90/11., 83/13., 143/13. i 13/14.

85 Vidi Vuković, Vuković, op. cit., str. 136.

86 Vukovići smatraju kako korištenje stupnjevitoga upućivanja nije štetno, dok Milotić i Peranić preporučuju da kada god je to moguće upućivanje treba svesti na najmanju moguću mjeru. Usporedi Vuković, Vuković, op. cit., str. 136. i Milotić, Peranić, op. cit., str. 110.

87 O ovome vidi Milotić, Peranić, op. cit., str. 98.-111.

88 *Zakon o cestama*, Narodne novine, br. 84/11., 18/13., 22/13., 54/13., 148/13. i 92/14.

opravdano i korisno tu djelatnost u njemu izričito i spomenuti, a sukladno odredbama *Zakona o cestama*.

Do propusta u regulativi komunalnoga gospodarstva, a koja bi primarno trebala biti provedena *Zakonom o komunalnom gospodarstvu*, došlo je i zbog neusklađenosti u normiranju različitim zakonima, što također predstavlja nomotehički problem. Tako je, primjerice, komunalna djelatnost prijevoza putnika u javnom prometu, osim *Zakonom o komunalnom gospodarstvu* uređena i posebnim zakonom koji određuje uvjete i način obavljanja djelatnosti prijevoza putnika i tereta u unutarnjem cestovnom prometu. No, iako pravni odnosi u djelatnosti lokalnoga javnog prijevoza imaju svoje bitne osobitosti u odnosu na ostale djelatnosti javnog prijevoza putnika, zakoni koji su uređivali ovo područje nisu posebno uređivali tu komunalnu djelatnost. Njihove odredbe uglavnom su se odnosile na državni i međugradski prijevoz, dok se lokalni prijevoz spominjao samo uzgred.[89] Zbog propuštanja detaljnijega uređivanja komunalne djelatnosti lokalnoga javnog prijevoza u praksi je ostalo nejasno koji su dokumenti odnosno odobrenja, uz registraciju djelatnosti, potrebni za njezino zakonito obavljanje. Naime, sukladno članku 14. i članku 34. stavak 1. *Zakona o prijevozu u cestovnom prometu*, za ostale vrste unutarnjega javnog cestovnog prijevoza putnika u pravilu je potrebno ishoditi licenciju i dozvolu. Međutim, tek uspoređivanjem i tumačenjem odredbi *Zakona o prijevozu u cestovnom prometu* koje općenito uređuju unutarnji te posebice međužupanijski i županijski javni prijevoz, može se zaključiti da je za obavljanje komunalne djelatnosti lokalnoga javnog prijevoza također potrebna licencija, ali nije potrebna dozvola. K tome, *Zakon o prijevozu u cestovnom prometu* sadrži i jednu praktičnu netočnost, a koja se odnosi na prijevoz putnika u javnom prometu kao komunalnu djelatnost. Naime, člankom 33. stavak 2. *Zakona* izričito je propisano da se javni linijski prijevoz putnika, a u koji spada i lokalni linijski prijevoz putnika, može obavljati samo autobusima. Međutim, općepoznato je da se u praksi taj prijevoz obavlja i tramvajima kojima su tračnice u velikoj mjeri položene na cesti na kojoj se odvija i cestovni promet, a može se obavljati i trolejbusima koji se također kreću cestom.[90] Ti propusti odnose se na predmet ne samo *Zakona o prijevozu u cestovnom prometu*, već i *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. Iz toga se može zaključiti da

89 *Zakonom o prijevozu u unutarnjem cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 77/92., "*gradski i prigradski prijevoz*" određeni su jedino kao vrsta "*javnog linijskog prijevoza*", bez detaljnije razrade. *Zakon o prijevozu u cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 36/98., jedino je spomenuo "*lokalni prijevoz*" kao vrstu "*unutarnjeg linijskog prijevoza putnika*", a *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu u cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 83/02., odredio je da se "*lokalni linijski prijevoz putnika*" uređuje *Zakonom o komunalnom gospodarstvu*. Sljedeći *Zakon o prijevozu u cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 178/04., djelatnost lokalnog javnog prijevoza nije spomenuo niti u jednoj odredbi. Tek je *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o prijevozu u cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 91/10., propisano da "*lokalni linijski prijevoz putnika*" uređuje *Zakon o prijevozu u cestovnom prometu* i *Zakonom o komunalnom gospodarstvu*. Konačno, važeći *Zakon o prijevozu u cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 82/13., također samo određuje da se "*lokalni linijski prijevoz putnika*" kao "*javni linijski prijevoz putnika*" uređuje tim zakonom i *Zakonom o komunalnom gospodarstvu*, ali ništa više od toga.

90 Pored toga, s praktičnog aspekta lokalni linijski prijevoz putnika može se obavljati i uspinjačom, žičarom i podzemnom željeznicom.

je reguliranje nekih pitanja drugim zakonima, uz istodobno propuštanje upućivanja *Zakona o komunalnom gospodarstvu* na takve posebne zakone dovelo do manjkavosti samoga *Zakona o komunalnom gospodarstvu* kao temeljnoga zakona. Možda su spomenuti propusti rezultat okolnosti što su u vrijeme donošenja navedenih zakona za predmetna upravna područja bila nadležna dva različita ministarstva, tj. Ministarstvo graditeljstva i prostornoga uređenja za područje komunalnog gospodarstva te Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture za područje cestovnog prometa, a između kojih očito nije bilo dovoljno koordinacije nužne za usklađeno uređivanje ove materije.[91] Međutim, podjela nadležnosti između ministarstava nikako ne može biti opravdanje za spomenute propuste.

Iz posljednjih primjera razvidno je kako izrada nacrta propisa ne zahtijeva smo vještinu, već i dobro poznavanje područja koje se nekim propisom uređuje. Iako je nomotehnika ponajprije usmjerena na oblikovanje pravnih propisa, tj. na njihovo formuliranje, ne smije se smetnuti s uma sadržaj propisa te opseg i doseg njegove primjene. Kako izraz bez određenoga sadržaja gubi smisao, jedan je od temeljnih nomotehničkih zahtjeva da redaktor propisa dobro poznaje sadržaj pravnoga područja koje uređuje, kao i sadržaj područja koja interferiraju s područjem koje uređuje.[92]

Na kraju valja spomenuti i kako tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu* sadrži još neke terminološke nedosljednosti i nepreciznosti. To se prije svega odnosi na financijski instrument komunalnog doprinosa koji se vrlo neujednačeno navodi u *Zakonu o komunalnom gospodarstvu*, a što je također rezultat lošega nomotehničkog pristupa. Tako se komunalni doprinos ponekad naznačuje ispravno u jednini, a ponekad pogrešno u množini.[93] U pravnoj literaturi naglašava se kako tehnika izrade propisa uvijek nalaže normiranje u jednini, osim ako to nije moguće.[94] Isti se zahtjev postavlja i u članku 46. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* koji propisuje kako je u propisu pravilna uporaba jednine, osim ako to zahtijeva sadržaj, dakle kada je uporaba množine neizbježna, kao i da nije prihvatljivo alternativno određivanje, dakle i u jednini i u množini.

Slično je i s poslovima koji su u izvornom tekstu *Zakona o komunalnom*

91 Vidi članak 15. stavak 1. i članak 19. stavak 4. tada važećeg *Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i drugih središnjih tijela državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11., 22/12. i 39/13.

92 O ovome vidi Vuković, Vuković, op. cit., str. 7.

93 U izvornom tekstu *Zakona o komunalnom gospodarstvu* na tri mjesta ovaj pojam navodi se u množini, tj. u članku 22. stavak 1. i članku 23. u naslovu i u stavku 2., dok se u svim ostalim odredbama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* navodi se u jednini. Izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu* koje su uslijedile ovo se djelomično ispravlja pa njegov pročišćeni tekst sadrži ovaj pojam u množini samo u naslovu članka 31., a kojim se i definira. Međutim, u članku 7. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2004. godine, kojim se mijenja članak 31. pročišćenoga teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* u novoj definiciji taj se pojam ponovno navodi u množini, dok se u svim ostalim odredbama koristi u jednini.

94 Vidi Kirk, Maurice B., Legal Drafting: some elements, cit., str. 314. Livaja i Milotić naglašavaju kako izričaj u jednini odražava bezličnost pravne norme, a da izričaj i u jednini i u množini dovodi do neprecizne, nejasne i predugačke odredbe, što je s nomotehničkog gledišta neprihvatljivo. Livaja, Milotić, op. cit., str. 50-51.

gospodarstvu navedeni kao "*odvodnja atmosferskih voda*" koja potpada pod komunalnu djelatnost odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, a koja se nakon intervencija učinjenih *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 2009. godine naziva novim pojmom "*odvodnja oborinske vode*".[95] Dakle, iako je nedvojbeno riječ o istim poslovima, koriste se dva različita izraza.[96] U pravnoj literaturi ističe se kako zahtjev kvantitete stila pravnih propisa traži da jednoj misli uvijek odgovara isti jezični izražaj. Drugim riječima, u čitavu tekstu jednoga pravnog propisa ista misao uvijek se treba izraziti jednako.[97] Članak 37. stavak 1. i članak 38. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* određuju kako se u propisu treba koristiti jasan izričaj sa što manje odstupanja od uobičajenog značenja, u odnosu na pravni i stručni smisao te da upotreba jednog izričaja u cijelom tekstu propisa mora biti dosljedna, vodeći računa i o propisima koji su na snazi u pravnom sustavu. Utvrđuju da kada se izraz upotrijebi u propisu u jednom značenju, mora se u istom značenju koristiti u cijelom tekstu propisa. Stoga redaktor pravnoga propisa u tekst treba ugraditi upravo onoliko jezičnih izraza koliko je najmanje nužno da bi se shvatila misao donositelja. Samim time, tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ne udovoljava osnovnim standardima jasnoće, preciznosti, dosljednosti i ujednačenosti koji važe za svaki zakonski tekst. Iako ove pogreške u praksi nisu imale konkretne negativne učinke i štetne posljedice, one su razlogom neudovoljavanja teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* zahtjevu jedinstvenosti terminologije, kao jednom od temeljnih nomotehničkih zahtjeva da se za isti pojam koristi uvijek isti izraz.

3.3. Ostali nedostatci vezani uz izradu nacrta i provedbu Zakona o komunalnom gospodarstvu

Pored nestabilnosti *Zakona o komunalnom gospodarstvu* uzrokovanih učestalim izmjenama i dopunama i pogrešaka koje su pritom učinjene te manjkavosti koje su rezultat nomotehničkih slabosti pri izradi *Zakona* i njegovih izmjena i dopuna, valja spomenuti još nekoliko nedostataka koji se mogu povezati uz izradu njegova nacrta, kao i njegovu provedbu.

U svezi s izradom ovoga *Zakona* valja skrenuti pozornost na završnu odredbu izvornoga teksta kojom je propisano da *"ovaj Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objave u Narodnim novinama, a primjenjuje se protekom 60 dana od dana*

95 Vidi članak 3. stavak 3., članak 18. stavak 1. točka 2. i članak 19. stavak 1. izvornog teksta *Zakona o komunalnom gospodarstvu* te članak 19. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 128/99.

96 Pritom, mogućnost zabune ostala je i nakon što je temeljem *Zakona o vodama* iz 2009. godine djelatnost odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda prestala biti komunalnom djelatnosti, jer je taj *Zakon* preuzeo izraz "*odvodnja oborinske vode*", ali se u *Zakonu o komunalnom gospodarstvu* u odredbi o namjeni sredstava komunalne naknade i dalje koristi pojam poslova "*odvodnje atmosferskih voda*".

97 Livaja i Milotić ističu kako je u pravnim aktima najvažnija ujednačenost, jasnoća, dosljednost i pravna preciznost pa stoga jednom određeni pojam mora ostati dosljedan svojoj formi i značenju kroz cjelokupni sadržaj. Ističu važnost načela da se isto izražava istim, a različito različitim, tj. da se isto izražava istim riječima i na isti način, a različito različitim riječima i na različit način. Livaja, Milotić, op. cit., str. 36. i 40.

objave". Time je zakonodavac postavio razliku između stupanja na snagu i početka primjene *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.[98] Pitanje razlikovanja trenutka *"stupanja na snagu"* i *"primjene"* pravnoga propisa jedno je od čestih pitanja koje se postavlja u pravnoj teoriji, ali i u praksi. Štoviše, u pravnoj literaturi susreću se različita stajališta o ovim pitanjima. Tako primjerice neki smatraju kako treba razlikovati dan stupanja na snagu od dana početka primjene propisa, dok drugi naglašavaju kako je riječ o dva izraza s istim značenjem zbog čega, radi izbjegavanja različitih tumačenja i eventualnih sporova, valja izbjegavati njihovu istodobnu upotrebu.[99] Ovu dvojbu prisutnu u pravnoj teoriji razriješio je Ustavni sud Republike Hrvatske koji je u okviru svoje zadaće praćenja provedbe ustavnosti i zakonitosti te izvješćivanja Hrvatskoga sabora o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti *Izvješćem br. U-X-80/2005* iz 2006. godine upozorio kako "…*zakon mora stupiti na snagu točno određenog dana, što ujedno znači da se od tog dana mora početi primjenjivati. To je opći ustavni zahtjev kojem mora udovoljavati svaki zakon. Zakonske odredbe koje propisuju odgođeni početak primjene zakona koji je stupio na snagu ne udovoljavaju zahtjevima načela vladavine prava, osobito načelu pravne sigurnosti objektivnog pravnog poretka kao njegovom sastavnom dijelu*".[100] Isto je utvrđeno i u članku 21. stavak 9. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* koji propisuje kako se u pravnom sustavu Republike Hrvatske poštuje pravilo prema kojemu je dan stupanja na snagu propisa istodobno i dan početka njegove primjene. Slijedom toga može se ustvrditi kako pozitivni hrvatski pravni sustav prihvaća jedino vremensku podudarnost stupanja na snagu i početka primjene propisa, a ne i *"odgođenu primjenu propisa koji je već stupio na snagu"*. *Vocatio legis* treba poštovati, a kako bi se i javnopravna tijela koja propis trebaju provoditi i privatne osobe na koje se odnosi mogle pripremiti za drukčiji pravni režim koji će nastupiti stupanjem na snagu novodonesenoga propisa. No, upravo zato služi iznimka od pravila da zakon stupa na snagu najranije osmi dan od dana objave, a sukladno kojoj zbog osobito opravdanih razloga zakonom može biti određeno da stupa na snagu i kasnije.[101] Praksa propisivanja dana stupanja na snagu propisa uz istodobnu odgodu početka njihove primjene dovodi do neustavnosti koja se očituje u tomu da su u pravnom poretku istodobno na snazi dva propisa koji uređuju pravne odnose u istovjetnom pravnom području - onaj raniji, koji se primjenjuje, i onaj kasniji, koji je na snazi, ali se ne primjenjuje. Nema baš nikakvoga razloga da zakon ne stupi na snagu u istome trenutku kada ga treba početi i primjenjivati.

Velik nomotehnički problem vezan uz izradu teksta *Zakona o komunalnome*

98 Prema članku 35. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ovaj *Zakon* stupio je na snagu 9. lipnja 1995. godine, a počeo se primjenjivati 31. srpnja 1995. godine.

99 Usporedi Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava - knjiga I,* Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 79. i Gatarić, op. cit., str. 469.

100 Vidi točku I. *Stupanje na snagu i početak primjene zakona i drugih propisa Izvješća br. U-X-80/2005 od 1. lipnja 2006.* Više o razlikovanju trenutka stupanja na snagu i početka primjene pravnih propisa vidi u Antić, Teodor, Stupanje na snagu i početak primjene općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave*, Zbornik radova sa znanstvenog skupa "Lokalna samouprava i decentralizacija"*, Pravni fakultet u Zagrebu, Pravni fakultet u Osijeku, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2007., str. 143-159.

101 Članak 90. stavak 3. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

gospodarstvu usmjeren je i na njegovo obrazloženje, kao i obrazloženja svih izmjena i dopuna. Obrazloženja priložena uz nacrte ovih normativnih tekstova ne udovoljavaju osnovnim nomotehničkim zahtjevima. Svi prijedlozi zakona kojima je izmijenjen i/ili dopunjen izvorni tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu* formalno su sastavljeni na način utvrđen mjerodavnim propisima. Oni su sadržavali poglavlja o ustavnoj osnovi za donošenje zakona, ocjeni stanja i osnovnim pitanjima koja su se trebala urediti zakonom, kao što su sadržavali i učinke njihova donošenja, ocjenu potrebnih sredstava za provedbu, sam tekst prijedloga zakona i, konačno, obrazloženje. Međutim, poglavlja koja se odnose na obrazloženje odredbi prijedloga redovito su sadržavala samo skraćeni prijepis sadržaja odredbi i to ne pojedinačno po člancima, već najčešće grupirano po poglavljima. Ona su ujedno bila kraća i od samoga teksta prijedloga zakona. Iz tih obrazloženja nije moguće razabrati išta što bi pomoglo pojašnjenju sadržaja predloženih odredbi i svrhe koju one imaju u cjelini zakonskog teksta, kao i uređenju odnosa koji se predloženim zakonom trebaju urediti. Obrazloženje prijedloga zakona iznimno je važan dio koji pomaže tumačenju njegovih odredbi. Ono je osobito korisno za zastupnike koji izglasavaju zakon, jer se njime mogu bolje upoznati s ciljevima i razlozima predloženih rješenja. Kasnije postaje važno i za druge subjekte, kao što su javnopravna tijela i sudovi, koji taj zakon trebaju primjenjivati, a posebno je važan za adresate na koje se primjenjuje. Obrazloženje jednako tako može koristiti Ustavnom sudu Republike Hrvatske u provedbi postupka ocjene suglasnosti zakona s *Ustavom*. Ono stoga treba biti sastavljeno pregledno, precizno, uvjerljivo i stručno. Njegova stilizacija mora biti precizna kao i stilizacija samoga nacrta propisa. U pravnoj literaturi ističe se kako sastavljanje obrazloženja pravnoga propisa nije samo formalnost, jer ono pomaže i u tumačenju propisa.[102] U konkretnom slučaju prijedloga *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, a nažalost i u najvećem broju prijedloga drugih zakona, obrazloženja su izrađena tek radi forme te se opravdano stječe dojam da takva kakva se izrađuju nisu niti potrebna.

Konačno, iako se posljednje zapažanje ne odnosi na tehniku izrade ovoga *Zakona*, ono je vezano uz njegovu nomotehničku imperfektnost, a iz kojega se razloga i na njega ovdje ukazuje. Uz *Zakon o komunalnom gospodarstvu* vezano je i pravno dvojbeno postupanje Hrvatskoga sabora koji je na temelju svojega *Poslovnika* donio *Odluku o nedavanju vjerodostojnog tumačenja* članka 3. stavka 1. točke 11. i stavka 12. Zakona o komunalnom gospodarstvu. Spornost ove odluke Sabora u prvome redu proizlazi iz činjenice da je upravo obrazloženjem *Odluke o nedavanju vjerodostojnog tumačenja* Hrvatski sabor dao vjerodostojno tumačenje *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. U konkretnome slučaju vjerodostojno tumačenje zatraženo je radi razjašnjenja spadaju li određeni poslovi u svezi s pogrebom ili kremiranjem pokojnika, a koji se obavljaju izvan područja groblja i krematorija, u komunalne poslove za obavljanje kojih je potrebna koncesija ili je riječ o poslovima koje može obavljati fizička ili pravna osoba na tržištu slobodno, tj. bez dobivanja koncesije. Iako je odluka o nedavanju vjerodostojnoga tumačenja akt koji Hrvatski sabor donosi kada utvrdi da prijedlog za davanje vjerodostojnog tumačenja nije osnovan, jer za to ne postoji neki od razloga, tj. nema dvojbi u tumačenju ili primjeni zakona odnosno pojedine

102 Vuković, Vuković, op. cit., str. 153.

njegove odredbe ili eventualno pravnih praznina koje treba popuniti, u relativno opširnom obrazloženju spomenute *Odluke* Hrvatski sabor dao je detaljno, konkretno i jasno tumačenje da je ovdje riječ o poslovima koji se ne mogu smatrati komunalnim poslovima i koji se mogu obavljati slobodno na tržištu bez dobivanja koncesije, što je izravno u suprotnosti s izrijekom koja govori da se u konkretnom slučaju tumačenje "*ne daje*".[103] Usklađenost naslova i sadržaja takva vjerodostojnoga tumačenja trebala bi postojati, posebno stoga što je i sukladno članku 67. *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila* utvrđeno kako vjerodostojno tumačenje ima jednaku pravnu snagu kao i propis za čiju se pojedinu odredbu ono daje te da ono mora biti nedvojbeno, sažeto i izričito te u pravilu sadržano u jednoj rečenici kojom se razrješuje dvojba ili različito tumačenje u primjeni. Smatramo kako se praksa hrvatskoga zakonodavca uspostavljena vjerodostojnim tumačenjem *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ipak ne bi trebala nastaviti radi oprečnosti naziva same radnje i njezina sadržaja.

4. ZAKLJUČAK

Važnost zakona, propisa i drugih općih akata u svakoj je zajednici iznimno, jer se njima na općenit način reguliraju društveni odnosi te se njihovom primjenom na konkretno činjenično stanje upravnim aktima i sudskim presudama pojedincima podjeljuju neka prava ili im se nameću obveze. Njihov materijalni sadržaj kao i oblik u kojem se donose bitna su ne samo za tijela javne vlasti, već i za svakoga građanina i poduzetnika. Stoga proces stvaranja svih vrsta i razina propisa zahtijeva dobro osmišljen i strukturiran sustav njihove izrade, prije svega osoba koje su za taj posao posebno osposobljene. U Hrvatskoj se, nažalost do sada tom poslu nije pridavala odgovarajuća važnost.

Pravni propis treba biti jednostavan za shvaćanje širokoga kruga osoba te pravno učinkovit u postizanju željenih ciljeva. U tu svrhu pri njegovoj izradi treba postići optimalni razmjer jednostavnosti i pravne određenosti njegova teksta, koji mora biti razumljiv i prilagođen svim subjektima na koje se propis odnosi. Kako bi ostvarili ove složene ciljeve, redaktori moraju biti osposobljeni izraditi odgovarajući i dobro strukturiran nacrt propisa, u koji će ugraditi optimalne jezične izraze razumljive i adresatima propisa i tijelima koja ga trebaju primjenjivati. Za ostvarenje tih ciljeva u tehnici izrade pravnih propisa utvrđeni su određeni objektivni i subjektivni zahtjevi čije je ispunjavanje nužna pretpostavka uspješnoga izvršavanja postavljene zadaće. Objektivne pretpostavke vezane su na posebne metode i tehnike koje treba primjenjivati pri izradi pravnih propisa, a odnose se na utvrđivanje odgovarajućeg opsega normiranja, vrste akta i njegove hijerarhijske razine, njegove strukture i osnovnih rješenja kao i na poštovanje određenih načela u izradi teksta, posebice načela potpunosti obuhvata, jasnoće, kvalitete i kvantitete sadržaja, odnosa jezičnih izraza i logičkog smisla postavljenih pravila te usklađenosti s višim propisima. Subjektivne

103 Detaljnije o ovome vidi u Antić, Teodor, Vjerodostojno tumačenje zakona, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, god. 36., br. 1., 2015., str. 619-644. i Antić, Teodor, Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja - novi izvor prava?, *Sveske za javno pravo*, god. 4., br. 11., 2013., str. 47-49.

pretpostavke usmjerene su na potrebna znanja, vještine i kompetencije redaktora nacrta pravnoga propisa, a obuhvaćaju pravnu svijest i znanje te podrazumijevaju visoku razinu općega obrazovanja te osobe, dobro poznavanje društveno-političkog uređenja i pravnoga sustava u cjelini te poznavanje načela i tehnike izrade pravnih propisa. S obzirom na navedeno, Republika Hrvatska i sve jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima koje imaju ovlast općega normiranja trebaju posebnu pozornost posvetiti upravo izobrazbi osoba koje rade na poslovima normiranja.

Zakon o komunalnom gospodarstvu izvrstan je primjer kako ne treba stvarati pravne propise, jer su se u njemu skupile sve ili barem velika većina pogrešaka i propusta koji se mogu učiniti u postupku njihova donošenja, mijenjanja i dopunjavanja. Brojne izmjene i dopune, višekratne izmjene istih instituta, zanemarivanje nomotehničkih pravila i relativno veliki broj pravno-tehničkih propusta danas čine tekst *Zakona o komunalnom gospodarstvu* nepreglednim i nejasnim, omogućuju njegova različita tumačenja, otvaraju niz dvojbi, dovode do različite primjene pa i sudskih sporova te stvaraju neizvjesnost, zbog čega se osnovano može izraziti sumnja udovoljava li on zahtjevima pravne sigurnosti i vladavine prava. Iako su za dosadašnje izmjene i dopune *Zakona o komunalnom gospodarstvu* postojali opravdani razlozi, primjerice promjene u društvenim odnosima, nove okolnosti i spoznaje i sl., njihov razmjerno velik broj kao i sadržaj barem nekih od njih, ukazuju na postojanje razloga zbog kojih je već odavno trebalo intervenirati u njegov tekst. S pozicije nositelja normativnih poslova dio nepravilnosti može se pravdati zahtjevima hitnosti ovih intervencija i pritiskom kratkih rokova, no sadržaj i narav pojedinih izmjena i dopuna upućuje na nedostatne vještine osoba koje su sudjelovale u izradi nacrta ovih zakona, nedostatno znanje o materiji koja se uređuje, neshvaćanje važnosti poštovanja nomotehničkih pravila i standarda, konkretno jasnoće, preciznosti, izvjesnosti, jednakosti, primjerenosti i dr., a u konačnici čak i na nemarnost u izradi zakonskog teksta.

Pogreške koje su učinjene u svezi s izradom izvornoga teksta, a još više brojnim izmjenama i dopunama *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, izbjegle bi se kada bi Hrvatska više pozornosti polagala na vještinu izrade pravnih propisa te se više bavila njezinom analizom i dovođenjem u suodnos s drugim pravnim znanjima. Time bi se hrvatski pravni sustav u cijelosti učinio koherentnijim te jednostavnijim za primjenu, a čime bi se posebno doprinijelo predvidljivosti postupanja javnopravnih tijela, kao jednim od osnovnih ciljeva Europske unije, a koji države članice trebaju implementirati u rad uprave.

Nadamo se da će donošenje *Jedinstvenih metodološko-nomotehničkih pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor* ubuduće pridonijeti većoj kvaliteti zakona, propisa i drugih općih akata i njihovom potpunom udovoljavanju općim zahtjevima pravne sigurnosti i usklađenosti s načelom vladavine prava te da se loša praksa *Zakona o komunalnom gospodarstvu* u budućnosti više neće ponavljati.

LITERATURA

1. Abramović, Andrej, Obveznost izvršenja upravnosudskih odluka, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2013.
2. Allen, Layman E., Symbolic logic: a razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents, *The Yale Law Journal*, vol. 66., no. 6., 1957.
3. Antić, Teodor, Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja - novi izvor prava?, *Sveske za javno pravo*, god. 4., br. 11., 2013.
4. Antić, Teodor, Pravno uređenje komunalne djelatnosti javne rasvjete, *Zbornik radova sa savjetovanja Javna rasvjeta - 10 godina u vlasništvu lokalne zajednice*, Udruga za razvoj Hrvatske i Hrvatski komitet Međunarodne komisije za rasvjetu, Crikvenica, 2008.
5. Antić, Teodor, Stupanje na snagu i početak primjene općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave*, Zbornik radova sa znanstvenog skupa Lokalna samouprava i decentralizacija*, Pravni fakultet u Zagrebu, Pravni fakultet u Osijeku, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2007.
6. Antić, Teodor, Vjerodostojno tumačenje zakona, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, god. 36., br. 1., 2015.
7. Black, Henry Campbell, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, West Publishing Co., St. Paul, 1896.
8. Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Pravni fakultet u Osijeku, Pravni fakultet u Splitu, Split, 1996.
9. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
10. Božić, Katja, Nomotehnika - med tehniko in občutkom, *Pravni letopis 2012*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2012.
11. Butt, Peter, Castle, Richard, *Modern Legal Drafting: a guide to using clearer language*, Cambridge University Press, 2006.
12. Child, Barbara, *Drafting legal documents: materials and problems*, West Publishing Co., St. Paul, 1988.
13. Cook, Robert N., The Teaching of Legal Drafting, *Western Reserve Law Review*, vol. 4., no. 4., 1953.
14. Cory R. Liu*,* Textualism and the presumption of reasonable drafting, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 38., no. 2., 2014.
15. Dale, William, *Legislative Drafting: a new approach*, Butterworths, London, 1977.
16. Dickerson, Reed, *The Fundamentals of Legal Drafting*, Little Brown, Boston, 1965.
17. Driedger, Public Administrators and Legislation, *Canadian Public Administration*, vol. 1., no. 2., 1958.
18. Đerđa, Dario, Dvojbe o pravnoj prirodi odluke o davanju na korištenje poljoprivrednog zemljišta, šume ili šumskoga zemljišta u državnom vlasništvu, *Zbornik radova novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi*, Organizator, Zagreb, 2016.
19. Đerđa, Dario, Izvršenje upravnosudskih odluka u hrvatskom i usporednom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 52., br. 1., 2015.
20. Gatarić, Đuro, *Stvaranje prava*, Pravni fakultet Zagreb, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 1991.
21. Gotti, Maurizio, Linguistic insights into legislative drafting, *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 2., no. 2., 2014.
22. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava - knjiga I*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
23. Ivančević, Velimir, *Nomotehnika: ogledi*, Narodne novine, Zagreb, 1988.
24. Kimble, Joseph, Plain english: a charter for clear writing, *Thomas M. Cooley Law Review*, vol. 9., no. 1., 1992.
25. Kirk, Maurice B., Legal Drafting: curing unexpressive language, *Texas Tech Law Review*, vol. 3., no. 1., 1971./72.

26. Kirk, Maurice B., Legal Drafting: some elements of technique, *Texas Tech Law Review*, vol. 4., no. 2., 1973./74.
27. Krbek, Ivo, *Pravno normiranje u socijalističkoj Jugoslaviji*, JAZU, Zagreb, 1960.
28. Livaja, Anamarija, Milotić, Ivan, *Komentar jedinstvenih nomotehničkih pravila*, RRiF, Zagreb, 2015.
29. Milotić, Ivan, Peranić, Domagoj, *Nomotehnika: izrada općih akata s praktičnim primjerima*, RRIF, Zagreb, 2015.
30. Pennisi, Giulia Adriana, Legislative Drafting and Language: Legal Language in Context, *Statute Law Review*, vol. 37., no. 2., 2016.
31. Pogorelec, Janez, Slovenski pristop k pravnemu normiranju ali zakaj smo tam, kjer smo, *Pravni letopis 2012*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2012.
32. Rajko, Alen, Izvršenje presuda upravnih sudova u Hrvatskoj - otvorena pitanja i mogućnosti njihova rješavanja, *Sveske za javno pravo*, god. 4., br. 14., 2013.
33. Sullivan, David E., *Legislative drafting and legal manual*, 3rd ed., MA, Boston, 2003. Dostupno na: file:///E:/Users/Dejana/Downloads/73fc5e204d2e468b77be2d0718f7%20(1).pdf (8.12.2016.)
34. Swisher, Peter Nash, Techniques of legal drafting: a survival manual, *University of Richmond Law Review*, vol. 15., no. 4., 1981.
35. Vezjak Progar, Karmen, Poti in stranpoti nomotehnike - analiza nekaterih aktualnih primerov, *Pravni letopis 2012*, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana, 2012.
36. Vuković, Mihajlo, *Nauka o izradi pravnih propisa: nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1969.
37. Vuković, Mihajlo, Vuković, Đuro, *Znanost o izradi pravnih propisa - nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1997.
38. Watson-Brown, Anthony, Defining 'Plain English' as an Aid to Legal Drafting, *Statute Law Review*, vol. 30., no. 2., 2009.
39. Watson-Brown, Anthony, In Search of Plain English—The Holy Grail or Mythical Excalibur of Legislative Drafting, *Statute Law Review*, vol. 33., no. 1., 2012.
40. Wydick, Richard, *Plain English for Lawyers*, Carolina Academic Press, Durham, 1998.

Pravni izvori

1. *Jedinstvena metodološko-nomotehnička pravila za izradu akata koje donosi Hrvatski sabor*, Narodne novine, br. 74/15.
2. *Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja članka 3. stavka 1. točke 11. i stavka 12. Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 150/02.
3. *Odluka i Rješenje Ustavnoga suda Republike Hrvatske broj Odluka i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-659/1994, U-I-146/1996, U-I-228/1996, U-I-508/1996, U-I-589/1999 od 15. ožujka 2000.*, Narodne novine, br. 31/00.
4. *Odluka i rješenje Ustavnoga suda Republike Hrvatske broj: U-I-2753/2012, U-I-3341/2012, U-I-567/2013, U-I-732/2013, U-I-2592/2013, U-I-2649/2013, U-I-4164/2013, U-I-4710/2013, U-I-4746/2013, U-I-928/2014, U-I-1395/2014, U-I-1899/2014, U-I-3230/2014, od 27. rujna 2016.*
5. *Rješenje Ustavnoga suda Republike Hrvatske broj: U-I-1787/2005 od 6. prosinca 2006*.
6. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.
7. *Zakon o cestama*, Narodne novine, br. 84/11., 18/13., 22/13., 54/13., 148/13. i 92/14.
8. *Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave*, Narodne novine, br. 18/13., 127/13. i 74/14.
9. *Zakon o javnoj nabavi*, Narodne novine, br. 90/11., 83/13., 143/13. i 13/14.
10. *Zakon o komunalnim djelatnostima*, Narodne novine, br. 15/79., 18/79., 47/89., 19/90., 26/93. i 29/94.

11. *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 36/95., 109/95., 21/96., 70/97., 128/99., 57/00., 129/00., 59/01., 82/04., 110/04., 178/04., 38/09., 79/09., 153/09., 153/09., 49/11., 84/11., 90/11., 144/12., 56/13., 94/13., 153/13., 147/14. i 36/15.
12. *Zakon o koncesijama*, Narodne novine, br. 143/12.
13. *Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, Narodne novine, br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 36/09., 125/08., 36/09., 150/11. i 144/12.
14. *Zakon o održivom gospodarenju otpadom*, Narodne novine, br. 94/13.
15. *Zakon o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.
16. *Zakon o prijevozu u cestovnom prometu*, Narodne novine, br. 82/13.
17. *Zakon o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11., 12/13., 93/16. i 104/16.
18. *Zakon o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 20/10., 143/12., 152/14. i 94/16.
19. *Zakon o vodama*, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13. i 14/14.

Ostali akti:

1. *Izvješće Hrvatskog sabora br. U-X-80/2005 od 1. lipnja 2006.*, Narodne novine, br. 64/06.
2. *Izvješće Hrvatskog sabora U-X-1435/2011 od 23. ožujka 2011.*, Narodne novine, br. 37/11.
3. *Prijedlog zakona br. 189*, klasa: 363-02/94-01/02, sig. 62-97-163 od 14. travnja 1997.
4. *Prijedlog zakona o izmjeni i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, P.Z. br. 186, dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=50815 (13.11.2016.)
5. *Prijedlog zakona o izmjenama Zakona o komunalnom gospodarstvu, s konačnim prijedlogom zakona*, P.Z. br. 745, dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=38509 (13.11.2016.)
6. *Prijedlog zakona o održivom gospodarenju otpadom s Konačnim prijedlogom zakona*, P.Z.E. br. 427., dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=55426 (17.11.2016.)
7. *Prijedlog zakona o vodama, s Konačnim prijedlogom zakona*, P.Z.E. br. 489., dostupno na: www.sabor.hr/Default.aspx?art=31425 (17.11.2016.)

Summary

LEGAL DRAFTING IN CROATIA - CASE STUDY

This paper highlights the importance of legal drafting and its essential elements, which has not drawn a lot of attention in the Republic of Croatia so far. The paper emphasises the importance of proportionality in the simplicity and legal distinctness of a legal text in the process of drafting for the purpose of its clarity. The paper also presents objective requirements necessary for quality legal drafting, as well as subjective qualities of the drafters. With the purpose of drawing attention to imperfections in the legal drafting in Croatia, some deficiencies are presented in the process of drafting and amending of the Utility Services Act. The process of drafting and amending of this Act is a good example of the way how legal drafting should not be done. It contains a lot of deficiencies and failures that are the result of legal drafting mistakes. At the end, authors expect that the adoption of the Uniform methodology and nomotechnical rules for the drafting of acts enacted by Parliament should contribute to the higher quality of legal texts and to their full adjustment to the general requirements of legal certainty and rule of law.

Keywords: *Legal drafting, nomotechnics, utility services.*

Zusammenfassung

GESETZESENTWURFE IN KROATIEN - FALLSTUDIE

In diesem Artikel wird auf die Bedeutung der Gesetzesentwürfe und ihrer wesentlichen Elemente hingewiesen, die bisher in der Republik Kroatien nicht viel Aufmerksamkeit erregt haben. Der Artikel betont die Wichtigkeit der Verhältnismäßigkeit in der Einfachheit und Rechtsklarheit eines Rechtstextes bei ihrer Ausarbeitung, um Klarheit zu verschaffen. Er stellt auch objektive Anforderungen für qualitative Gesetzentwurfe, sowie subjektive Qualitäten der Verfasser. Einige Nachteile bei der Ausarbeitung und Änderung des Dienstleistungsgesetzes werden vorgestellt, um auf Unzulänglichkeiten in den Gesetzesentwürfe in Kroatien aufmerksam zu machen. Der Prozess der Ausarbeitung und Änderung dieses Gesetzes ist ein gutes Beispiel für die Art und Weise, wie ein Gesetzentwurf nicht formuliert sollte. Es enthält eine Menge Mängel und Lücken, die das Ergebnis von Fehlern beim Entwurf des Gesetzes sind. Die Autoren gehen davon aus, dass die Annahme einer einheitlichen Methodik und nomotechnischer Regeln bei Gesetzentwürfen, die vom Parlament erlassenen werden, zu einer Verbesserung der Qualität der Rechtstexte und vollständigen Anpassung an die allgemeinen Erfordernisse der Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit beitragen sollte.

Schlüsselwörter*: Gesetzentwurf, Nomotechnik, Versorgungsleistungen.*

Riassunto

IL *DRAFTING* DELLE LEGGI IN CROAZIA - ANALISI DELLA CASISTICA

Con il presente lavoro si tenta di porre l'attenzione sull'importanza della tecnica del *drafting* delle leggi e sui fondamenti dello stesso; questioni alle quali fino ad ora nella Repubblica di Croazia non s'è prestata particolare attenzione. Si sottolinea l'importanza dell'individuazione della proporzione ottimale tra la semplicità e la determinatezza giuridica nel testo delle leggi nel corso del processo di stesura e di emanazione delle medesime, al fine del raggiungimento della loro comprensibilità e dell'adattabilità a tutti i soggetti cui sono rivolte. Nel lavoro si illustrano anzi tutto i presupposti oggettivi necessari per un buon uso delle tecniche di normazione; successivamente si disaminano le qualità soggettive cui deve rispondere il redattore della bozza di un testo normativo. A prova concreta delle mancanze presenti nel diritto croato, si analizza il processo di stesura, integrazione e modifica della *Legge sulla gestione comunale dei servizi*, che può servire quale valido esempio su come non vadano scritte le leggi, poiché in essa si osservano numerosi errori e mancanze, quali risultato di una sbagliata tecnica di *drafting* normativo. Alla fine si esprime l'auspicio che con l'emanazione delle *Regole unitarie di metodologia e tecnica normativa* per la stesura degli atti normativi da parte del Parlamento croato in futuro si contribuisca ad una maggiore qualità dei testi normativi ed al soddisfacimento delle pretese di certezza del diritto e di armonizzazione con il principio di imperatività della legge.

Parole chiave: *drafting delle leggi, tecniche di normazione, gestione comunale dei servizi.*

NAJZNAČAJNE NOVINE STEČAJNOG ZAKONA IZ 2015. GODINE[1]

Dr. sc. Jasnica Garašić, redovita profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.736
Ur.: 13. veljače 2017.
Pr.: 17. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U ovom radu proanalizirane su najznačajnije novine koje je u hrvatsko stečajno pravo unio Stečajni zakon iz 2015. godine. U radu se ukazuje na mnoge kontradiktorne, nedorečene i pogrešne odredbe, koje se posebice odnose na nove odredbe o predstečajnom razlogu, predstečajnom postupku, predujmu troškova stečajnog postupka, imenovanju stečajnih upravitelja, tužbi radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, unovčenju predmeta razlučnog prava, stečajnom planu, povezanim društvima, stečajnom postupku nad likvidacijskom imovinom, kao i o međunarodnom stečaju. Zbog mnogobrojnosti pogrešnih zakonskih rješenja i zabrinjavajuće lakoće kojom su izravno povrijeđena neka od temeljnih načela stečajnog i građanskog procesnog prava općenito, potrebno je što prije pripremiti zakonske odredbe kojima će se Stečajni zakon iz 2015. godine izmijeniti odnosno dopuniti.

Ključne riječi: *predstečajni postupak, prijeteća nesposobnost za plaćanje, razlučni vjerovnik, stečajni plan, međunarodni stečaj, Stečajni zakon 2015.*

1. UVOD

Novi Stečajni zakon (u daljnjem tekstu: SZ 2015)[2] stupio je na snagu 1. rujna 2015. čime je prestao važiti stari Stečajni zakon iz 1996. godine (u daljnjem tekstu: SZ 1996)[3] kao i odredbe članaka Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi iz 2012. godine (u daljnjem tekstu: ZFPPN)[4], koje su regulirale institut predstečajne nagodbe.

U ovom radu dat će se pregled najznačajnijih novina koje je novi Stečajni zakon sa sobom donio, kako bi se dobio uvid u njihov opseg i njihovo značenje.

---

1 Rad predstavlja proširen referat koji je izložen na savjetovanju "Novi Stečajni zakon 2015.", koji je u organizaciji Narodnih novina d.d. održan 14. rujna 2015. u Zagrebu.

2 Stečajni zakon, Narodne novine, br. 71/15.

3 Stečajni zakon, Narodne novine, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

4 Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine, br. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13.

Sve zakonske novine i promjene zbog njihove opsežnosti nije moguće detaljno prikazati, proanalizirati i prokomentirati u ovom radu. Relevatnost nekih odredaba pokazat će se, uostalom, tek u praksi. No, kod osobito važnih promjena dat će se njihova ocjena, bilo da je sa stajališta autora riječ o pozitivnoj ili negativnoj promjeni.

Zbog velikog broja novina te preglednosti u njihovom izlaganju one će se iznijeti slijedeći strukturu novog Stečajnog zakona, uz zaključnu opću ocjenu.

Novi Stečajni zakon u suštini je preuzeo strukturu starog Stečajnog zakona, te kao i stari zakon sadrži glave: o stečajnom postupku (III.), pravnim posljedicama otvaranja stečajnoga postupka (IV.), upravljanju stečajnom masom i unovčenju stečajne mase (V.), namirenju stečajnih vjerovnika (VI.), stečajnom planu (VII.), osobnoj upravi (VIII.), oslobođenju od preostalih obveza (IX.), međunarodnom stečaju (XI.) te prijelaznim i završnim odredbama (XV). Novost je što je tim glavama novi Stečajni zakon na početku dodao glavu o općim odredbama koje se odnose kako na predstečajni tako i na stečajni postupak (I.) te glavu o predstečajnom postupku (II.). Na kraju zakona dodane su nove glave o povezanim društvima (X.), skraćenom stečajnom postupku (XII.), stečajnom postupku nad imovinom pravne osobe koja je prestala postojati (XIII.) te o upisu stečajne mase u sudski registar (XIV).

2. NAJVAŽNIJE NOVINE STEČAJNOG ZAKONA IZ 2015. GODINE

2.1. Opće odredbe

2.1.1. Cilj predstečajnoga i stečajnoga postupka

Prema novom Stečajnom zakonu predstečajni postupak provodi se radi uređivanja pravnoga položaja dužnika i njegova odnosa prema vjerovnicima i održavanja njegove djelatnosti, dok se stečajni postupak provodi radi skupnoga namirenja vjerovnika stečajnoga dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima. Poštenim dužnicima pojedincima omogućit će se oslobođenje od preostalih obveza prema odredbama glave IX. Stečajnog zakona. Tijekom stečajnog postupka može se provesti stečani plan prema odredbama glave VII. Stečajnoga zakona (čl. 2. st. 1.-3. SZ 2015).

S obzirom na to da se i stečajnim planom mijenja pravni položaj dužnika i drugih sudionika u stečaju (čl. 307. SZ 2015), te da je najčešće i njegov cilj održanje djelatnosti dužnika, u odredbama o ciljevima predstečajnoga i stečajnoga postupka nije dovoljno došla do izražaja razlika između ciljeva te dvije vrste insolvencijskih postupaka. Zapravo se je trebalo naglasiti da se prema intenciji zakonodavca predstečajni postupak može sprovoditi samo u slučaju prijeteće nesposobnosti za plaćanje (prijeteće insolventnosti, čl. 4. st. 1. reč. 1. SZ 2015), dok se stečajni postupak može otvoriti samo u slučaju već nastupjele nesposobnosti za plaćanje i prezaduženosti (čl. 5. st. 1.-2. SZ 2015). Još bi bilo bolje da je zakonodavac dopustio mogućnost da i stečajni dužnik podnosi stečajni plan te da u situaciji prijeteće nesposobnosti bira između predstečajnog postupka i stečajnog postupka, zavisno o tomu odgovara li više institut predstečajnog sporazuma ili stečajnog plana njegovim konkretnim okolnostima.

2.1.2. Predstečajni i stečajni dužnik

Novi Stečajni zakon jedinstveno definira pojam dužnika za predstečajni i stečajni postupak. Tako se te dvije vrste postupka mogu provesti nad pravnom osobom i nad imovinom dužnika pojedinca, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 3. st. 1. reč. 1. SZ 2015).

Novinu predstavlja proširenje pojma "dužnika pojedinca" pod kojim se sada smatra fizička osoba obveznik poreza na dohodak od samostalne djelatnosti prema odredbama Zakona o porezu na dohodak i fizička osoba obveznik poreza na dobit prema odredbama Zakona o porezu na dobit (čl. 3. st. 1. reč. 2. SZ 2015). Drugim riječima dužnik pojedinac nije više samo trgovac pojedinac i obrtnik, već svaka fizička osoba koja obavlja neku gospodarsku, profesionalnu ili drugu djelatnost i koja je obvezanik plaćanja poreza na dohodak odnosno poreza na dobit.

Pravila o pravnim osobama nad kojim se stečajni postupak ne može provoditi ostala su ista. Tako se stečajni postupak ne može provesti nad Republikom Hrvatskom i fondovima koji se financiraju iz proračuna Republike Hrvatske, Hrvatskim zavodom za zdravstveno osiguranje, Hrvatskim zavodom za mirovinsko osiguranje te jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave (čl. 3. st. 2. SZ 2015). Nad tim pravnim osobama ne može se sprovesti ni predstečajni postupak (čl. 3. st. 2. SZ). Dodatno se predstečajni postupak ne može provesti niti nad financijskom institucijom, kreditnom unijom, investicijskim društvom i društvom za upravljanje investicijskim fondovima, kreditnom institucijom, društvom za osiguranje i reosiguranje, leasing-društvom, institucijom za platni promet i institucijom za elektronički novac (čl. 3. st. 6. SZ 2015).

2.1.3. Predstečajni razlog, stečajni razlozi

Novi zakon više ne poznaje "*nelikvidnost"* kao stečajni razlog odnosno kao predstečajni razlog. S pravom je taj razlog ukinut, jer se njegovo postojanje s teškoćama utvrđivalo u praksi, i zapravo je bila riječ o jednoj nepravnoj kategoriji koja prije 2012. godine kao razlog nije postojala u tradiciji hrvatskoga stečajnog/insolvencijskog prava, a niti je tipična u komparativnom stečajnom odnosno insolvencijskom pravu.

Zakonodavac predviđa samo jedan predstečajni razlog i to je "*prijeteća nesposobnost za plaćanje"*. Novi zakon propisuje da prijeteća nesposobnost postoji ako sud stekne uvjerenje da dužnik svoje postojeće obveze neće moći ispuniti po dospijeću (čl. 4. st. 1. reč. 2. SZ 2015). To je vrlo nezgrapna zakonska odredba, jer prijeteća nesposobnost za plaćanje jest objektivna činjenica, koja postoji neovisno o uvjerenju suda, no, da bi se predstečajni postupak mogao otvoriti potrebno je da sud tu činjenicu utvrdi. Ako se zakonom željelo odrediti sadržaj prijeteće nesposobnosti za plaćanje, trebalo je odrediti da dužniku prijeti nesposobnost za plaćanje kada je vjerojatno da svoje već postojeće obveze neće moći ispuniti u trenutku njihove dospjelosti.[5] S obzirom na to da je riječ o prognozi događaja u budućnosti, jasno

5 Tako je primjerice određen zakonski sadržaj toga razloga za otvaranje insolvencijskog postupka u § 18. st. 2. njemačkog Insolvencijskog zakonika (Insolvenzordnung, Bundesgesetzblatt 1994, I, str. 2866, posljednja izmjena Bundesgesetzblatt 2016., I., str. 3147.). Više o sadržaju toga razloga

je da će sud svoje utvrđenje moći učiniti samo na stupnju vjerojatnosti. Zapravo je trebalo propisati da sud može otvoriti predstečajni postupak, ako dužnik ili vjerovnik uz suglasnost dužnika predloži njegovo otvaranje te ako predlagatelj učini vjerojatnim da se postojeće obveze dužnika neće moći ispuniti po dospijeću. Stečajni zakon 2015 uvodi i zakonsku presumpciju o postojanju tog predstečajnog razloga. Naime, smatra se da postoji prijeteća nesposobnost za plaćanje ako nisu nastale okolnosti zbog kojih se smatra da je dužnik postao nesposoban za plaćanje i ako: a) dužnik u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje koji vodi Financijska agencija ima jednu ili više evidentiranih neizvršenih osnova za plaćanje koje je trebalo, na temelju valjanih osnova za plaćanje, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa ili b) duže od 30 dana kasni s isplatom plaće koja radniku pripada prema ugovoru o radu, pravilniku o radu, kolektivnom ugovoru ili posebnom propisu odnosno prema drugom aktu kojim se uređuju obveze poslodavca prema radniku, ili c) u roku od 30 dana ne uplati doprinose i poreze prema plaći spomenutoj pod slovom b), računajući od dana kada je radniku bio dužan isplatiti plaću (čl. 4. st. 2. SZ 2015). Zakon ujedno propisuje dokaze kojima se spomenute okolnosti koje čine bazu presumpcije dokazuju (čl. 4. st. 3.-4 SZ 2015). Nelogično je presumpciju o postojanju prijeteće nesposobnosti za plaćanje temeljiti na okolnostima u kojima već postoji nesposobnost za plaćanje. Po načinu kako je redigirana ta presumpcija, prozlazi da je riječ o neoborivoj zakonskoj presumpciji. Upravo zbog toga postoji i mogućnost zloupotrebe predstečajnoga postupka od strane dužnika na način da 30 dana ne isplaćuje plaće i pripadajuće doprinose radnicima te da nakon toga jednostavno podnese prijedlog za predstečajni postupak i očekuje odgađanje odnosno smanjenje svojih obveza, premda objektivno nije nesposoban za plaćanje i ne prijeti mu ta nesposobnost.[6]

Stečajni postupak može se otvoriti ako sud utvrdi postojanje stečajnoga razloga, i to ili *nesposobnosti za plaćanje* ili *prezaduženosti* (čl. 4. st. 1.-2. SZ 2015). Za razliku od starog Stečajnog zakona 1996, novi Stečajni zakon 2015 više ne predviđa prijeteću nesposobnost za plaćanje kao stečajni razlog.

Sadržaj pojma *nesposobnost za plaćanje* kao stečajnog razloga nije se mijenjao, pa ta nesposobnost postoji ako dužnik ne može trajnije ispunjavati svoje dospjele novčane obveze. Okolnost da je dužnik namirio ili da može namiriti u cijelosti ili djelomično tražbine nekih vjerovnika ne znači da je sposoban za plaćanje (čl. 6. st. 1.-2. SZ 2015). No, proširene su okolnosti koje tvore bazu neoborive zakonske presumpcije o postojanju tog razloga. Tako se smatra da ta nesposobnost postoji ne

vidjeti primjerice *Uhlenbruck Wilhelm*, u knjizi: *Uhlenbruck Wilhelm* (ur.), Insolvenzordnung - Kommentar, Verlag Franz Vahlen, München, 2003., § 18., rub. br. 1.-13.; *Schmerbach Ulrich*, u knjizi: *Wimmer Klaus* (ur.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Luchterhand, 4. izdanje, München, 2006., § 18., rub. br. 1-25.; *Drukarczyk Jochen*, u knjizi: *Kirchhof Hans-Peter/ Eidenmüller Horst/Stürner Rolf*, Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 1., München, 2016., § 18., rub. br. 1.-86.

6 O problemima u tumačenju predstečajnoga razloga kako je definiran u novom Stečajnom zakonu vidjeti *Dika, Mihajlo*, Predstečajni postupak, Pravo u gospodarstvu, 2016., br. 3., str. 372.-377.; *Komljenović, Maja*, Predstečajni razlog prijeteće nesposobnosti za plaćanje u svjetlu novog Stečajnog zakona i recentne prakse Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revija, 2016., br. 12., str. 16.-21.

samo ako dužnik u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje koji vodi Financijska agencija ima jednu li više evidentiranih neizvršenih osnova za plaćanje u razdoblju dužem od 60 dana koje je trebalo na temelju valjanih osnova za plaćanje, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa (već ranije postojeće zakonsko rješenje), već i ako nije isplatio tri uzastopne plaće koje radniku pripadaju prema ugovoru o radu, pravilniku o radu, kolektivnom ugovoru ili posebnom propisu odnosno prema drugom aktu kojim se uređuju obveze poslodavca prema radniku (dodatna nova zakonska okolnost - čl. 6. st. 2. SZ 2015). I kod ove presumpcije zakonodavac propisuje točno određene dokaze kojima se okolnosti koje tvore njezinu bazu smiju dokazivati (čl. 6. st. 4.-5. SZ 2015). Kao i prema ranijem zakonskom rješenju, navedena presumpcija se neće primijeniti ako dužnik tijekom prethodnoga postupka namiri sve tražbine koje je na temelju valjanih osnova za plaćanje trebalo naplatiti sa svih njegovih računa ili ako dođe do pristupanja dugu (čl. 6. st. 3. reč. 1. SZ 2015).[7]

Sadržaj pojma *prezaduženost* kao stečajnog razloga suštinski se nije promijenio, iako je stilski malo drukčije formuliran. Tako prezaduženost postoji ako je imovina dužnika pravne osobe manja od postojećih obveza (čl. 7. st. 1. SZ 2015). Kao i prema dosadašnjem zakonskom uređenju neće se smatrati da je dužnik pravna osoba prezadužena, ako se prema okolnostima slučaja (razvojnom programu, raspoloživim izvorima sredstava, vrsti imovine, pribavljenim osiguranjima i slično) osnovano može pretpostaviti da će dužnik pravna osoba nastavljanjem poslovanja uredno ispunjavati svoje obveze po dospijeću. Malo se mijenja dosadašnja odredba prema kojoj se prezaduženost kao stečajni razlog ne primjenjuje na trgovačka društva osoba, pa se određuje da se odredba o prezaduženosti neće primijeniti ako za obveze društva osoba solidarno odgovara član društva fizička osoba *nad čijom imovinom nije pokrenut ili otvoren stečajni postupak* (usp. bivši čl. 4. st. 12. SZ 1996 i čl. 7. st. 2. SZ 2015).[8]

Kao što je već rečeno, bilo bi bolje da je zakonodavac ostavio mogućnost da se stečajni postupak otvara i u slučaju prijeteće insolventnosti dužnika te da je dužniku dana mogućnost da bira između dvije vrste insolvencijskih procedura u takvoj situaciji.

2.1.4. Nadležnost suda

U članku 8. stavak 1. novog Stečajnog zakona određena je isključiva stvarna i mjesna nadležnost trgovačkog suda na čijem se području nalazi sjedište dužnika. Isto je rješenje imao i dosadašnji Stečajni zakon (čl. 5. SZ 1996).

Nažalost, zaboravljeno je da je novim Stečajnim zakonom proširen pojam

7 Vidjeti o nesposobnosti za plaćanje kao razlogu za otvaranje insolvencijskog postupka u njemačkom pravu *Uhlenbruck*, op. cit u bilj. 4., § 17., rub. br. 1.-20.; *Schmerbach*, op. cit. u bilj. 4, § 17., rub. br. 1.-30.; *Eilenberger Guido*, u knjizi: *Kirchhof Hans-Peter/ Eidenmüller Horst/ Stürner Rolf*, Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 1., München, 2016., § 17., rub. br. 1.-36.

8 Vidjeti o prezaduženosti kao razlogu za otvaranje insolvencijskog postupka u njemačkom pravu *Uhlenbruck*, op. cit. u bilj. 4., § 19., rub. br. 1.-91.; *Schmerbach*, op. cit. u bilj. 4., § 19., rub. br. 1.-25.; *Druckarczyk Jochen/Schüler*, u knjizi: *Kirchhof Hans-Peter/ Eidenmüller Horst/Stürner Rolf*, Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 1., München, 2016., § 19., rub. br. 1.-54.

"dužnika pojedinca" (čl. 3. st. 1.) te da se on odnosi ne samo na trgovce pojedince i obrtnike koji po zakonu moraju imati sjedište, već i na fizičke osobe koje nemaju sjedište. U odnosu na fizičke osobe koje nemaju sjedište, a potpadaju pod novi Stečajni zakon, taj zakon nije definirao kriterije za određenje stvarno i mjesno nadležnog suda za vođenje predstečajnog i stečajnog postupka.

Pri tome ne treba zaboraviti da se članak 8. stavak 1. SZ 2015 odnosi samo na relativnu nadležnost, dok je međunarodna nadležnost za vođenje insolvencijskih postupaka kao apsolutna nadležnost regulirana člancima 392.-393. SZ 2015, gdje je također trebalo propisati kriterije za određenje međunarodne nadležnosti kad je riječ o fizičkim osobama bez sjedišta, što je također propušteno.

2.1.5. Odredbe o izuzeću sudaca

Odredbe o izuzeću sudaca promijenjene su na način da su iz Stečajnog zakona ispuštene odredbe o tomu da se svaki zahtjev mora odnositi na određenog suca, da mora biti obrazložen te da nije dopušteno općenito tražiti izuzeće svih sudaca i predsjednika nekog suda (bivši čl. 7.a. st. 3. SZ 1996 i sadašnji čl. 9. SZ 2015). No, premda su ta pravila ispuštena ona će i dalje vrijediti, jer se pravila parničnoga postupka pred trgovačkim sudovima na odgovarajući način primjenjuju u predstečajnom i stečajnom postupku (čl. 10. SZ 2015), što između ostalog znači i primjenu detaljnih pravila članaka 71.-76. Zakona o parničnom postupku[9] koji reguliraju institut izuzeća sudaca.[10]

2.1.6. Državne potpore

Složeno pitanje državnih potpora[11] i njihovog učinka u predstečajnom i stečajnom postupku jedva da je dotaknuto novom odredbom članka 11. stavka 7. novog Stečajnog zakona u kojem je određeno da će se na postupke i mjere o kojima prema Stečajnom zakonu odlučuju vjerovnici, a kojima se odstupa od skupnoga namirenja vjerovnika unovčenjem dužnikove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima na odgovarajući način primijeniti propisi kojima se uređuje područje državnih potpora.

2.1.7. Dostava sudskih pismena, javna priopćenja

Bitno su promijenjena pravila o dostavi sudskih pismena te javnim priopćenjima.

Prema starom Stečajnom zakonu su se samo sudska pismena koja su bila upućena širem krugu osoba dostavljala, ako tim zakonom nije bilo drukčije predviđeno, stavljanjem pismena na posebnu stečajnu oglasnu ploču suda, pri čemu se dostava smatrala izvršenom istekom *trećega dana* od dana stavljanja pismena na oglasnu ploču suda (čl. 8. st. 1. SZ 1996).

9 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

10 Detaljno o institutu izuzeća sudaca vidjeti *Garašić, Jasnica*, Institut izuzeća sudaca i Novela Zakona o parničnom postupku 2003., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2003., vol. 53., br. 5., str. 1189.-1256.

11 Vidjeti primjerice *Čuveljak, Jelena*, O nekim pitanjima u postupku predstečajne nagodbe, Pravo u gospodarstvu, 2013., br. 3., str. 616.-632.

Prema novom Stečajnom zakonu (sva) sudska pismena dostavljaju se objavom pismena na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova, ako tim zakonom nije drukčije određeno. Dostava se smatra obavljenom istekom *osmoga dana* od dana objave pismena na dotičnoj mrežnoj stranici (čl. 12. st. 1. SZ 2015). Osim toga se takva objava smatra dokazom da je dostava obavljena svim sudionicima i onima za koje ovaj Zakon propisuje posebnu dostavu (čl. 12. st. 2. SZ 2015).

U svakom sudu će se za svakog dužnika voditi javni očevidnik pismena dostavljenih preko mrežne stranice e-Oglasna ploča sudova u elektroničkom obliku prema redoslijedu objave, koji kao takav mora biti dostupan zainteresiranim osobama tijekom cijeloga radnog vremena suda, a zakon je propisao i podatke koji će se unositi u njega (čl. 12. st. 3.-4. SZ 2015). Dostava između suda i Financijske agencije obavlja se elektroničkim putem (čl. 12. st. 5. SZ 2015).

Pravila o javnim priopćenjima koje je poznavao stari Stečajni zakon (čl. 9. st. 1.-3 SZ 1996) u potpunosti su ispuštena iz novog zakona.

Postavlja se pitanje može li dostava sudskih pismena, kako je koncipirana u novom zakonu, u potpunosti zamijeniti pravila o javnom priopćavanju. Dostava u procesnom pravu znači dostavu poznatim adresatima, poznatim sudionicima postupka, dok se javno priopćavanje u prvom redu primjenjuje za nepoznate adresate odnosno nepoznate sudionike postupka ili poznate sudionike čija adresa nije poznata. Nakon početnih teškoća, tehnički se e-Oglasna ploča sudova poboljšala, tako da se sada stečajni predmeti mogu pretraživati po različitim kriterijima. Nažalost, ona tehnički još uvijek nije dorađena na način da pruža odgovarajuću informaciju i stranim vjerovnicima o njihovim dužnicima nad kojima je eventualno otvoren stečajni postupak u Republici Hrvatskoj. S tim u vezi treba spomenuti da je u novom Stečajnom zakonu nepromišljeno ispušteno pravilo prema kojem je stečajni sudac mogao naložiti stečajnom upravitelju da rješenje o otvaranju stečajnoga postupka dostavi vjerovnicima i dužnicima stečajnoga dužnika čija je adresa poznata (čl. 65. st. 5. SZ 1996). Ta je odredba imala važno značenje u slučajevima prekograničnih stečajnih postupaka, jer se njome osiguravalo da i strani vjerovnici pravodobno saznaju o otvaranju domaćeg stečajnog postupka kako bi mogli u njemu sudjelovati, jer u protivnom može doći u opasnost priznavanje hrvatske odluke o otvaranju stečajnog postupka u inozemstvu. Nakon što smo postali članica Europske unije, sudovi koji vode stečajne postupke u Republici Hrvatskoj moraju primjenjivati i Europsku odredbu o insolvencijskim postupcima iz 2000. godine (u daljnjem tekstu: EuInsUr 2000)[12], koja sadrži posebna pravila o obavještavanju stranih vjerovnika o otvaranju insolvencijskih postupaka na teritoriju država članica Europske unije i prijavi njihovih tražbina (čl. 39.-42.). Tekst reformirane Europske uredbe o insolvencijskim postupcima iz 2015. godine (u daljnjem tekstu: EUInsUr 2015)[13] već je službeno objavljen, a ona će se početi primjenjivati 26.

12 Uredba Vijeća (EZ) br. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolvencijskim postupcima, Službeni list Europskih zajednica 2000, br. L 160., str. 1.-18. Detaljnije o ovoj uredbi vidjeti *Garašić Jasnica*, Europska uredba o insolvencijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2005., br. 1., str. 257.-305; *Reinhart Stefan/Thole Christoph/Jahn Uwe/Fried Jörg*, u knjizi: *Kirchhof Hans-Peter/ Eidenmüller Horst/Stürner Rolf*, Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 4., München, 2016., str. 1.-382.

13 Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o insolvencijskim

lipnja 2017. Reformirana Uredba sadrži poboljšana pravila o obavještavanju stranih vjerovnika o otvorenom insolvencijskom postupku i prijavi njihovih tražbina (čl. 53.-55.).[14] Ovdje također treba spomenuti obvezu Republike Hrvatske koja proizlazi iz reformirane Europske uredbe o insolvencijskim postupcima, a prema kojem je svaka država članica Europske unije dužna do 26. lipnja 2018. ustanoviti jedan ili više insolvencijskih registara koji će se putem Europskog pravosudnog portala najkasnije do 26. lipnja 2019. elektronički povezati s insolvencijskim registrima u svim drugim državama, kako bi se na taj način osigurala maksimalna mogućnost obavještenosti vjerovnika o otvaranju nekog insolvencijskog postupka na području Europske unije (čl. 24.-25., čl. 92. st. 2. sl. b) i c) Uredbe).[15] Barem u prijelaznom periodu, dok se ne ostvari dovoljna tehnička razvijenost e-Oglasne ploče sudova, bilo bi bolje da je hrvatski zakonodavac predvidio da se barem odluka o otvaranju stečajnog odnosno predstečajnog postupka i dalje objavljuje u "Narodnim novinama".

S obzirom na način kako su pravila o dostavi koncipirana kao i na javnost očevidnika pismena dostavljenih putem mrežne stranice e-Oglasna ploča sudova proizlazi da se sva sudska pismena koja se dostavljaju ujedno i objavljuju. Svakako je time načelo pravnog interesa u pogledu uvida u spis u stečajnom postupku, a isto tako i u predstečajnom postupku, bitno izgubilo na značenju.

Nažalost, nova pravila o dostavi u Stečajnom zakonu ne daju jasan odgovor na pitanje kada se počinje računati rok za pravne lijekove u slučajevima u kojima je propisana i posebna dostava određenim osobama. Je li to dan nakon isteka osam dana od objave pismena na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova kada se smatra da je dostava obavljena ili dan dostave na adresu adresata za kojeg je Stečajnim zakonom propisana takva dostava (vidjeti čl. 12. st. 1. reč. 2. i čl. 19. st. 2 SZ 2015)?

U svakom slučaju sve objave koje su se prema starom Stečajnom zakonu obavljale na posebnoj stečajnoj oglasnoj ploči suda i "Narodnim novinama" sada se obavljaju na e-Oglasnoj ploči sudova.

---

postupcima (reforma), Službeni list Europske unije, br. L 141. od 5. 6. 2015., str. 19.-72. Detaljnije o toj reformiranoj uredbi vidjeti *Garašić, Jasnica*, Reforma Europske uredbe o insolvencijskim postupcima, u knjizi: *Kuzmić, Marica* (ur.), Reforma hrvatskog insolvencijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 34-76.; *Mankowski Peter/Müller Michael F./Schmidt Jessica*, EuInsVO 2015 – Europäische Insolvenzverordnung 2015., Verlag C. H. Beck, München, 2016., str. 1.-818.; *Reinhart Stefan/Thole Christoph/Jahn Uwe/Fried Jörg*, u knjizi: *Kirchhof Hans-Peter/ Eidenmüller Horst/Stürner Rolf*, Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 4., München, 2016., str. 383.-533.

14 Detaljno o obavještavanju stranih vjerovnika o otvaranju insolvencijskog postupka na području države članice Europske unije i prijavi njihovih tražbina vidjeti *Garašić, Jasnica*, Prijava tražbina stranih vjerovnika prema Europskoj uredbi o insolvencijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2016., br. 3., str. 1039.-1064.

15 Više o insolvencijskim registrima prema reformiranoj Europskoj uredbi o insolvencijskim postupcima vidjeti *Garašić*, op. cit. u bilj. 12., str. 54.-58.

2.1.8. Uvođenje obrazaca u stečajnom i predstečajnom postupku, određivanje podataka za identifikaciju, određivanje sadržaja popisa imovine i obveza dužnika

Uvedeno je pravilo prema kojem se u predstečajnom i stečajnom postupku podnesci podnose na propisanim obrascima, ako to Stečajni zakon predviđa, pri čemu je zakonodavac zadužio ministra nadležnog za poslove pravosuđa da u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu novog Stečajnog zakona pravilnikom propiše njihov sadržaj i oblik (čl. 13. st. 1.-2. u vezi s čl. 439. st. 2. SZ 2015).[16] Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa dužno je osigurati dostupnost obrazaca na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 13. st. 3. SZ 2015).

Uvođenje obrazaca može doprinijeti većoj efikasnosti i brzini u provođenju stečajnog i predstečajnog postupka.

Nažalost, hrvatski zakonodavac u tome je otišao predaleko, jer je propisao da će sud odbaciti podnesak kao nedopušten, ako nije podnesen na propisanom obrascu (čl. 13. st. 4. SZ 2015). Naime, ako podnesak sadrži sve podatke koji se propisanim obrascem za tu vrstu podneska zahtijeva, trebalo je ipak predvidjeti dopuštenost takvog podneska, premda nije podnesen u propisanoj formi. Forma ne smije ići na račun sadržaja i na račun brzine postupanja u stečajnom odnosno predstečajnom postupku. U slučaju odbačaja podneska, jer nije podnesen na obrascu, njegov podnositelj će ponovno morati podnositi sadržajno isti podnesak na obrascu, a problem može osobito nastati, ako je u međuvremenu protekao rok za njegovo podnošenje.[17]

Novi Stečajni zakon sadržava i podatke koji su potrebni za identifikaciju pravne i fizičke osobe prema tome zakonu. To su tvrtka ili naziv, sjedište i poslovna adresa te osobni identifikacijski broj za pravnu osobu. Za fizičku osobu to su njezino ime i prezime, njezino sjedište i poslovna adresa, njezina adresa prebivališta te njezin osobni identifikacijski broj (čl. 14. SZ 2015).

Kako bi se osiguralo podnošenje urednijih popisa imovine i obveza dužnika, koji se podnose uz ili povodom prijedloga za otvaranje predstečajnog ili stečajnog postupka (čl. 16. st. 1. i st. 3. SZ 2015), zakonodavac je propisao i izričit sadržaj tog popisa te odredio da se on sastoji od naznake: 1. nekretnina i pokretnina dužnika; 2. imovinskih prava dužnika na tuđim stvarima; 3. novčanih i nenovčanih tražbina dužnika; 4. drugih prava koja čine imovinu dužnika; 5. novčanih sredstava na računima; 6. druge imovine dužnika; 7. obveza dužnika unesenih u njegove poslovne knjige; 8. drugih novčanih i nenovčanih obveza dužnika; 9. razlučnih prava na imovini dužnika; 10. izlučnih prava; 11. prosječnih mjesečnih troškova redovnoga poslovanja dužnika u posljednjih godinu dana; 12. postupaka pred sudovima ili javnopravnim tijelima u kojima je dužnik stranka i visinu ili opis tražbine koja je predmet postupka (čl. 17.

16 Vidjeti Pravilnik o sadržaju i obliku obrazaca na kojima se podnose podnesci u predstečajnom i stečajnom postupku, Narodne novine, br. 107/2015.

17 Spomenimo primjerice da reformirana Europska uredba o insolvencijskim postupcima zahtijeva korištenje standardnog obrasca za prijavu tražbine, ali dopušta i da se ona prijavi i bez tog obrasca, ako podnesak vjerovnika kojom prijavljuje tražbinu sadržava sve podatke, koje propisuje standardni obrazac za prijavu tražbine – čl. 55. st. 1., 2. 4.

st. 1. SZ 2015).[18] Ako bi dužnik dao neistinit i nepotpun popis imovine i obveza, on bi odgovarao kao za davanje lažnoga iskaza u postupku pred sudom (čl. 17. st. 3. SZ 2015).

2.1.9. Nemogućnost povlačenja prijedloga za otvaranje predstečajnoga i stečajnoga postupka

Rješenje koje je uvedeno Novelom Stečajnog zakona iz 2012. godine,[19] prema kojem se prijedlog za otvaranje stečajnog postupka ne može povući (čl. 40. SZ 2000), nažalost, zadržano je u novom tekstu Stečajnog zakona (čl. 16. st. 4. SZ 2015). Ono vrijedi i za prijedlog za otvaranje predstečajnog postupka.

Takvo zakonsko rješenje protivno je jednom od temeljnih načela građanskog procesnog prava, načelu dispozicije, koje bi trebalo vrijediti i u stečajnom postupku odnosno predstečajnom postupku.

2.2. Predstečajni postupak

Novouvedeni predstečajni postupak (čl. 21.-74. SZ 2015) preuzima funkciju postupka predstečajne nagodbe koji je bio reguliran Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (čl. 19.-86. ZFPPN) s time što su neke od najtežih pogrešaka koje su počinjene pri reguliranju postupka predstečajne nagodbe sada u određenoj mjeri otklonjene. Inače, pravni termin predstečajna nagodba zamijenjen je pravnim terminom predstečajni sporazum.

Predstečajni postupak predstavlja i odgovor hrvatske Vlade na Preporuku Europske komisije od 12. ožujka 2014. o novom pristupu neuspjehu i insolventnosti poduzeća,[20] prema kojoj bi se u državama članicama trebalo osigurati da poduzeća u poteškoćama imaju pristup pravnim instrumentima koji će im omogućiti pravovremeno restrukturiranje, kako bi se spriječila insolventnost i postigla veća korist za vjerovnike, zaposlene, ulagače i uopće gospodarstvo. A poštenim poduzetnicima nad čijom imovinom je ipak otvoren stečajni postupak treba omogućiti i drugu šansu. U toj su Preporuci opisani elementi koje bi restrukturirajući mehanizam trebao sadržavati, kao i uvjeti pod kojima bi se pošteni poduzetnik trebao oslobađati negativnih posljedica stečajnog postupka i dugova.

U ovom radu nije moguće detaljno proanalizirati mnogobrojne odredbe predstečajnog postupka, stoga će se samo spomenuti u kojoj su mjeri u novom Stečajnom zakonu otklonjene temeljne pogreške koje su postojale u konceptu predstečajne nagodbe.[21]

18 Pritom se u tom popisu moraju navesti podatci o pravnoj i činjeničnoj osnovi u odnosu na svaki dio imovine i obveza, te o dokazima, osobito ispravama, kojim se oni mogu potkrijepiti i potvrditi da su navedeni podatci točni i potpuni i da ništa od imovine i obveza nije zatajeno (čl. 17. st. 2. SZ 2015).

19 Zakon izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 133/12.

20 C(2014) 1500 final, SWD (2014) 61final, SWD (2014) 62 final.

21 O temeljnim pogreškama u konceptu predstečajne nagodbe vidjeti *Garašić, Jasnica*, Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. motivirane institutom predstečajne nagodbe, u knjizi: *Barbić, Jakša* (ur.), Hrvatsko insolvencijsko pravo, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti,

Postupak se više ne provodi pred upravnim organom, regionalnim centrima Financijske agencije (čl. 26. st. 1.-3. ZFPPN), već pred stvarno i mjesno nadležnim trgovačkim sudom (čl. 8. SZ 2015), koji je tradicionalno u hrvatskom stečajnom i prisilnonagodbenom pravu odlučivao o uređivanju pravnih odnosa između dužnika i njegovih vjerovnika. Suci su mnogo vičniji uređivanju pravnih odnosa između dužnika i vjerovnika nego što su to djelatnici Financijske agencije. U pogledu priznanja takve vrste stečajnog postupka u inozemstvu, s obzirom na to da ga vodi sud, sada više ne bi smjelo biti dvojbi. Financijska agencija se čak ne spominje kao tijelo predstečajnog postupka (čl. 21. SZ 2015), iako ona u tom postupku obavlja određene radnje, pa je stoga zakonodavac naložio ministru nadležnom za poslove pravosuđa da napravi popis jedinica Financijske agencije i propiše područja njihove nadležnosti u predstečajnom postupku (čl. 44. st. 2. SZ 2015),[22] kao i da propiše vrstu i visinu naknade troškova Financijskoj agenciji za radnje koje ona poduzima u tom postupku.[23] Činjenica da se čitav postupak sada provodi pred sudom, otklonit će za ubuduće i sumnju javnosti u opravdanost takve vrste restrukturirajućeg insolvencijskog postupka s obzirom na to da se tvrdilo da su se navodno u postupcima predstečajne nagodbe koje je vodila Financijska agencija događale brojne zloupotrebe.

Prema članku 39. stavku 2. ZFPPN-a dužnik u stanju nelikvidnosti ili insolventnosti bio je dužan predložiti otvaranje postupka predstečajne nagodbe. Iznimno, dužnik koji nije imao imovinu ili je njegova imovina bila male ili neznatne vrijednosti i nije imao zaposlenih, a bio je u stanju nelikvidnosti ili insolventnosti, mogao je, ali nije morao predložiti postupak predstečajne nagodbe. To je rješenje bilo već zdravorazumski pogrešno, jer jasno je da svi dužnici nisu sposobni za restrukturiranje odnosno sanaciju. Stoga, novi Stečajni zakon ne propisuje obvezu dužnika da predlaže predstečajni postupak, već mu samo daje ovlaštenje za to (čl. 25. SZ 2015) i to u situaciji kada postoji prijeteća nesposobnost za plaćanje (čl. 4. st. 1.-4. SZ 2015). Stečajni postupak dužnik pravna osoba mora pokrenuti bez odgode, a najkasnije 21 dan od dana nastanka stečajnoga razloga (nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti) (čl. 110. st. 2. SZ 2015).

Postupak predstečajne nagodbe pokretao se samo na prijedlog dužnika (čl. 27. st. 2. ZFPPN), dakle, vjerovnici nisu bili ovlašteni pokretati ga. To je bilo to tim više loše rješenje, što nakon Novele Stečajnog zakona iz 2012. godine, kojom je onemogućena sanacija i restrukturiranje dužnika u okviru stečajnog postupka, vjerovnici ni u okviru stečajnog postupka nisu bili pravno u mogućnosti predlagati restrukturiranje dužnika. Takva rješenja bila su u suprotnosti s temeljnim konceptom kontinentalnog stečajnog odnosno insolvencijskog prava prema kojem imovina insolventnog odnosno

Zagreb, 2014., str. 32.-44. O ustavnim pitanjima vezanim za predstečajnu nagodbu vidjeti *Dika Mihajlo*, O ustavnosti pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe, u knjizi: *Barbić, Jakša* (ur.), Hrvatsko insolvencijsko pravo, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 51.-68.

22 Pravilnik o popisu jedinica financijske agencije i područja njihove nadležnosti u predstečajnom postupku, Narodne novine, br. 106/2015.

23 Pravilnik o vrsti i visini naknade troškova Financijske agencije u predstečajnom postupku i o visini naknade troškova Financijske agencije za podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, Narodne novine, br. 106/2015.

prezaduženog dužnika pripada vjerovnicima, koji stoga imaju pravo odlučiti hoće li inicirati i podržati sanaciju dužnika ili se opredijeliti za likvidaciju njegove imovine i neposredno namirenje. Novi Stečajni zakon dopušta vjerovnicima da pokrenu predstečajni postupak, ali samo ako se dužnik suglasi s tim prijedlogom (čl. 25. st. 1. SZ 2015). No, iznimno je važno što su u Stečajni zakon gotovo u potpunosti vraćene ukinute odredbe o stečajnom planu (čl. 303.-355. SZ 2015), te što je ponovno uvedena mogućnost nastavka poslovanja dužnika i nakon otvaranja stečajnog postupka (čl. 217. SZ 2015), čime se ponovno omogućilo restrukturiranje i sanacija dužnika i u okviru stečajnog postupka. To vjerovnicima omogućuje da čak i ako dužnik ne da svoju suglasnost na predstečajni postupak, traže njegovu sanaciju u stečajnom postupku, i to tako da se na skupštini vjerovnika stečajnom upravitelju naloži izrada sanacijskog plana (čl. 107. st. 1. toč. 4. SZ 2015).

Prema članku 60. stavku 2. ZFPPN-a tražbine u pogledu kojih je postojala suglasnost između dužnika i vjerovnika o postojanju i visini tražbine tog vjerovnika te tražbine za koje je postojala ovršna isprava smatrale su se utvrđenim tražbinama, osim ako je dužnik raspolagao javnom ili javno ovjerovljenom ispravom kojom je mogao dokazati da je tražbina prestala. Osim toga, tražbine u pogledu kojih nisu podnesene prijave vjerovnika smatrale su se utvrđenim ako je njihovo postojanje i visinu dužnik naveo u izvješću iz članka 42. i članka 67. stavka 2. ZFPPN-a. Te su odredbe dužniku otvarale prostor za velike zloupotrebe, s obzirom na to da je od njegove suglasnosti ovisilo utvrđivanje tražbina, a samo vjerovnici s utvrđenom tražbinom imali su pravo glasa o planu financijskog restrukturiranja (čl. 62. st. 4. ZFPPN). Dužnik je tako mogao stvarati fiktivne vjerovnike, a pravim vjerovnicima osporavati tražbine. Vjerovnici i povjerenik nisu imali pravo osporavati tražbine. To iznimno loše zakonsko rješenje novi Stečajni zakon nije preuzeo, već je izričito propisao da se tražbine prijavljene u propisanom roku smatraju utvrđenim, ako ih nije osporio dužnik, povjerenik ako je imenovan ili vjerovnik (čl. 47. SZ 2015).

Novi Stečajni zakon u većoj mjeri podvrgava dužnika u predstečajnom postupku kontroli povjerenika, no što je to činio ZFPPN u postupku predstečajne nagodbe. Naime, novi Stečajni zakon proširio je ovlaštenja i dužnosti povjerenika, izričito mu dodatno određujući da ispita poslovanje dužnika, ispita popis imovine i obveza dužnika, ispita vjerodostojnost prijavljenih tražbina te ospori tražbine ako na temelju priopćenja vjerovnika ili iz nekoga drugog razloga posumnja u njihovo postojanje, a što sve u postupku predstečajne nagodbe nije bio ni ovlašten ni dužan činiti (usporediti čl. 24. SZ 2015 i čl. 35. ZFPPN). Osim toga, novi Stečajni zakon, za razliku od ZFPPN-a, izričito je zabranio dužniku da u razdoblju od dana podnošenja prijedloga za otvaranje predstečajnoga postupka do donošenja rješenja o otvaranju otuđuje ili opterećuje svoju imovinu (čl. 29. st. 3. SZ 2015).

Nažalost, neki krupni nedostatci koji su postojali u postupku predstečajne nagodbe, postoje i u predstečajnom postupku.

Primjerice, vjerovnici nemaju svoje tijelo u predstečajnom postupku, kao što ga nisu imali ni u postupku predstečajne nagodbe. Ovlaštenja i dužnosti povjerenika su proširena, no njegovo imenovanje u potpunosti ovisi o sudu, s obzirom na to da će ga sud imenovati, ako to smatra potrebnim (čl. 33. st. 2. SZ 2015).

Kako u postupku predstečajne nagodbe, tako su i u predstečajnom postupku nedovoljno razrađena pravila o glasovanju. Pravila o zabrani opstrukcije kod glasovanja kojim se štiti većina od manjine koja postoje u slučaju stečajnog plana (čl. 331. st. 1.-2. SZ 2015), a koje se smatraju civilizacijskom tekovinom u razvoju instituta stečajnog plana, ne postoje u postupku predstečajnog postupka pri glasovanju o planu restrukturiranja. Ipak, novi Stečajni zakon je u odnosu na ZFPPN nešto poboljšao pravilo o potrebnim većinama. Dok je u postupku predstečajne nagodbe kod glasovanja o planu financijskog restrukturiranja dostajala činjenica da su za plan glasovali vjerovnici čije tražbine su prelazile dvije trećine vrijednosti svih utvrđenih tražbina (čl. 63. st. 2. i čl. 66. st. 9. ZFPPN), što znači da je time bila omogućena dominacija vjerovnika s velikim tražbinama, novi Stečajni zakon određuje da se smatra da su vjerovnici prihvatili plan restrukturiranja ako je za njega glasovala većina svih vjerovnika i ako u svakoj skupini zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko prelazi zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv prihvaćanja plana (čl. 59. st. 2. SZ 2015). Tu se naravno, postavlja pitanje, zašto se te potrebne većine za plan restrukturiranja razlikuju od potrebnih većina koje su propisane za stečajni plan? Naime, kod stečajnog plana se smatra da su ga vjerovnici prihvatili, ako je u svakoj skupini glasovala većina vjerovnika i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za stečajni plan dvostruko prelazi zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se stečajni plan prihvati (čl. 330. st. 1. SZ 2015).

Postupak predstečajne nagodbe nije utjecao na pravo odvojenog namirenja izlučnih i razlučnih vjerovnika (čl. 71. st. 2. ZFPPN). To je pravilo, nažalost, zadržao i novi Stečajni zakon u odnosu na izlučne i razlučne vjerovnike u predstečajnom postupku (čl. 66. al. 1. SZ 2015). No, on sadrži i pravilo prema kojem predstečajni sporazum ne smije zadirati u pravo razlučnih vjerovnika na namirenje iz predmeta na kojima postoje prava odvojenoga namirenja, ako tim sporazumom nije izrijekom drukčije određeno. Ako je predstečajnim sporazumom drukčije određeno, za razlučne vjerovnike posebno će se navesti u kojem se dijelu njihova prava smanjuju, na koje vrijeme se odgađa namirenje i koje druge odredbe predstečajnoga sporazuma prema njima djeluju (čl. 38. st. 4. reč. 1.-2. SZ 2015). Odredbe čl. 38. st. 4. reč. 1.-2 SZ 2015 same za sebe omogućavale bi tumačenje da bi i eventualno nametanje ograničenja razlučnim vjerovnicima bilo dopušteno, no, ipak takvo tumačenje je isključeno, ako se uzme u obzir navedeni čl. 66. al. 1. SZ 2015. Spomenimo da je razlučnim vjerovnicima moguće nametnuti ograničenja predviđena stečajnim planom, ali pod uvjetom da njihov položaj nije lošiji od onoga u kojem bi bili da plana nema (čl. 308. st. 1. toč. 1.; čl. 309. st. 1.-2.; čl. 337. SZ). Isto se zakonsko rješenje zapravo trebalo predvidjeti i za razlučne vjerovnike u predstečajnom postupku. Naime, imovina dužnika u financijskim teškoćama u pravilu je u potpunosti pokrivena izlučnim i razlučnim pravima, pa je teško osmisliti sanacijski plan odnosno plan restrukturiranja, u kojem izlučni i razlučni vjerovnici ne bi trebali sudjelovati.

Nažalost, u predstečajnom postupku nisu dovoljno razrađene odredbe o mogućnosti uzimanja novih kredita i financiranju plana restrukturiranja.

Radi efikasnosti predstečajnog postupka zakonodavac je predvidio vrlo kratke

rokove za izvršenje pojedinih radnji u postupku.[24] Iz sudačkih redova već je stigla ocjena da je riječ o nerealno postavljenim rokovima, i da će njihova primjena dovesti u pitanje ostvarivanje prava sudionika u predstečajnom postupku.[25]

Nema sumnje da su odredbe o predstečajnom postupku na mnogim mjestima trebale biti preciznije.[26] No, previše se žurilo s izradom Stečajnog zakona iz političkih razloga te je njegov Konačni prijedlog upućen u zakonodavnu proceduru, a da mnoge njegove odredbe nisu dorađene do kraja.

Kao što je već spomenuto hrvatski zakonodavac se pri izradi odredaba o predstečajnom postupku koliko toliko trudio uzeti u obzir i Preporuke Europske komisije o novom pristupu neuspjehu i insolventnosti poduzeća od 12. ožujka 2014.[27] U međuvremenu je na razini Europske unije pripremljen novi sveobuhvatniji Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o okvirima za preventivno restrukturiranje, pružanje druge prilike i mjerama za povećanje efikasnosti restrukturirajućih postupaka, insolvencijskih postupaka i postupaka oslobađanja od obveza te izmjeni Direktive 2012/30 EU.[28] Ako spomenuti prijedlog direktive bude usvojen, nema sumnje da će se odredbe hrvatskoga predstečajnog postupka morati značajno izmijeniti.

2.3. Stečajni postupak

2.3.1. Tijela

Tijela stečajnog postupka ostala su ista, osim što se umjesto "stečajnog suca", pored stečajnoga upravitelja, odbora vjerovnika i skupštine vjerovnika kao tijelo navodi "sud" (čl. 75. SZ 2015).

2.3.1.1. Sud

U novom Stečajnom zakonu sastav suda koji provodi stečajni postupak nije se promijenio. Taj postupak prema izričitoj zakonskoj odredbi provodi sudac pojedinac (čl. 8. st. 2. SZ 2015).

U svim zakonskim odredbama gdje se spominjao stečajni sudac sada se govori o sudu. U nekim zakonskim odredbama koje se tiču parničnih i ovršnih postupaka i

24 Vidjeti pregledni tabelarni prikaz rokova za poduzimanje radnji u predstečajnom postupku kod *Galić, Ante*, Predstečajni postupak prema novom Stečajnom zakonu, u knjizi: Kuzmić, Marica (ur.), Reforma hrvatskog insolvencijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 96.

25 Tako *Galić*, op. cit. u bilj. 23., str. 95.

26 Detaljnije o dvojbama koje pojedine odredbe predstečajnog postupka otvaraju vidjeti *Galić*, op. cit. u bilj. 23., str. 77.-104.; *Dika*, op. cit. u bilj. 5., str. 367.-425.; *Radić, Nino*, Prijava tražbina u predstečajnom postupku, u knjizi: *Kuzmić, Marica* (ur.), Stečajni zakon 2015. – Primjena u praksi, Inženjerski biro, Zagreb, 2016., str. 3.-24.; *Vukelić, Mario*, Novi Stečajni zakon – novi predstečajni postupak, Pravo u gospodarstvu, 2016., br. 5., str. 1041.-1070. Vidjeti i radove: *Grgić*, *Jerko,* Predstečaj – staro i novo uređenje, Pravo i porezi, 2015., br. 11., str. 34.-41.; *Cindrić, Sandra*, Stečajni zakon – predstečajni postupak, Računovodstvo i financije, 2016., br. 9., str. 141.-145.

27 C(2014) 1500 final; SWD(2014)61 i SWD(2014)62.

28 COM(2016) 723 final – 2016/0359 (COD).

nekih drugih izvanparničnih postupaka, zbog učinjene promjene je postalo nejasno na koji se točno sud misli. Bilo bi bolje da je zakonodavac odlučio koristiti pojam "stečajni sud" u svim onim slučajevima koji se odnose na radnje koje se poduzimaju pred sudom koji vodi stečajni postupak odnosno na radnje koji poduzima taj sud.

Ovlaštenja (stečajnog) suda su ostala ista, osim što je ispušteno određenje da on odobrava predračun troškova stečajnoga postupka (čl. 76. toč. 6. SZ 2015 usporediti s čl. 17. toč. 6. SZ 1996).

2.3.1.2. Stečajni upravitelj

U odnosu na pravila koje se tiču pravnoga položaja stečajnih upravitelja najviše izmjena u novom Stečajnom zakonu pretrpjela su pravila koja se odnose na određenje tko uopće može biti stečajni upravitelj i kako se stečajni upravitelj imenuje. S obzirom na brojnost i opseg tih novih pravila, u ovom će se radu samo izložiti najosnovniji elementi dotičnih zakonskih promjena.

Prema novome Stečajnom zakonu za stečajnoga upravitelja može se imenovati osoba upisana na listi stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda (čl. 77. st. 1. SZ 2015). Dakle, umjesto jedne jedinstvene Liste stečajnih upravitelja koja je prema starom Stečajnom zakonu vrijedila za čitavu Republiku Hrvatsku i koju je utvrđivao ministar nadležan za poslove pravosuđa (čl. 21. st. 1. SZ 1996), prema novim zakonskim odredbama formirane su Lista A i B i to za područje svakog nadležnog suda, a koje također utvrđuje ministar nadležan za poslove pravosuđa (čl. 78. st. 1. SZ 2015). Ipak, osoba može biti upisana na listu stečajnih upravitelja za područje nadležnosti jednog ili više sudova (čl. 78. st. 3. SZ 2015).

Na listu A stečajnih upravitelja može biti upisana samo fizička osoba i to ona: 1. koja ima poslovnu sposobnost; 2. koja ima završeni diplomski sveučilišni studij, odnosno završeno visoko obrazovanje s najmanje 300 ETC bodova; 3. koja ima položeni stručni ispit za stečajnoga upravitelja; 4. koja je nakon položenoga stručnog ispita obavljala stručnu obuku u trajanju od jedne godine; 5. koja je dostojna za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja (čl. 79. st. 1. SZ 2015). Osoba navedene pretpostavke mora ispunjavati kumulativno da bi mogla biti upisana na listu A.

Osoba koja nije nakon položenoga stručnog ispita obavljala stručnu obuku od jedne godine, ali ispunjava sve preostale navedene pretpostavke iz članka 79. stavka 1. novog Stečajnog zakona može biti upisana na listu B stečajnih upravitelja (čl. 80. SZ 2015).

Ipak, s obzirom na to da stari Stečajni zakon nije predviđao stručnu obuku stečajnih upravitelja nakon položenog stručnog ispita, novi Stečajni zakon je u prijelaznim odredbama unio odredbu prema kojoj se smatra da osobe koje su upisane na listu stečajnih upravitelja na dan stupanja novog Stečajnog zakona ispunjavaju pretpostavku iz članka 79. stavka 1. točke 4. Stečajnog zakona, ako su obavljale dužnost stečajnoga upravitelja u više od deset otvorenih stečajnih postupaka u kojima se stečajni postupak provodio ili ako su obavljale dužnost stečajnog upravitelja najmanje tri godine (čl. 440. st. 1. SZ 2015).

Pritom je novi zakon odredio i slučajeve u kojima se presumira da osoba *nije dostojna* za obavljanje poslova stečajnoga upravitelja, što znači da neće moći biti

uvrštena niti na listu A niti na listu B. To je osoba: a) protiv koje je pokrenut kazneni postupak za kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti; b) koja je osuđena za kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti; c) koja je brisana s liste stečajnih upravitelja zbog nepostupanja po rješenju suda iz članka 91. stavka 6. Stečajnog zakona[29], dok ne prođu tri godine od dana brisanja; d) koja je razriješena dužnosti stečajnoga upravitelja zbog neurednog obavljanja dužnosti iz članka 91. stavka 2. Stečajnog zakona[30] u više od dva stečajna postupka tijekom tri godine, dok ne prođu tri godine od dana brisanja i ponovno ne položi ispit za stečajnoga upravitelja te e) koja je prezadužena (čl. 79. st. 2. SZ 2015).

No, iz odredaba o brisanju s liste stečajnih upravitelja proizlaze još dvije dodatne pretpostavke koje moraju kumulativno biti ispunjene, da bi neka osoba mogla biti upisana na listi A ili B stečajnih upravitelja. Naime, zakon predviđa da će se određena osoba brisati s lista za stečajne upravitelje, između ostalog i ako ne dostavi dokaz da ima sklopljenu policu osiguranja od profesionalne odgovornosti odgovarajućom primjenom odredbi o osiguranju od profesionalne odgovornosti za odvjetnike (čl. 81. al. 2. toč. 4. SZ 2015) ili ako svake dvije godine od dana upisa ne dostavi dokaz o provedenom stručnom usavršavanju nakon položenoga stručnog ispita (čl. 81. al. 2. toč. 5. SZ 2015).

U pogledu stečajnih upravitelja koji su bili upisani na Listi stečajnih upravitelja na dan stupanja na snagu Stečajnog zakona propisano je da će ih ministar nadležan za poslove pravosuđa po službenoj dužnosti upisati na listu B stečajnih upravitelja i to za područje nadležnosti suda prema njihovoj adresi koja je navedena na listi, pod uvjetom da ne postoji neka pretpostavka iz članka 79. stavka 2. SZ-a koja se odnosi na nedostojnost osobe za stečajnog upravitelja (čl. 440. st. 2. SZ 2015). Pritom takav stečajni upravitelj može zatražiti upis na listu B za područje nadležnosti drugoga suda ili više sudova (čl. 440. st. 3. SZ 2015). Osim toga, dosadašnji upravitelj može zatražiti da ga se upiše na listu A stečajnih upravitelja za područje nadležnosti jednog ili više sudova, ako ne postoji pretpostavka o njegovoj nedostojnosti (čl. 79. st. 2. SZ 2015) i ako dostavi isprave iz kojih proizlazi da je obavljao dužnost stečajnoga upravitelja u više od deset otvorenih stečajnih postupka ili dužnost stečajnoga upravitelja najmanje tri godine. Ministar nadležan za poslove pravosuđa će na zahtjev predsjednika suda osobu upisanu na listi stečajnih upravitelja na dan stupanja na snagu novoga Stečajnog zakona upisati na listu A stečajnih upravitelja za područje nadležnosti toga suda, ako ne postoji koja iz pretpostavki iz spomenutog članka 79. stavka 2. SZ-a (čl. 440. st. 4. SZ). Osobama koje su bile upisane na listu stečajnih upravitelja na dan stupanja na snagu novog Stečajnog zakona, ali koje nisu obavljale dužnost stečajnog upravitelja u više od deset otvorenih stečajnih postupaka ili dužnost stečajnog upravitelja najmanje

29 Prema članku 91. stavku 6. SZ 2015 sud može razriješenom stečajnom upravitelju rješenjem naložiti vraćanje onoga što je tijekom postupka primio, osobito ako odbije ispuniti nalog suda u svezi s predajom dužnosti, ako odbije ili nepotrebno odgađa predaju dokumentacije ili ako ne postupi prema nalogu suda za dostavu izvješća o određenim pitanjima.

30 Prema članku 91. stavku 2. SZ 2015 sud može po službenoj dužnosti ili na zahtjev odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika razriješiti stečajnoga upravitelja i prije isteka roka iz stavka 1. ovoga članka ako svoju dužnost ne obavlja uspješno ili iz drugih važnih razloga, osobito ako ne postupa po nalogu suda.

tri godine, vrijeme predviđene stručne obuke iz članka 79. stavka 1. točke 4. SZ-a umanjuje se za broj mjeseci koji odgovara broju otvorenih stečajnih postupaka u kojima su obavljale dužnost stečajnog upravitelja ili za broj tromjesečja u kojima su obavljale dužnost stečajnog upravitelja (čl. 440. st. 5 SZ 2015).

Razlikovanje između liste A i liste B stečajnih upravitelja važno je, jer se izbor stečajnog upravitelja u stečajnom postupku u pravilu obavlja metodom slučajnoga odabira s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda (čl. 84. st. 1. SZ 2015). Jedino u slučaju skraćenog stečajnog postupka izbor stečajnog upravitelja obavlja se metodom slučajnoga odabira s liste A i s liste B stečajnih upravitelja za područje nadležnog suda (čl. 432. SZ 2015).

Liste stečajnih upravitelja objavljuju se na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 78. st. 4. SZ 2015). Osim toga, Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa dužno je voditi te na istoj mrežnoj stranici objaviti popis stečajnih upravitelja s naznakom predstečajnih i stečajnih postupaka u kojima su imenovani kao povjerenici, privremeni stečajni upravitelji i stečajni upravitelji, način njihova izbora, naznaku dužnika i suca koji vodi postupak, naznaku razrješenja i razloga razrješenja te izrečenih novčanih kazni (čl. 78. st. 5. SZ 2015). U skladu sa zakonom ministar nadležan za poslove pravosuđa propisao je pravilnikom podatke koji se upisuju na listu stečajnih upravitelja kao i na popis stečajnih upravitelja te način vođenja i objave popisa stečajnih upravitelja na navedenoj mrežnoj stranici (čl. 78. st. 7. SZ 2015) u predviđenom roku od 30 dana od dana stupanja na snagu novoga zakona (čl. 439. st. 2. SZ 2015).[31]

Vidljiva je odlučnost hrvatskoga zakonodavca da podigne razinu stručnosti stečajnih upravitelja u Hrvatskoj. Naime, novim Stečajnim zakonom predviđena je i dužnost stečajnih upravitelja da se usavršavaju i nakon položenoga stručnog ispita, pri čemu je ministar nadležan za poslove pravosuđa zadužen da pravilnikom propiše program, pretpostavke i način polaganja stručnoga ispita za stečajne upravitelje, kao i stručnu obuku i stručno usavršavanje nakon položenoga stručnog ispita za stečajne upravitelje (čl. 82. st. 1.-2. SZ) i to u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu Stečajnog zakona (čl. 439. st. 2. SZ 2015).[32]

Veliku novinu u hrvatskom stečajnom pravu predstavlja pravilo prema kojem se izbor stečajnog upravitelja u konkretnom stečajnom postupku obavlja metodom slučajnoga odabira s liste A stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda (čl. 84. st. 1. SZ 2015). Pritom je zakonom predviđeno da ministar nadležan za poslove pravosuđa pravilnikom propiše pretpostavke i način izbora stečajnoga upravitelja metodom slučajnog odabira (čl. 84. st. 3. SZ 2015) i to u roku od 30 dana od stupanja na snagu novoga Stečajnog zakona (čl. 439. st. 2. SZ 2015).[33] Ipak, ako sud smatra da stečajni upravitelj izabran metodom slučajnoga odabira ne raspolaže potrebnom stručnošću ili poslovnim iskustvom potrebnim za vođenje stečajnoga postupka, za stečajnoga upravitelja može izabrati drugu osobu s liste A stečajnih upravitelja za

31 Vidjeti Pravilnik o utvrđivanju liste stečajnih upravitelja, Narodne novine, br. 104/2015.

32 Vidjeti Pravilnik o polaganju stručnog ispita, obuci i usavršavanju stečajnih upravitelja, Narodne novine, br. 104/2015.

33 Vidjeti Pravilnik o pretpostavkama i načinu izbora stečajnoga upravitelja metodom slučajnoga odabira, Narodne novine, br. 106/2015.

područje nadležnoga suda. U tom slučaju obrazloženje odluke o imenovanju dotičnog drugog stečajnog upravitelja mora sadržavati način izbora tog stečajnoga upravitelja kao i razloge za njegovo imenovanje (čl. 84. st. 2. i čl. 85. st. 3. SZ 2015). Osim toga, ako je u predstečajnom postupku koji je prethodio stečajnom postupku imenovan povjerenik ili je u stečajnom postupku imenovan privremeni stečajni upravitelj, sud će povjerenika odnosno privremenoga stečajnog upravitelja imenovati stečajnim upraviteljem (čl. 85. st. 2. SZ 2015), čime se također odstupa od pravila izbora metodom slučajnog odabira. Nažalost, ne čini se ispravnom ta zakonom predviđena dužnost suda da uvijek u ova dva navedena slučaja dotične osobe imenuje stečajnim upraviteljem, jer nije teško zamisliti situaciju u kojoj se povjerenik u predstečajnom postupku ili privremeni stečajni upravitelj nisu pokazali dovoljno sposobnim. Trebalo je predvidjeti da će povjerenika u predstečajnom postupku odnosno privremenog stečajnog upravitelja sud u pravilu imenovati stečajnim upraviteljem, i to radi načela ekonomičnosti i efikasnosti stečajnog postupka, ali ne i da će ta osoba uvijek biti imenovana stečajnim upraviteljem.

Zadržano je pravilo iz starog Stečajnog zakona prema kojem skupština vjerovnika može na svom prvom ili nekom kasnijem ročištu umjesto stečajnoga upravitelja kojeg je imenovao sud izabrati drugoga stečajnog upravitelja (čl. 87. st. 1. SZ). No, iz odredaba novog Stečajnog zakona ne proizlazi dovoljno jasno, smije li drugi stečajni upravitelj biti osoba koja nije upisana na listu stečajnih upravitelja. Prema starom Stečajnom zakonu skupština vjerovnika nije bila vezana za Listu stečajnih upravitelja (čl. 23. st. 1. reč. 3. SZ 1996).

U ovom radu nije moguće detaljno proanalizirati sve spomenute odredbe o izboru i imenovanju stečajnih upravitelja i posebice prijelazni režim za stečajne upravitelje.[34] No, može se smatrati pravno upitnim rješenje prema kojem je pokretanje kaznenog postupka za bilo koje kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti kao i osuda za bilo koje kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti, prepreka za upis na listu stečajnih upravitelja (čl. 79. st. 2. al. 1. SZ 2015) odnosno razlog za brisanje osobe te osobe s liste stečajnih upravitelja (čl. 80. st. 1. al. 2. toč. 1. SZ 2015), jer ovako široko koncipirane zakonske odredbe uključuju i kaznena djela koja nemaju nikakve veze s gospodarstvom i sigurnosti platnog prometa i poslovanja, a koja možda uopće i nisu počinjena. Pojam prezaduženosti u hrvatskom stečajnom pravu jest stečajni razlog samo u odnosu na pravnu osobu, pa nije jasno zašto se pojam prezaduženosti u slučaju stečajnih upravitelja upotrebljava za fizičku osobu i to kao prepreka za upis na stečajnu listu (čl. 79. st. 2. al. 5. SZ 2015).[35] Isto tako postavlja se pitanje je li u tako maloj zemlji kao što je Republika Hrvatska bilo opravdano predvidjeti odvojene liste stečajnih upravitelja za svaki trgovački sud posebno, tim više što osoba može biti upisana na listu stečajnih upravitelja za područje nadležnosti više sudova (čl. 78. st. 3. SZ 2015). Općenito se može reći da automatski odabir stečajnih upravitelja u maloj zemlji u

34 Detaljnije o tome vidjeti *Kovač, Vlatka*, Imenovanje, ovlast i dužnosti stečajnog upravitelja prema odredbama Stečajnog zakona, Pravo i porezi, 2016., br. 5., str. 53.-59.

35 Slično i *Marković, Nevenka*, Opći pregled novina u stečajnom postupku prema novom Stečajnom zakonu, u knjizi: *Kuzmić, Marica* (ur.) Zbornik radova Reforma hrvatskog insolvencijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 124.

kojoj nema mnogo stečajnih upravitelja i čija je razina profesionalnog i potrebnog stručnog znanja vrlo neujednačena, i to zbog dosadašnjih vrlo niskih kriterija o tomu tko je mogao biti imenovan stečajnim upraviteljem, može barem u početnoj fazi donijeti više štete nego koristi. Za nadati se je, da će se profesionalno znanje stečajnih upravitelja kroz novopropisanu dodatnu stručnu obuku nakon položenog ispita za stečajne upravitelje kao i obvezu njihova stalnog stručnog usavršavanja u dogledno vrijeme produbiti i proširiti, kao i u većoj mjeri međusobno ujednačiti. Treba istaknuti da metoda slučajnog odabira stečajnih upravitelja može posebice biti problem kod prekograničnih stečajnih odnosno insolvencijskih postupaka, gdje se zahtijeva i poznavanje stranog jezika, a posebice u slučaju kada se pored glavnog otvorio i tzv. partikularni ili sekundarni insolvencijski postupak. U tom slučaju reformirana Europska uredba o insolvencijskim postupcima zahtijeva suradnju domaćeg i stranog suda u imenovanju stečajnih odnosno insolvencijskih upravitelja tih postupaka (čl. 42. st. 3. sl. a) EuInsUr 2015). Svakako je potrebno pozitivno ocijeniti nastojanje zakonodavca da podigne razinu profesionalnog odnosno stručnog znanja stečajnih upravitelja. Pri tome bi možda bilo bolje da je zakonodavac stručnu obuku kandidata za stečajne upravitelje predvidio prije polaganja ispita za stečajnog upravitelja. U Republici Hrvatskoj i nadalje nedostaje profesionalno i autonomno tijelo koje bi brinulo o profesiji stečajnih upravitelja, njihovim pravima i interesima, kao i razvijanju visokih etičkih standarda u obavljanju te djelatnosti.

Budući da je prema novom Stečajnom zakonu ponovno moguć nastavak poslovanja stečajnog dužnika, koji je nakon izmjena i dopuna starog Stečajnog zakona nakon 2012. godine praktički bio onemogućen, ispravno je u odredbama o ovlaštenju stečajnog upravitelja vraćeno pravilo prema kojem u slučaju nastavka djelatnosti stečajnog dužnika, poslovanje dužnika vodi stečajni upravitelj (čl. 88. st. 2. SZ 2015).

Nova je odredba prema kojoj stečajni upravitelj sastavljeni predračun troškova stečajnog postupka mora dostaviti na odobrenje odboru vjerovnika (čl. 89. st. 1. toč. 2. SZ 2015). Osim toga, zakonodavac je obvezao Vladu Republike Hrvatske da u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu novog Stečajnog zakona donese novu Uredbu kojom se određuju kriteriji i način obračuna i plaćanja nagrade stečajnim upraviteljima (čl. 94. st. 2. u vezi s čl. 429. st. 1. SZ 2015), što je Vlada i učinila.[36]

Novi Stečajni zakon više ne propisuje različite rokove u kojima stečajni upravitelj nije unovčio nekretnine odnosno pokretnine, kao razlog za njegovo razrješenje, već sada postoji jedinstveni rok za sve predmete stečajne mase. Naime, na zahtjev odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika sud će razriješiti stečajnoga upravitelja istekom godine i pol dana od dana održavanja izvještajnoga ročišta ako nije unovčio imovinu koja ulazi u stečajnu masu tako da se može pristupiti završnoj diobi (čl. 91. st. 1. SZ 2015).

2.3.1.3. Odbor vjerovnika

Novi Stečajni zakon donio je novo pravilo prema kojem jedna fizička osoba odnosno jedna fizička osoba kao predstavnik pravne osobe može biti član u najviše

36 Uredba o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrade stečajnim upraviteljima, Narodne novine, br. 105/2015.

pet odbora vjerovnika. Pri tome član odbora vjerovnika ne može biti osoba koja bi bila nedostojna imenovanja stečajnoga upravitelja, odnosno ako dužnik nastavlja poslovati, osoba koja se na tržištu bavi istom djelatnosti kao i dužnik (čl. 96. st. 4. reč. 1.-2. SZ 2015). Očito se željelo postići da članovi odbora vjerovnika odgovorno i profesionalno obavljaju svoje zakonom određene zadatke.

Osim toga, povećao se maksimalan broj članova odbora vjerovnika s dosadašnjih sedam na devet članova (čl. 96. st. 5. SZ 2015), što će donekle olakšati njihov izbor u stečajnim postupcima s velikim brojem vjerovnika. No, s teoretskog stajališta je upitno, je li zakonom uopće potrebno unaprijed određivati maksimalan broj članova odbora vjerovnika.

Nejasni su motivi i doseg novog pravila, prema kojem je sud dužan omogućiti vjerovnicima donošenje odluke o osnivanju odbora vjerovnika, ako je na ispitnom ročištu utvrđeno više od 50 milijuna kuna priznatih tražbina stečajnih vjerovnika, a stečajni dužnik na dan otvaranja stečajnoga postupka ima sklopljene ugovore o radu s više od 20 radnika (čl. 96. st. 8. SZ 2015). Naime, ono nije u suglasju s člankom 107. stavkom 1. točkom 1. SZ 2015 prema kojem je skupština vjerovnika ovlaštena na izvještajnom ili kojem kasnijem ročištu osnovati odbor vjerovnika, ako on nije osnovan, odnosno izmijeniti njegov sastav ili ga ukinuti. Ono također nije u suglasju s člankom 127. stavkom 3. SZ 2015 prema kojem se samo u stečajnom postupku male vrijednosti, u kojem vrijednost imovine stečajnoga dužnika ne prelazi iznos od 2.000.000,00, ne primjenjuju odredbe Stečajnog zakona o odboru vjerovnika.

Pored postojećih ovlaštenja odbora vjerovnika koje je on imao prema starom Stečajnom zakonu novi Stečajni zakon uveo je i jedno njegovo dodatno ovlaštenje: odbor vjerovnika po novome daje i odobrenje na predračun troškova stečajnoga postupka (čl. 98. st. 2. toč. 4. SZ 2015).

Zadržano je pravilo po kojem članovi odbora vjerovnika imaju pravo na nagradu za rad u tom odboru, pri čemu se ona određuje do iznosa prosječne dnevne plaće u Republici Hrvatskoj po danu koji provedu u obavljanju poslova iz svoga djelokruga (čl. 102. st. 1. reč. 1.-2. SZ 2015). No, novost je pravilo kako se utvrđuje ta prosječna dnevna plaća. Ona se utvrđuje prema prosječnoj mjesečnoj isplaćenoj neto plaći po zaposlenome u pravnim osobama Republike Hrvatske za razdoblje siječanj-kolovoz (čl. 102. st. 1. reč. 3. SZ 2015).

2.3.1.4. Skupština vjerovnika

Ukinuto je dosadašnje pravilo koje je određivalo kako se utvrđuje pravo glasa u slučaju razlučnih vjerovnika kojima dužnik ne duguje osobno (bivši čl. 38.c. st. 2. reč. 2. SZ 1996 usporediti s čl. 105. st. 2. SZ 2015), s obzirom na to da su oni prema novom Stečajnom zakonu izgubili pravo da sudjeluju na skupštinama vjerovnika (čl. 103. st. 1. SZ 2015).

Nova je odredba prema kojoj pravo glasa imaju vjerovnici do potpunoga namirenja svoje tražbine (čl. 106. st. 8. SZ 2015). To je toliko samorazumljivo, da je upitno, je li o tomu trebala biti donesena posebna odredba.

U zakonski tekst ponovno je uneseno ovlaštenje skupštine da može odlučivati o nastavku poslovanja dužnika, koje je bilo ukinuto Novelom Stečajnog zakona iz

2012. godine (čl. 107. st. 1. toč. 3. SZ 2015).

2.3.2. Pokretanje stečajnoga postupka

Značajne su promjene u odredbama o pokretanju stečajnog postupka koje se tiču ovlaštenja odnosno dužnosti podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, osiguranja novčanih sredstava za namirenje troškova stečajnoga postupka te plaćanja predujma za namirenje troškova stečajnoga postupka.

Temeljna odredba, prema kojoj je prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ovlašten podnijeti vjerovnik ili dužnik, ako zakonom nije drukčije određeno, preuzeta je i u novi Stečajni zakon (čl. 109. st. 1. SZ 2015).

Podnoseći prijedlog za otvaranje stečajnog postupka vjerovnik mora učiniti vjerojatnim postojanje svoje tražbine i stečajnoga razloga (čl. 109. st. 2. reč. 1. SZ 2015). Nažalost, u novi Stečajni zakon je ponovno unesena odredba prema kojoj će se smatrati da je vjerovnik učinio vjerojatnim postojanje svoje tražbine ako njezino postojanje temelji na ovršnoj ispravi ili nepravomoćnoj sudskoj ili upravnoj odluci (čl. 109. st. 2. reč. 2. SZ 2015), koja je u hrvatsko stečajno pravo po prvi puta unesena Novelom Stečajnog zakona iz 2012. godine, a čiju je primjenu Ustavni sud privremeno obustavio dok ne odluči prijedlogu za ocjenu njezine suglasnosti s Ustavom Republike Hrvatske.[37] Nesumnjivo se takvom zakonskom odredbom u bitnom umanjuje djelotvornost žalbe kao pravnog lijeka, a osim toga, ona je i protivna načelu slobodne ocjene dokaza koje bi kao jedno od osnovnih građansko-procesnopravnih načela trebalo dominirati i u stečajnom postupku. Stoga bi tu odredbu trebalo što prije ukinuti.

U pogledu razlučnog vjerovnika ostala je zakonsko rješenje prema koje je on ovlašten podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ako učini vjerojatnim da tražbinu neće moći potpuno namiriti iz predmeta na koji se odnosi njegovo razlučno pravo (čl. 109. st. 3. SZ 2015).

Novi Stečajni zakon proširio je krug ovlaštenika koji mogu u ime dužnika pravne osobe podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka: pored osobe ovlaštene za zastupanje dužnika po zakonu i likvidatora dužnika (čl. 39. st. 4. SZ 1996), sada to mogu učiniti i član upravnoga odbora dioničkog društva, član nadzornog odbora dužnika ako nema osoba ovlaštenih za zastupanje dužnika po zakonu te član društva s ograničenom odgovornošću ako dužnik nema nadzorni odbor, a nema osoba ovlaštenih za zastupanje dužnika po zakonu (čl. 109. st. 4. SZ 2015). Te su osobe ujedno i dužne bez odgode, a najkasnije 21 dan od dana nastanka stečajnog razloga podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka, pri čemu to kod člana nadzornoga odbora dužnika odnosno člana društva s ograničenom odgovornošću vrijedi samo ako im je moglo biti poznato postojanje stečajnoga razloga i nepostojanje osoba ovlaštenih za zastupanje po zakonu (čl. 110. st. 2. SZ 2015). Član nadzornoga odbora dužnika odnosno član društva s ograničenom odgovornošću moraju pri podnošenju dotičnog prijedloga dostaviti i ispravu iz koje proizlazi nepostojanje osoba ovlaštenih za zastupanje dužnika po zakonu (čl. 109. st. 5. SZ 2015). Novost je što dužnost podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka sada propisana ne samo u odnosu na postojanje

37 Ustavni sud Republike Hrvatske, Rješenje broj: U-I-1457/2013 od 11. travnja 2013., objavljeno u Narodnim novinama, br. 45/13.

nesposobnosti za plaćanje već i u odnosu na postojanje prezaduženosti. Ako navedene osobe ne bi u navedenom roku podnijele prijedlog za otvaranje stečajnog postupka one bi osobno odgovarale vjerovnicima za štetu koju su im prouzročili propustom te svoje dužnosti (čl. 110. st. 3. SZ 2015). Novost je i izričito propisivanje zastarnog roka za dotičnu naknadu štete, koja sada iznosi pet godina od dana otvaranja stečajnoga postupka (čl. 110. st. 4. SZ 2015). Ako prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ne podnesu skupno sve osobe ovlaštene za zastupanje dužnika po zakonu ili svi članovi upravnoga odbora dioničkoga društva ili svi likvidatori dužnika, prijedlog je dopušten samo ako podnositelj prijedloga učini vjerojatnim postojanje stečajnog razloga (čl. 109. st. 5. SZ 2015). Nažalost, novi Stečajni zakon nije preuzeo odredbu starog Stečajnog zakona prema kojoj će sud u takvoj situaciji, ako je to moguće, saslušati ostale osobe ovlaštene za zastupanje po zakonu ili likvidatore (čl. 39. st. 5. reč. 1. SZ 1996). Naime, ta je odredba omogućavala da ostale osobe ovlaštene za zastupanje po zakonu ili preostali likvidatori, koji nisu podnijeli prijedlog za otvaranje stečajnog postupka, iznesu svoje mišljenje i činjenice vezane za stečajni razlog i tako spriječe eventualnu zloupotrebu podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka od onih pojedinih ovlaštenih osoba za zastupanje dužnika koje su takav prijedlog podnijele.

Prema članku 109. stavku 7. novog Stečajnog zakona prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka nad imovinom dužnika pojedinca ovlašten je podnijeti samo osobno dužnik pojedinac. Ta je odredba vrlo loše sročena. Ona se nikako ne bi smjela tumačiti na način da vjerovnici dužnika pojedinca ne bi smjeli podnijeti takav prijedlog sudu. Isto tako, ona se ne bi smjela tumačiti na način da taj prijedlog u ime dužnika pojedinca ne bi mogao podnijeti njegov punomoćnik. Za razliku od starog Stečajnog zakona (čl. 39. st. 7. SZ 1996) više se ne predviđa dužnost dužnika pojedinca da najkasnije u roku od dvadeset jedan dan od dana nastupanja nesposobnosti za plaćanje podnese prijedlog za otvaranje stečajnog postupka.

Novi Stečajni zakon donio je novo pravilo kojim se propisuje da je Financijska agencija dužna podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ako pravna osoba u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje ima evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana, i to u roku od osam dana od isteka toga radzoblja, osim kada su ispunjene pretpostavke iz članka 428. ovoga Zakona, dakle pretpostavke za tzv. skraćeni stečajni postupak (čl. 110. st. 1. SZ 2015). Kao što iz odredbe jasno proizlazi, ova dužnost Financijske agencije je propisana samo u odnosu na pravnu osobu kao dužnika, ne i u odnosu na fizičku osobu kao dužnika pojedinca. U Vladinom Obrazloženju Konačnog prijedloga Stečajnog zakona[38] nisu navedeni motivi zbog kojih se predvidjela dužnost Financijske agencije da u slučaju pravnih osoba podnosi prijedlog za otvaranje stečajnog postupka. Treba uzeti da je zakonodavac na taj način želio odgovoriti na uočeno stanje u hrvatskoj praksi, u kojoj se prijedlozi za otvaranje stečajnog postupka podnose vrlo kasno kada u stečajnoj masi više nema dovoljno imovine čak ni za pokriće troškova stečajnog postupka ili kada se u određenim slučajevima uopće ne podnose, pa pravne osobe koje više i nisu djelatne nepotrebno svojim postojanjem opterećuju pravni i gospodarski promet. Za pravne

38 Vladino Obrazloženje Konačnog prijedloga zakona, Klasa: 022-03/14-01/183, Ur. broj: 65-15-07 od 14. svibnja 2015.

osobe koje su na dan stupanja na snagu Stečajnog zakona u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje imale evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana predviđene su posebne prijelazne odredbe (čl. 444. st. 1.-4. SZ 2015). U skladu sa zakonskom odredbom ministar nadležan za poslove pravosuđa posebnim je pravilnikom regulirao visinu naknade troškova Financijskoj agenciji za podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka (čl. 110. st. 6. SZ).[39]

Kako u praksi često stečajna masa nije dostatna ni za plaćanje troškova postupka, zakonodavac je odlučio unaprijed osigurati novčana sredstva za njihovo namirenje, na način da je propisao da će Financijska agencija nakon što utvrdi nemogućnost izvršenja osnove za plaćanje radi nedostatka novčanih sredstava na računima dužnika pravne osobe, naložiti banci da zaplijeni novčana sredstva s računa dužnika, u iznosu od 5.000,00 kuna za predujam za namirenje troškova stečajnoga postupka (čl. 112. st. 1. SZ 2015). U odredbama članka 112. stavcima 2.-7. novog Stečajnog zakona dalje se razrađuje postupanje u tim slučajevima. No, ovdje se postavlja temeljno pitanje, kako je moguće da se plijene sredstva za osiguranje troškova stečajnog postupka u slučaju kada još sudski uopće nije utvrđeno postojanje nekog stečajnog razloga (čl. 6. st. 1.-2., čl. 7. st. 1. SZ 2015)?

Temeljna pravila o Fondu za namirenja troškova stečajnoga postupka koja su bila sadržana u starom Stečajnom zakonu (čl. 39.a. st. 1.-5.), preuzeta su u novi Stečajni zakon (čl. 111. st. 1.-4.), izuzev činjenice što je ukinuto plaćanje dodatne pristojbe u iznosu od 10.000,00 kuna.

Bitno su promijenjena pravila o plaćanju predujma za namirenje troškova stečajnoga postupka. Tako je sada podnositelj prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka dužan platiti iznos predujma od 1.000,00 kuna u Fond za namirenje troškova stečajnoga postupka te po nalogu suda u roku od osam dana dodatni iznos predujma koji ne može biti viši od 20.000,00 kuna, ako Stečajni zakon drukčije ne određuje (čl. 114. st. 1. SZ 2015). No, ako su osigurana sredstva za namirenje troškova putem zapljene temeljem spomenutog članka 112. SZ 2015, tada se obveza podnositelja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka umanjuje za iznos osiguranih sredstava. Pri tome dotični predujam nisu dužni platiti: a) radnici i prijašnji dužnikovi radnici ako su podnijeli prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka radi namirenja svoje dospjele tražbine po osnovi rada; b) Financijska agencija ako je podnijela prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka u skladu s člankom 110. stavkom 1. Stečajnog zakona te c) Republika Hrvatska (čl. 114. st. 3. SZ). U navedena tri slučaja sud će naložiti osobama koje su dužne podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka u roku od 21 dan od nastanka stečajnog razloga, a koje ga u propisanom roku nisu podnijele, da plate predujam za namirenje troškova stečajnoga postupka u roku od osam dana (čl. 113. st. 1. SZ 2015). Nažalost, iz zakonskih odredaba ne proizlazi jasno iz čijih sredstava te osobe plaćaju predujam: je li iz svojih vlastitih ili iz sredstava dužnika. U svakom slučaju ako navedene osobe ne bi uplatile predujam u propisanom roku, na odgovarajući način primijenit će se pravila o prisilnoj naplati

39 Pravilnik o vrsti i visini naknade troškova Financijske agencije u predstečajnom postupku i o visini naknade troška Financijske agencije za podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, Narodne novine, br. 106/2015.

novčane kazne u parničnom postupku (čl. 113. st. 4. SZ 2015). Upitna je i odredba koja oslobađa Republiku Hrvatsku snošenja predujma kada ona podnosi prijedlog za otvaranje stečajnog postupka kao vjerovnik. Dok se oslobađanje radnika dužnika od snošenja predujma može prihvatiti zbog načela socijalne zaštite, to nije slučaj kad je riječ o Republici Hrvatskoj, jer se nju na taj način privilegira u odnosu na druge vjerovnike. Ako sredstva za troškove nisu osigurana, tada će se u slučaju kada je podnositelj radnik, Financijska agencija ili Republika Hrvatska, ta sredstva predujmiti iz Fonda za namirenje troškova stečajnoga postupka (čl. 114. st. 4. SZ 2015). U protivnom, u slučaju neplaćanja predujma, sud će prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka odbaciti kao nedopušten (čl. 114. st. 5. SZ 2015). Ako pak predujam ne plati podnositelj prijedloga iz čl. 110. stavka 2. Stečajnog zakona, tada će se smatrati da on nije podnio prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka u propisanom roku (čl. 114. st. 6. SZ 2015). Treba istaknuti, da bi se to pravilo smjelo primijenjivati samo ako je podnositelj prijedloga iz članka 110. stavka 2. SZ-a taj prijedlog doista podnio u roku od propisanih 21 dana od nastanka stečajnoga razloga, no, ne kada prijedlog ta osoba nije podnijela, već je nakon isteka tog roka prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka podnio radnik, Financijska agencija ili Republika Hrvatska, a sud je osobe koje su bile dužne podnijeti taj prijedlog pozvao prema članku 113. stavku 1. SZ-a da plate predujam. U protivnom bi pravilo iz članka 114. stavka 6. SZ-a bilo u suprotnosti s člankom 110. stavkom 3. SZ-a prema kojem osobe iz članka 110. stavka 2. SZ-a koje ne podnesu prijedlog za otvaranje stečajnog postupka u propisanom roku od 21 dana od dana nastanka stečajnoga razloga odgovaraju osobno vjerovnicima za štetu koju su im prouzročili propustom te svoje dužnosti. U svakom slučaju predujam je trošak stečajnoga postupka na čiju naknadu vjerovnik koji je uplatio predujam ima pravo (čl. 114. st. 7. SZ 2015).[40]

2.3.3. Prethodni postupak

U odnosu na stari Stečajni zakon novi Stečajni zakon propisuje dodatne situacije u kojima je sud ovlašten otvoriti stečajni postupak bez provođenja prethodnog postupka: a) ako sud na temelju prijedloga za otvaranje predstečajnoga postupka utvrdi postojanje stečajnoga razloga; b) ako Financijska agencija podnese prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka u skladu s člankom 110. stavkom 1. Stečajnoga zakona; c) ako osoba ovlaštena za zastupanje dužnika po zakonu odnosno dužnik pojedinac podnese prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka; d) ako vjerovnik podnese prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka, a dužnik prizna postojanje stečajnoga razloga; e) ako je prije otvoreni predstečajni postupak završio bez uspjeha (čl. 116. SZ). Nažalost, u slučajevima u kojima Financijska agencija podnosi prijedlog za otvaranje stečajnog postupka putem ove odredbe otvara se mogućnost otvaranja stečajnog postupka bez saslušanja dužnika, što je u protivnosti s člankom 11. stavkom 5. Stečajnog zakona koji striktno propisuje kada se može odustati od saslušanja dužnika. Treba istaknuti da bi se povreda dužnikova prava na saslušanje prije

40 O problemima koji su se u pogledu predujma za namirenje troškova stečajnoga postupka pojavili u sudskoj praksi uslijed nedovoljno preciznih zakonskih odredaba vidjeti *Čuveljak, Jelena*, Predujam za otvaranje stečajnog postupka, Pravo i porezi, 2016., br. 9., str. 21.-25.

otvaranja stečajnog postupka u državama članicama Europske unije sasvim sigurno smatrala dijelom javnog poretka te bi se odluci o otvaranju stečajnog postupka kojoj nije prethodilo saslušanje dužnika moglo uskratiti priznanje (čl. 26. važeće Europske uredbe o insolvencijskim postupcima iz 2000. godine odnosno čl. 33. reformirane Europske uredbe o insolvencijskim postupcima iz 2015. godine).

Napušteno je pravilo prema kojoj je sud bio ovlašten zaključkom narediti davanje prokazne izjave odnosno prokaznog popisa imovine dužniku i drugim osobama u skladu s pravilima ovrhe (čl. 43. st. 3. SZ 1996).

U novom Stečajnom zakonu više ne postoji ni odredba prema kojoj je stečajni sudac mogao, ako druge mjere ne bi bile dostatne, narediti prisilno privođenje osoba koje vode poslove dužnika, članova nadzornog odbora, kao i radnika dužnika (čl. 44. st. 4. u vezi s čl. 43. st. 1. SZ 1996).

Premda se odustalo od pogrešnog koncepta zabrane nastavka poslovanja dužnika u stečajnom postupku koje je u hrvatsko stečajno pravo uvedeno Novelom Stečajnog zakona iz 2012. (čl. 145.a. st. 1.-3. SZ 1996) te novi Stečajni zakon izričito dopušta mogućnost nastavka poslovanja i nakon otvaranja stečajnog postupka (čl. 217. SZ 2015), propustilo se u odredbe koje uređuju ovlaštenja privremenog stečajnog upravitelja vratiti pravilo prema kojem je stečajni sudac mogao zatražiti od stečajnoga upravitelja da ispita kakvi su izgledi nastavka poslovanja dužnika (bivši čl. 45. st. 2. prije njegove izmjene Novelom Stečajnog zakona iz 2012.), što je iznimno važno za eventualnu pripremu stečajnog plana.

Stečaj male vrijednosti kao posebna vrsta stečajnog postupka u starom Stečajnom zakonu bio je reguliran u posebnoj Glavi IX. (čl. 300. SZ 1996). Te su odredbe sada jednostavno prenesene u odjeljak o prethodnom postupku (čl. 127. st. 1.-3. SZ 2015), što nije trebalo učiniti, jer se izgubilo na preglednosti u pogledu vrsta stečajnih postupaka koje su moguće.

2.3.4. Otvaranje postupka i prijava tražbina

Prema novom Stečajnom zakonu više ne postoji oglas o otvaranju stečajnoga postupka koji se objavljivao isticanjem na oglasnoj ploči suda i objavom u Narodnim novinama (čl. 64. st. 2. SZ 1996). Sada se čitavo rješenje o otvaranju stečajnog postupka objavljuje na mrežnoj stranici e-Oglasnoj ploči sudova (čl. 129. st. 3. SZ 2015).

Kao što je već rečeno, ukinuto je pravilo prema kojem je stečajni sudac mogao naložiti stečajnom upravitelju da rješenje o otvaranju stečajnoga postupka dostavi vjerovnicima i dužnicima stečajnoga dužnika čija je adresa poznata (čl. 65. st. 6. SZ 2015), a koja je bilo vrlo važna za slučajeve prekograničnih stečajnih postupaka. Trebalo je to pravilo neznatno modificirati i reći da je stečajni upravitelj dužan obavijestiti vjerovnike dužnika koji su mu poznati o otvaranju stečajnog postupka u pravilu putem telekomunikacijskih sredstava koja ostavljaju pismeni trag. U eri elektroničke komunikacije to ne bi predstavljalo značajan trošak za stečajnu masu, a osiguralo bi se da je poduzeto sve da što veći broj vjerovnika sudjeluje u stečajnom postupku.

Prema starom Stečajnom zakonu rok za prijavu tražbina određivao je stečajni

sudac u rješenju o otvaranju stečajnog postupka, pri čemu on nije smio biti kraći od 15 dana niti dulji od mjesec dana (čl. 54. st. 3. SZ 1996). Novi Stečajni zakon određuje rok za prijavu tražbina kao zakonski rok, koji traje 60 dana od dana objave rješenja o otvaranju stečajnoga postupka na e-Oglasnoj ploči sudova (čl. 129. st. 1. al. 4. SZ 2015). To drugim riječima znači, da rok za prijavu tražbina u svim stečajnim postupcima mora nužno iznositi 60 dana. To, naravno, nije dobro zakonsko rješenje, jer se u stečajnim postupcima gdje je mali broj vjerovnika i to pretežno lokalnih vjerovnika, na taj način bez ikakve potrebe produžuje trajanje stečajnog postupka. Bilo bi mnogo bolje, da je stečajni sud i dalje mogao određivati rok za prijavu tražbina. Ako se htjelo produžiti trajanje roka za prijavu tražbine, rok od 60 dana trebao je biti određen samo kao gornja granica trajanja tog roka, dok je 15 dana trebalo i dalje predvidjeti kao minimalnu granicu za trajanje tog roka.

Isti zakonski rok od 60 dana novi Stečajni zakon predviđa, nažalost, i za izlučne i razlučne vjerovnike koji se rješenjem o otvaranju stečajnog postupka pozivaju da obavijeste stečajnog upravitelja o postojanju svojih izlučnih i razlučnih prava (čl. 129. st. 1. al. 5. SZ 2015). Prema starom Stečajnom zakonu riječ je bila o roku koji je određivao sud, a on nije smio biti manji od 15 dana niti duži od 30 dana (čl. 54. st. 4. SZ).

Značajna je novina i da novi Stečajni zakon ukida mogućnost naknadne prijave tražbina, odnosno posebnih ispitnih ročišta (vidjeti čl. 176. st. 1.-8. SZ 1996.), izuzev dviju iznimaka. Jedna iznimka odnosi se na protivnika pobijanja, koji je ovlašten u roku od 30 dana od pravomoćnosti presude kojom se prihvaća zahtjev za pobijanje pravne radnje dužnika prijaviti tražbinu stečajnom upravitelju na osnovi svoje protučinidbe dane dužniku prije otvaranja stečajnog postupka. U tom slučaju odredit će se posebno ispitno ročište radi utvrđenja te tražbine protivnika pobijanja, pri čemu vrijeme između objave poziva za to ročište i dana njegovog održavanja ne smije biti kraće od 15 dana ni duže od 45 dana (čl. 213. st. 1. SZ 2015). Druga iznimka odnosi se na prijavu tražbina nižih isplatnih redova. Naime, ako je sud u skladu s odredbom članka 257. stavka 5. Stečajnog zakona pozvao vjerovnike nižih isplatnih redova da prijave tražbine, ali rok određen za te prijave istječe kasnije od osam dana prije ispitnoga ročišta, na trošak stečajne mase odredit će se posebno ispitno ročište (čl. 261. st. 1. SZ 2015).

Ako se prije otvaranja stečajnog postupka utvrdi da imovina dužnika koja bi ušla u stečajnu masu nije dovoljna ni za namirenje troškova toga postupka, a osobe s pravnim interesom po pozivu suda ipak ne predujme troškove za eventualno potrebni prethodni postupak i otvorenje stečajnog postupka, stečajni postupak će se otvoriti i odmah zaključiti, te su predviđena gotovo identična pravila za tu situaciju, kao što ih je predviđao i stari Stečajni zakon (čl. 63. st. 1.-7. SZ 1996), no, s tom razlikom što je dodatno propisano: a) da će se u pogledu izbora i imenovanja stečajnog upravitelja u takvom postupku odgovarajuće primjenjivati odnosne odredbe u skraćenom stečajnom postupku (čl. 132. st. 2. SZ 2015); b) da će se stečajna masa upisati u sudski registar, pri čemu će joj Ministarstvo financija – Porezna uprava po službenoj dužnosti dodijeliti osobni identifikacijski broj (čl. 133. st. 2. SZ 2015); c) da je o poduzetim radnjama stečajni upravitelj dužan sudu podnositi pisana izvješća najmanje jedanput u

tri mjeseca, koja će se obaviti na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova bez odgode (čl. 133. st. 3. SZ 2015).

2.3.5. Stečajna masa i razlučni vjerovnici

Novi Stečajni zakon stilski je poboljšao određenje stečajne mase kod stečajnog dužnika pojedinca (vidjeti čl. 68. SZ 1996), na način da je odredio da imovina dužnika pojedinca na kojoj se ovrha protiv njega ne bi mogla provesti prema općim pravilima ovršnoga postupka ne ulazi u stečajnu masu (čl. 135. SZ 2015).

Nova odredba članka 149. SZ 2015, koja određuje da "vjerovnici koji imaju založno pravo ili pravo na namirenje na kojoj stvari ili pravu koji su upisani u javnoj knjizi imaju pravo odvojenoga namirenja na toj stvari ili pravo unovčenja prema odredbama članka 248. ovoga Zakona" nažalost, nije dobra, jer unovčenje predmeta razlučnog prava jest najčešće pretpostavka za namirenje tražbina razlučnih vjerovnika. Razlučni vjerovnik može odlučiti da sam kupi nekretninu ili drugi predmet razlučnog prava kako bi na taj način ostvario namirenje svoje tražbine, ali to se u praksi rjeđe događa. No, u svakom slučaju razlučni vjerovnici uvijek imaju pravo odvojenog namirenja na predmetu razlučnog prava, pa čak i onda kada izabiru kupnju tog predmeta kao način namirenja svoje osigurane tražbine. U tom smislu nije bilo ispravno u navedenoj novoj zakonskoj odredbi pravo odvojenog namirenja na predmetu razlučnog prava alterirati s pravom unovčenja tog predmeta.

Nova je zakonska odredba koja određuje da vjerovnik čija prava proizlaze iz sudskoga ili javnobilježničkoga osiguranja tražbine prijenosom vlasništva stvari ili prijenosom prava otvaranjem stečajnoga postupka, gubi pravo otuđenja i opterećenja stvari ili prava koja su na njega prenesena sudskim ili javnobilježničkim osiguranjem tražbine (čl. 150. st. 2. SZ 2015), kao i odredba da pravni poslovi koji su sklopljeni protivno tom pravilu nisu valjani (čl. 150. st. 3. SZ 2015).

2.4. Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka

2.4.1. Osnovne pravne posljedice

Vrijeme nastupa pravnih posljedica promijenilo se, pa one više ne stupaju početkom dana kada je oglas o otvaranju stečajnoga postupka istaknut na oglasnoj ploči suda (čl. 88. st. 1. SZ 1996), već u trenutku kad je rješenje o otvaranju stečajnoga postupka objavljeno na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 158. st. 1. SZ 2015). To će zahtijevati da trenutak objave tog rješenja na dotičnoj mrežnoj stranici bude vidljiv svim pravnim subjektima kao i da se može utvrditi trenutak poduzimanja svake pravne radnje u kojoj bi stečajni dužnik eventualno sudjelovao na dan otvaranja stečajnog posutpka, što neće uvijek biti lako.

Nova je odredba prema kojoj će sud, ako rješenje o otvaranju stečajnoga postupka u povodu žalbe bude ukinuto, a u ponovnom postupku stečajni postupak bude opet otvoren, u drugim sudskim postupcima u kojima je stranka stečajni dužnik ukinuti sve radnje provedene od dana ukidanja rješenja o otvaranju stečajnoga postupka do ponovnoga otvaranja stečajnoga postupka (čl. 158. st. 3. SZ 2015). Ovom odredbom

očito se sudovima te pravnim adresatima općenito htjela dati pravna izvjesnost i čvrsto uporište u pogledu učinaka radnji koje su poduzete u tim drugim sudskim postupcima između dana ukidanja rješenja o otvaranju stečajnoga postupka do njegova ponovnog otvaranja. To je zakonsko rješenje u skladu sa starom presumpcijom da se u takvoj situaciji smatra da su pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka nastupile u trenutku kada je prvo rješenje o otvaranju stečajnoga postupka objavljeno na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 158. st. 2. SZ 2015).

Sasvim su nove i odredbe o trajanju sudskih postupaka u kojem je stranka dužnik. Određeno je da će u takvim postupcima, a osobito pri određivanju rokova i ročišta, sud uvijek obraćati osobitu pažnju na potrebu hitnoga rješavanja (čl. 166. st. 1. SZ 2015). Takav postupak se pred prvostupanjskim sudom mora završiti u roku od šest mjeseci od dana pravomoćnosti rješenja o nastavku parničnog postupka (čl. 166. st. 2. SZ 2015), a o žalbi protiv odluke tog prvostupanjskog suda drugostupanjski sud je dužan donijeti odluku u roku od šest mjeseci od dana primitka žalbe (čl. 166. st. 3. SZ 2015). Sankcije za povredu tih odredaba Stečajni zakon ne predviđa. Ostaje otvoreno pitanje u kojoj mjeri će se te odredbe u praksi doista i poštivati s obzirom na poznatu preopterećenost hrvatskih sudova građanskopravnim predmetima.

Klasično pravilo stečajnog prava o prestanku razlučnih prava koji su stečeni ovrhom odnosno prisilnim sudskim osiguranjem neposredno prije otvaranja stečajnog postupka (vidjeti čl. 97. SZ 1996) novi Stečajni zakon precizira i nadopunjuje. Tako, ako stečajni vjerovnik tijekom posljednjih 60 dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje predstečajnoga postupka, odnosno ako nije podnesen prijedlog za otvaranje predstečajnoga postupka tijekom posljednjih 60 dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka ili nakon toga sudskom ili izvansudskom ovrhom ili prisilnim sudskim osiguranjem stekne koje razlučno ili slično pravo koje ulazi u stečajnu masu, to pravo otvaranjem stečajnoga postupka prestaje, odnosno postupak u tijeku se obustavlja (čl. 168. st. 1. reč. 1. SZ 2015). U ovoj odredbi pogrešno su ispuštene riječi o stjecanju razlučnog ili sličnog prava *na imovini* koja ulazi u stečajnu masu, jer razlučno pravo kao takvo ne ulazi u stečajnu masu, već postoji na predmetima koji (kao imovina) ulaze u stečajnu masu. U ovoj novoj zakonskoj odredbi novo je što se i razlučnim pravima koja su stečena izvansudskom ovrhom neposredno prije otvaranja stečajnog postupka želi oduzeti pravni učinak. Novost je i što je vremenski trenutak nakon kojeg su stečena razlučna prava ovrhom i osiguranjem, a koja će u slučaju otvaranja stečajnog postupka izgubiti pravni učinak, premješten na 60 dana prije podnesenog prijedloga za otvaranje predstečajnoga postupka. Nadalje, nova je i odredba da će se ta predmetna prava brisati iz javnih knjiga, upisnika i očevidnika u kojima se vode na temelju rješenja suda (čl. 168. st. 1. reč. 2. SZ 2015), kao i odredba da će u slučaju kada je postupak sudske ovrhe ili prisilnoga sudskog osiguranja obustavljen prije nastupanja pravnih posljedica otvaranja predstečajnoga ili stečajnoga postupka, to rješenje donijeti sud u stečajnom postupku (čl. 168. st. 2. SZ 2015). Pod "predmetnim pravima" ovdje se očito misli na prava koja bi inače u stečajnom postupku dala osnovu za odvojeno namirenje na dotičnom predmetu stečajne mase na kojem bi postojala da su pravovremeno stečena. Navedene odredbe otvaraju pitanje, u kojem trenutku će se obaviti njihovo brisanje, i je li ta odredba primjerena u situaciji

kada dođe do obustave stečajnoga postupka uz suglasnost vjerovnika (čl. 298. st. 1.-2. SZ 2015).

Nadalje, novi Stečajni zakon odstupa od klasičnog pravila hrvatskoga i komparativnog stečajnog odnosno insolvencijskog prava prema kojem su razlučni vjerovnici ovlašteni i nakon otvaranja stečajnog postupka pokrenuti postupak ovrhe ili osiguranja po općim pravilima ovršnoga postupka odnosno tražiti nastavak prekinutih postupaka ovrhe i osiguranja pokrenutih prije otvaranja stečajnoga postupka, a koje i nakon otvaranja stečajnog postupka provodi ovršni sud (čl. 98. st. 5. SZ 1996). Prema novom zakonskom rješenju razlučni vjerovnici nisu ovlašteni pokrenuti postupak ovrhe ili osiguranja (čl. 169. st. 5. SZ 2015), a takvi postupci koji su u tijeku u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka se prekidaju (čl. 169. st. 6. reč. 1. SZ 2015). Sud koji vodi postupak ovrhe ili osiguranja dužan je u roku od osam dana od dana otvaranja stečajnoga postupka rješenjem utvrditi prekid postupka, oglasiti se nenadležnim i ustupiti predmet sudu koji vodi stečajni postupak (čl. 169. st. 7. SZ 2015). Eventualna žalba protiv tog rješenja ne zadržava nastupanje pravnih učinaka tog rješenja (čl. 169. st. 8. SZ 2015). Prekinute postupke ovrhe i osiguranja nastavit će sud koji vodi stečajni postupak primjenom pravila o unovčenju predmeta na kojima postoji razlučno pravo u stečajnom postupku (čl. 169. st. 6. reč. 2. SZ 2015). Kao razlog za ta nova zakonska rješenja u Vladinom obrazloženju Konačnog prijedloga Stečajnog zakona navedeno je da se na taj način "želi skratiti trajanje stečajnih postupaka u slučajevima izdvojenog unovčenja predmeta nad kojima postoji zasnovano založno pravo u zasebnom ovršnom postupku",[41] kao i da zbog odvojenog ovršnog postupka "dolazi do povećanih troškova".[42] Ne ulazeći u nepreciznost ovog šturog Vladinog obrazloženja, može se postaviti pitanje hoće li stečajni sud u unovčenju predmeta razlučnog prava u pravilu doista biti brži od ovršnog suda i u čemu će se konkretno očitovati smanjenje troškova.

U novom Stečajnom zakonu zadržano je pravilo prema kojem je dužnik pojedinac dužan sudu, stečajnom upravitelju, odboru vjerovnika i, prema nalogu suda, vjerovnicima davati sve potrebne obavijesti o okolnostima koje se odnose na postupak (čl. 106. st. 1. SZ 1996 i čl. 177. st. 1. SZ 2015). Također je zadržano pravilo da se ta dužnost odgovarajuće odnosi i na osobe ovlaštene za zastupanje dužnika po zakonu, članove nadzornoga tijela i osobno odgovorne članove dužnika ovlaštene za zastupanje, kao i osobe koje su to svojstvo izgubile tijekom zadnje dvije godine prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, te radnike i prijašnje dužnikove radnike, osim onih koji su to svojstvo izgubili prije više od dvije godine prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka (čl. 106. st. 1. reč. 1.-2., st. 2. SZ 1996 i čl. 180. st. 1. reč. 1.-2., st. 2. SZ 2015). Nažalost, ispuštena je odredba da se tako dane obavijesti u kaznenom ili prekršajnom postupku mogu koristiti protiv dužnika ili kojega od njegovih bliskih srodnika samo uz pristanak dužnika (čl. 106. st. 2. SZ 1996). To će za posljedicu imati manju kooperativnost dužnika u prethodnom postupku odnosno otvorenom stečajnom postupku, što će u konačnici značiti i manju

41 Vladino Obrazloženje Konačnog prijedloga zakona, Klasa: 022-03/14-01/183, Ur. broj: 65-15-07 od 14. svibnja 2015., str. 146.

42 Ibidem, str. 144.

stečajnu masu iz koje će se stečajni vjerovnici moći namiriti, a to se pravnopolitički ne čini ispravnim.

Novi Stečajni zakon u potpunosti je ukinuo mogućnost zatvaranja dužnika odnosno osobe ovlaštene za zastupanje dužnika po zakonu, članova nadzornoga tijela, osobno odgovornih članova dužnika ovlaštenih za zastupanje, kao i osoba koje su to svojstvo izgubile tijekom zadnje dvije godine prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, koja je prema starom Stečajnom zakonu postojala u slučaju njihove nesuradnje (čl. 107. st. 2.-4. SZ 1996). Vladino Obrazloženje Konačnog prijedloga Stečajnog zakona uopće nije dalo nikakvo objašnjenje za tako važnu zakonsku promjenu.

Prema starom Stečajnom zakonu, ako dužnik ili druga osoba koja je imala zakonsku obavezu surađivati s tijelima stečajnog postupka nije surađivala, stečajni sudac ju je mogao novčano kazniti do 50.000,00 kuna (čl. 107. st. 6. SZ 2015). Prema novom Stečajnom zakonu sud u takvom slučaju može izreći novčanu kaznu samo do 10.000,00 kuna (čl. 178., st. 2. SZ 2015). Doista nije jasno, zašto je zakonodavac imao potrebu ovako drastično smanjiti mogućnost stečajnog suda da barem novčanom kaznom "motivira" dužnika odnosno osobe po zakonu obvezane na suradnju da dadu potrebne informacije odnosno surađuju, ako dotične osobe već same po sebi ne poštuju te važne ne samo zakonske već i etičke standarde i ne vode računa o pravima svojih vjerovnika.

2.4.2. Ispunjenje pravnih poslova

Kada je riječ o utjecaju otvaranja stečajnoga postupka na ispunjenje pravnih poslova najznačajnije novine Stečajnog zakona odnose se na uvođenje odredbi o kvalificiranim financijskim ugovorima i manje izmjene u odredbama koje se tiču ugovora o radu. S obzirom na novo određenje trenutka otvaranja stečajnog postupka, potrebno je spomenuti i odredbu o ponudi.

Dosadašnji Stečajni zakon nije regulirao pravni učinak otvaranja stečajnoga postupka na tzv. kvalificirane financijske ugovore. Novi Stečajni zakon to čini, pri čemu ujedno daje i zakonsku definiciju tih ugovora. Riječ je o financijskim ugovorima u kojima je jedna od strana kreditna institucija, financijska institucija, investicijsko društvo, leasing-društvo, društvo za upravljanje, društvo za upravljanje alternativnim investicijskim fondovima, mirovinsko društvo ili društvo za osiguranje, kojima nastaju obveze koje se moraju ispuniti u određeno vrijeme ili tijekom određenog roka, bez obzira na to jesu li sklopljeni pod uvjetom ili nisu, a osobito: 1. ugovori s financijskim instrumentima u smislu Zakona o tržištu kapitala; 2. repo ugovori i ostali ugovori o financijskom osiguranju u smislu Zakona o financijskom osiguranju; 3. uporaba financijskih instrumenata, uključujući kredite i zajmove kao pomoćne usluge u smislu Zakona o tržištu kapitala; 4. sporazumi o bilančnom obračunavanju (netiranje) u smislu propisa kojima se regulira poslovanje kreditnih institucija i 5. transakcije kupoprodaje strane valute (čl. 182. st. 7. SZ 2015). Otvaranje stečajnoga postupka ne utječe na takve kvalificirane financijske ugovore ako su ugovorne strane ugovorile obračunavanje (netiranje) te se naknada zbog neispunjenja može tražiti u skladu sa sadržajem ugovora. Ako nakon obračunavanja (netiranja) međusobnih tražbina

preostane obveza stečajnoga dužnika, vjerovnik takvu tražbinu može ostvarivati u stečajnom postupku kao stečajni vjerovnik (čl. 182. st. 6. SZ 2015).

U manjoj mjeri izmijenjene su dosadašnje zakonske odredbe o pravnim učincima otvaranja stečajnoga postupka na ugovore o radu. Većina dosadašnjih pravila je zadržana, pa tako i pravilo prema kojem nakon otvaranja stečajnoga postupka stečajni upravitelj u ime dužnika poslodavca i radnik mogu otkazati ugovor o radu, bez obzira na ugovoreno trajanje ugovora i bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika, kao i pravilo da otkazni rok iznosi mjesec dana, ako zakonom nije određen kraći rok (čl. 120. st. 3. reč. 1.-2. SZ 1996; čl. 191. st. 3. reč. 1.-2. SZ 2015). No, napušteno je pravilo prema kojem, ako otkaz izjavi stečajni upravitelj, druga strana može kao stečajni vjerovnik zahtijevati naknadu štete zbog prijevremenoga prestanka radnog odnosa (čl. 120. st. 3. reč. 3. SZ 1996). Zadržano je pravilo prema kojem stečajni upravitelj može, radi završetka započetih poslova i otklanjanja moguće štete, na temelju odobrenja suda, sklopiti nove ugovore o radu na određeno vrijeme (čl. 120. st. 5. SZ 1996), ali je dodano da to stečajni upravitelj može učiniti bez ograničenja koji su za ugovor o radu na određeno vrijeme propisani općim propisom o radu (čl. 191. st. 5. SZ 2015).

Kao i prema dosadašnjem Stečajnom zakonu ponude učinjene dužniku ili ponude koje je učinio dužnik prestaju vrijediti na dan otvaranja stečajnoga postupka, ako do tog dana nisu prihvaćene (čl. 123. SZ 1996; čl. 194. SZ 2015). Interesantno je za primijetiti, da zakonodavac u ovoj odredbi nije smatrao potrebnim prestanak ponuda vezati za trenutak otvaranja stečajnog postupka i time za trenutak nastupa pravnih učinaka njegovog otvaranja (čl. 158. st. 1. SZ 2015). Vjerojatno je riječ o propustu zakonodavca odnosno onih koji su pripremali završni tekst zakona.

2.4.3. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika

Šteta je što se donošenje novog Stečajnog zakona nije iskoristilo da se preciznije i jasnije formulira opća odredba o pobijanju stečajnih radnji stečajnih dužnika (čl. 128. st. 1. SZ 1996; čl. 198. st. 1. SZ 2015), koja zbunjuje s obzirom na to da i pogodovanje pojedinih vjerovnika predstavlja oštećenje stečajnih vjerovnika.

Novinu predstavlja proširenje kruga bliskih osoba dužnika pojedinca na njegovog izvanbračnog druga i njegovog životnog partnera (čl. 207. st. 1. toč. 1. i 2. SZ 2015).

Bitno su promijenjena pravila koja se odnose na tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika (usporediti čl. 141. st. 1.-9. SZ 1996).

Pravo podnošenja te tužbe i dalje imaju i stečajni upravitelj i stečajni vjerovnici, no pravo stečajnih vjerovnika na podnošenje dotične tužbe postalo je supsidijarno. Naime, stečajni upravitelj je u prvom redu ovlašten pobijati pravne radnje dužnika, i to na temelju odobrenja suda, pri čemu je dosadašnji rok od dvije godine od otvaranja stečajnog postupka u kojem se mogla podići ta tužba, skraćen na godinu i pol dana (čl. 212. st. 1. i st. 3. SZ 2015).

Svaki stečajni vjerovnik ima pravo podnijeti tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika za svoj račun i na svoj rizik troškova, ali samo u sljedećim slučajevima: a) ako stečajni upravitelj nije podnio tu tužbu u propisanom roku od

godinu i pol dana, pri čemu stečajni vjerovnik tada tužbu može podnijeti u roku od tri mjeseca od isteka roka za tužbu propisanog stečajnom upravitelju; b) ako je stečajni upravitelj povukao tužbu, pri čemu stečajni vjerovnik tada može podnijeti tužbu u roku od tri mjeseca od objave pravomoćnog rješenja kojim je utvrđeno povlačenje tužbe na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova; c) ako je stečajni vjerovnik prethodno zatražio očitovanje stečajnog upravitelja i ako se stečajni upravitelj očitovao da neće podnijeti tužbu, pri čemu stečajni vjerovnik tada može podnijeti tužbu u roku od tri mjeseca od objave očitovanja stečajnog upravitelja da neće podnijeti tužbu na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova; d) ako je stečajni vjerovnik prethodno zatražio očitovanje stečajnog upravitelja i ako se stečajni upravitelj nije u roku od tri mjeseca očitovao hoće li podnijeti dotičnu tužbu, pri čemu stečajni vjerovnik tada može podnijeti tužbu u roku od tri mjeseca od objave poziva stečajnom upravitelju da se očituje hoće li podnijeti tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika (čl. 212. st. 4. SZ 2015).

Pri tome je propisana obveza stečajnom upravitelju da sudu radi objave na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova bez odgode dostavi: pravomoćno rješenje kojim je utvrđeno da je povukao tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika ili očitovanje da neće podnijeti takvu tužbu povodom poziva stečajnog vjerovnika da se o tome očituje, kao i sam poziv stečajnog vjerovnika da se očituje o eventualnom podnošenju takve tužbe (čl. 212. st. 5. SZ 2015).

Izričito je propisano da stečajni vjerovnici koji su podnijeli tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika imaju položaj jedinstvenih suparničara (čl. 212. st. 6. SZ 2015).

Iz izloženih pravila proizlazi dojam kao da isključivo od odluke stečajnog upravitelja, ako ima odobrenje stečajnog suda, ovisi hoće li ili neće podnijeti tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog upravitelja. No, to nije tako. Treba upozoriti, da u slučaju u kojem bi bila riječ o parnici znatne vrijednosti predmeta spora, stečajni upravitelj će za pokretanje parnice morati imati i suglasnost odbora vjerovnika odnosno, ako on nije osnovan, skupštine vjerovnika (čl. 230. st. 1. reč. 1.-2., st. 2. toč. 3. SZ 2015). Čini se, da bi skupština vjerovnika, temeljem čl. 107. st. 1. toč. 6. SZ-a mogla stečajnom upravitelju naložiti podnošenje tužbe radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, čak i kad on ne bi smatrao da je njezino podnošenje potrebno.

Zadržano je pravilo prema kojem, ako se zahtjev za pobijanje pravne radnje prihvati, pobijena pravna radnja je bez učinka prema stečajnoj masi i protivna strana dužna je vratiti u stečajnu masu sve imovinske koristi stečene na osnovi pobijene radnje (čl. 141. st. 5. SZ 1996), ali su u tom pravilu dodane riječi, "ako Stečajnim zakonom nije drukčije određeno" (čl. 212. st. 7. reč. 1. SZ 2015). Uvedeno je novo pravilo prema kojem prijedlog za ovrhu na temelju presude kojom se prihvaća zahtjev za pobijanje pravne radnje može podnijeti stečajni upravitelj u ime i za račun stečajnog dužnika odnosno stečajne mase te stečajni vjerovnik u svoje ime, a za korist stečajnog dužnika odnosno stečajne mase (čl. 212. st. 7. reč. 2. SZ 2015).

Zadržano je pravilo prema kojem primatelj činidbe bez naknade ili uz neznatnu naknadu mora vratiti ono što je primio samo ako je time obogaćen, osim ako je znao ili je morao znati da se takvom činidbom oštećuje vjerovnik (čl. 141. st. 6. SZ 1996;

čl. 212. st. 8. SZ 2015).

Nadalje, zadržano je i pravilo prema kojem pravomoćna presuda donesena u parnici za pobijanje pravnih radnji djeluje prema stečajnom dužniku odnosno stečajnoj masi te svim stečajnim vjerovnicima (čl. 141. st. 7. SZ 1996), uz dodatak, ako Stečajnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 212 st. 9. SZ 2015).

Novim pravilom određuje se da u slučajevima u kojima je stečajni vjerovnik podignuo tužbu radi pobijanja u skladu s člankom 212. stavkom 4. te ako je sud u toj parnici prihvatio zahtjev za pobijanjem, protivna strana je dužna sve imovinske koristi stečene na osnovi pobijene radnje vratiti u stečajnu masu (čl. 212. st. 10. reč. 1. SZ 2015). Nakon vraćanja novčane koristi stečene na osnovi pobijene radnje u stečajnu masu, tužitelji stečajni vjerovnici imaju pravo prvenstvenog namirenja iz koristi vraćene u stečajnu masu razmjerno visini njihove utvrđene tražbine (čl. 212. st. 10. reč. 2. SZ 2015). Ovo novo pravilo iznimno je štetno i treba ga što prije ukinuti, jer je protivno jednom od temeljnih načela stečajnog prava, načelu *par conditio creditorum*. Ispravno je jedino, da u slučaju kada stečajni vjerovnik podnese tužbu radi pobijanja i kada parnični sud prihvati zahtjev za pobijanje, takav stečajni vjerovnik ima iz onoga što se mora vratiti u stečajnu masu pravo prvenstvenog namirenja samo za troškove koji su bili potrebni za vođenje parnice, no nikako ne za njegovu stečajnopravnu tražbinu.

Ako je parnica povodom tužbe za pobijanje pravne radnje u kojoj je zahtjev za pobijanje prihvaćen pravomoćno završila tek nakon zaključenja stečajnog postupka, morao bi se odrediti nastavak stečajnog postupka radi naknadne diobe onoga što je vraćeno u stečajnu masu, (čl. 289. st. 1.-8. SZ 2015), i to neovisno o tome je li tu tužbu podnio stečajni upravitelj ili stečajni vjerovnik.

Zadržano je pravilo prema kojem se pravne radnje dužnika mogu pobijati i isticanjem prigovora u parnici bez vremenskoga ograničenja (čl. 141. st. 9. SZ 1996; čl. 212. st. 11. S/ 2015).

U novom Stečajnom zakonu nije izričito ponovljeno pravilo prema kojem ako protivnik pobijanja vrati natrag ono što je primio, njegova tražbina ponovno oživljuje (čl. 142. st. 1. SZ 1996). No, to ipak posredno proizlazi iz novog pravila sadržanog u članku 213. stavku 1. rečenici 1. novog Stečajnog zakona prema kojoj protivnik pobijanja koji je dužan vratiti natrag ono što je primio, ima pravo u roku od 30 dana od pravomoćnosti presude kojom se prihvaća zahtjev za pobijanje pravne radnje prijaviti tražbinu stečajnom upravitelju u skladu s člankom 257. Stečajnog zakona. Pri tome je određeno da vrijeme između objave poziva za posebno ispitno ročište radi utvrđenja tražbine protivnika pobijanja i dana održavanja ne smije biti kraće od 15 dana niti duže od 45 dana (čl. 213. st. 1. reč. 2 SZ 2015).

Prema članku 213. st. 2. reč. 1. SZ 2015 protivnik pobijanja ima pravo tražiti da mu se njegova protučinidba vrati iz stečajne mase ako je njegova tražbina utvrđena i ako se još može izdvojiti. Inače, prema čl. 213. st. 2. reč. 2. SZ 2015, protivnik pobijanja može svoje pravo na povrat protučinidbe ostvarivati kao stečajni vjerovnik. U odredbi čl. 213. st. 2. reč. 1. SZ 2015 očito je došlo do pogreške, jer nije riječ o izdvajanju tražbine već o mogućnosti da se iz stečajne mase izdvoji protučinidba protivnika pobijanja. U novom Stečajnom zakonu ispušteno je pravilo da protivnik

pobijanja ima pravo tražiti da mu se njegova protučinidba vrati iz stečajne mase i u slučaju ako je masa obogaćena vrijednošću činidbe (čl. 142. st. 2. reč. 1. SZ 1996), pa bi iz čl. 213. st. 2. reč.1. i reč. 2. SZ 2015 proizlazilo da bi i u slučaju obogaćenja stečajne mase vrijednošću protučinidbe protivnik pobijanja u odnosu na povrat te protučinidbe imao samo poziciju stečajnog vjerovnika. To je svakako pogrešno zakonsko rješenje, i pokazuje da autori Konačnog prijedloga Stečajnog zakona institut stečajnopravnog pobijanja nisu ispravno razumjeli, jer nije smisao pobijanja pravnih radnji dužnika obogaćenje stečajne mase, već samo povrat onoga što je iz nje protupravno otuđeno.

2.5. Upravljanje stečajnom masom i njezino unovčenje

2.5.1. Osiguranje stečajne mase

Stečajni upravitelj može na temelju ovršnoga rješenja o otvaranju stečajnoga postupka zahtijevati od suda da naloži dužniku predaju stvari (čl. 216. st. 2. reč. 1. SZ 2015), a nakon pravomoćnosti tog rješenja on može zahtijevati od suda naložiti i trećim osobama, u čijem su posjedu predmeti stečajne mase, predaju tih stvari (čl. 216. st. 3. reč. 1. SZ 2015). U slučaju da dužnik odnosno treće osobe ne postupe po nalogu suda, novi Stečajni zakon propisuje nova pravila i određuje da će sud na prijedlog stečajnoga upravitelja naložiti raspisivanje potrage za predmetima stečajne mase i osobi od koje je stvar prisilno oduzeta naložiti plaćanje odgovarajuće naknade stečajnom dužniku za neovlašteno korištenje odnosno uporabu od dana otvaranja stečajnoga postupka do dana oduzimanja (čl. 216. st. 6. SZ 2015), pri čemu ta naknada ne može biti manja od 100,00 kuna niti veća od 1.000,00 kuna po danu (čl. 216. st. 7. SZ 2015). Ako za vrijeme neovlaštenoga korištenja odnosno uporabe predmet stečajne mase propadne, sud će osobi kod koje je stvar propala naložiti plaćanje odgovarajuće naknade stečajnom dužniku za vrijednost stvari i neovlašteno korištenje odnosno uporabu prema predstavljenim odredbama članka 216. stavcima 6. i 7. SZ 2015. Odgovorne osobe pravne osobe solidarno odgovaraju za te obveze (čl 216. st. 9. SZ 2015). Sasvim je nejasno, koji sud i u kojem postupku donosi odluke prema upravo spomenutim zakonskim odredbama. Ne smije se zaboraviti, da se prisila prema trećim osobama može primjenjivati samo na temelju valjanog ovršnog naslova i u zakonom predviđenom postupku. Ako treće osobe ne bi htjele dobrovoljno predati predmet za koji stečajni upravitelj smatra da je predmet stečajne mase, niti bi bile spremne na postupak mirenja, nužno bi trebalo u skladu s osnovnim načelima građanskog procesnog prava provesti parnični postupak, u kojem će se odlučiti o postojećem sporu. O sporu se ne može odlučivati u izvanparničnom stečajnom postupku, koji za to nema odgovarajući procesni instrumentarij.

Novi Stečajni zakon ponovno uvodi mogućnost nastavka poslovanja dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka, a koja je bila ukinuta Novelom Stečajnog zakona iz 2012. godine. Tako se određuje da će se do izvještajnoga ročišta završit oni započeti poslovi čije je ispunjenje potrebno da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnoga dužnika kao i oni poslovi za koje stečajni upravitelj utvrdi da su korisni za stečajnu masu (čl. 217. st. 1. SZ 2015). Na izvještajnom ročištu stečajni vjerovnici odlučuju hoće li se poslovanje dužnika nastaviti ili obustaviti, pri čemu tu odluku o

nastavljanju odnosno obustavi poslovanja oni mogu izmijeniti bilo na kojoj skupštini vjerovnika (čl. 217. st. 2. reč. 1.-2. SZ 2015). No, nastavljanje poslovanja dopušteno je najduže godinu i pol dana od dana održanoga izvještajnog ročišta, osim ako je sudu podnesen stečajni plan (čl. 217. st. 3. SZ 2015). To je ujedno i rok u kojem stečajni upravitelj mora unovčiti imovinu koja ulazi u stečajnu masu tako da se može pristupiti završnoj diobi, jer će ga sud u protivnom, na prijedlog odbora vjerovnika ili skupštine vjerovnika, razriješiti (čl. 91. st. 1. SZ 2015).

Uvedeno je novo dodatno pravilo u pogledu zatvaranja računa dužnika po otvaranju stečajnog postupka. Naime, ako je pravna osoba koja za dužnika obavlja poslove platnoga prometa saznala za otvaranje stečajnog postupka prije nego što je stečajni upravitelj zatražio zatvaranje računa, on ih je dužna zatvoriti (čl. 218. st. 3. SZ 2015).

Novo pravilo vezano uz tvrtku dužnika sada glasi: nakon otvaranja stečajnoga postupka uz tvrtku ili naziv dužnika na poslovnom papiru dodaje se oznaka "u stečaju" s naznakom novih brojeva računa preko kojih se obavlja poslovanje dužnika iz članka 217. Stečajnog zakona (čl. 219. SZ 2015). U to su staro pravilo novim Stečajnim zakonom ubačene riječi "na poslovnom papiru" te su mu značajno promijenile i štetno suzile smisao. Naime, to bi značilo da oznaka "u stečaju" uz tvrtku ili naziv dužnika mora biti samo na dužnikovom poslovnom papiru, a ne primjerice u komunikaciji koja se odvija elektronički ili prilikom elektroničke reklame dužnika.

Novi Stečajni zakon nije preuzeo pravila o pečaćenju stvari koje ulaze u stečajnu masu radi njihovog osiguranja (čl. 149. SZ 1996). To su pravila nepotrebno i štetno ispuštena, jer je ovdje riječ o stvarima koje nisu u posjedu stečajnog upravitelja, a javnost se upozorava na to da je riječ o zaplijenjenim stvarima. Doista nije jasno, što su bili motivi zakonodavca da napusti dotične odredbe.

U popisu predmeta stečajne mase za svaki predmet potrebno je navesti njegovu vrijednost (čl. 150. st. 2. reč. 1. SZ 1996; čl. 221. st. 2. reč. 1. SZ 2015). Premda je novim Stečajnim zakonom vraćena mogućnost nastavka poslovanja dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka, u odredbe o popisu predmeta stečajne mase pogrešno je propušteno vratiti pravilo prema kojem je, ako vrijednost predmeta ovisi o tome hoće li dužnikovo poduzeće nastaviti poslovanje ili ne, potrebno navesti obje vrijednosti (čl. 150. st. 2. reč. 2. SZ 1996).

2.5.2. Odluka o unovčenju

Uvedena je obveza stečajnog upravitelja da najkasnije 15 dana prije izvještajnoga ročišta sudu dostavi izvješće o gospodarskom položaju dužnika i njegovim uzrocima (čl. 227. st. 1. SZ 2015), te je određeno da će se ono objaviti na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova najkasnije osam dana prije izvještajnoga ročišta (čl. 227. st. 2. SZ 2015). To je izvješće stečajni dužnik dužan podnijeti na izvještajnom ročištu (čl. 227. st. 3. SZ 2015). Premda je novi Stečajni zakon vratio mogućnost nastavka poslovanja dužnika nakon otvaranja stečajnoga postupka, nažalost, zakonodavac je u ovom članku propustio vratiti pravilo prema kojem će stečajni upravitelj u svom izvješću koje podnosi na izvještajnom ročištu posebno istaknuti postoje li izgledi da se poslovanje poduzeća dužnika nastavi u cijelosti ili djelomično i kakve bi učinke to

moglo imati na namirenje vjerovnika.

Novi Stečajni zakon donosi novo pravilo prema kojem je stečajni upravitelj dužan, uz odgovarajuću primjenu pravila ovršnoga postupka, Financijskoj agenciji bez odgode dostaviti podatke o svim nekretninama koje se prodaju u stečajnom postupku, a o pokretninama ako je njihova procijenjena vrijednost veća od 50.000,00 kuna radi upisa u Očevidnik nekretnina i pokretnina uz naznaku da se prodaju u stečajnom postupku (čl. 229. st. 3. SZ 2015). Dakle, umjesto dostave podataka Hrvatskoj gospodarskoj komori (čl. 158. st. 4. SZ 1996), sada se navedeni podatci dostavljaju Financijskoj agenciji koja od 1. siječnja 2015. vodi dotični očevidnik. Ako stečajni vjerovnici nisu na izvještajnom ročištu drukčije odredili način i uvjete prodaje, imovina dužnika prodaje se odgovarajućom primjenom odredbi članaka 247. i 249. Stečajnog zakona (čl. 229. st. 4. SZ 2015). To znači da se nekretnine, brodovi, brodovi u gradnji, zrakoplovi i druga prava upisana u javnu knjigu prodaju odnosno unovčuju uz odgovarajuću primjenu pravila ovršnoga postupka o ovrsi na nekretnini bez primjene pravila o obustavi postupka (čl. 247. SZ 2015), a pokretnine se unovčuju uz odgovarajuću primjenu pravila ovršnoga postupka ili slobodnom pogodbom (čl. 249. SZ 2015). Stoga nije dovoljno jasna odredba članka 299. stavka 5. SZ 2015 koja određuje da ako vjerovnici ne donesu odluku o daljnjem načinu i uvjetima prodaje, stečajni upravitelj će odrediti način i uvjete prodaje.

U pogledu prodaje imovine dužnika kao cjeline nova je odredba prema kojoj, ako je odlukom o prodaji određena prodaja elektroničkom javnom dražbom, prodaja će se provesti uz odgovarajuću primjenu pravila ovršnoga postupka o ovrsi na nekretnini (čl. 235. st. 3. SZ). Isto tako je novo pravilo prema kojem se danom pravomoćnosti rješenja o potvrđivanju ugovora o prodaji prekinuti svi postupci koje prema odredbama Stečajnog zakona nastavlja kupac u svoje ime i za svoj račun (čl. 237. st. 3. SZ 2015).

2.5.3. Unovčenje predmeta na kojima postoji razlučno pravo

U pogledu unovčenja predmeta na kojima postoji razlučno pravo novi Stečajni zakon u prvom redu donosi promjene u pogledu načina unovčenja nekretnina nad kojima postoji razlučno pravo te u pogledu obračuna troškova kod unovčenja predmeta razlučnog prava.

Kao što je već rečeno, prema novom zakonskom uređenju razlučni vjerovnici više nisu ovlašteni pokretati odnosno nastavljati ovršne postupke nakon otvaranja stečajnog postupka (čl. 169. st. 5.-8. SZ 2015).

Dok se prema ranijem uređenju nekretnina na kojoj postoji razlučno pravo prodavala u stečajnom postupku na prijedlog stečajnog upravitelja, ali samo ako razlučni vjerovnik nije prethodno pokrenuo postupak ovrhe na njoj (čl. 164. st. 1. SZ 1996), prema novim pravilima nekretnina na kojoj postoji razlučno pravo prodaje se isključivo u stečajnom postupku, na prijedlog stečajnoga upravitelja ili razlučnoga vjerovnika, uz odgovarajuću primjenu pravila ovršnoga postupka o ovrsi na nekretnini, pri čemu se ne primjenjuju pravila o obustavi postupka (čl. 247. st. 1. reč. 1.-2. SZ 2015).

O prodaji nekretnine na kojoj postoji razlučno pravo sud odlučuje rješenjem

protiv kojeg pravo na žalbu imaju stečajni upravitelj i razlučni vjerovnici. U tom rješenju sud će odrediti da se nekretnina prodaje u stečajnom postupku te će se upisati zabilježba tog rješenja u zemljišnoj knjizi (čl. 247. st. 2. reč.1.-3. SZ 2015).

Zaključkom o prodaji sud će utvrditi vrijednost nekretnine, način prodaje i uvjete prodaje (čl. 247. st. 3. SZ 2015), no samu prodaju nekretnine provodi Financijska agencija elektroničkom javnom dražbom (čl. 247. st. 4. SZ 2015).

Pri tome postoje određena zakonska ograničenja o cijeni nekretnine. Nekretnina se ne može prodati: a) na prvoj dražbi ispod tri četvrtine utvrđene vrijednosti nekretnine; b) na drugoj dražbi ispod jedne polovine utvrđene vrijednosti nekretnine te c) na trećoj dražbi ispod jedne četvrtine utvrđene vrijednosti nekretnine (čl. 247. st. 5. SZ 2015). No, na četvrtoj dražbi nekretnina prodaje se po početnoj cijeni od 1,00 kune (čl. 247. st. 6. SZ 2015).

Sasvim je novo i pravilo po kojemu prvi razlučni vjerovnik u prednosnom redu može izjaviti da kupuje nekretninu i da stavlja u prijeboj svoju tražbinu s protutražbinom stečajnoga dužnika po osnovi cijene u visini utvrđene vrijednosti nekretnine (čl. 247. st. 7. SZ 2015).

Navedena pravila na odgovarajući se način primjenjuju na prodaju brodova, brodova u gradnji, zrakoplova i drugih prava upisanih u javne knjige (čl. 247. st. 8. SZ 2015).

Premda novi Stečajni zakon ponovno uvodi mogućnost nastavka poslovanja stečajnog dužnika i tzv. sanacijskog stečajnog plana, zakonodavac nije vratio odredbe o mogućoj odgodi unovčenja nekretnine na kojoj postoji razlučno pravo, a koje su postojale prije Novele Stečajnog zakona iz 2012. godine (čl. 164. st. 7.-11. SZ 1996), i koje su istovremeno štitile ne samo mogućnost izrade plana i boljeg namirenja stečajnih vjerovnika, već i interese samog razlučnog vjerovnika. Te je odredbe trebalo odgovarajuće preformulirati s obzirom na to da se sada unovčenje nekretnine provodi samo unutar stečajnog postupka, ali je ipak trebalo ponovno uvesti mogućnost takve odgode unovčenja. Članak 319. stavak 1. SZ 2015 doduše određuje, da će sud, na prijedlog dužnika ili stečajnoga upravitelja odrediti obustavu unovčenja i diobe stečajne mase, ako bi provedba podnesenoga stečajnog plana bila ugrožena nastavljanjem unovčenja i diobe stečajne mase. Ipak, sud neće odrediti obustavu ili će već doneseno rješenje o obustavi staviti izvan snage ako bi zbog obustave mogla nastupiti znatna šteta za stečajnu masu ili ako stečajni upravitelj, uz suglasnost odbora vjerovnika ili vjerovnika, zatraži nastavak unovčenja i diobe mase (čl. 319. st. 2. SZ 2015). No, te se odredbe odnose generalno na obustavu unovčenja u stečajnom postupku, te se ne mogu primijeniti na potrebu odgode unovčenja samo jednog predmeta stečajne mase na kojoj postoji razlučno pravo, to tim više što ona ne predviđaju dostatne zaštitne mehanizme za razlučnog vjerovnika.

Nakon unovčenja stvari ili prava na kojemu postoji razlučno pravo upisano u javnoj knjizi sud će iz iznosa ostvarenoga prodajom: 1. namiriti troškove unovčenja iz članka 254. Stečajnoga zakona; 2. namiriti tražbine razlučnih vjerovnika prema redoslijedu određenim pravilima ovršnoga postupka i 3. preostali iznos predati stečajnom upravitelju za namirenje stečajnih vjerovnika (čl. 248. st. 1. SZ 2015). Sud je dužan donijeti rješenje o namirenju u roku od 30 dana od dana pravomoćnosti

rješenja o dosudi (čl. 248. st. 2. SZ 2015).

Prema starom Stečajnom zakonu prije namirenja razlučnog vjerovnika iz utrška postignutom unovčenjem predmeta razlučnog prava najprije se morao u stečajnu masu unijeti iznos potreban za naknadu *troškova utvrđivanja tražbine ili unovčenja* (čl. 169. st. 1. reč. 1. SZ 1996). Pod troškovima utvrđivanja tražbine mislilo se na troškove utvrđivanja istovjetnosti predmeta i prava na tom predmetu, koji se paušalno određivao u iznosu od 5 % utrška (čl. 170. st. 1. SZ 1996). Troškovi unovčenja određivali su se paušalno u iznosu od 5 % utrška, no ako su stvarno nastali troškovi i ostale obveze stečajne mase bili znantno niži ili viši, određivali su se u stvarnoj visini (čl. 170. st. 2. reč. 1. SZ 1996). Već je u tim starim odredbama bilo pogrešaka. Naime, nije bila riječ o troškovima utvrđivanja *tražbine* kao takve, već o utvrđivanju predmeta razlučnog prava, koji obuhvaća utvrđivanje istovjetnosti predmeta i prava na tom predmetu, dok su troškovi unovčenja obuhvaćali troškove koji su potrebni da bi se predmet razlučnog predmeta unovčio. Dakle, troškovi za utvrđivanje predmeta razlučnog prava prije novog Stečajnog zakona određivali su se paušalno u iznosu od 5 % utrška. Dodatno, *troškovi unovčenja* tog predmeta također su se određivali paušalno u iznosu od 5 % utrška, no ako su oni bili znantno viši ili niži, određivali su se u stvarnoj visini. Drugim riječima, kod provedenog unovčenja predmeta razlučnog prava u pravilu se u stečajnu masu morao najprije izdvojiti iznos od 10 %, a tek iz ostatka utrška namirivao se razlučni vjerovnik. Novi Stečajni zakon, nažalost, i dalje troškove utvrđivanja predmeta razlučnog prava pogrešno naziva *troškovima utvrđivanja tražbine* te i dalje pogrešno govori da će se u stečajnu masu unijeti iznos potreban za naknadu *troškova utvrđivanja tražbine* ***ili*** *unovčenja* (čl. 253. st. 1. reč. 1. SZ 2015), premda se zapravo obje vrste troškova moraju izračunati i unijeti u stečajnu masu, prije no što se iz preostalog iznosa namiri razlučni vjerovnik (čl. 253. st. 1. reč. 2. SZ 2015). Novi Stečajni zakon više uopće ne definira pojam troškova utvrđivanja predmeta razlučnog prava, koje pogrešno naziva troškovima utvrđivanja tražbine, a niti određuje njihovu paušalnu visinu kako je to određivao stari Stečajni zakon. Isto tako više uopće ne predviđa paušalne troškove za unovčenje predmeta razlučnog prava. Novi Stečajni zakon samo određuje da je stečajni upravitelj dužan dostaviti sudu obračun troškova unovčenja predmeta na kojem postoji razlučno pravo u roku od osam dana od dana pravomoćnosti rješenja o dosudi (čl. 254. st. 1. SZ 2015), te da troškovi tog unovčenja obuhvaćaju stvarno nastale troškove i ostale obveze stečajne mase (čl. 254. st. 2. reč. 1. SZ 2015). Ako je zbog unovčenja stečajna masa opterećena porezom, iznos toga poreza uračunat će se u troškove unovčenja (čl. 254. st. 2. reč. 2. SZ 2015). Navedene odredbe novog Stečajnog zakona omogućuju zaključak prema kojem stečajni upravitelj uopće ne mora obračunati troškove utvrđivanja predmeta razlučnog prava, što nikako nije dobro zakonsko rješenje. Dodatni problem predstavlja činjenica, što je zakonodavac u potpunosti ukinuo paušalno utvrđivanje troškova utvrđivanja predmeta razlučnog prava i troškova njegovog unovčenja. Razlog zašto je paušalno plaćanje tih troškova od 1996. godine postojalo u našem stečajnom pravu jest taj što je većina predmeta stečajne mase dužnika u pravilu pokrivena razlučnim pravima, te se u skladu sa suvremenim kretanjima u komparativnom pravu, posebno njemačkom, odlučilo razlučne vjerovnike u većoj mjeri uključiti u stečajni postupak,

kako bi se postiglo i da razlučni vjerovnici doprinose mogućnosti da se stečajni postupak uopće provede.[43] Stoga je ukidanje odredaba o paušalnom iznosu iznimno loše zakonsko rješenje i ponovno odraz nedovoljnog nerazumijevanja stečajnog prava onih koji su pisali završni Konačni prijedlog novog Stečajnog zakona. Pri tome ne treba zaboraviti, da će sada i suci i stečajni upravitelj pri određivanju troškova utvrđivanja predmeta razlučnog prava i njegovog unovčenja biti pod osjetnim pritiskom razlučnih vjerovnika.

U slučajevima u kojima razlučni vjerovnik ima pravo unovčiti pokretnu stvar ili tražbinu, sud može na prijedlog stečajnoga upravitelja, a nakon što sasluša vjerovnika, odrediti rok u kojem vjerovnik mora unovčiti predmet. To je pravilo postojalo u starom Stečajnom zakonu (čl. 172. st. 2. reč. 1. SZ 1996), a preuzeo ga je i novi Stečajni zakon (čl. 256. st. 1. SZ 2015). Odredbu starog Stečajnog zakona prema kojoj je nakon isteka toga roka pravo na unovčenje stjecao stečajni upravitelj (čl. 172. st. 2. reč. 2. SZ 1996), novi Stečajni zakon promijenio je te odredio da nakon isteka toga roka pravo na unovčenje stječe sud (čl. 256. st. 2. reč. 2. SZ). Autore Konačnog prijedloga Stečajnog zakona treba podsjetiti da je stečajni upravitelj taj koji ima pravo i obvezu unovčavati predmete stečajne mase (čl. 89. st. 1. toč. 9. SZ 2015), a ne sud.

2.6. Namirenje stečajnih vjerovnika

2.6.1. Utvrđivanje tražbine

U odjeljku Stečajnog zakona o utvrđivanju tražbine najvažnije novine se tiču prijave tražbine stečajnih vjerovnika.

Prijave tražbina stečajnih vjerovnika po novome zakonskom rješenju podnose se isključivo na propisanom obrascu, čiji sadržaj Stečajni zakon i unaprijed određuje (čl. 257. st. 1. SZ 2015). Ako prijava tražbine ne bi bila podnesena na propisanom obrascu, sud će taj podnesak odbaciti (čl. 19. st. 4. SZ 2015). Rečeno je već da je to zakonsko rješenje prekruto, jer ako podnesak sadrži sve što zahtijeva propisani obrazac trebalo bi podnesak ipak prihvatiti i ne robovati formalizmu.

Isto tako sud će rješenjem odbaciti prijavu tražbine podnesenu nakon isteka roka za njezino prijavljivanje (čl. 257. st. 6. SZ 2015), o čemu stečajni vjerovnici osobito moraju voditi računa, jer je ukinuta mogućnost naknadne prijave tražbina viših isplatnih redova.[44]

---

43 U njemačkom Insolvencijskom zakoniku paušalni iznos za troškove utvrđenja predmeta razlučnog prava iznosi 4 % od utrška, dok paušalni iznos za troškove njegovog unovčenja iznosi 5 % od utrška (§ 171. st. 1. reč. 2. i st. 2. reč. 1.). Detaljnije o tim zakonskim rješenjima vidjeti: *Uhlenbruck*, op. cit. u bilj. 4., § 171., rub. br. 1.-23.; *Wegener Burghard*, u knjizi: *Wimmer Klaus*, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Luchterhand, 4. izdanje, München, 2005., § 171., rub. br. 1-13.; *Castrup Hans Werner*, u knjizi: *Graf-Schlicker Marie Luise* (ur.), InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 2010., § 171., rub. br. 1-6.; *Tetzlaff Christian*, knjizi: *Kirchhof Hans-Peter/ Eidenmüller Horst/ Stürner Rolf*, Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 2., München, 2016., § 171., rub. br. 1.-46.

44 Kao što je već spomenuto mogućnost posebnog ispitnog ročišta, postoji samo za protivnika pobijanja u pogledu zahtjeva za povrat protučinidbe iz stečajne mase u slučaju uspješno

Zadržano je pravilo prema kojem stečajni upravitelj sastavlja popis svih tražbina radnika i prijašnjih dužnikovih radnika dospjelih do otvaranja stečajnog postupka koje je obvezan iskazati u bruto i neto iznosu i predočiti na potpis prijavu njihovih tražbina u dva primjerka (čl. 173. st. 2. reč. 1. SZ 1996; čl. 257. st. 3. SZ 2015). Napušteno je pravilo da će smatrati da je radnik svoju tražbinu prijavio u skladu s popisom koji je sastavio stečajni upravitelj, ako najkasnije osam dana prije općeg ispitnog ročišta ne podnese svoju samostalnu prijavu (čl. 173. st. 2. reč. 2. SZ 1996), te je uvedeno novo pravilo prema kojem će se smatrati da je radnik ili prijašnji dužnikov radnik koji nije prijavio tražbinu, tražbinu prijavio u skladu s popisom koji je sastavio stečajni upravitelj prema članku 257. stavak 3. Stečajnog zakona (čl. 257. st. 4. SZ 2015). Iz toga novog pravila ujedno proizlazi da bi radnik (sadašnji i prijašnji) mogao svoju tražbinu prijaviti samostalno u istom roku kao i svaki drugi stečajni vjerovnik, neovisno o popisu koji je napravio stečajni upravitelj. Čini se da bi trebalo uzeti, neovisno o nedovoljno jasnim odredbama zakona, da bi i prijava tražbina na temelju popisa tražbina radnika koje je sastavio stečajni upravitelj ipak trebao potpisati radnik, da bi imala pravni učinak.

Novost je da je stečajni upravitelj dužan tablicu prijavljenih tražbina, tablicu razlučnih prava te tablicu izlučnih prava također sastaviti na propisanom obrascu (čl. 259. st. 1. SZ 2015).

Novi Stečajni zakon ispustio je pravilo prema kojem ulaganje žalbe protiv rješenja o upućivanju u parnicu radi utvrđivanja osporene stečajnopravne tražbine odnosno dokazivanja osnovanosti osporavanja ne utječe na rok od osam dana u kojem se ta parnica treba pokrenuti (čl. 178. st. 6. reč. 3. SZ 1996). Postavlja se pitanje je li se ispuštanjem tog pravila željelo postići da takva žalba ipak ima suspenzivni učinak? Ako se je to doista željelo, čini se da se je to ipak trebalo izričito propisati u tim odredbama koje reguliraju upućivanje na parnicu, s obzirom na to da članak 19. stavak 3. novog Stečajnog zakona jasno kaže da žalba ne odgađa provedbu rješenja, ako Stečajnim zakonom nije drukčije određeno. Ako je ispuštanje novog pravila u novom Stečajnom zakonu bilo namjerno, trebalo je dati razlog za to u Vladinom Obrazloženju Konačnog prijedloga Stečajnog zakona.

2.6.2. Dioba

U zakonskim odredbama o diobi nije bilo značajnih promjena osim što se sada diobni popis kao i rješenje kojim se određuje njegov ispravak, kao i sva druga sudska pismena objavljuju na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča suda (čl. 274. st. 2. i čl. 280. st. 2. SZ 2015).

2.6.3. Zaključenje stečajnoga postupka

Nakon završnog ročišta odnosno zaključenja stečajnog postupka novi Stečajni zakon jednako kao i stari Stečajni zakon izričito proglašava stečajnom masom sljedeću

pobijene pravne radnje stečajnog dužnika (čl. 213. st. 1. reč. 2. SZ 2015) te za vjerovnike tražbine nižih isplatnih redova ako ih je sud pozvao da prijave svoje tražbine (čl. 261. st. 1. SZ 2015).

imovinu: zadržane iznose za koje se ostvare pretpostavke da se nakon završnoga ročišta podijele stečajnim vjerovnicima, iznose koji su isplaćeni iz stečajne mase, a vrate se nakon završnog ročišta u masu kao i nakon završnoga ročišta pronađenu imovinu koja ulazi u stečajnu masu (čl. 199 st. 1. i st. 4. SZ 1996; čl. 289. st. 1. i st. 4. SZ 2015). Zadržano je i pravilo da se na tu imovinu na odgovarajući način primjenjuju odredbe Stečajnog zakona o stečajnom dužniku i njegovim tijelima te da se u ime i za račun te mase mogu voditi sporovi, ako Stečajnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 199. st. 4. reč. 1.-2. SZ 1996; čl. 289. st. 4. reč. 1.-2. SZ 2015). Novi Stečajni zakon još dodaje pravilo koje određuje da je stečajna masa nositelj prava vlasništva i drugih prava (čl. 289. st. 1. i st. 4. reč. 3. SZ 2015).

Nova su i pravila da se ta stečajna masa upisuje u sudski registar, pri čemu joj Ministarstvo financija – Porezna uprava po službenoj dužnosti određuje i dodijeljuje osobni identifikacijski broj (čl. 289. st. 5. SZ 2015), te da je stečajni upravitelj dužan na propisanom obrascu podnositi sudu pisana izvješća o stanju te stečajne mase, i to najmanje jedanput u tri mjeseca ili kada to sud zatraži, pri čemu se ta pisana izvješća objavljuju na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 280. st. 6.-7. SZ 2015).

Kako prema starom Stečajnom zakonu tako i prema novom, stečajni sudac nakon provedbe naknadne diobe donosi rješenje o zaključenju stečajnoga postupka (čl. 199. st. 4. reč. 3. SZ 1996; čl. 289. st. 8. SZ 2015).

2.6.4. Obustava stečajnoga postupka

Novi Stečajni zakon zadržao je pravilo prema kojem će sud u slučaju kada se nakon otvaranja stečajnog postupka pokaže da stečajna masa nije dostatna ni za namirenje troškova postupka, rješenjem obustaviti i zaključiti postupak, pri čemu će prije donošenja rješenja pozvati na očitovanje vjerovnike stečajne mase, stečajnoga upravitelja i skupštinu vjerovnika (čl. 203. st. 1.-2. SZ 1996; čl. 293. st. 1., st. 2. reč. 1. SZ 2015). No, dodano je novo pravilo da će se u tom slučaju poziv na očitovanje objaviti na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 293. st. 2. reč. 2. SZ 2015).

Pravila koja se tiču obustave postupka zbog nedostatnosti mase za ispunjenje ostalih obveza stečajne mase (čl. 294.-297., čl. 302. SZ 2015) novi Stečajni zakon nije mijenjao u odnosu na pravila koja su postojala u starom Stečajnom zakonu (čl. 204.-207. SZ).

Nažalost, novi Stečajni zakon ukinuo je odredbe o obustavi stečajnoga postupka u slučaju naknadnoga nestanka stečajnog razloga (čl. 208. SZ 1996), pri čemu nije uopće dano obrazloženje za to. Stoga se postavlja pitanje kako će sud postupiti ako doista naknadno nestane stečajni razlog? To u praksi neće biti često, ali je moguće. Naime, ako nestane stečajni razlog, nema nikakve zakonske osnove da se dalje vodi stečajni postupak, pa bi navedeno pravilo članka 208. starog Stečajnog zakona ipak trebalo ponovno unijeti u novi Stečajni zakon.

Nasuprot tome, Stečajni zakon zadržao je slučaj obustave stečajnog postupka uz suglasnost vjerovnika (čl. 208.-209. SZ 1996; čl. 298.-299. SZ 2015), što će u praksi vjerojatno biti još rjeđe slučaj, nego da naknadno nestane stečajni razlog. U tom postupku novi Stečajni zakon unio je manje promjene na način da je rekao da se prijedlog za obustavu objavljuje na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča suda (čl. 299. st.

1. SZ 2015), ali je ukinuo pravilo da se objavljuju i izjave o suglasnosti vjerovnika o obustavi (čl. 210. st. 1. reč. 2. SZ 1996). Osim toga, ukinuo je mogućnost da stečajni vjerovnici izjave prigovor protiv tog prijedloga usmeno na zapisnik, već određuje da prigovor može biti samo pisani (usporediti čl. 210 st. 1. reč. 3. SZ 1996; čl. 299. st. 2. SZ 2015).

Rješenje kojim se stečajni postupak obustavlja te razlog za obustavu se objavljuju (čl. 211. st. 1. reč. 1. SZ 1996), pri čemu novi Stečajni zakon izričito propisuje da se objava obavlja na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 300. st. 1. SZ 2015).

U članku 301. stavku 2. novog Stečajnog zakona pogrešno je propisano da pravo na žalbu ima dužnik ako sud odbije prijedlog iz članka 297. Stečajnog zakona. Umjesto članka 297. trebao je stajati članak 298., jer je riječ o pravu dužnika na žalbu protiv rješenja kojim se odbija njegov prijedlog za obustavom stečajnog postupka uz suglasnost vjerovnika.

Novo je i pravilo kojim novi Stečajni zakon regulira mogućnost naknadne diobe za sve tri vrste obustave stečajnoga postupka koje on dopušta (čl. 302. SZ 2015).

2.7. Stečajni plan

Uvodeći institut predstečajne nagodbe 2012. i mijenjajući posljedično Stečajni zakon hrvatski zakonodavac je zamislio da se financijsko restrukturiranje nelikvidnog i insolventnog dužnika ubuduće obavlja isključivo u okviru postupka predstečajne nagodbe.[45] Stoga je on Zakonom o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz 2012. godine[46] bitno suzio ciljeve stečajnoga postupka (čl. 2. st. 2. SZ 1996.), praktički onemogućio nastavak poslovanja stečajnoga dužnika nakon otvaranja stečajnoga postupka (čl. 145.a SZ 1996), a s tim u vezi bitno su promijenjene i odredbe o stečajnom planu (čl. 213.-265. SZ 1996). Naime, sanacijski plan je isključen, te je bio mogući samo tzv. likvidacijski plan i plan prijenosne sanacije, a stečajni dužnik, ako je bio pravna osoba, nije mogao nakon zaključenja stečajnoga postupka više pravno postojati.

U tu svrhu sadržaj nekih od odredaba o stečajnom planu je sužen, a mnoge odredbe su kompletno izbrisane iz zakona. Tako je promijenjena odredba o tome što je stečajnim planom moguće predvidjeti (čl. 213. st. 2. SZ 1996); ukinuta je mogućnost da stečajni dužnik predloži stečajni plan (čl. 214. st. 2. SZ 1996); izmijenjena je odredba o odgovornosti dužnika nakon namirenja dužnika po stečajnom planu s obzirom na to da nakon zaključenja stečajnog postupka više nije mogao pravno opstati (čl. 223. st. 1. SZ 1996); izmijenjena je odredba koja je otvarala mogućnost nastavka vođenja poduzeća od strane dužnika (čl. 225. st. 1. SZ 1996); ukinute su odredbe koji su propisivale priloge sanacijskom planu (čl. 226. SZ 1996); promijenjene su odredbe o odbacivanju stečajnog plana (čl. 227. st. 1.-2. SZ 1996) te odredbe o izjašnjavanju o planu (čl. 228. st. 1. SZ 1996), jer stečajni plan više nije mogao podnositi dužnik; nadalje, ukinute su

45 Vidjeti "Obrazloženje pojedinih odredaba Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona", Ministarstvo pravosuđa, listopad 2012., komentar uz članke 45.-61.

46 Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 133/2012.

odredbe o posljedicama kašnjenja dužnika u ispunjenju stečajnog plana (čl. 251.-253. SZ 1996), te mogućnosti ovrhe protiv dužnika na temelju pravomoćnog rješenja o potvrdi stečajnog plana, kao i o dužnikovom stjecanju prava slobodnoga raspolaganja stečajnom masom nakon zaključenja stečajnoga postupka; promijenjene su odredbe o nadzoru nad ispunjenjem plana (čl. 256. st. 2., 258. SZ 1996), o poslovima za koje je potrebna suglasnost stečajnog upravitelja kod izvršavanja stečajnoga plana (čl. 259. SZ 1996), o kreditnom okviru (čl. 260. SZ 1996), o objavi nadzora (čl. 263. st. 1. SZ 1996) te o troškovima nadzora (čl. 265. SZ 1996) na način da je u njima brisana riječ *dužnik*, koji kao što je rečeno, nakon zaključenja stečajnog postupka više pravno nije mogao opstati.[47]

Zakonodavac je većinu tih promijenjenih i ukinutih odredaba vratio u tekst novog Stečajnog zakona i to u njihovom originalnom obliku kako su postojale prije Novele Stečajnog zakona 2012. godine. Neke od tih odredaba, nažalost, ipak nisu vraćene, odnosno barem ne u potpuno istom sadržaju.

U osnovnoj odredbi o sadržaju stečajnog plana (čl. 303. st. 1.-2. SZ 2015) nije dovoljno naglašeno da je riječ o primjerima onoga što se planom može predvidjeti. U stavku 2. tog članka trebalo je upotrijebiti riječ *primjerice* ili *posebno* na početku nabrajanja ili *sl.* na kraju nabrajanja (vidjeti čl. 213. st. 2. SZ 1996).

Nažalost, zakonodavac je zadržao rješenje iz 2012. godine prema kojem dužnik ne može predložiti plan, već može samo predložiti smjernice za donošenje plana o kojima se na izvještajnom ročištu očituju stečajni upravitelj i stečajni vjerovnici (čl. 304. st. 3. SZ 2015). S tim u vezi u odredbe o odbačaju plana prilikom ispitivanja njegove podobnosti nisu vraćene situacije u kojima je dužnik bio podnositelj plana (čl. 227. st. 1. reč. 2.-3., st. 2. SZ 1996; čl. 317. st. 1. SZ).[48] Isto tako se ni u odredbama koje određuju subjekte koji se izjašnjavaju o podnesenom planu više ne uključuje situacija u kojima je dužnik bio podnositelj (čl. 228. st. 1. SZ 1996; čl. 319. st. 1. SZ 2015). Bilo bi bolje da je dužniku dana zakonska mogućnost da sam podnosi stečajni plan te da on u konkretnoj situaciji može birati hoće li predložiti stečajni plan i tražiti otvaranje stečajnog postupka ili će se koristiti predstečajnim postupkom i pokušati sklopiti predstečajni sporazum, zavisno što je za njega u konkretnoj situaciji povoljnije. Stečajni plan mnogo je razvijeniji i složeniji pravni instrument, no što je to predstečajni sporazum. U svrhu mogućeg biranja dužnika između tih dvaju pravnih instrumenata trebala je kao stečajni razlog biti predviđena i prijeteća nesposobnost za plaćanje.

Nepotrebno je iz članka 308. stavka 3. novog Stečajnog zakona ispušteno pravilo prema kojem se posebne skupine u stečajnom planu mogu oblikovati od vjerovnika s malim tražbinama (vidjeti čl. 218. st. 3. reč. 2. SZ 1996).

U novom Stečajnom zakonu ispušteno je pravilo prema kojem je stečajni sudac mogao pozvati državna tijela nadležna za predmet poslovanja dužnika te gospodarsku, odnosno obrtničku komoru da se izjasne o predloženom planu. Stečajni sud sada samo poziva odbor vjerovnika, ako je osnovan, i dužnika pojedinca da se izjasne o

47 Detaljno o tim promjenama *Garašić*, op. cit. u bilj. 20., str. 25.-30.

48 Detaljnije o podobnosti stečajnog plana vidjeti *Garašić, Jasnica*, Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2004., br. 1., str. 295.-321.

predloženom stečajnom planu, pri čemu je rok za izjašnjenje od 30 dana skraćen na 15 dana (vidjeti čl. 228. st. 1.-2. SZ 1996 i čl. 318. SZ 2015).

Spomenimo da se poziv za ročište za raspravljanje i glasovanje o podnesenom stečajnom planu i stečajni plan ili sažetak njegova bitnog sadržaja objavljuju na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 321. st. 2. SZ 2015), a isto vrijedi za potvrđeni stečajni plan ili sažetak njegova bitnog sadržaja, koji se više ne dostavlja vjerovnicima (usporediti čl. 248. st. 2. SZ 1996 i čl. 338. st. 2. reč. 1. SZ 2015).

Novi Stečajni zakon unio je i jednu novu odredbu kojom je propisao da u slučaju u kojem stečajnim planom nisu obuhvaćene nekretnine opterećene razlučnim pravom, a koje će se prodavati nakon prihvaćanja stečajnoga plana i zaključenja stečajnoga postupka, sud može odrediti nastavak postupka radi unovčenja stečajne mase (čl. 344. st. 4. SZ 2015).

2.8. Osobna uprava

Pravila instituta osobne uprave novim Stečajnim zakonom nisu mijenjana (čl. 356.-371. SZ 2015), osim što je određeno da će se rješenje suda kojim se nakon otvaranja stečajnoga postupka određuje ili obustavlja osobna uprava objavljuje na mrežnoj stranicie e-Oglasna ploča sudova (čl. 359. SZ 2015), što je u skladu s općim novim pravilom o načinu dostave odnosno objavljivanja sudskih pismena u stečajnom postupku i predstečajnom postupku (čl. 12. SZ 2015).

Šteta je što se donošenje novog Stečajnog zakona nije iskoristilo za poboljšanje i otklanjanje nedostataka u nekim od odredaba o osobnoj upravi koja su postojala i u starom Stečajnom zakonu, a koje su bez potrebnih izmjena jednostavno preuzete u novi Stečajni zakon (vidjeti čl. 266.-281. SZ 1996).[49]

2.9. Oslobođenje od preostalih obveza

Institut oslobođenja dužnika od preostalih obveza u potpunosti je preuzet u novi Stečajni zakon (čl. 282.-299. SZ 1996; čl. 372.-390. SZ 2015).

Najznačajnija promjena tiče se promjene dužine trajanja dužnikovog ustupa njegovih založivih tražbina iz radnoga odnosa ili druge odgovarajuće tekuće tražbine nakon zaključenja stečajnoga postupka povjereniku kojeg određuje sud. Novi Stečajni zakon je vrijeme od sedam godina ustupa koje je predviđao stari Stečajni zakon (čl. 283. st. 2. reč. 1. SZ 1996) smanjio na pet godina ustupa (čl. 373. st. 2. SZ 2015). Nažalost, pri tome je zaboravljeno skraćenje roka usaglasiti s isplatama koje povjerenik čini dužniku u svrhu motivacije da izdrži u dobrom ponašanju tijekom trajanja perioda ustupa njegovih tražbina. Tako članak 378. stavak 1. rečenica 3. novog Stečajnog zakona određuje da je povjerenik dužan dužniku nakon četiri godine od zaključenja stečajnoga postupka predati 10 %, nakon pet godina od zaključenja stečajnoga postupka 15 %, a nakon šest godina od zaključenja stečajnoga postupka

49 Detaljnije o osobnoj upravi stečajnog dužnika i zakonskim odredbama koje treba mijenjati vidjeti *Garašić, Jasnica*, Osobna uprava stečajnog dužnika, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2004., br. 1., str. 29-75.

20 % od iznosa koje primi na temelju ustupa ili od drugih preuzetih plaćanja. To je pravilo bilo primjenjivo u situaciji kada je period ustupa tražbina trajao sedam godina, te nije primjenjivo u novoj zakonskoj regulativi prema kojoj period ustupa tražbina traje pet godina.

Ako sud odredi oslobođenje od preostalih obveza ono će se u izvodu objaviti na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 386. st. 3. reč. 3. SZ 2015), a isto vrijedi i za opoziv oslobođenja od preostalih obveza (čl. 390. reč. 3. SZ 2015).

2.10. Povezana društva

Hrvatski zakonodavac je novim Stečajnim zakon iz 2015. po prvi puta uveo u hrvatsko stečajno pravo odredbe o insolventnosti članova povezanih društava i to u jednom članku s pet zakonskih odredaba (čl. 391. st. 1.-4. SZ 2015).

Tako, ako sud do okončanja ročišta radi rasprave o pretpostavkama za otvaranje stečajnoga postupka stekne uvjerenje da je dužnik društvo koje u drugome društvu ima većinski udio ili većinsko pravo u odlučivanju, ovisno ili vladajuće društvo, društvo koncerna ili društvo s uzajamnim udjelima prema Zakonu o trgovačkim društvima, provjerit će je li podnesen prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka nad društvom koje je povezano s dužnikom (čl. 391. st. 1. SZ 2015).

Ako je taj prijedlog podnesen, odredba o mjesnoj nadležnosti iz članka 8. stavka 1. Stečajnog zakona se neće primijeniti, a za daljnje postupanje mjesno je nadležan sud prema sjedištu društva koje ima vladajući utjecaj. Ako nijedno od povezanih društava nema vladajući utjecaj, mjesno je nadležan sud prema sjedištu društva protiv kojeg je prvo podnesen prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka (čl. 391. st. 2. reč.1.-2. SZ 2015).

Tako nadležni mjesni sud odredit će ročište radi rasprave o pretpostavkama za otvaranje stečajnoga postupka u ustupljenom predmetu i, ako su ispunjeni uvjeti za otvaranje stečajnoga postupka nad povezanim društvima, donijeti zajedničku odluku o otvaranju stečajnoga postupka i provesti jedinstveni stečajni postupak (čl. 391. st. 3. SZ 2015).

U stečajnom postupku nad dva ili više povezanih društava: 1. postoji jedna skupština vjerovnika i jedan odbor vjerovnika; 2. postoji jedna stečajna masa; 3. prestaju međusobne tražbine povezanih osoba; 4. višak pri završnoj diobi dijeli se između povezanih društava razmjerno vrijednostima unovčene imovine koju je svako od povezanih društava unijelo u stečajnu masu (čl. 391. st. 4. SZ 2015).

Riječ je o iznimno nepromišljenim i opasnim zakonskim odredbama koje treba hitno ukinuti, jer zadiru u temeljna načela ne samo stečajnog prava već i pravnog sistema općenito. Uopće nema smisla komentirati te odredbe, jer su odraz ogromnog nepoznavanja materije koja se njima pokušava regulirati. Insolventnost članova povezanih društava jedno je od najsloženijih pitanja stečajnog i međunarodnog stečajnog prava te se pravila koja bi se na te situacije trebala primjenjivati tek razvijaju. Tzv. substantivna konsolidacija koja je kao pravilo predviđena u čl. 391. st. 3.-4. novog Stečajnog zakona iznimno je rijetka u praksi, te još rijeđa u zakonskim tekstovima drugih zemalja. U iznimno rijetkim slučajevima u kojima se dopušta,

postoje mnogobrojna pravila kojima se pokušavaju zaštititi interesi vjerovnika svakog od pojedinih povezanih društava. Nije dopušteno tek tako olako probiti pravnu osobnost, jer vjerovnici nekog trgovačkog društva često i ne znaju da je ono povezano u grupu, te se moraju predvidjeti brojna pravila kojima će se zaštititi pravna sigurnost vjerovnika i pravna predvidljivost. Spomenimo da je UNCITRAL u svom *Zakonodavnom vodiču o insolvencijskom pravu* posvetio njegov čitav treći dio samo složenim pitanjima insolventnosti članova povezanih društava te predvidio čak 55 preporuka s pravilima koje bi države trebale uzeti u obzir kada reguliraju ovu kompliciranu pravnu materiju insolventnosti koncerna (Preporuke br. 199.-254).[50] UNCITRAL-ova Radna skupina V za Insolvencijsko pravo upravo priprema poseban dokument s pravilima koji bi trebao olakšati prekogranični stečaj multinacionalnih korporacijskih grupa poduzeća.[51] Nijemci već duže vrijeme rade na čitavom posebnom *Zakonu o olakšavanju savladavanja insolventnosti koncerna* koji predviđa unošenje brojnih novih pravila u Insolvencijski zakonik, ali i u neke druge zakone.[52] Zbog kompliciranosti materije i zbog činjenica što se još mnoga pravila postupanja u tim situacijama nisu iskristalizirala, reformirana *Europska uredba o insolvencijskim postupcima* koja će se početi primjenjivati tek od 26. lipnja 2017. odlučila je ostati kod klasičnog principa "jedna pravna osoba, jedna imovina, jedan insolvencijski postupak", te je predvidjela samo koordinaciju postupaka članova grupe povezanih društava (čl. 56.-77.), ali ne i jedinstveni forum za sve članove grupe, ne jedinstveni insolvencijski postupak i svakako ne substantivnu konsolidaciju u kojoj se formira jedna stečajna masa za sve članove grupe povezanih društava. Jesu li svega toga bili svjesni oni koji su izmislili pravila članka 391. novog Stečajnog zakona i umetnuli ih u zakonski tekst? Pravnopolitički mnogo je ispravnije ne imati zakonske odredbe o određenom pitanju, no imati pogrešne zakonske odredbe o njemu.

2.11. Skraćeni stečajni postupak

Pravila skraćenog stečajnog postupka iz staroga Stečajnog zakona (čl. 335.a – 335.m SZ 1996) u biti su prenesena u novi Stečajni zakon (čl. 428.-436. SZ 2015).

Takva vrsta stečajnog postupka može se provesti samo nad pravnom osobom ako su ispunjene kumulativno sljedeće pretpostavke: 1. ako nema zaposlenih; 2. ako u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje ima evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana; 3. ako nisu ispunjene pretpostavke za

50 UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part Three: Treatment of enterprise groups in Insolvency, dostupno na: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf (posjećeno 8. veljače 2017.).

51 Vidjeti dokument A/CN.9/WG.V/WP.142 – Facilitating the cross-border insolvency of multinacional enterprise groups: draft legislative provisions, te dokument A/CN.9/898 – Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its fiftieth session (Vienna, 12-16 December 2016), koji su dostupni na: http://www.uncitral.org/uncitral/en/comission/working_groups/5Insolvency.html (posjećeno 8. veljače 2017.).

52 Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/407 od 30. siječnja 2014., dostupno na: http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/004/1800407.pdf (posjećeno 8. veljače 2017.).

pokretanje drugog postupka radi brisanja iz sudskoga registra (čl. 428. st. 1. SZ 2015).

Zahtjev za provedbu takvog skraćenog stečajnog postupka više ne podnosi Ministarstvo financija – Porezna uprava, već po službenoj dužnosti Financijska agencija i to na propisanom obrascu u roku od osam dana od isteka razdoblja od 120 dana u kojem dužnik ima evidentirane neizvršene osnove za plaćanje (čl. 429. st. 1.-2. SZ 2015). No, u pogledu pravnih osoba koje su na dan stupanja na snagu Stečajnoga zakona u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje imale evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana zakonodavac je predvidio posebne rokove za podnošenje zahtjeva za provedbu skraćenoga stečajnog postupka (čl. 444. st. 1. al. 1.-4. SZ 2015).

Izbor stečajnoga upravitelja obavit će se također metodom slučajnog odabira, ali ne samo s liste A stečajnih upravitelja, već je to moguće učiniti i s liste B stečajnih upravitelja za područje nadležnoga suda (čl. 432. SZ 2015).

Novost je što se sada izričito dopušta žalba protiv rješenja sudskoga savjetnika (čl. 436. st. 1.-2. SZ 2015).[53]

2.12. Stečajni postupak nad imovinom pravne osobe koja je prestala postojati

Novi Stečajni zakon uvodi posebna pravila o provođenju stečajnog postupka u situaciji kada likvidator u postupku likvidacije nad imovinom pravne osobe koja je brisana iz sudskog registra na temelju prijavljenih tražbina utvrdi da imovina nije dovoljna za namirenje svih tražbina vjerovnika s kamatama (čl. 437. st. 1. SZ 2015).

Stečajna masa upisat će se u sudski registar, pri čemu će joj Ministarstvo financija – Porezna uprava po službenoj dužnosti odrediti i dodijeliti osobni identifikacijski broj (čl. 437. st. 2. SZ 2015). Očito se ovdje misli da stečajnu masu tvori imovina koja nije dovoljna za namirenje svih tražbina vjerovnika s kamatama.

Nadalje, propisano je da će se na tu stečajnu masu odgovarajuće primijeniti odredbe Stečajnog zakona o stečajnom dužniku i njegovim tijelima, zatim da se u ime i za račun te mase mogu voditi sporovi ako Stečajnim zakonom nije drukčije određeno te da je ona nositelj prava vlasništva i drugih prava (čl. 437. st. 3. SZ 2015).

Zbog određenja da će se u tom stečajnom postupku na odgovarajući način primjenjivati odredbe glave III. i VI. Stečajnoga zakona, ova će štura zakonska pravila otvoriti mnoga pitanja u praksi.

U svakom slučaju mogućnost provođenja stečajnog postupka nad likvidacijskom imovinom bilo je nužno izričito propisati, jer se inače prema općem pravilu stečajni postupak može voditi samo protiv pravne osobe i dužnika pojedinca, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 3. st. 1. reč. 1. SZ 2015).

53 Više o skraćenom stečajnom postupku prema novom Stečajnom zakonu vidjeti *Čuveljak, Jelena*, Skraćeni stečajni postupak – mogućnost zlouporaba, Pravo u gospodarstvu, 2016., br. 3., str. 427.-438.

2.13. Upis stečajne mase u sudski registar

Novi Stečajni zakon izričito određuje i podatke koji se upisuju u sudski registar za stečajnu masu: 1. matični broj subjekta; 2. osobni identifikacijski broj; 3. naziv, koji se određuje tako da sadržava riječi "stečajna masa iza" i tvrtku odnosno naziv stečajnoga dužnika; 4. sjedište, koje se određuje prema adresi stečajnoga upravitelja; 5. ime i prezime stečajnoga upravitelja, njegov osobni identifikacijski broj i adresu prebivališta; 6. datum i broj rješenja kojim je određen upis stečajne mase u sudski registar i 7. rješenje o brisanju (čl. 438. st. 1. toč. 1.-7. SZ 2015).

Stečajna masa briše se iz sudskoga registra na temelju rješenja, a sud donosi to rješenje po službenoj dužnosti nakon pravomoćnosti rješenja o zaključenju stečajnoga postupka (čl. 438. st. 2. reč. 1.-2. SZ).

S obzirom na to da su ova pravila sadržana u posebnoj Glavi XIV., slijedi da će ta pravila vrijediti za sve situacije u kojima se stečajna masa upisuje u sudski registar: a) otvaranje i istovremeno zaključenje stečajnoga postupka zbog nedostatnosti stečajne mase (čl.133. st. 2. SZ 2015); b) naknadna dioba (čl. 289. st. 5. SZ 2015) te c) stečajni postupak nad imovinom pravne osobe koja je prestala postojati (čl. 437. st. 2. SZ 2015).

2.14. Međunarodni stečaj

Odredbe o međunarodnom stečaju (čl. 392.-427. SZ 2015) zakonodavac je u novom Stečajnom zakonu stavio u glavu XI. prije glave XII. koja regulira skraćeni stečajni postupak, glave XIII. koja regulira stečajni postupak nad likvidacijskom imovinom i prije glave XIV. koja regulira upis stečajne mase u sudski registar. Zapravo je odredbe o međunarodnom stečaju trebalo smjestiti na kraju zakona prije njegovih prijelaznih i završnih odredaba, jer u svim vrstama stečajnih postupaka može postojati prekogranični element, u kojem slučaju će trebati primijeniti dotične odredbe o međunarodnom stečaju.

Naravno, ako je riječ o predmetima stečajne mase domaćega stečajnog postupka koji se nalaze u nekoj od država članica Europske unije ili je riječ o stranim stečajnim postupcima otvorenim u državama članicama Europske unije, tada će se primijenjivati važeća Europska uredba o insolvencijskim postupcima iz 2000. godine, odnosno od 26. lipnja 2017. njezina reformirana verzija iz 2015. godine. U odnosu na druge države svijeta u nedostatku posebnih međunarodnih ugovora primjenjivat će se spomenute odredbe o međunarodnom stečaju smještene u glavi XI. novog Stečajnog zakona.

Zakonodavac je u glavi XI. novog Stečajnog zakona u biti preuzeo pravila o međunarodnom stečaju koja je sadržavao stari Stečajni zakon (čl. 301.-335. SZ 1996).[54] No, na četiri mjesta zakonodavac je izvršio izmjene u dosadašnjim odredbama o međunarodnoj stečaju, bez da je, nažalost, bio svjestan što radi.

54 Detaljno o pitanjima međunarodnog stečajnog prava vidjeti *Garašić, Jasnica*, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, Ein Vergleich des kroatischen, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanbuler Übereinkommens und des UNCITRAL-Modellgesetzes, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2005., Knjiga 1. (str. 1.-499.), Knjiga 2. (str. 1.-633.).

Prema starom pravilu čl. 309. st. 1. SZ 1996 prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog postupka podnosio se trgovačkom sudu na čijem se području nalazi poslovna jedinica dužnika u Republici Hrvatskoj, a ako dužnik nije imao poslovnu jedinicu u Republici Hrvatskoj, trgovačkom sudu na području kojega se nalazila neka imovina dužnika. Time je bila određena i stvarna i mjesna nadležost suda za odlučivanje o dotičnom prijedlogu. Iz tog je pravila novi Stečajni zakon odstranio pridjev trgovački (čl. 401. st. 1. SZ 2015), tako da bi sada bilo koji sud mogao odlučivati o priznanju strane odluke o otvaranju stečajnog postupka. Kao što znamo, općinski suci do sada se nisu bavili stečajnim pravom i teško će se snalaziti u odlučivanju o priznanju stranih prekograničnih insolvencijskih postupaka otvorenim nad trgovačkim društvima, pogotovo ako su oni članovi grupe povezanih društava. Ako se željelo da općinski suci odlučuju o priznanju stranih odluka o otvaranju stečajnih postupaka nad potrošačima odnosno drugim kategorijama fizičkih osoba i ako je to bio razlog izmjene te odredbe, tada je to trebalo drukčije normirati. Točno određenje mjesne i stvarne nadležnosti suda kojem se podnosi prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog postupka i koji o njemu odlučuje iznimno je važno za efikasno i brzo provođenje postupka priznanja i što ranije određenje pravnih učinaka priznanja.[55]

Staro pravilo članka 309. stavka 2. SZ 1996 određivalo je da ako dužnik ima poslovne jedinice na području različitih trgovačkih sudova ili ako se njegova imovina nalazi na području različitih trgovačkih sudova, za donošenje odluke o priznanju strane odluke o otvaranju stečajnoga postupka mjesno je nadležan sud koji je prvi na oglasnoj ploči suda objavio oglas iz članka 313. stavka 1. Stečajnog zakona, dakle oglas o podnesenom prijedlogu s potrebnim podatcima te poziv vjerovnicima da prijave svoje tražbine i izjasne se o postojanju pretpostavki za priznanje. Novi Stečajni zakon umjesto toga propisuje da ako dužnik ima poslovne jedinice na području dvaju ili više sudova ili ako se njegova imovina nalazi na području dvaju ili više sudova, prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnoga postupka može se podnijeti svakom sudu na čijem se području nalazi poslovna jedinica dužnika u Republici Hrvatskoj, odnosno svakom sudu na čijem se području nalazi imovina dužnika (čl. 401. st. 2. SZ 2015). Ne može više sudova odlučivati o prijedlogu za priznanje strane odluke o otvaranju istog stečajnog postupka, stoga je nužno u starom Stečajnom zakonu bilo riješeno koji sud će u takvoj situaciji biti nadležan. Novi Stečajni zakon s promjenom koju je unio u navedeno pravilo uopće ne rješava to iznimno važno pitanje za pravnu sigurnost i načelo ekonomičnosti.

U starom Stečajnom zakonu izričito je bilo propisano da žalba protiv rješenja o priznanju strane odluke o otvaranju stečajnoga postupka ne zadržava njegovu ovrhu (čl. 316. st. 2. SZ 1996), drugim riječima da ona nema suspenzivni učinak. To je pravilo novi Stečajni zakon bez ikakvog razloga jednostavno ispustio (vidjeti čl. 408. SZ 2015).

55 Detaljno o tome vidjeti *Garašić, Jasnica*, Recognition of Foreign Insolvency Proceedings: The Rules That a Modern Model of International Insolvency Law Should Contain, Yearbook of Private International Law, Petar Šarčević/Paul Volken/Andrea Bonomi (Eds.), The Swiss Institute of Comparative Law, 2005., vol. 7., str. 345.

U starom Stečajnom zakonu izričito je bilo i propisano da žalba protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnoga postupka ne zadržava ovrhu (čl. 333. st. 2. SZ 1996). Ta je odredba bila nezgrapno napisana, a zapravo je to značilo da žalba protiv tog rješenja nema suspenzivni učinak. Umjesto da to pravilo u tom smislu redigira, novi Stečajni zakon ga je sasvim ispustio (čl. 425. SZ).

Izričito reguliranje nesuspenzivnosti žalbe u izvanparničnom postupku odlučivanja o priznanju stranih odluka o otvaranju stečajnih odnosno insolvencijskih postupaka vrlo je važno, jer strani adresati često ne poznaju dovoljno domaći pravni sistem, te se o značajnim pitanjima procedure u međunarodnom stečaju odgovori moraju dati u odredbama koje direktno reguliraju međunarodni stečaj, a ne da se primjerice pitanje o pravnim lijekovima i njihovim učincima izvodi iz općih pravila stečajnog odnosno građanskog procesnog prava.

Nažalost, ono što je doista zakonodavac trebao izmijeniti odnosno dodati u odredbama o međunarodnom stečaju, to nije učinio.

Tako je primjerice trebao uvesti zakonsku presumpciju o pogledu postojanja središta poslovnoga djelovanja za fizičku osobu, kao što je već ranije propisao zakonsku presumpciju u pogledu postojanja poslovnog središta za pravnu osobu. To je od presudne važnosti kako za tzv. direktnu, ali i tzv. indirektnu međunarodnu nadležnost za otvaranje stečajnog postupka nad fizičkom osobom. To opet ima daleke reperkusije na pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, jer dominantna kolizijska norma koja određuje koje pravo je mjerodavno za njihovo određenje, jest ona koja kaže da je to pravo države otvaranja stečajnog postupka, dakle, lex fori concursus.

U posebnom odjeljku glave XI. koja regulira međunarodni stečaj trebalo je i propisati odredbe koje bi olakšale primjenu Europske uredbe o insolvencijskim postupcima u Hrvatskoj. Tako je između ostalog trebalo propisati: a) mjesnu nadležnost hrvatskih sudova za insolvencijske postupke koje padaju u područje primjene te Uredbe, budući da ona određuje samo međunarodnu nadležnost; b) obvezu obrazloženja odluke o otvaranju takvog insolvencijskog postupka; c) pravila za izbjegavanje sukoba nadležnosti sa sudovima drugih država članica; d) obustavu domaćeg stečajnog postupka kada temeljem navedene Uredbe ranije otvoreni strani insolvencijski postupak ima prednost kao i pravne posljedice te obustave; e) pravila o javnoj objavi strane odluke o otvaranju insolvencijskog postupka u Hrvatskoj koju ima pravo prema dotičnoj Uredbi zahtijevati strani insolvencijski upravitelj; f) pravila o upisu strane odluke o otvaranju insolvencijskog postupka u hrvatske javne knjige i registre, a koji upis ima pravo zahtijevati strani insolvencijski upravitelj prema dotičnoj Uredbi te moguće pravne lijekove protiv sudske odluke kojom se odlučuje o upisu; g) pravila o mogućnosti ovrhe na temelju strane odluke o otvaranju insolvencijskog postupka; h) pravila o pravnom učinku eventualnog insolvencijskog plana; i) pravila koja se odnose na odgodu unovčenja predmeta razlučnog prava prema članku 33. Uredbe; j) pravila o obavještavanju stranih vjerovnika o otvaranju insolvencijskog postupka temeljem članka 3. stavka 1. ili 2. Uredbe te mogućnostima prijave tražbine. Primjena reformirane Europske uredbe o insolvencijskim postupcima od 26. lipnja 2017. koja po broju članaka skoro dvostruko premašuje broj članaka

važeće verzije te Uredbe zahtijevat će i neka druga dodatna pravila, posebno ona koja se tiču određenja mjesne nadležnosti za aneksne postupke (čl. 6 EuInsUr 2015), zatim ona koja se tiču primjene odredaba o jednostranom obećanju upravitelja glavnog insolvencijskog postupka istog namirenja vjerovnika iz druge države članice u tom postupku u odnosu na imovinu koja se nalazi u toj drugoj državi članici koja nije država otvaranja insolvencijskog postupka, a radi izbjegavanja otvaranja sekundarnog insolvencijskog postupka u spomenutoj drugoj državi članici (Art. 36 EuInsUr 2015), kao i pravila koje će olakšati primjenu odredaba o suradnji i komunikaciji tijela više insolvencijskih postupaka u slučaju insolvencijskih postupaka nad imovinom članova grupe povezanih društava kao i o koordinaciji tih postupaka (čl. 56.-77. EuInsUr 2015).

Onaj koji nema duboko znanje i razumijevanje pravne materije koja se treba zakonski regulirati, ne bi smio sudjelovati u formuliranju zakonskih odredaba, jer samo nanosi više štete nego koristi.

2.15. Prijelazne i završne odredbe

Prijelazne i završne odredbe novog Stečajnog zakona odnose se na: a) reguliranje rokova za donošenje provedbenih propisa (439. st. 1.-3. SZ 2015); b) upis na liste A i B stečajnih upravitelja koji su na dan stupanja već bili na Listi stečajnih upravitelja; c) određenje da će se stečajni postupci koji su pokrenuti prije stupanja na snagu novog Stečajnog zakona dovršiti prema odredbama starog Stečajnog postupka uz iznimke određenih odredaba novog Stečajnog zakona koji se primjenjuju i na te postupke (čl. 441. st. 1.-2. SZ 2015); d) određenje da će se postupci predstečajne nagodbe pokrenuti na temelju Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi dovršiti prema odredbama tog zakona, ali uz odgovarajuću primjenu članka 32. stavka 1. točke 2. novog Stečajnog zakona (čl. 442. SZ 2015); e) reguliranje sudskih postupaka prekinutih zbog otvaranja postupka predstečajne nagodbe koja je potvrđena (čl 443. SZ 2015); f) reguliranje rokova za podnošenje zahtjeva za provedbu skraćenoga stečajnog postupka i prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka u odnosu na pravne osobe koje na dan stupanja na snagu novog Stečajnog zakona u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje imaju evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana (čl. 444. st. 1.-4. SZ 2015); g) prestanak važenja starog Stečajnog zakona i određenih odredaba Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (čl. 445. st. 1.-3. SZ 2015) i h) objavljivanje te stupanje na snagu novog Stečajnog zakona (čl. 446. SZ 2015).

3. KRATKA ZAKLJUČNA OPĆA OCJENA NOVOG STEČAJNOG ZAKONA

Kao pozitivno se može ocijeniti što se neke od najgrubljih pogrešaka koje su postojale u konceptu predstečajne nagodbe u novom predstečajnom postupku otklonjene, kao i činjenica, što se mogućnost sanacije odnosno restrukturiranja stečajnog dužnika putem stečajnog plana opet omogućila i u okviru stečajnog postupka.

Ipak, predstečajni postupak ima previše nepreciznih i kontradiktornih odredaba, a u zakon nisu vraćene sve odredbe o stečajnom planu, koje su trebale biti vraćene.

Pozitivno se može ocijeniti i želja zakonodavca da podigne profesionalnu razinu i stručno obrazovanje stečajnih upravitelja, no upitno je, je li rješenje s listom A i B stečajnih upravitelja za svaki nadležni sud primjereno rješenje i je li metoda slučajnog odabira pri imenovanju stečajnih upravitelja primjerena za Hrvatsku.

Sveukupno gledajući novi Stečajni zakon nije napisan na potrebnoj profesionalnoj razini.

Već nomotehnički se može prigovoriti da su mnogi članci predugački s prevelikim brojem stavaka, kao i da se alineje u stavcima pogrešno nazivaju podstavcima, koje uz to uopće nisu numerirane, što će predstavljati problem pri citiranju dotičnih odredaba.

Umjesto "stečajnog suca" sada se u zakonskim odredbama svuda koristi riječ "sud" što u nekim odredbama koje se tiču parničnih, ovršnih ili nekih drugih izvanparničnih postupaka izaziva dvojbu na koji se točno sud misli. Pri tome je sastav suda u stečajnom postupku ostao isti – prvostupanjski postupak provodi sudac pojedinac, što vrijedi i za predstečajni postupak (čl. 8. st. 2. SZ 2015).

Ipak posebno začuđuje i zabrinjava lakoća kojom se u nekim zakonskim odredbama novog Stečajnog zakona izravno povređuju neka od temeljnih načela stečajnog odnosno građanskoprocesnog prava: načelo *par conditio creditorum*, načelo saslušanja, načelo dispozicije, načelo slobodne ocjene dokaza. Zapravo iz mnogih promijenjenih odnosno novih zakonskih odredaba proizlazi neznanje i nerazumijevanje stečajnog prava onih koji su završni tekst zakona pisali.

Posebno su loše napisane i nove odredbe o predstečajnom razlogu, predujmu troškova stečajnog postupka, tužbi radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, unovčenju predmeta razlučnog prava, povezanim društvima, nadalje, prešturo se reguliralo stečajni postupak nad likvidacijskom imovinom, nepotrebno se zadiralo u postojeće odredbe o međunarodnom stečaju, dok istodobno u zakonski tekst nisu unesene odredbe koje bi olakšale primjenu Europske uredbe o insolvencijskim postupcima koja je također pozitivno pravo kao i Stečajni zakon i jednako ju je potrebno primjenjivati. Nepotrebno su ukinuti paušalni troškovi pri utvrđenju i unovčenju predmeta razlučnoga prava.

Istovremeno se nije iskoristila prilika da se pri donošenju novog zakona poboljšaju neka od pravila iz starog zakona koja su već dugo godina sporna u praksi, kao što su primjerice: nedovoljno jasne i precizne odredbe o nastavku i preuzimanju parnica nakon otvaranja stečajnog postupka; pitanje protiv kojih bi odluka u stečajnom postupku žalba zapravo trebala biti isključena; nedovoljno precizna opća odredba o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika; pojedine pogrešne i neprecizne odredbe o osobnoj upravi stečajnog dužnika.

Isto tako bi pravnopolitički bilo puno bolje da se u posebnoj glavi u novom Stečajnom zakonu predvidio tzv. osobni stečaj, a ne da je zakonodavac donio odvojen zakon o tome[56], jer je riječ samo o posebnoj vrsti stečajnog odnosno predstečajnog postupka.

Dnevnopolitički razlozi ne bi smjeli određivati tempo i kvalitetu izrade važnih

56 Zakon o stečaju potrošača, Narodne novine, br. 100/2015.

kapitalnih zakona, kao što je primjerice Stečajni zakon. Na njegovim odredbama Radna skupina Ministarstva pravosuđa definitivno je još trebala raditi i nije ga se smjelo na ovom stupnju nedorađenosti pustiti u zakonodavnu proceduru. Zbog brojnih pogrešaka koje su počinjene u Stečajnom zakonu iz 2015., nužno je što prije pripremiti zakonske odredbe o njegovim izmjenama odnosno dopunama.

Svakako bi trebalo upozoriti i na vrlo nekvalitetno Vladino Obrazloženje Konačnog prijedloga Stečajnog zakona od 14. 5. 2015., u kojem se samo ponavlja sadržaj normi bez davanja razloga i motiva za promjenu i dopunu pravila. Kvalitetno napisano obrazloženje prijedloga nekog zakona i te kako može pomoći sucima u primjeni zakona kao i svima drugima u razumijevanju zakonskih odredaba, pa bi se svako ministarstvo svake vlade trebalo potruditi da podigne profesionalnu razinu pri pisanju zakonskih obrazloženja.

LITERATURA

1. Cindrić, Sandra, Stečajni zakon – predstečajni postupak, Računovodstvo i financije, 2016., br. 9., str. 141.-145.
2. Čuveljak, Jelena, O nekim pitanjima u postupku predstečajne nagodbe, Pravo u gospodarstvu, 2013., br. 3., str. 616.-632.
3. Čuveljak, Jelena, Skraćeni stečajni postupak – mogućnost zlouporaba, Pravo u gospodarstvu, 2016., br. 3., str. 427.-438.
4. Čuveljak, Jelena, Predujam za otvaranje stečajnog postupka, Pravo i porezi, 2016., br. 9., str. 21.-25.
5. Dika, Mihajlo, O ustavnosti pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe, u knjizi: Barbić, Jakša (ur.), Hrvatsko insolvencijsko pravo, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 51.-68.
6. Dika, Mihajlo, Predstečajni postupak, Pravo u gospodarstvu, 2016., br. 3., str. 367.-425.
7. Galić, Ante, Predstečajni postupak prema novom Stečajnom zakonu, u knjizi: Kuzmić, Marica (ur.), Reforma hrvatskog insolvencijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 77.-104.
8. Garašić, Jasnica, Institut izuzeća sudaca i Novela Zakona o parničnom postupku 2003., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2003., vol. 53., br. 5., str. 1189.-1256.
9. Garašić, Jasnica, Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2004., br. 1., str. 295.-321.
10. Garašić, Jasnica, Osobna uprava stečajnog dužnika, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2004., br. 1., str. 29-75.
11. Garašić, Jasnica, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, Ein Vergleich des kroatischen, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanbuler Übereinkommens und des UNCITRAL-Modellgesetzes, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2005., Knjiga 1. (str. 1.-499.), Knjiga 2. (str. 1.-633.).
12. Garašić, Jasnica, Recognition of Foreign Insolvency Proceedings: The Rules That a Modern Model of International Insolvency Law Should Contain, Yearbook of Private International Law, Petar Šarčević/Paul Volken/Andrea Bonomi (Eds.), The Swiss Institute of Comparative Law, 2005., vol. 7., str. 333.-380.
13. Garašić, Jasnica, Europska uredba o insolvencijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2005., br. 1., str. 257.-305.
14. Garašić, Jasnica, Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. motivirane institutom predstečajne nagodbe, u knjizi: Barbić Jakša (ur.), Hrvatsko insolvencijsko pravo,

Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2014., str. 21.-50.
15. Garašić, Jasnica, Reforma Europske uredbe o insolvencijskim postupcima, u knjizi: Kuzmić Marica (ur.), Reforma hrvatskog insolvencijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 34-76.
16. Garašić, Jasnica, Prijava tražbina stranih vjerovnika prema Europskoj uredbi o insolvencijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2016., br. 3., str. 1039.-1064.
17. Graf-Schlicker, Marie Luise (ur.), InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 2010.
18. Grgić, Jerko, Predstečaj – staro i novo uređenje, Pravo i porezi, 2015., br. 11., str. 34.-41.
19. Kirchhof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (ur.), Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 1., München, 2016.
20. Kirchhof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (ur.), Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 2., München, 2016.
21. Kirchhof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (ur.), Münchener Kommentar, InsO, Verlag C.H. Beck, 3. izdanje, Band 4., München, 2016.
22. Komljenović, Maja, Predstečajni razlog prijeteće nesposobnosti za plaćanje u svjetlu novog Stečajnog zakona i recentne prakse Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revija, 2016., br. 12-, str. 16.-21.
23. Kovač, Vlatka, Imenovanje, ovlast i dužnosti stečajnog upravitelja prema odredbama Stečajnog zakona, Pravo i porezi, 2016., br. 5., str. 53.-59.
24. Marković, Nevenka, Opći pregled novina u stečajnom postupku prema novom Stečajnom zakonu, u knjizi: Kuzmić, Marica (ur.) Zbornik radova Reforma hrvatskog insolvencijskog prava – Novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 105.-156.
25. Mankowski, Peter/Müller, Michael F./Schmidt, Jessica, EuInsVO 2015 – Europäische Insolvenzverordnung 2015., Verlag C. H. Beck, München, 2016.
26. Radić, Nino, Prijava tražbina u predstečajnom postupku, u knjizi: Kuzmić, Marica (ur.), Stečajni zakon 2015. – Primjena u praksi, Inženjerski biro, Zagreb, 2016., str. 3.-24.
27. Uhlenbruck, Wilhelm (ur.), Insolvenzordnung - Kommentar, Verlag Franz Vahlen, München, 2003.
28. Vukelić, Mario, Novi Stečajni zakon – novi predstečajni postupak, Pravo u gospodarstvu, 2016., br. 5., str. 1041.-1070.
29. Wimmer, Klaus (ur.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Luchterhand, 4. izdanje, München, 2006.

Summary

MOST IMPORTANT NOVELTIES IN BANKRUPTCY ACT OF 2015

This paper gives the analysis of the most important novelties that the new Bankruptcy Act of 2015 brought into Croatian bankruptcy law. The author points at many contradictory, imprecise and defective provisions of the new Bankruptcy Act, especially provisions regarding a pre-bankruptcy reason (ground), pre-bankruptcy proceedings, advance payment for the costs of bankruptcy proceedings, appointment of bankruptcy administrators (bankruptcy trustees), action to contest legal transactions of the debtor, liquidation of objects on which the right for separate satisfaction exists, bankruptcy plan, group of companies (connected companies), bankruptcy proceedings against liquidation estate and international bankruptcy. Due to numerousness of the defective legal solutions and disturbing easiness with which some of the basic principles of bankruptcy law and civil procedure law generally have been directly broken, it is necessary to prepare new legal provisions that shall change and amend the Bankruptcy Act of 2015.

Keywords: *pre-bankruptcy proceedings, imminent insolvency, a creditor with right to separate satisfaction (a secured creditor), bankruptcy plan, international bankruptcy, Bankruptcy Act of 2015.*

Zusammenfassung

WICHTIGE NEUREGELUNGEN DES INSOLVENZGESETZES 2015

Diese Arbeit behandelt wichtige Neuregelungen im kroatischen Insolvenzrecht im Lichte des Insolvenzgesetzes von 2015. Der Schwerpunkt liegt dabei auf widerspruchsvollen, undeutlichen und irrigen Verordnungen, die sich insbesondere auf die Neuregelung des Vorinsolvenzgrundes, Vorinsolvenzverfahrenes, Klageantrags auf Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners, Verwertung von Absonderungsgegenständen, Bestellung von Insolvenzverwaltern, Insolvenzplans, verbundener Unternehmen, Insolvenzverfahrens über das Liquidationsvermögen und internationaler Insolvenz beziehen. Wegen des Übermaßes an mangelnden gesetzlichen Lösungen und geradezu besorgniserregender Behaglichkeit mit der einige Grundprinzipien sowohl des Insolvenz-, als auch des Zivilprozessrechts unmittelbar verletzt wurden, sei es notwendig das Insolvenzgesetz von 2015 zügig mit entsprechenden Verordnungen zu ändern, bzw. zu ergänzen.

Schlüsselwörter*: Vorinsolvenzverfahren, drohende Zahlungsunfähigkeit, Absonderungsglaübiger, Insolvenzplan, internationale Insolvenz, Insolvenzgesetz 2015.*

Riassunto

LE NOVITÀ PIÙ SIGNIFICATIVE DELLA LEGGE FALLIMENTARE DEL 2015

Nel presente lavoro vengono analizzate le novità più significative che sono state introdotte nel diritto fallimentare croato a seguito dell'entrata in vigore della legge fallimentare del 2015. Nel lavoro si segnalano numerose disposizioni contradditorie, indeterminate ed errate, che si riferiscono in particolare alle nuove norme sulla ragione a fondamento del concordato preventivo, sulla procedura prefallimentare, sull'anticipo delle spese del procedimento fallimentare, sulla nomina dei curatori fallimentari, sull'azione di revocatoria fallimentare, sul soddisfacimento del credito privilegiato, sul piano fallimentare, sulle società collegate, sul procedimento fallimentare su patrimonio in liquidazione, come pure sul fallimento internazionale. In ragione delle numerose soluzioni giuridiche sbagliate e della preoccupante leggerezza con la quale sono stati violati alcuni dei principi cardine del diritto fallimentare e del diritto processuale civile in generale, è necessario predisporre quanto prima delle disposizioni legislative mediante le quali la legge fallimentare del 2015 venga modificata ed integrata.

Parole chiave: *concordato preventivo, pericolo di insolvenza, creditore privilegiato, piano fallimentare, fallimento internazionale, legge fallimentare del 2015.*

STVARNOPRAVNA I CARINSKOPRAVNA ZAŠTITA KULTURNIH DOBARA U SVJETLU EUROPSKE ANTITERORISTIČKE POLITIKE

Dr. sc. Hano Ernst, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Kristijan Poljanec, mag. iur., asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 339.543:351.853
343.711.7
Ur.: 23. siječnja 2017.
Pr.: 1. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analiziraju međunarodna, europska i hrvatska pravila u području prometa kulturnim dobrima te se autori kritički osvrću na činjenicu kako ona nisu prepoznala važnost stvarnopravnih mehanizama u borbi protiv nezakonitog prometa kulturnim dobrima. Ukazuje se na važnost privatnopravnih mehanizama u borbi protiv nezakonitog prometa kulturnim dobrima. Razmatra se problem izvoza kulturnih dobara u treće države i reakcije EU-a na iračku i sirijsku krizu u pogledu uvoza kulturnih dobara. Raspravlja se o novim mjerama EU-a u pogledu regulacije uvoza kulturnih dobara iz trećih država kao dijelu sveobuhvatne agende u borbi protiv financiranja terorizma. Autori se osvrću na postojeću regulaciju unutarnjeg prometa kulturnih dobara u kontekstu slobode kretanja robe, te se analiziraju ograničenja pravnog prometa kulturnih dobara u hrvatskom pravu. Zaključuje se kako je hrvatski režim prometa kulturnim dobrima stvorio dobar okvir za borbu protiv krijumčarenja kulturnih dobara te on već sada doprinosi antiterorističkoj politici EU-a, ali i to da ima prostora za poboljšanja, posebno u privatnopravnoj sferi. Pritom se problematiziraju pitanja odabira načela lex rei sitae kao stvarnopravnog statuta za kulturna dobra, kao i pitanja vezana uz tradicionalne institute stjecanja od nevlasnika i dosjelosti. U radu se iznosi nekoliko preporuka i za budući sustav zaštite kulturnih dobara u uvozu.

***Ključne riječi**: kulturno dobro, lex rei originis, antiteroristička politika, stjecanje od nevlasnika.*

1. UVOD

Očuvanje i zaštita kulturne baštine jedna je od zadaća Europske unije[1], propisana Ugovorom o funkcioniranju EU-a.[2] Promicanje raznolikosti u međunarodnim

1 Dalje kao: EU.
2 Ugovor o funkcioniranju EU, pročišćena inačica, SL C 202, 7. lipnja 2016. Dalje kao: UFEU.

kulturnim odnosima čini važan dio uloge EU-a kao sudionika globalne politike.[3] Prvenstvena zadaća EU-a je doprinositi razvoju kultura država članica, uz poštovanje njihove nacionalne i regionalne različitosti.[4] Pored toga, EU je dužan voditi računa o zajedničkoj kulturnoj baštini država članica,[5] što je upotpunjeno njegovom zadaćom da potiče suradnju između država članica, podupire i dopunjuje njihovo djelovanje, *inter alia*, u području očuvanja i zaštite kulturne baštine od europske važnosti.[6] U tom se smislu može reći da primarno pravo EU-a prepoznaje koegzistenciju nacionalne kulture država članica i zajedničke europske kulturne baštine.[7]

Kulturna dobra iz EU u značajnoj mjeri sudjeluju u međunarodnoj trgovini kulturnim dobrima.[8] To se u zadnjem izvještajnom razdoblju (2008.-2014.) ponajprije odnosilo na izvoz umjetničkih djela.[9] Međutim, unatoč izraženom trendu izvoza kulturnih dobara, u 2014. trgovina kulturnim dobrima se odnosila na trgovinu između država članica,[10] tj. na unutarnji promet. Nažalost, pored zakonitog prometa kulturna dobra predstavljaju okosnicu međunarodnog kriminaliteta, posebno povezanog s terorističkim aktivnostima.

U ovom radu raspravljamo, s jedne strane, o zaštiti vanjskog, a s druge, o zaštiti unutarnjeg prometa kulturnih dobara u EU. Nakon uvoda, u drugom dijelu rada promatramo problem izvoza kulturnih dobara u treće države i reakcije EU-a na iračku i sirijsku krizu u pogledu uvoza kulturnih dobara te raspravljamo o najavljenim mjerama EU-a u pogledu regulacije uvoza kulturnih dobara iz trećih država kao dijelu sveobuhvatne *agende* u borbi protiv financiranja terorizma. U trećem dijelu rada problematiziramo postojeću regulaciju unutarnjeg prometa kulturnih dobara

3 Tako Zajednička komunikacija Europskom parlamentu i Vijeću: Ususret Strategiji EU-a za međunarodne kulturne odnose, Bruxelles, 8. lipnja 2016., JOIN(2016) 29 final, str. 2. U ovoj se Zajedničkoj komunikaciji predlažu načela za strateški pristup EU-a kulturnoj diplomaciji. Dalje kao: Ususret Strategiji… .

4 Čl. 167. st. 1. UFEU.

5 Čl. 167. st. 1. UFEU.

6 Čl. 167. st. 2. al. 2. UFEU. Riječ je o komplementarnoj nadležnosti EU. V. Čl. 6. st. 1. (c) UFEU.

7 U Komunikaciji Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija: Ususret cjelovitom pristupu kulturnoj baštini u Europi, Bruxelles, 22. srpnja 2014., COM(2014) 477 final, str. 3 stoji da „ne postoji proturječnost među nacionalnim odgovornostima i djelovanjem EU-a: kulturna baština uvijek je i lokalna i Europska." Dalje kao: Ususret cjelovitom pristupu… .

8 Prema podatcima Eurostata, u razdoblju od 2008. do 2014. bilanca trgovine kulturnim dobrima iz EU-a je iz deficita (2.068 milijuna eura u 2008.) prešla u suficit (1.857 milijuna eura u 2014.) kao posljedica povećanja izvoza i smanjenja uvoza kulturnih dobara. Smanjenje uvoza pripisuje se ekonomskoj krizi, ali i tehnološkim promjenama. V. Eurostat: Culture Statistics, 2016 ed., str. 98. Dalje kao: KS 2016. Dostupno na http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-books/-/KS-04-15-737, 6. srpanj 2016., 1. prosinca 2016.

9 KS 2016, str. 100. Umjetnička djela (slike, skulptura itd.) čine 43 % dobara u ukupnom izvozu prema trećim zemljama, najviše prema SAD-u. KS 2016, str. 107, 110. Najveći izvoz su imale Latvija i Cipar, dok u uvozu prednjači Poljska. Od uvoznih dobara najveći udio (31 %) otpada na filmove, video-igrice i igraće konzole. KS 2016, str. 107. Glavni uvozni partner je Kina. KS 2016, str. 111.

10 KS 2016, str. 105.

u kontekstu slobode kretanja robe. Posebno se osvrćemo na ograničenja pravnog prometa i izvoza kulturnih dobara u hrvatskom pravu te zaključujemo kako je hrvatsko pravo, uvevši strogi režim prometa kulturnim dobrima, stvorilo dobar javnopravni okvir za borbu protiv krijumčarenja kulturnih dobara te ono već sada doprinosi antiterorističkoj politici EU-a, premda privatnopravni mehanizmi i dalje ostaju zanemareni. Posebno se problematizira pitanje odabira načela *lex rei sitae* kao stvarnopravnog statuta za kulturna dobra te, oslanjajući se na teorijska i komparativna zakonodavna rješenja u ovom području, nastojimo objasniti zašto bi neka buduća kolizijska pravila EU-a trebala usvojiti načelo *lex rei originis* za mjerodavno načelo za stjecanje kulturnih dobara. U četvrtom dijelu ukazujemo na buduće mehanizme zaštite kulturnih dobara u europskom i nacionalnom aspektu. Pritom se kritički osvrćemo na činjenicu kako postojeći međunarodni, europski i nacionalni mehanizmi zaštite nisu prepoznali važnost privatnopravnih mehanizama u borbi protiv nezakonitog prometa kulturnim dobrima. U tom dijelu iznosimo i nekoliko preporuka za budući sustav zaštite kulturnih dobara u uvozu.

2. ZAŠTITA VANJSKOG PROMETA KULTURNIH DOBARA

2.1. Zaštita kulturnih dobara u izvozu

Uredbom o izvozu kulturnih dobara iz 1992.[11] uspostavio se jedinstven sustav kontrola izvoza kulturnih dobara s područja carinske unije u treće države. Osnovu tog sustava čine izvozne dozvole koje imaju pravnu snagu diljem EU-a i koje izdaje nadležno nacionalno tijelo države članice.[12] Prema Implementacijskoj uredbi Komisije (EU) br. 1081/2012 od 9. studenog 2012. u svrhe Uredbe Vijeća (EZ) br. 116/2009 od 18. prosinca 2008. o izvozu kulturnih dobara (kodifikacija) (dalje kao: IU) postoje tri vrste dozvola: standardno odobrenje, posebno otvoreno odobrenje i opće otvoreno odobrenje.[13] *Standardno odobrenje* koristi se u svrhu redovitog izvoza sukladno Uredbi 116/2009,[14] *posebno otvoreno odobrenje* izdaje se u svrhu opetovanog privremenog izvoza u izložbene svrhe,[15] dok se *opće otvoreno odobrenje* izdaje u svrhu privremenog izvoza kulturnih dobara koja čine dio stalnih muzejskih i srodnih postava.[16] Time je EU uspostavio unificirani pravni okvir za tzv. vanjski izlazni promet kulturnim dobrima s područja EU-a.[17]

11 Uredba Vijeća (EEZ) br. 3911/92 od 9. prosinca 1992. o izvozu kulturnih dobara, SL EZ L 395, 31.12.1992., str. 1. Ta je Uredba zamijenjena kodifikacijskom Uredbom Vijeća (EZ) br. 116/2009 od 18. prosinca 2008. o izvozu kulturnih dobara, SL EU L 39, 10.12.2009., str. 1.

12 Opširnije o carinskom postupku te postupku izdavanja odobrenja za iznošenje kulturnih dobara u države članice EU vidi u: Lichtner-Kristić, M. Izvoz i iznošenje kulturnih dobara iz Hrvatske u kontekstu usklađivanja hrvatskog pravnog sustava sa pravnom stečevinom Europske unije, Zagreb, Carinski vjesnik, vol. 16, 5/2007, str. 52-71.

13 Čl. 1. IU.

14 Ćl. 2. st. 1. IU.

15 Čl. 2. st. 2. u vezi s čl. 10. IU.

16 Čl. 2. st. 3. u vezi s čl. 13. IU.

17 Prema podatcima dostupnima u Izvješću Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 116/2009 od 18. prosinca

Kulturna dobra koja podliježu izvoznoj kontroli ovise s jedne strane o nacionalnom pravu pojedine države članice, koja primjenjujući nacionalna pravila o izvozu primjenjuje i nacionalni pojam kulturnog dobra. S druge strane, kulturna dobra koja su obuhvaćena Uredbom samo su ona kulturna dobra koja su navedena na listi kategorija u Dodatku Uredbe. Time se omogućilo da države na čijim vanjskim granicama dolazi do prometa ne moraju primjenjivati sva nacionalna zakonodavstva o izvoznim ograničenjima.[18] Istovremeno je, međutim, potrebno upozoriti da kontrolu putem izvoznih dozvola vrši država koja je nadležna po mjestu trajnog smještaja kulturnog dobra u trenutku podnošenja zahtjeva za izvoz, a ne prema kriteriju klasifikacije kulturnog dobra kao nacionalnog blaga.

Već nekoliko godina dolazi do intenziviranja djelovanja EU-a na polju borbe protiv financiranja terorizma nezakonitom trgovinom kulturnim dobrima. U zaključcima iz 2011. ističe se potreba razvoja specifičnih aranžmana s trećim državama radi povrata ukradenog blaga.[19] U istim zaključcima Vijeće je uputilo preporuku Europskoj komisiji[20] da podupre države članice u efikasnoj zaštiti kulturnih dobara radi sprječavanja i borbe protiv nezakonitog trgovanja.[21] U travnju 2015. Europski parlament[22] usvojio je Rezoluciju o zločinačkom uništavanju kulturnih lokaliteta od strane ISIL/*Daesha*.[23] Akcijski plan EK-a iz veljače 2016. za jačanje borbe protiv financiranja terorizma[24] predviđa usvajanje zakonodavnih i ne-zakonodavnih mjera

2008. o izvozu kulturnih dobara, 1. siječnja 2011.- 31. prosinca 2013., Bruxelles, 1. travnja 2015., (COM(2015) 144 final) (dalje kao: Izvješće o izvozu…) države članice su najviše izdavale standardna odobrenja (24 564) u čemu su prednjačile Ujedinjeno Kraljevstvo i Italija (Izvješće o izvozu, str. 4). To predstavlja porast u odnosu na prethodno izvještajno razdoblje od 2000. do 2010. (Izvješće o izvozu, str. 9). Slijede posebna otvorena odobrenja (946) u čemu prednjače Ujedinjeno Kraljevstvo, Nizozemska i Poljska (Izvješće o izvozu, str. 4). Konačno, izdano je i 472 općih otvorenih odobrenja u čemu prednjači Španjolska (84%). S druge strane, EU države članice su 318 puta odbile izdati standardno odobrenje pozivanjem na zaštitu nacionalnog blaga (Izvješće o izvozu, str. 4). To predstavlja 0,4% od ukupnog broja izdanih odobrenja. Trend niske razine odbijanja izvornih dozvola se nastavlja iz prethodnog izvještajnog razdoblja (Izvješće o izvozu, str. 10).

18 Josipović, Tatjana, Zaštita kulturnih dobara u Europskoj uniji u: Gavella, N. i dr., Europsko privatno pravo, Zagreb, Pravni fakultet, 2002., str. 106.

19 Zaključci Europskog vijeća od 13. i 14.11.2011., 17541/11 ENFOPOL 415 CULT 111 ENFOCUSTOM 143. str. 3. Dalje kao: Zaključci 2011.

20 Dalje kao: EK.

21 Zaključci 2011, str. 4.

22 Dalje kao: EP.

23 Rezolucija EP br. 2015/2649(RSP). EP je tom prilikom oštro osudio namjerno uništavanje kulturnih, arheoloških i vjerskih lokaliteta od strane ISIL-a u Siriji i Iraku te pozvao potpredsjednika EK i Visoku povjerenicu za vanjske poslove i sigurnosnu politiku da implementiraju sigurnosne mjere na vanjskim granicama EU-a radi sprječavanja da kulturna dobra iz Sirije i Iraka bude krijumčarena na područje EU-a te da zajedničkim snagama spriječe trgovinu artefaktima sirijskog i iračkog podrijetla u Europi budući da visoka koncentracija trgovine srednjo-istočnim umjetninama za svoje odredište ima europsko tržište, tržište Sjedinjenih Američkih Država i tržište Golfskog zaljeva. Dostupno na http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P8-RC-2015-0375+0+DOC+PDF+V0//EN, 28. travnja 2015., 28. prosinca 2016.

24 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o Akcijskom planu za jačanje borbe

za borbu protiv financiranja terorizma u nekoliko područja koja je EU prepoznao kao izvor financiranja terorističkih skupina. Najavljenim sprječavanjem premještanja sredstava i identifikacijom izvora financiranja terorizma želi se spriječiti pranje novca.[25]

U pogledu kulturnih dobara iz Iraka i Sirije posebno su primjenjive dvije uredbe koje određuju ograničenja u prometu kulturnim dobrima koja su nezakonito uklonjena s područja Iraka i Sirije.[26] Sukladno navedenim uredbama za sirijsku baštinu zabranjen je uvoz, izvoz, prijenos ili pružanje posredničkih usluga povezanih s uvozom, izvozom ili prijenosom sirijskih kulturnih dobara te drugih predmeta arheološke, povijesne, kulturne, rijetke znanstvene ili vjerske važnosti, ako postoje temelji za sumnju da su predmeti uklonjeni iz Sirije bez pristanka njihova zakonitog vlasnika ili su uklonjeni kršenjem sirijskog prava ili međunarodnog prava, posebno ako su ti predmeti sastavni dio javnih zbirki popisanih u inventarima konzervatorskih zbirki sirijskih muzeja, arhiva, knjižnica ili inventara sirijskih vjerskih ustanova, ako postoji osnovana sumnja da su predmeti uklonjeni iz Sirije bez pristanka njihova zakonitog vlasnika ili su uklonjeni kršenjem sirijskog zakona ili Konvencije UNESCO-a o mjerama zabrane i sprječavanja nezakonitog uvoza, izvoza i prijenosa vlasništva nad kulturnim dobrima.[27] Za iračku baštinu vrijedi raniji režim po kojem je zabranjen uvoz ili unošenje na teritorij Zajednice; izvoz ili uklanjanje s teritorija Zajednice; i trgovanje iračkom kulturnom baštinom i drugim predmetima koji su od arheološke, povijesne, kulturne, rijetke znanstvene i vjerske važnosti ukoliko su bili nezakonito odstranjeni s lokacija u Iraku, a posebno ako (spomenuti predmeti) predstavljaju sastavni dio javnih zbirki popisanih u inventarima iračkih muzeja, arhiva ili konzervatorskih zbirki knjižnica, ili u inventarima iračkih vjerskih institucija, ili postoji opravdana sumnja da je roba odstranjena iz Iraka bez odobrenja zakonitog vlasnika ili povredom iračkih zakona i propisa.[28]

protiv financiranja terorizma, Bruxelles, 2. veljače 2016., COM (2016)50 final. Dostupno na http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52016DC0050. Dalje kao: AP.

25 Najavljenim sprječavanjem premještanja sredstava i identifikacijom izvora financiranja terorizma želi se spriječiti pranje novca. Predviđa se uvođenje nadzora nad korištenjem platformi za konverziju virtualnog novca, korištenjem gotovinskog plaćanja anonimnih *prepaid* kartica, financijskim tokovima iz trećih zemalja. U institucionalnom pogledu, najavljuje se povećanje ovlasti financijskih obavještajnih jedinica, centralizacija nacionalnih registara bankovnih računa i računa za plaćanje te centralizacija sustava za dohvat podataka kao i zamrzavanje imovine terorista u suradnji s UN-om. V. AP, str. 4-8.

26 Uredba Vijeća (EZ) br. 1210/2003 od 7. srpnja 2003. o određenim posebnim ograničenjima gospodarskih i financijskih odnosa s Irakom i stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 2465/96, SL EZ L 169, 8.7.2003., str. 6., dalje kao: Uredba 1210/2003. V. i Uredba Vijeća (EU) br. 36/2012 od 18. siječnja 2012. o mjerama ograničavanja s obzirom na stanje u Siriji i o stavljanju izvan snage Uredbe (EU) br. 442/2011, SL L EU 16, 19.1.2012, str. 1.; Uredba Vijeća (EU) br. 1332/2013 od 13. prosinca 2013. o izmjeni Uredbe (EU) br. 36/2012 o mjerama ograničavanja s obzirom na stanje u Siriji, SL L EU 335, 14.12.2013, str. 3. Dalje kao: Uredba 36/2012.

27 Čl. 11.c Uredbe 36/2012.

28 Čl. 3. Uredbe 1210/2003.

2.2. Zaštita kulturnih dobara u uvozu

Početak zakonodavnog rada na izgradnji prava EU-a o pravnom prometu kulturnim dobrima koincidira s problemom porasta međunarodnog terorizma. EU je prepoznao važnost borbe protiv terorizma,[29] što uključuje borbu protiv financiranja terorizma prodajom kulturnih dobara.[30] EU se zbog svog zemljopisnog položaja i činjenice da je područje na kojem žive potencijalni kupci kulturnih dobara smatra vrlo atraktivnim tržištem za nezakonitu trgovinu kulturnim blagom iz trećih zemalja.[31]

EU je 2014. istaknuo predanost zaštiti kulturne baštine u suradnji s organizacijama poput Vijeća Europe i Organizacije UN-a za obrazovanje, znanost i kulturu (UNESCO). Istaknuto je kako su potrebne hitne mjere s obzirom na uništavanje kulturne baštine u ratnim zonama poput Iraka, Sirije i Afganistana.[32] Na međunarodnoj razini EU sudjeluje u inicijativama Ujedinjenih naroda za borbu protiv financiranja terorizma nezakonitom trgovinom kulturnim dobrima koja potječu s Bliskog istoka.[33]

29 V. Zaključci Europskog vijeća od 28. studenog 2008., 15049/1/08 REV 1 CRIMORG 175 ENFOPOL 206 14224/2/08 REV 2 CRIMORG 166 ENFOPOL 191, dio 12; Zaključci 2011; Zaključci Europskog vijeća od 18. prosinca 2015. EUCO 28/15, Dio drugi, t. 10. EU kontinuirano surađuje s međunarodnim organizacijama kao što su UN, Vijeće Europe, Europol, Stručna skupina za financijsko djelovanje (FATF). EU sudjeluje u međunarodnim inicijativama poput Globalne strategije UN za borbu protiv terorizma, Globalnog foruma za borbu protiv terorizma, Globalne koalicije za borbu protiv ISIL-a, itd. V. http://ec.europa.eu/culture/policy/culture-policies/trafficking_en, 6. siječanj 2017., 7. siječanj 2017.

30 Poslije trgovine drogom i oružjem, trgovina ukradenim umjetninama je najunosniji posao. Šteta počinjena krađom je nemjerljiva i često je praćena devastacijom kulturne baštine. *Vukšić* navodi nekoliko zapanjujućih brojki: 300 milijuna USD vrijedna je najveća krađa umjetnina u povijesti čovječanstva, 6 milijardi USD procijenjena je vrijednost ukradenih djela godišnje, 16.620 međunarodnih potraga za ukradenim i nestalim umjetninama prema podatcima Interpola u 2000. g. V. Vukšić, Z., Pravni i porezni promet kulturnih dobara, Zagreb, Hrvatska pravna revija, vol. 3., 6/2003, str. 85-91. *Bradamante* ističe kako su oružani sukobi jedan od glavnih generatora ilegalne trgovine te kako je do porasta cijene umjetnina došlo sedamdesetih i osamdesetih godina. IFAR (Međunarodna fondacija za istraživanje umjetnina) radi na suzbijanja ilegalne trgovine prisiljavajući trgovce umjetnina npr. iz J. Amerike da umjetnička djela prvo šalju u zapadnoeuropske zemlje pa tek ih tada mogu pokušati uvesti u SAD. Ista navodi tri osnovna oblika kriminaliteta u vezi s kulturnim dobrima, a to su: krađa, krivotvorenje i pljačka arheoloških nalazišta, koji su redovito povezani i s pranjem novca ili drugim oblicima organiziranog kriminaliteta. Bradamante, V., Zaštita kulturne baštine po nacionalnom i međunarodnom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsku kulturnu baštinu stradalu tijekom rata 1991.-1995., Zagreb, Pravnik, vol. 37, 1 /2003, str. 79-80.

31 V. uvodne napomene uz obrazac za javnu raspravu o uvođenje EU regulacije uvoza kulturnih dobara iz trećih zemalja, str. 6. Obrazac ankete dostupan je na https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/consultation_cultural_goods_survey_en.pdf, 6. siječanj 2017., 7. siječnja 2017. Dalje kao: Javna rasprava 2016.

32 Ususret cjelovitom pristupu…, str. 11-12.

33 Kao primjer suradnje EU-a i UNESCO-a može se istaknuti trogodišnji projekt *Emergency Safeguarding of the Syrian Heritage.* Cilj projekta je doprinijeti uspostavi socijalne kohezije, stabilnosti i održivog razvoja kroz zaštitu i očuvanje sirijske kulturne baštine. V. više http://www.unesco.org/new/en/safeguarding-syrian-cultural-heritage/international-initiatives/emergency-safeguarding-of-syria-heritage/, 30. prosinca 2016. O povijesti suradnje EU-a i UNESCO-a v. Studija o sprečavanju i borbi protiv nezakonitog prometa kulturnim dobrima

Vijeće sigurnosti UN-a (VSUN) u veljači 2015.[34] osudilo je uništavanje kulturne baštine[35] Iraka i Sirije od strane Islamske države Iraka i Levanta[36] i *Al-Nusrah* fronte.[37] Pritom je istaknuto kako ISIL, ANF i povezane strane stvaraju prihod za financiranje terorističke aktivnosti od izravnog ili neizravnog sudjelovanja u teškim krađama i krijumčarenju kulturnim dobrima s arheoloških nalazišta, muzeja, knjižnica, arhiva i drugih lokaliteta u Iraku i Siriji.[38] Tom je prilikom VSUN još jedanput potvrdio da sve države članice UN-a moraju prikladnim mjerama spriječiti trgovinu iračkim i sirijskim kulturnim dobrima i drugim predmetima od arheološkog, povijesnog, kulturnog, znanstvenog i vjerskog značaja, a koji su nezakonito uklonjeni s područja tih zemalja što uključuje zabranu prekogranične trgovine takvim predmetima, uz mogućnost njihova sigurnog povratka u Irak odnosno Siriju.[39] U prosincu 2015. Vijeće sigurnosti je opetovano naglasilo problem financiranja terorističkih skupina prihodima od nezakonitog prometa kulturnim dobrima s područja Iraka i Sirije.[40]

Kao što je već istaknuto, na iračka i sirijska kulturna dobra vrijede posebne uredbe. One se, međutim, ponajprije bave propisivanjem posebnih tehnoloških, infrastrukturnih, gospodarskih, financijskih i ostalih sankcija prema pojedincima i trgovačkim društvima (npr. bankama) povezanim s represivnim režimima na području Iraka i Sirije, a ne problemom nezakonitog uvoza kulturnih dobara u EU-a iz svih trećih država kao samostalnim problemom već kao dijelom šire vanjske i sigurnosne politike, o čijem nastavku ovise spomenuta ograničenja. Stoga se pokazalo da navedene uredbe nisu dovoljne u suzbijanju nezakonitog prometa jer ne pružaju sveobuhvatan odgovor na borbu protiv financiranja terorizma nezakonitim prometom kulturnim dobrima.

Na razini država članica postoje značajne razlike u zakonodavstvima oko nekih načelnih pitanja, poput definiranja kulturnih dobara, njihove kategorizacije, klasifikacije, načinima registracije, u nadzoru kretanja i bavljenja poslovima koji

u Europskoj uniji, CECOJI-CNRS – UMR 6224, Contract No. Home/2009/ISEC/PR/019-A2, Završno izvješće – listopad 2011, str. 40, dostupna na: http://www.do.etat.lu/voyages/Report_Trafficking_in_cultural_goods_EN.pdf, 1. prosinca 2016., str. 275-277. Dalje kao: Studija. O povijesti suradnje s Međunarodnim institutom za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) v. Studija, str. 275-280.

34 V. Rezoluciju VSUN br. 2199 (2015) od 12. veljače 2015, *para* 15. Dostupno na: http://www.un.org/press/en/2015/sc11775.doc.htm., 12. veljače 2015., 29. prosinca 2016.

35 Nakon uništenja hrama *Baalshamin* na sirijskom lokalitetu Palmira, u okviru UNESCO-a korišten je termin „kulturno čišćenje" pod kojim se razumijeva namjerno uništavanje materijalne i nematerijalne kulturne baštine u Iraku i Siriji. V. http://en.unesco.org/news/director-general-irina-bokova-firmly-condemns-destruction-palmyra-s-ancient-temple-baalshamin, 30. prosinca 2016.

36 Poznate i pod nazivom *Daesh*. Dalje kao: ISIL.

37 Dalje kao: ANF.

38 Rezolucija 2199, *para*. 16. O ovom problemu v. detaljno u Willett, H. D., Ill-Goten Gains: A Response to the Islamic State's Profits from the Illicit Antiquities *Market*, Arizona Law Review, vol. 58, 3/2016, str. 831-865.

39 Rezolucija 2199, *para.* 16. Glede Iraka, to vrijedi počevši od 6. 8. 1990., a glede Sirije od 15.3.2011.

40 V. Rezoluciju VSUN br. 2253(2015) od 17.12.2015., dostupnu na: https://www.un.org/press/en/2015/sc12168.doc.htm., 17. prosinca 2015., 29. prosinca 2016.

uključuju kulturna dobra, uključujući kupnje putem interneta.[41] Nedostatak pravnog okvira za uvozne kontrole ističe se kao poseban problem.[42] U pogledu uvoza kulturnih dobara iz trećih zemalja pokazalo se kako nema zabrane uvoza kulturnog dobra u države članice i kako se kulturna dobra provjeravaju kao i svako drugo dobro.[43] Uvozne dozvole su rijetke, uz iznimke Grčke i Italije.[44]

Slijedom toga, mišljenje je Komisije da postoji potreba za popunjavanjem pravne praznine u regulaciji vanjskog ulaznog prometa na supranacionalnoj razini. Slično kao i 1993. ponovno se prepoznaje uloga carinskih službi u suzbijanju i sprečavanju nezakonitog trgovanja kulturnim dobrima na vanjskim granicama EU-a. Nedostatci regulacije vanjskog ulaznog prometa nastoje se popuniti carinskim instrumentima sada u novom ruhu i s novim poticajem borbe protiv terorizma. U tom smislu EU se pojavljuje kao borac za zaštitu svjetske kulturne baštine.

Na razini EU-a još uvijek ne postoje zajednička carinska pravila o uvozu nezakonito otuđenih kulturnih dobara iz trećih država. Stoga je uvođenje regulacije o uvozu kulturnih dobara iz trećih država u EU jedna od Akcijskim planom najavljenih zakonodavnih mjera.[45] Kulturna dobra identificirana su kao jedan od primarnih izvora prihoda za financiranje terorizma.[46] Stoga uništavanje izvora prihoda terorističkih organizacija uključuje usvajanje *zakonodavnog prijedloga* radi borbe protiv nezakonite trgovine kulturnim dobrima. U tom smislu Vijeće je u zaključcima iz veljače 2016. uputilo poziv EK da hitno unaprijedi borbu protiv nezakonite trgovine kulturnim dobrima te da što prije predloži zakonodavne mjere radi borbe protiv nezakonite trgovine kulturnim predmetima.[47] Kao rezultat navedenih inicijativa, u tijeku je javna rasprava[48] o budućem zakonodavnom okviru.[49]

U smislu Uredbi 1210/2003 i 1332/2013 nedopušten uvoz dobara iz Iraka i Sirije bio bi onaj kod kojeg su carinske službe EU-a utvrdile postojanje nekog od razloga za zabranu uvoza. Međutim, nije isključeno da se kulturno dobro ipak nezakonito uveze i zatekne na području EU-a. Nekoliko je mogućih slabih točaka postojećeg sustava zbog kojih bi do toga moglo doći. Pored problema tereta dokazivanja podrijetla robe,[50]

41 Vidi više u Studija, str. 69 *et seq*.

42 Studija, str. 193.

43 Studija, str. 122. Prema nalazima Studije, jedino Njemačka i Malta imaju nešto temeljitije provjere uvezenih kulturnih dobara u odnosu na druge države članice EU-a; no ni te provjere ne odstupaju mnogo od uobičajene prakse u EU.

44 Studija, str. 123.

45 Zakonodavni prijedlog protiv nezakonite trgovine kulturnim dobrima očekuje se najkasnije do drugog tromjesečja 2017. AP, str. 13. V. Aneks Komunikaciji Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: Akcijski plan za jačanje borbe protiv financiranja terorizma, COM(2016) 50 final, str. 4.

46 AP, 12-13.

47 Zaključci Europskog vijeća od 12. veljače 2016. EUCO 50/16, t. 12.

48 Tekst upitnika je dostupan na: https://ec.europa.eu/taxation_customs/consultations-get-involved/customs-consultations/consultation-rules-import-cultural-goods_en. (28.12.2016.).

49 V. *infra*.

50 Razlog takvoj situaciji može se tražiti u nedostatku obučenih carinskih službenika, poteškoćama kod utvrđivanja podrijetla artefakta mjerodavnog prava, poteškoćama pri utvrđivanju je li kulturno dobro nezakonito odneseno *etc*. Javna rasprava, str. 8. V. i Peters, R., The Protection of Cultural Property in EU Law: *Status Quo* and Future Perspectives, u: Desmarais, F. (ur.),

poteškoće pri kontroli carinskim službama stvara unos kulturnih dobara kao turističkih suvenira. Jedna od mogućih slabosti postojećeg sustava, koja omogućava relativno lak unos kulturnih dobara sa Srednjeg Istoka, vidi se u činjenici kako se turisti i putnici vraćaju u EU s malim suvenirima koje ne prijavljuju carinskim službama pri ulasku na carinsko područje EU-a.[51] Pritom je moguće je da je takav suvenir nezakonito oduzet vlasniku ili lokalnoj instituciji. Ako carinske službe i utvrde da turist nosi kakav manji predmet (npr. kipić, posudicu ili novčić), eventualni postupak utvrđivanja podrijetla i načina na koji je „suvenir" stigao do kupca nije jednostavan.[52]

Ako bi se iračko odnosno sirijsko kulturno dobro našlo na području EU-a unatoč zabranama, treba uzeti da se ono ne nalazi u zakonitom prometu države članice. Ono se našlo na njezinom području mimo propisanih uvoznih formalnosti. Spomenute uredbe ne rješavaju pitanje kako postupati s kulturnim dobrom koje se propustom carinskih službi našlo na teritoriju EU-a. Na prvi pogled se nameće odgovor kako bi takvo dobro, ako i kada ga se pronađe, trebalo vratiti u zemlju podrijetla. Međutim, upravo nemogućnost utvrđivanja zemlje podrijetla i vlasnika, kao i sveprisutna opasnost od uništenja ili ponovnog stavljanja u nezakonit promet, može predstavljati stvarnu i pravnu prepreku povratku.

Premda je AP 2016. najavio kako će „Komisija razmotriti opsežniji odgovor na borbu protiv financiranja terorizma putem nezakonite trgovine kulturnim dobrima, bez obzira na zemlju podrijetla, kako bi se neki od tih problema riješili", tekuća javna rasprava o budućoj regulaciji uvoza kulturnih dobara iz trećih zemalja nažalost se ne dotiče pitanja postupka utvrđivanja vlasništva uvezenog kulturnog dobra. U javnoj raspravi, među različitim mjerama koje je EK predložio u borbi protiv nezakonitog prometa kulturnim dobrima iz trećih zemalja, ne spominje se niti jedna mjera koja bi se ticala privatnopravnih instrumenata.[53]

Iz javne rasprave može se zaključiti kako će se eventualna buduća regulacija uvoza kulturnih dobara iz trećih zemalja u osnovi temeljiti na javnopravnom sustavu odobrenja[54] – svojevrsnoj „zrcalnoj slici" sustava izvoznih odobrenja prema Uredbi

Countering Illicit Trade in Cultural Goods, 2015., str. 146.

51 Javna rasprava, str. 8.

52 Tako primjerice turist može kupiti neki predmet na tržnici ili ulici; ili može kupiti predmet grčko-rimskog stila na proputovanju kroz više država koje dijele antičku kulturu, pri čemu će biti teško utvrditi potječe li predmet iz antičkog mjesta Palmire ili turskog Izmira prije ulaska u carinsko područje EU-a na Cipru ili Grčkoj.

53 Javna rasprava 2016., str. 12.

54 Tako se u pojmovniku uz javnu raspravu *izvozni certifikat* definira kao upravni dokument koji je izdalo nadležno tijelo treće države, kojim se odobrava izvoz kulturnog dobra u skladu s pravom treće države. *Uvozna dozvola* definira se kao upravni dokument koji izdaju carinske službe EU-a ili nadležno tijelo države članice, na zahtjev osobe koje se to tiče, a kojim se odobrava uvoz kulturnog dobra u skladu s pravom EU-a. Konačno, postoji i *vlastiti certifikat* koji bi uvoznik podnosio carinskim službama EU-a u obliku potvrde kojom se dokazuje da je kulturno dobro izvezeno iz treće države u skladu s pravom treće države. Takav certifikat će morati pratiti isprava s podatcima potrebnim za identifikaciju kulturnog dobra. V. Pojmovnik uz Javnu raspravu 2016., str. 7. Ovako zamišljen sustav zapravo uvodi svojevrsnu „europsku putovnicu" za kulturna dobra iz trećih država. V. Groenen, A., *A Passport for Cultural Goods*, predavanje održano na 21st Ius Commune Congress, Maastricht University, 25. studeni 2016, dostupno na: http://www.iuscommune.eu/html/activities/2016/2016-11-24/workshop_11b_Groenen.pdf.,

116/2009 u slučaju izvoza kulturnih dobara iz EU-a.[55] Manje restriktivno rješenje bilo bi da buduća regulacija uvoza kulturnih dobara iz trećih zemalja usvoji odredbu prema kojoj bi muzeji u EU (zemlji članici prvog ulaska) bili privremeni repozitoriji nezakonito uvezenih kulturnih dobara koje je zaplijenila carinska služba države članice EU-a, do trenutka dok se ne steknu uvjeti za povrat vlasniku odnosno nadležnim institucijama u utvrđenoj zemlji podrijetla.[56]

Do tada, dopuštenost uvoza kulturnih dobara iz trećih država uvelike ostaje prepušteno nacionalnim zakonodavstvima, uz eventualnu primjenu dviju konvencija od pojedine države koja ih je ratificirala. U tom smislu bi se izvoz, uvoz i prijenos vlasništva kulturnog dobra suprotan odredbama UNESCO Konvencije također smatrao nezakonitim.[57] U smislu UNIDROIT konvencije odnošenje kulturnog dobra suprotno pravilima o izvozu kulturnih dobara radi njihove zaštite bi se smatrao nezakonitim izvozom.[58] Ako bi te konvencije bile uključene u nacionalne pravne poretke, ostvarivanje obilježja nezakonitosti iz dviju konvencija ujedno bi predstavljalo povredu nacionalnog prava.[59]

UNESCO odnosno UNIDROIT konvencija imaju ograničeno teritorijalno područje primjene između država koje su stranke konvencije.[60] U tom smislu će se konvencijske mjere sprječavanja stjecanja kulturnih dobara muzeja i sličnih ustanova u nekoj državi članici EU,[61] mjere zabrane uvoza ukradenog muzejskog ili vjerskog kulturnog blaga u neku državu članicu EU-a,[62] mjere povrata kulturnog blaga iz države članice EU-a u neku drugu državu podrijetla,[63] moći primjenjivati samo ako su uvozna država članica EU-a i država podrijetla stranke UNESCO konvencije.[64]

24. studenog 2016., 31.prosinca 2016.

55 Kontrola uvoza ima dobar primjer u američkom pravu još od sedamdesetih godina prošlog stoljeća kada su donesena posebna pravila o zabrani uvoza određenih pretkolumbijskih kulturnih dobara. Sukladno tim pravilima, uvoz monumentalnih ili arhitektonskih skulpturalnih murala nakon njihovog stupanja na snagu zabranjen je bez posebne potvrde države izvoznice kojom se potvrđuje da je izvoz dopušten. 19 USC §2092(1). V. Gonzalez, M. A., New Legal Tools to Curb the Illicit Traffic of Pre-Columbian Antiquities, Colum. J. Transnat'l L. vol. 12, 1973., str. 316.; McAlee, J., From the Boston Raphael to the Peruvian Pots: Limitations on the Importation of Art Into the United States, Dick. L. Rev. vol. 85., 1980., str. 565.

56 Takva se mogućnost izravno spominje u obrascu Javne rasprave, pitanje 6, str. 13.

57 Čl. 3. UNESCO Konvencije o mjerama za zabranu i sprečavanje nezakonitog uvoza, izvoza te prijenosa vlasništva na kulturnim dobrima, Pariz, 14. studeni 1970. Dalje kao: UNESCO konvencija.

58 Čl. 5. st. 2. UNIDROIT konvencije o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima, Rim, 24. lipnja 1995. Dalje kao: UNIDROIT konvencija.

59 Tako međunarodne konvencije, uključujući UNESCO i UNDROIT konvencije, imaju neposrednu primjenu upravo u graničnim državama članicama koje su posebno izložene rizicima nezakonitog uvoza iz trećih zemalja – Bugarskoj, Hrvatskoj i Rumunjskoj. V. Studija, str. 158.

60 Čl. 21. UNESCO konvencije. Čl. 10. st. 2. UNIDROIT konvencije.

61 Čl. 7. (a) UNESCO konvencije.

62 Čl. 7. (b) (i) UNESCO konvencije.

63 Čl. 7. (b) (ii) UNESCO konvencije.

64 Prema sadašnjem stanju, primjerice, egipatsko kulturno dobro može ući npr. kroz Maltu, koja nije stranka UNESCO konvencije bez primjene konvencije, a kroz Republiku Hrvatsku uz primjenu konvencija.

I pravo da u slučaju povrata pošteni stjecatelj zahtijeva poštenu naknadu od države podrijetla[65] ovisi o polju primjene *rationae teritorii*. Glede UNIDROIT konvencije njezine odredbe o povratu nezakonito izvezenog kulturnog dobra,[66] odredbe o plaćanju naknade poštenom posjedniku[67] uz mogućnost zadržavanja ili prijenosa vlasništva[68] također će ovisiti o tomu jesu li država članica EU-a kao država unošenja i država koja traži povrat stranke konvencije. Stoga ove konvencije ne mogu popuniti pravnu prazninu u nedostatku vlastitih EU pravila o uvozu kulturnih dobara.

3. ZAŠTITA UNUTARNJEG PROMETA KULTURNIM DOBRIMA

3.1. Kulturna dobra i sloboda kretanja roba

Ideja o zaštiti unutarnjeg prometa kulturnim dobrima počiva na principijelnom provođenju ideje o slobodi kretanja roba unutar EU-a. Kultura se može utjeloviti kroz materijalna (nepokretna i pokretna) te nematerijalna kulturna dobra.[69] Prema shvaćanjima Suda EU-a, kulturno (materijalno) dobro, bez obzira na obilježja koja ga razlikuju od druge robe, je roba u mjeri u kojoj može imati novčanu vrijednost i može biti predmet komercijalnih transakcija. Stoga se pravila unutarnjeg tržišta primjenjuju i na kretanje kulturnih dobara.[70] Tu se ponaprije misli na pravila unutarnjeg tržišta

65 Čl. 7 (b) (ii) Konvencije. *Cf*. čl. 6. UNIDROIT konvencije.

66 Čl. 5. UNIDROIT konvencije.

67 Čl. 6. st. 1. UNIDROIT konvencije.

68 Čl. 6. st. 3. UNIDROIT konvencije.

69 Prott, L. V.; O'Keefe, P., 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property', International Journal of Cultural Property, vol. 1, 2/1992, str. 307-308. U skladu s hrvatskim pozitivnim pravom u ovom se radu koristi pojam „kulturno dobro". Literatura ukazuje da „hrvatski termin „kulturno dobro" asocira vrijednost koja je od interesa za širu društvenu zajednicu, a pritom ne isključuje ni vlasništvo ni mogućnost gospodarske upotrebe, ali im ne pridaje prioritetni značaj. K tome je riječ „dobro" semantički dovoljno široka i apstraktna da može pored pokretnih i nepokretnih materijalnih objekata uključivati i nematerijalnu baštinu". Šošić, T. M, Pojam kulturne baštine - međunarodno pravni pogled, Split, ZRPF, vol. 51, 4/2014., str. 838. Engleski ekvivalent pojma „kulturno dobro" je *cultural property*. U pravnom smislu se u engleskoj terminologiji prvi put javlja 1954. u Haaškoj konvenciji za zaštitu kulturne imovine u slučaju oružanog sukoba. Pojam *property* prednost daje imovinskopravnoj, vlasničkoj komponenti kulturnog dobra. Po *Lyndelu* i *O'Keefeu*, koncept *property* implicira pravo vlasništva koje podrazumijeva isključivo pravo korištenja. Prott, L. V.; O'Keefe, P., op. cit., str. 310. Smatraju kako upotreba izraza *cultural property* ponaprije ističe vlasnikov interes za komoditizacijom kulturnog dobra u odnosu na zaštitu i očuvanja toga dobra za buduće generacije. Stoga predlažu da se pojam *cultural property* zamijeni s pojmom *cultural heritage*, tj. kulturnom baštinom. Smatraju da ovaj drugi pojam jasnije ukazuje kako kulturno dobro nije samo imovina već uključuje i nematerijalna dobra, koja treba čuvati i prenositi budućim generacijama. ibid., str., 311. Suglasno Blake, J., On Defining the Cultural Heritage, International and Comparative Law Quarterly, vol. 49, 1/2000, str. 61-85. O odnosu globalizacije i razvoju pravnog okvira za zaštitu kulturnih dobara v. Casini, L., "Italian Hours": The globalization of cultural property law, International Journal of Constitutional Law, vol. 9, 2/2011, str. 369-393.

70 Presuda u predmetu 7/68*, Komisija Europskih zajednica protiv Italije* (*Italian Art Treasures*), EU:C:1968:51, dio B, *para* 1. Ovdje treba istaknuti kako je EU ratificirao Konvenciju o zaštiti i promociji različitosti kulturnih izričaja, Pariz, 20. listopada 2005. U t. 19. Preambule te

o slobodi kretanja roba,[71] uključujući pravila o zabrani uvoznih odnosno izvoznih količinskih ograničenja i svih mjera s istovrsnim učinkom u trgovini između država članica.[72] Međutim, načelne zabrane količinskih ograničenja i mjera s istovrsnim učinkom ne isključuju zabrane uvoza, izvoza i provoza robe koji su opravdani, *inter alia*, razlozima zaštite nacionalnog blaga umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti[73] pa zaštita nacionalnih umjetničkih, povijesnih ili arheoloških artefakata kao materijalnih kulturnih dobara neke države članice EU-a može biti razlog za zabranu njihova slobodnog prometa tržištem EU-a.

Pritom treba istaknuti da je pojam nacionalnog blaga iznimno sporan.[74] Nacionalno blago nije definirano pravom EU-a. Nacionalni karakter upućuje da se radi o dobrima od važnosti za državu članicu, ali nije jasno niti je li potrebno da dobro bude na neki način nacionalno obilježeno,[75] niti što ako je riječ o dobru koje je važno za dvije ili više država članica. Kako npr. tretirati suvremena umjetnička djela čija se važnost za naciju tek treba potvrditi i koja nerijetko postanu slavna i cijenjena desetljećima nakon autorove smrti?[76] Radi se o iznimno teškim pitanjima, a u smislu opravdanja zabrana odnosno ograničenja korisno je voditi računa da EU brine o

konvencije istaknuto je kako „(…) kulturna dobra (…) imaju i gospodarsku i kulturnu prirodu, jer povezuju identitete, vrijednosti i značenja; iz tog razloga ne smije se smatrati da ona imaju isključivo trgovačku vrijednost."

71 Tako i Studija, str. 40.

72 Čl. 34. i 35. UFEU. *Gormley* navodi porez na izvoz povijesne, umjetničke, arheološke i etnografske vrijednosti kao primjer mjera po učinku ekvivalentnih carinskim pristojbama. Opširnije u Gormley, L. W., EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union, Oxford, Oxford University Press, 2009., str. 387.

73 Čl. 36. UFEU.

74 O mogućim kriterijima za određivanje „nacionalnosti" kulturnih dobara v. Müller, M. M., Cultural Heritage Protection: Legitimacy, Property, and Functionalism, International Journal of Cultural Property, vol. 7, 2/1998., str. 401-402. O pojmu „zajedničke baštine čovječanstva" u odnosu na „nacionalnu kulturnu baštinu", v. ibid., str., 403-404.

75 V. u tom smislu. Biondi, A., The Merchant, the Thief & the Citizen: the Circulation of Works of Art within the European Union, Common Market Law Review, vol. 34, 5/1997, str. 1181. O pojmu „nacionalno blago" u smislu UFEU v. Stamatoudi, I. A., Cultural Property Law and Restitution A Commentary to International Conventions and European Union Law, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, IHC series in heritage management, Edward Elgar, 2011., str. 117-133.

76 U komparativnoj literaturi postoje razna stajališta. Gormley, L. W., op. cit., str. 478. navodi kako će suvremena djela samo iznimno moći biti pokrivena iznimkama iz UFEU-a. Postoje shvaćanja da bi trebalo razlikovati arheološka i povijesna djela s jedne strane i umjetnička djela, s druge (tako Oliver, P., Free Movement of Goods in the European Community: under Articles 28 to 30 of the EC Treaty, London, Sweet&Maxwell, 2003., str. 285.). Takav pristup može se razumjeti jer je poveznica između arheoloških i povijesnih predmeta zapravo starost i prepoznatljivost. Naime, radi se o predmetima za koje se već može reći jesu li nacionalnog značaja, imajući u vidu njihov doprinos nacionalnom identitetu i kulturi. Kod umjetničkih djela, pogotovo kod djela suvremene umjetnosti, to je već teže procijeniti jer sama tržišna vrijednost koju postižu nije dovoljan pokazatelj za zaključak da su doista toliko vrijedna da bi imala nacionalnu važnost. Postoje shvaćanja da bi se sva umjetnička djela mogla podvesti pod pojam nacionalnog blaga ako se prihvati da pojam nacionalnog blaga može biti tumačen kao viši pojam za umjetnička djela za koja se može kazati da pripadaju naciji. Tako Gormley, L. W., op. cit., str. 479.

nacionalnoj baštini Zajednice, što upućuje na zaštitu prema trećim državama, a ne i državama članicama. Premda čl. 36. UFEU-a predviđa zaštitu nacionalnog blago kao opravdanje za količinska ograničenja i mjere s istovrsnim učinkom ne čini se da na razini EU-a postoji konsenzus oko toga koja bi mjera zadovoljavala tu pretpostavku.[77]

Jednako tako, EU, a niti nacionalni pravni sustavi nisu do sada primijenili unutarnju kontrolu prometa kao mjeru borbe protiv terorizma. Okolnost da je neko kulturno dobro izvor financiranja terorističkih aktivnosti trebalo bi razmotriti kao mogući razlog za opravdanje mjere zabrane ili ograničenja izvoza u smislu čl. 36. UFEU-a. S obzirom na to da EU do sada nije razmotrio poseban problem izvoza kulturnih dobara iz Iraka i Sirije koji ne bi bili po nacionalnom pravu države članice tretirani kao kulturno dobro, a koji su već dospjeli na teritorij EU-a, čini se da bi bilo korisno razmotriti upravo takve nacionalne (ili europske) mjere, budući da sloboda kretanja takvih kulturnih dobara pa i unutar EU-a ne pridonosi provedbi europske antiterorističke politike. Pritom treba voditi računa da se eventualna ograničenja ili zabrane uvoza, izvoza ili provoza robe iz čl. 36. UFEU-a moraju, *inter alia*, opravdati razlozima zaštite *nacionalnog* blaga umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti. To znači da samo ona kulturna dobra koja je država članica, u okviru nacionalnog zakonodavstva ili administrativnih postupaka, kategorizirala ili definirala kao *nacionalno* blago koje ima umjetničku, povijesnu ili arheološku vrijednost u smislu članka 36. UFEU-a uživa zaštitu.

Pritom također ne treba ispustiti iz vida da se istodobno na većinu država članica EU-a primjenjuje međunarodnopravni okvir zaštite kulturnih dobara koji se razvija desetljećima kroz dva temeljna međunarodnopravna instrumenta za zaštitu kulturne baštine - UNESCO Konvenciju o mjerama za zabranu i sprečavanje nezakonitog uvoza, izvoza te prijenosa vlasništva na kulturnim dobrima[78] te njoj komplementarnu[79] Konvenciju UNIDROIT o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima.[80] Međutim, od onih članica koje su ratificirale UNESCO Konvenciju (a to nisu sve), neke su izjavile rezerve na pojedine temeljne odredbe[81] što stvara poteškoće u primjeni sustava koji bi trebao olakšati povrat kulturnih dobara.[82]

Upravo zbog navedenog postoji mogućnost da u nekim slučajevima pravila o slobodnom kretanju roba unutar EU-a pogoduju prometu nezakonito izvezenih

77 Niti u i citranom slučaju *Italian Art Treasures* ovo pitanje nije riješeno, budući da prema stajalištu Suda konkretna mjera nije niti potpadala pod čl. 36. UFEU-a, jer se nije radilo o kvantitativnom ograničenju.

78 Konvenciju su ratificirale sve države članice EU-a izuzev Irske, Latvije i Malte.

79 Studija, str. 203.

80 Konvenciju su ratificirale sve države članice EU-a izuzev Austrije, Belgije, Bugarske, Češke, Estonije, Irske, Latvije, Luksemburga, Malte, Njemačke, Poljske i Ujedinjenog Kraljevstva. U prosincu 2011. Europsko vijeće je zaključkom pozvalo države članice da razmotre ratifikaciju dviju konvencija. V. Zaključci 2011, str. 3. U travnju 2015. to je isto učinio i Europski parlament u t. 18. Rezolucije br. 2015/2649(RSP). Detaljno o dvjema konvencijama v. Stamatoudi, I. A., op. cit., str. 29-111.

81 Primjerice, Francuska, Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo izjavile su rezerve na pojam kulturno dobro suzivši njegov doseg na kulturna dobra određene starosti ili novčane vrijednosti. Studija, str. 155.

82 Studija, str. 201-203.

odnosno ukradenih kulturnih dobara koja nisu zaštićena kao takva u državi članici iz koje se izvoze u drugu državu članicu. U tim slučajevima izvozno ograničenje bilo bi učinkovita mjera imobilizacije kulturnog dobra u jednoj državi članici, premda je teško za očekivati da bi ono bilo uvedeno u onim članicama koje nisu ratificirale niti UNESCO-ovu konvenciju. Razlike u nacionalnim pravnim sustavima u području prometa kulturnim dobrima, razlike u metodama transponiranja europskog i međunarodnog prava u nacionalna prava,[83] kao i nepostojanje sveobuhvatne EU regulacije, omogućava nezakonit promet kulturnih dobara,[84] posebice iz država nečlanica kroz zemlje članice koje nemaju regulaciju u tom području ili je ona slaba.[85] Tomu doprinose i nedostatci u operativnoj i tehničkoj suradnji carinskih službi.[86] Kritike postojećeg pravnog sustava idu i dalje, pa se ističe[87] da je sustav EU-a u području kretanja kulturnih dobara „neoperativan" i da ovisi o nacionalnim pravima država članica.

3.2. Ograničenja pravnog prometa i izvoza kulturnih dobara u hrvatskom pravu

U Republici Hrvatskoj se predviđa da su sva kulturna dobra od interesa za Republiku Hrvatsku i uživaju njezinu osobitu zaštitu.[88] Ujedno sva kulturna dobra i sva preventivno zaštićena dobra sukladno ZZOKD-u predstavljaju nacionalno blago.[89] To znači da hrvatsko pravo prihvaća ekstenzivni pojam kulturnog dobra i nacionalnog blaga, tako da nije potrebna nikakva posebna veza s hrvatskim nacionalnim kontekstom da bi dobro bilo zaštićeno.[90] Zbog toga je moguće da i kulturna dobra koja se nađu na teritoriju Republike Hrvatske budu zaštićena kao nacionalno blago, premda se radi o dobrima koja izvorno potječu iz drugih država. S obzirom na to da po čl. 67. st. 1. ZZOKD-a nije dopušten trajni, vremenski neograničen izvoz i iznošenje nacionalnog

83 Detaljni pregled međunarodnih instrumenata za zaštitu kulturnih dobara i komparativnih nacionalnih rješenja u 15 zemalja vidi u Toshiyuki K. (ed.), The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st century, Leide, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. te u istom djelu rad o hrvatskom pravnom okviru u ovom području od Gliha, I.; Josipović, T., Croatian National Legal Framework – The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage, str. 247-280.

84 Studija, str. 166.

85 Javna rasprava 2016, str. 6.

86 Studija, str. 197-199.

87 Studija, str. 190.

88 Čl. 2. st. 1. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN br. 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12, 136/12, 157/13, 152/14 , 98/15. Dalje kao: ZZOKD.

89 Čl. 2. st. 2. ZZOKD.

90 Ovo proizlazi i iz same definicije kulturnog dobra u čl. 2. st. 3. ZZOKD-a po kojem su to sve pokretne i nepokretne stvari od umjetničkoga, povijesnoga, paleontološkoga, arheološkoga, antropološkog i znanstvenog 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.

blaga iz Republike Hrvatske, pri čemu se pod izvozom kulturnih dobara iz Republike Hrvatske podrazumijeva izvoz u treće zemlje izvan carinskog područja EU-a, a pod iznošenjem kulturnih dobara iz Republike Hrvatske podrazumijeva se iznošenje u države članice EU-a, očito je da je hrvatsko pravo iskoristilo mogućnosti iz čl. 36. UFEU-a o opravdanim ograničenjima prometa između država članica. Štoviše, sukladno čl. 319. Kaznenog zakona[91] tko bez odobrenja nadležnog tijela trajno izveze ili iznese iz Republike Hrvatske kulturno dobro ili ga ne vrati u Republiku Hrvatsku u roku određenom odobrenjem, čini kazneno djelo oštećenja i nedozvoljenog izvoza kulturnog dobra. Takav režim u svjetlu borbe protiv terorizma čini da se Republiku Hrvatsku pozicionira kao zemlju koja nije osobito pogodna za krijumčarenje te time doprinosi toj borbi.[92]

Premda hrvatska kulturna dobra mogu biti i u privatnom i u javnom vlasništvu, ZZOKD predviđa u velikom broju slučajeva presumpcije u korist javnog vlasništva. Kao prvo, vlasnik koji privremeno napusti posjed kulturnog dobra, i time nastane neposredna opasnost od njegova oštećenja ili uništenja, izložen je mjeri privremenog skrbništva nad njegovim kulturnim dobrom,[93] a trajnim napuštanjem on gubi vlasništvo koje stječe Republika Hrvatska.[94] Kao drugo, napušteno dobro za koje se predmnijeva da ima svojstva kulturnoga dobra, a nalazi se ili se nađe u zemlji, moru ili vodi, vlasništvo je Republike Hrvatske po samome zakonu.[95] Kao treće, stjecanje vlasništva ograničeno je pravom prvokupa za korist jedinica lokalne i regionalne samouprave te Republike[96] koje je sankcionirano vremenski ograničenom mogućnošću poništaja.[97] Ne uzimajući u obzir posebno i mogućnost izvlaštenja kulturnog dobra,[98] navedena pravila bitno povećavaju vjerojatnost da kulturno dobro u konačnici dospije u vlasništvo Republike Hrvatske ili druge javnopravne osobe.

S druge strane, međutim, ZZOKD ne propisuje da je kulturno dobro neotuđivo iz javnog vlasništva, premda bi se i u tom slučaju primjenjivale odredbe o pravu prvokupa za korist ostalih ovlaštenika, osim aktualnog javnopravnog vlasnika. Radi zaštite kulturnih dobara bilo bi oportuno propisati načelo neotuđivosti, pogotovo zbog toga jer bi se time spriječila mogućnost stjecanja vlasništva po drugim osnovama, kao što je to dosjelost, odnosno stjecanje od nevlasnika.

Potonji problemi nalaze se u središtu privatnopravnog aspekta problematike zaštite kulturnih dobara. Pokretna kulturna dobra imaju pravni status pokretnina u

91 NN, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

92 Privremeni izvoz i iznošenje su dopušteni, radi izlaganja, ekspertiza, obavljanja radova na zaštiti i očuvanju kulturnog dobra ili drugih opravdanih razloga uz odobrenje nadležnog tijela (čl. 68. st. 1. ZZOKD).

93 V. čl. 32. st. 1. ZZOKD.

94 Čl. 18. st. 2. i 32. st. 3. ZZOKD.

95 Čl. 19. st. 1. ZZOKD.

96 Ova se pravila primjenjuju i kad se radi o aukcijskoj prodaji (čl. 37a. ZZOKD) i ovršnoj prodaji (čl. 38. ZZOKD).

97 V. čl. 37. ZZOKD. Ako vlasnik proda kulturno dobro protivno pravu prvokupa, njegov nositelj može podnijeti tužbu sudu za poništenje ugovora o kupoprodaji u roku od 90 dana od dana saznanja da je sklopljen ugovor o kupoprodaji, ali najkasnije u roku od pet godina od dana sklapanja ugovora. (čl. 39. st. 1. i 2. ZZOKD).

98 V. čl. 41. ZZOKD.

pravnom prometu (*in commercio*) i na njih se primjenjuje opći stvarnopravni režim stjecanja vlasništva. To uključuje u prvom redu pravila o stjecanju od nevlasnika, a podredno dosjelost.

3.2.1. Stjecanje od nevlasnika

Pravila o stjecanju od nevlasnika omogućavaju poštenom stjecatelju da stekne vlasništvo pokretnine ako je stekao neposredan i samostalni posjed pokretne stvari na temelju naplatnoga pravnog posla sklopljenoga radi stjecanja prava vlasništva s posjednikom kojem ta stvar ne pripada ili koji nije ovlašten njome tako pravno raspolagati.[99] Iznimke su predviđene za stvari koje su vlasniku ili osobi putem koje je on posjedovao bila ukradena ili ju je vlasnik izgubio, odnosno zametnuo.[100] U svjetlu terorističkih aktivnosti, redovito će se raditi o ukradenim ili čak izgubljenim odnosno zametnutim kulturnim dobrima, što na prvi pogled ovakvo stjecanje čini isključenim. Logika isključenja, koja se primjenjuje kod svih stvari, jest u pravno-ekonomskoj demotivaciji krađe. Međutim, ZV predviđa i dodatne dvije iznimke od ovog isključenja, vraćajući primjenu općeg režima, i to: 1) za gotov novac i vrijednosne papire na donositelja te 2) za stjecanje na javnoj dražbi.[101]

Posljednja navedena iznimka je najvažnija kod stjecanja kulturnih dobara od nevlasnika, budući da su upravo javne dražbe najčešće poslovno okruženje u kojem dolazi do stjecanja odnosno prometa. Ideja zaštite javne dražbe temelji se na činjenici da javnost dražbe omogućava vlasniku da sazna za činjenicu da se njegova stvar prodaje te da vindicira stvar prije dražbe odnosno da ju spriječi. S obzirom na presumpciju vlasništva Republike Hrvatske svih napuštenih kulturnih dobara,[102] osobito je važno da Republika vodi računa o svim javnim dražbama na kojima se prodaju predmeti koji mogu imati svojstvo kulturnog dobra kako bi mogla intervenirati i spriječiti nepovoljne učinke čl. 118. st. 4. ZV-a.

Republika je dodatno zaštićena i prvokupom, što joj omogućava da ugovor pobija u maksimalnom objektivnom roku od pet godina od dana sklapanja ugovora, tj. dražbe.[103] Uspješno pobijanje oduzima stjecanju valjani pravni temelj, koji je temeljna pretpostavka za svako stjecanje, pa i od nevlasnika. Time se putem obveznopravne zaštite prvokupa omogućava svojevrsno produljenje roka za restitutivnu zaštitu u usporedbi s klasičnim pravilima o vindikaciji, koja su ograničena samim pravilima o stjecanju trećeg.

Pored toga, treba ponovno naglasiti pravila o poštenju stjecatelja. Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku zaključenja posla, a ni u trenutku primanja neposrednoga

99 Čl. 118. st. 1. i 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14. Dalje kao: ZV. U hrvatskom pravu, stjecanje od nevlasnika ima dugu povijest, koja seže još od XIV. stoljeća u statutarno pravo istarskih gradova (Poreč, Rovinj, Pula, Novigrad, Umag). V. Margetić, L., Srednjovjekovno hrvatsko pravo-Stvarna prava, Pravni fakultet u Zagrebu i Pravni fakultet u Rijeci (Zagreb, Rijeka, Čakovec), 1983., str. 38 *et seq*.

100 Čl. 118. st. 4. ZV.

101 Id.

102 V. čl. 18. st. 2., čl. 32. st. 3. i čl. 19. st. 1. ZZOKD.

103 Čl. 39. ZZOKD.

posjeda, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju.[104] Ova pravila imaju dvostruko djelovanje na zaštitu kulturnih dobara. S jedne strane, pravilo propisuje da čak i ako nakon dražbe stjecatelj bude obaviješten o tome da se radi o kulturnom dobru u vlasništvu Republike Hrvatske (ili trećeg), a prije nego mu je stvar predana u neposredan posjed, nema stjecanja od nevlasnika jer u konkretnom slučaju *mala fides superveniens nocet*. S druge strane, s obzirom na to da je prodavatelj kulturnog dobra, kao i posrednik u kupoprodaji kulturnog dobra obvezan kupcu dati na znanje da je predmet kupoprodaje kulturno dobro, predočiti dokaz o vlasništvu kulturnog dobra te predočiti isprave o odricanju od prava prvokupa, teško je za očekivati da bi se kupac koji je imao predodžbu o tome da kupuje kulturno dobro[105] pored ovih zakonskih odredbi mogao smatrati poštenim. Predodžbe prodavatelja odnosno kupca bit će u pravilu vidljive iz visine kupovnine (što je, međutim, podložno relativno otegotnom dokazivanju).

Konačno, treba spomenuti i mogućnost isticanja nevaljanosti ugovora po drugim osnovama osim povrede prvokupa, pri čemu u obzir u prvom redu dolaze ništetnost zbog zabranjenosti i ništetnost zbog nedopuštene osnove. Ništetnost zbog zabranjenosti odnosi se na radnju odnosno činidbu koja je zabranjena jer je protivna Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima ili moralu društva. Ugovor je ništetan, osim ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. S tim u vezi postoje dva problema. Kao prvo, hrvatsko obvezno pravo načelno *ne zabranjuje* prodaju tuđe stvari, jer izričito propisuje da kupoprodaja tuđe stvari obvezuje ugovaratelje.[106] To znači da se za kulturna dobra u svrhu eventualne primjene mora primijeniti iznimka koja nije izričito propisana, već bi se općenito moralo pozivati na protuustavnost,[107] ili nemoralnost, što nije jednostavno za prihvatiti pored činjenice da zakonodavac pri detaljnom uređenju sustava zaštite kulturnih dobara nije takvu zabranu predvidio, premda je to imao prilike učiniti.[108] U kontekstu antiterorističke politike EU-a, međutim, imajući u vidu da je promet kulturnim dobrima iračke i sirijske provenijencije načelno zabranjeno, postojala bi ništetnost neposredno utemeljena na europskom pravu. Ništetnost ugovora po toj osnovi u potpunosti bi onemogućavala stjecanje od nevlasnika, neovisno o poštenju stjecatelja, premda ne i dosjelost (o tome v. *infra*).

Kao drugo, sukladno čl. 322. st. 2. ZOO-a, ako je sklapanje određenog

104 Čl. 118. st. 3. ZV.

105 Čl. 36. st. 1. ZV.

106 Čl. 382. Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, Dalje kao: ZOO. Kupac koji nije znao niti morao znati da je stvar tuđa može, ako se zbog toga ne može ostvariti svrha ugovora, raskinuti ugovor i zahtijevati naknadu štete. Id. Pritom ZOO očito uzima u obzir pravila o stjecanju od nevlasnika i tim pravilima daje prednost, jer računa s mogućnošću da kupac ipak stekne vlasništvo, tj. da se svrha ugovora ostvari. Pravila o raskidu i naknadi štete nadovezuju se na opća pravila o evikciji, koja također dolaze do primjene samo ako do evikcije uistinu i dođe. V. čl. 432. ZOO.

107 V. npr. čl. 69. Ustava Republike Hrvatske (NN, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14) koji navodi da država " štiti znanstvena, kulturna i umjetnička dobra kao duhovne narodne vrednote.)

108 Sukladno čl. 2. st. 4. Ustava, Hrvatski sabor ili narod neposredno, samostalno, u skladu s Ustavom i zakonom, odlučuje i o očuvanju prirodnog i kulturnog bogatstva i korištenju njime.

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. Sve i kada bi se prihvatila zabrana raspolaganja na strani osobe koja zna za podrijetlo kulturnog dobra, teško bi bilo bez izričite odredbe u tom smislu, opravdati zabranu prema osobi koja za to ne zna.[109] Ako ona to zna, kupac je nepošten, pa sve i kad je ugovor valjan, ne postoji mogućnost stjecanja vlasništva ne zbog nedostatka valjanog pravnog temelja, već zbog isključenja primjene pravila o stjecanju od nevlasnika, kao i (izvanredne) dosjelosti.

Slična situacija postoji i kod analize pitanja pobuda za sklapanje ugovora. Načelno pobude za sklapanje ugovora ne utječu na njegovu valjanost,[110] ali ako je nedopuštena pobuda bitno utjecala na odluku jednog ugovaratelja da sklopi ugovor i ako je to drugi ugovaratelj znao ili morao znati, ugovor je ništetan.[111] S obzirom na to da je nesavjesnost suugovaratelja pretpostavka ništetnosti, vidljivo je da se ona poklapa s pretpostavkom savjesnosti kod stjecanja od nevlasnika, odnosno dosjelosti. Dakle, kad postoji nesavjesnost obje ugovorne strane, ne postoji mogućnost stjecanja od nevlasnika po općim pravilima o toj vrsti stjecanja, kao niti po pravilima o izvanrednoj dosjelosti već zbog te nesavjesnosti, pa je činjenica da je ugovor ništetan iz ovog razloga od manje bitan.

Rješenja aktualna hrvatskog stvarnoga prava u bitnome su različita od ranijih rješenja po ZOVO-u.[112] Sukladno čl. 30. st. 1. ZOVO-a, pošteni stjecatelj mogao je steći pravo vlasništva na temelju naplatnog posla od nevlasnika koji u okviru svoje djelatnosti stavlja u promet takve stvari, od nevlasnika kojem je vlasnik predao stvar u posjed na temelju pravnog posla koji nije osnova za pribavljanje prava vlasništva te na javnoj prodaji.[113] Ove odredbe nisu branile stjecanje prava vlasništva na ukradenim, izgubljenim ili zametnutim stvarima, kao što to čini ZV, pa su one bile daleko opasnije za vlasnika kulturnog dobra od sadašnjih pravila.

S druge strane, prijašnji vlasnik mogao je ipak zahtijevati povrat stvar, ali uz naknadu po prometnoj cijeni, ako je ta stvar za njega imala posebno značenje i to u roku od jedne godine od stjecanja prava vlasništva.[114] Imajući u vidu da kulturna dobra u pravilu imaju poseban značaj za vlasnika, kao i općenito, ova iznimka bila bi redovito primjenjiva na ukradena ili izgubljena kulturna dobra. Pravilo o naknadi, međutim, u bitnome umanjuje značaj pravila o mogućoj revindikaciji. Navedena ideja o pravu na reivindikaciju uz otkup utjecala je i na uređenje po Direktivi o povratu ukradenih i nezakonito iznesenih kulturnih dobara o kojoj se govori *infra*.

---

109 Za kupca, ZZOKD jedino propisuje da je on dužan obavijestiti nadležno tijelo na području gdje će se kupljeno kulturno dobro nalaziti (čl. 36. st. 2. ZZOKD).

110 Čl. 273. st. 1. ZOO.

111 Čl. 273. st. 2. ZOO.

112 Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, SL SFRJ 6/1980, 36/1990, NN, br. 53/1991, 91/1996

113 Ova rješenja su odgovarala par. 367. OGZ-a o stjecanju vlasništva od nevlasnika.

114 Čl. 30. st. 3. ZOVO. Ovo pravilo djelomično je inspirirano francuskim pravom, koje u Art. 2277(1) propisuje dužnost isplate kupovnine osobi koja je ukradenu ili izgubljenu stvar stekla na javnoj prodaji ili od osobe koja se profesionalno bavi prodajom takvih ili sličnih stvari.

3.2.2. Dosjelost

Dosjelost kao institut stvarnog prava rješava problem dugotrajnog raskoraka između faktičnog i pravnog stanja, tako da faktičnu vlast nakon određenog perioda pretvara u pravnu vlast. Kod pokretnina duljina tog perioda ovisi o kvaliteti posjedovanja, kao i kategoriji vlasnika protiv kojeg se dosjeda. Kod redovite dosjelosti, publicijanski (uzukapioni) posjednik pokretnina stječe vlasništvo u pravilu nakon tri godine samostalnog posjedovanja.[115] U ovim slučajevima dosjelost rješava i problem vlasništva na ukradenim i izgubljenim stvarima, dokidajući vlasništvo vlasnika kojemu je stvar ukradena ili izgubljena, čak i onda kada nisu ispunjene pretpostavke za stjecanje vlasništva od nevlasnika. To će biti slučaj kada je stvar prodana poštenom stjecatelju, koji nije stjecao na javnoj dražbi. Ako je stjecatelj nepošten, dosjelost je isključena, jer je poštenje pretpostavka za svaku dosjelost.[116]

Kad se radi o stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske, županija i jedinica lokalne samouprave i jedinica područne (regionalne) samouprave i s njima izjednačenih pravnih osoba, kao i stvari u vlasništvu crkve ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe rok je dulji i iznosi kod redovite dosjelosti šest godina. Kako kulturna dobra nisu uvijek u javnom vlasništvu, ovaj rok će naizgled biti primjenjiv u ograničenom broju slučajeva. Međutim, iznimka bi pokrivala kulturna dobra u vlasništvu muzeja,[117] a nesporno i crkvena kulturna dobra, što u velikoj mjeri proširuje krug ovako zaštićenih kulturnih dobara.

Izvanredna dosjelost primjenjuje se iznimno, kad pošteni posjednik nema valjani pravni temelj posjedovanja. S obzirom na to da je neposredni stjecatelj ukradena kulturnog dobra uvijek nepošten, izvanredna dosjelost nije primjenjiva u tim slučajevima. Kasniji stjecatelji u pravilu imaju valjani pravni temelj stjecanja, što im omogućava primjenu redovite dosjelosti, pa je izvanredna dosjelost ograničena na slučajeve u kojima postoji određeni defekt u pravnom poslu koji je posljedica nekog općeg razloga nevaljanosti. Kao što je već spomenuto ranije, takvi su slučajevi rijetki prema pozitivnom pravu. Važna iznimka, međutim, postoji upravo u pogledu kulturnih dobara iračke odnosno sirijske provenijencije, gdje bi izvanredna dosjelost došla u obzir zbog zabranjenosti pravnih poslova njihovog prometa. U ovim slučajevima također se traži poštenje stjecatelja, što je po prirodi stvari relativno teško dokazati u kontekstu suvremenih zbivanja.

3.2.3. Povrat ukradenih i nezakonito iznesenih kulturnih dobara

Pravni okvir za povrat kulturnih dobara koja su nezakonito odnesena s teritorija države članice na teritorij druge države članice počeo se razvijati 1993. usvajanjem

115 Čl. 159. st. 2. ZV.

116 Čl. 159. st. 3. ZV.

117 Muzejska djelatnost je od interesa za Republiku Hrvatsku i obavlja se kao javna služba (čl. 1. st. 2. Zakona o muzejima, NN, br. 110/15). Kulturna dobra koja nisu u vlasništvu muzeja, već su samo u njegovom nesamostalnom posjedu (za potrebe izložbe) pa budu naknadno ukradena ne bi bila zaštićena po ovoj odredbi.

Direktive o povratu kulturnih dobara.[118] Postupak predviđen Direktivom 93/7/EEZ bio je prvi korak u uspostavi suradnje između država članica u području povrata kulturnih dobara u kontekstu unutarnjeg tržišta, radi uzajamnog priznavanja mjerodavnih nacionalnih zakona. Cilj je Direktive bio omogućiti povrat kulturnih dobara nezakonito odnesenih s područja države članice na dan 1. siječnja 1993. ili nakon toga,[119] a koja je pojedina država članica prije ili nakon nezakonitog odnošenja klasificirala kao nacionalno blago umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti.[120] Direktivom je uređen postupak povrata kulturnog dobra od posjednika kulturnog dobra te plaćanje naknade poštenom posjedniku u slučaju oduzimanja kulturnog dobra.[121]

Direktiva iz 1993. zamijenjena je novom Direktivom 2014/60/EU 19. prosinca 2015. koja ju je ukinula, preuzela i u određenim aspektima izmijenila.[122] Izvorno je ona ograničavala pojam „kulturno dobro" na predmet koji je prije ili nakon nezakonitog odnošenja s državnog područja države članice bio zaštićen kao nacionalno blago koje ima umjetničku, povijesnu ili arheološku vrijednost prema nacionalnom zakonodavstvu ili upravnim postupcima u smislu članka 36. UFEU-a, te koji je pripadao u jednu od kategorija predmeta navedenih u Prilogu,[123] ili nije pripadao, ali je činio sastavni dio javnih zbirki navedenih u inventarima zbirki muzeja, arhiva ili knjižnica ili crkvenih inventara.[124] Ograničeno polje primjene Direktive i kratki rokovi za pokretanje postupka povrata doveli su do njene rijetke primjene u državama članicama.[125] Stoga je Direktivom iz 2014. prošireno polje primjene na svaki kulturno dobro koje je država članica, u okviru nacionalnog zakonodavstva ili administrativnih

118 Direktiva Vijeća br. 93/7/EEZ o povratu kulturnih dobara nezakonito odnesenih s područja države članice, SL EZ L 74, 27.3.1993., str. 74.

119 Čl. 13. Direktive 93/7/EEZ.

120 Čl. 1. st. 1. Direktive 93/7/EEZ.

121 Čl. 7-11. Direktive 93/7/EEZ.

122 Direktiva 2014/60/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o povratu kulturnih predmeta nezakonito iznesenih s državnog područja države članice i o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 (preinaka), SL EU L 159, 28.5.2014., str. 1.; Ispravak Direktive 2014/60/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o povratu kulturnih predmeta nezakonito iznesenih s državnog područja države članice i o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 (SL EUL 159 od 28. svibnja 2014.), SL EU L 147, 12.6.2015, str. 24. Sukladno čl. 17. st. 1. Direktive, države članice Komisiji moraju podnijeti izvješće o primjeni ove direktive do 18. prosinca 2020. i nakon toga svakih pet godina.

123 Prema Prilogu, kulturna dobra, da bi mogla biti predmetom povrata po Direktivi 93/7/EEZ, morala su biti određene starosti i/ili pripadati nekoj umjetničkoj kategoriji (knjige, mozaici, fotografije, slike, arhivska građa *etc*.). Pored toga, vrijednost tih dobara morala je biti jednaka ili prelaziti određenu graničnu novčanu svotu. Pritom se ocjena o tomu jesu li uvjeti u vezi s financijskom vrijednosti ispunjeni ili ne davala prilikom traženja povrata. Novčana vrijednost je bila vrijednost predmeta u državi članici od koje se traži povrat. Takvim pristupom EU je u biti ograničio zaštitu kulturnih dobara u unutarnjem prometu na umjetnički i ekonomski „vrjednija" djela što je blisko tzv. funkcionalističkom pristupu u zaštiti kulturnih dobara. V. Müller, M. M., op. cit., str. 397, 404-405.

124 Čl. 1. st. 1. Direktive 93/7/EEZ.

125 Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru: Četvrto izvješće o primjeni Direktiva Vijeća br. 93/7/EEZ o povratu kulturnih dobara nezakonito odnesenih s područja države članice (tekst od značenja za EGP), 2008.-2011., 30. svibnja 2013., COM(2013) 310 final, str. 7.

postupaka, kategorizirala ili definirala kao nacionalno blago koje ima umjetničku, povijesnu ili arheološku vrijednost u smislu članka 36. UFEU-a.[126] U tu svrhu središnje vlasti koje su u državama članicama zadužene za implementaciju Direktive morat će surađivati i izmjenjivati informacije o nezakonito uklonjenim kulturnim dobrima uz pomoć Informacijskog sustava unutarnjeg tržišta (*the Internal Market Information System* – IMI).[127]

U odnosu na Direktivu 93/7/EEZ uvedene su još neke izmjene. Tako se postupak povrata mora pokrenuti najkasnije u roku od tri godine nakon što je središnje tijelo države povrata saznalo za mjesto predmeta i osobu posjednika.[128] Prema čl. 7. Direktive 93/7/EEZ subjektivni rok je iznosio godinu dana. Pored navedenog, posjednik kulturnog dobra mora dokazati da je postupao s dužnom pažnjom kada je stjecao kulturno dobro kao pretpostavku za dobivanje naknade jednom kada se naloži povrat dobra.[129] Prema čl. 9. st. 2. Direktive 93/7/EEZ teret dokazivanja određivao se primjenom propisa države članice od koje se traži povrat.

Direktiva se ne odnosi neposredno na ukradena kulturna dobra, nego na nezakonito izvezena kulturna dobra. Premda se radi o dva različita kriterija, redovito je kriterij nezakonitog izvoza širi. Na primjer, kako je po hrvatskom ZZOKD zabranjen trajni izvoz i iznošenje iz RH, jasno je da su time obuhvaćena i ukradena kulturna dobra, kao i ona koja sam vlasnik nezakonito izveze.

Direktiva je implementirana u hrvatskom ZZOKD-u. Svaka država članica EU-a koja je zatražila povrat nezakonito iznesenog kulturnog predmeta može pred nadležnim sudom u Republici Hrvatskoj pokrenuti postupak protiv samostalnog posjednika ili, ako to nije moguće, protiv nesamostalnog posjednika, radi osiguravanja povrata kulturnog predmeta koji je bio nezakonito iznesen s njezina državnog područja.[130]

Ovakvom tužbom država članica traži fizičku predaju kulturnog dobra u njezin posjed. Premda se pri rješavanju pitanja povrata ne ulazi u pitanje vlasništva,[131] nesporno je da povrat utječe na vlasništvo, zbog toga jer je po povratu mjerodavno pravo za vlasništvo pravo države u koju je dobro vraćeno. [132] Literatura je upozorila

126 Čl. 2. st. 1. Direktive 2014/60/EU. Kulturni predmeti koji su kategorizirani ili definirani kao nacionalno blago ne moraju više pripadati kategorijama ili poštovati pragove povezane s njihovom starošću i/ili novčanom vrijednošću kako bi mogli biti predmetom povrata u okviru ove direktive.

127 Čl. 5. st. 2. Direktive 2014/60/EU.

128 Čl. 8. st. 1. Direktive 2014/60/EU.

129 Čl. 10. st. 1. Direktive 2014/60/EU.

130 Čl. 70b. ZZOKD.

131 Ovo je izričito propisano u toč. 8. Preambule Direktive 2014/60/EU.

132 Čl. 12. Direktive 93/7/EEZ. *Stamatoudi* smatra da Direktiva 93/7/EEZ ne ukazuje jasno treba li pod pravom države povrata razumjeti njezino materijalno ili kolizijsko pravo. Stamatoudi, I. A., op. cit., str. 151. Za shvaćanje da upućivanje na pravo države povrata uključuje, pored domaćeg stvarnog prava, i primjenu nacionalnog kolizijskog prava v. Sajko, K., Nacionalna i međunarodna zaštita kulturnih predmeta s posebnim osvrtom na UNIDROIT Konvenciju o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima od 24. lipnja 1995, Rijeka, ZPFR, vol. 19, Suppl., 1998, str.797-798. U ovom radu se zauzima stav kako je riječ o kolizijskom pravilu direktive koje upućuje na *materijalno* pravo države podrijetla. Tako *Jakubowski*, pišući o pitanju povrata nezakonito odnesenih kulturnih dobara u kontekstu međunarodnog privatnog prava, kaže kako bivši članak 12. Direktive (sadašnji čl. 13. Direktive 2014/60/EU) ide u prilog

da u sustavima u kojima vrijedi načelo neotuđivosti iz državnog vlasništva, kao što je to u grčkom i talijanskom pravu[133] povrat koji povlači za sobom primjenu nacionalnog prava znači prestanak eventualno stečenog vlasništva po stranom pravu, tj. promjenu ne samo posjeda nego i vlasništva. Isto bi vrijedilo i u sustavima u kojima se radi o stvari *extra commercium*.

Uvođenje *legis originis*[134] pokazalo je kako je temeljni cilj Direktive bio osigurati ne samo fizički povrat u državu podrijetla[135] već i povrat dobra u okrilje pravnog sustava[136] s kojim kulturno dobro ima „najsmisleniju"[137] i „najbližu"[138] vezu. Time je Direktiva na razini privatnog prava potvrdila specifičnost kulturnih dobara kao robe. Ona zaslužuju stvarno-pravni statut različit od onog za „običnu robu."[139]

načela *lex originis* (pravo države podrijetla kulturnog dobra, države iz koje je dobro otuđeno) kao odstupanje od temeljnog načela kada je u pitanju spor o vlasništvu kulturnih dobara – *lex situs* (pravo mjesta gdje se stvar nalazi u vrijeme povrata) i napominje kako se ta direktiva ne bavi izravno pitanjem primjenjivog prava već osigurava povrat kulturnog dobra u državu iz koje je otuđen, a pitanje vlasništva rješava se po kako ističe ''domaćem pravu o kulturnoj baštini''. V. detaljnije Jakubowski, A., Return of Illicitly Traffícted Cultural Objects Pursuant to Private International Law: Current Developments, u: Vrdoljak, A. F.; Francioni F. (ur.), The Illicit Traffic of Cultural Objects in the Mediterranean, Badia Fiesolana, San Domenico di Fiesole (FI), EUI Working Papers, Academy of European Law, 9/2009, str. 137-148.

133 Josipović, op. cit. str. 134.

134 Fincham, D., How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property, Columbia Journal of Law and the Arts, vol. 32, 1/2008, str. 115. Takav zaokret može se tumačiti kao svojevrsni kompromis između dva vodeća europska pravna sustava. Prema *Finchamu*, u načelu kontinentalno-pravni sustav daje prednost zaštiti poštenog posjednika, dok većina anglosaksonskih sustava podupire izvornog vlasnika. ibid., str., 131.

135 Tako Biondi A., op. cit., str. 1191.

136 U rješenju po kojem se dobro mora fizički i pravno „vratiti" u državu podrijetla, neovisno o poštenju posjednika i pitanja vlasništva, odražava se načelo neotuđivosti. Ovo načelo priznaje pravo države da proglasi neko nacionalno kulturno dobro neotuđivim i zabrani njegovo odnošenje, te da traži povrat u slučaju nezakonitog odnošenja u drugu državu. Ono je izraženo u međunarodnom pravu kao neosporivo pravo države, te u nekim bilateralnim konvencijama (npr. konvencija između Švicarske i Italije iz 2006.) i nacionalnim pravima (npr. francuska pravila o neotuđivosti muzejske građe). Uvažavajući pravo države da nacionalno blago veže uz svoj teritorij, druge države u stvari priznaju primat njezinog prava. Iz privatnopravne perspektive se uvođenje *lex originis* umjesto *lex situs* čini logičnim izrazom ovog načela. V. Studija, str. 65-69. Time se potvrđuje „nacionalno orijentirani" koncept zaštite kulturne baštine. O konceptu „kulturnog nacionalizma" i pravno-etičkim dilemama vezanim uz izvoz kulturnih dobara v. Merryman, J. H., Cultural Property Ethics, International Journal of Cultural Property, vol. 7, 1/1998., str. 24-26.; o teorijama kulturnog nacionalizma i internacionalizma v. Stamatoudi, I. A., op. cit., str. 19-30.

137 Fincham, D., op. cit., str. 111.

138 Ibid., str., 116.

139 EU nije harmonizirao kolizijsko pravilo za slučajeve utvrđivanja vlasništva kod zakonitog prometa. Stoga se utvrđivanje vlasništva kulturnog dobra koje je zakonito odneseno u drugu državu ravna prema kolizijskim pravilima države suda pred kojim bi se pokrenuo vlasnički spor. U ovom slučaju bi se primjena načela *situsa* mogla opravdati jer nema elementa nedobrovoljnog odlaska dobra iz zemlje podrijetla. Davanje primata državi podrijetla kao razlogu za *primjenu lex originis* ne bi bilo opravdano jer se država svojevoljno „odrekla" vlastitog kulturnog dobra, kao uostalom i bivši zakonit vlasnik. *Lex originis* pretpostavlja da je država podrijetla u roku zatražila povrat. U slučaju da do povrata ne dođe, dobro ostaje tamo

Po *legi rei sitae* fizičkim premještajem kulturnog dobra preko granica dobro dolazi pod novi pravni poredak. Drugi poredak stjecanje vlasništva nad dobrom može vezati uz jednostav(nij)e pretpostavke za dobivanje statusa poštenog posjednika, kraće prekluzivne rokove za pokretanje postupka povrata; pružati veću zaštitu naknadnim poštenim stjecateljima, a slabiju izvornim vlasnicima i sl. To pogoduje pojavi *forum shoppinga*, otežava položaj izvornih vlasnika i ulijeva pravnu nesigurnost zbog veće mogućnosti promjena vlasničkog režima. Česte fizičke promjene lokacije otežavaju praćenje kulturnog dobra i povećavaju rizik oštećenja u transportu. To u konačnici slabi pokušaje zaštite kulturne baštine i povećava rizik od nezakonite trgovine.[140] „Strah od nepoznanica" koje donosi primjena nekog stranog prava stimulira lokalne (poštene) kupce i (pre)prodavatelje da s povećanom pažnjom provjere podrijetlo kulturnog dobra i prethodne vlasnike.[141] A time i povezana mjerodavna pravila prava države podrijetla o pretpostavkama za stjecanje kulturnog dobra.

Primjena *legis rei sitae* stvara problem ako je dobro sastavljeno od više komplementarnih dijelova koji čine smislenu cjelinu (kolekcije knjiga, posuđa, raščlanjene antičke skulpture, izumi itd.). Ako se dijelovi zateknu u pravnom prometu u više država, umjesto jednog prava (države podrijetla) na svaki bi se dio primjenjivalo posebno pravo (države s*itusa*). U tom slučaju primjena *legis rei sitae* omogućuje pojavu više vlasnika koji svaki za sebe drži dobro. To dovodi ne samo do fizičke dezintegracije dobra već i do dezintegracije kulturnog dobra kao samostalne informacijske cjeline.[142] Primjena *legis originis* omogućava da se vlasništvo svih predmeta koji su prije odnošenja bili dio neke smislene cjeline ocijeni po jednom pravu – pravu države čijoj kulturnoj baštini ta cjelina izvorno pripada. Može se reći kako uvođenje *legis originis* održava filozofiju centrističkog pristupa očuvanju kulturne baštine.[143] Stoga se povrat kulturnog dobra u kombinaciji s načelom *legis originis* može smatrati kao pretpostavka za očuvanje integriteta kulturnog konteksta.[144]

Najveći problem u primjeni Direktive predstavlja obveza države na isplatu naknade. Ako je naložen povrat predmeta, nadležni sud u Republici Hrvatskoj dosudit će samostalnom posjedniku pravičnu odštetu sukladno okolnostima slučaja,

gdje se nalazi i nema primjene čl. 13. Direktive, tj. određivanja vlasništva u skladu s načelom *lex originis*. U slučaju da država članica pokrene neki građanski ili kazneni postupak prema nacionalnom zakonodavstvu (uključujući međunarodne konvencije), pitanje vlasništva će se određivati prema kolizijskim pravilima države nadležnog suda, a to je redovito *lex rei sitae*.

140 Fincham, D., op. cit., str. 130.

141 Ibid., str. 149.

142 Müller, M. M., op. cit., str. 397. Npr. u podzemnim grobnicama u Aleksandriji nalaze se zanimljive antičke skulpture lokalne obitelji. Glave skulptura jasno ukazuju na njihovo europsko (grčko) podrijetlo, dok donji dio skulpture ukazuje na egipatski stil odijevanja. U slučaju odnošenja, svaki dio sam za sebe ništa ne govori o vremenu, socijalnom i kulturnom miljeu u kojem je obitelj živjela, a kulturno dobro nastalo. Tek kao integralna cjelina daju potpunu informaciju o tome da se zapravo radi o helenističkoj obitelji starog Egipta koja je, europskom podrijetlu unatoč, njegovala egipatske običaje.

143 Engl. *object-centrism*. Filozofija centrizma stavlja kulturno dobro i njegovu zaštitu kao takve u središte pažnje, kao vrijednost za sebe, neovisno od njegove umjetničke, socijalne, ekonomske i sl. vrijednosti i uloge. ibid., str., 395-396.

144 Tako Stamatoudi, op. cit., str. 227.

pod uvjetom da samostalni posjednik dokaže da je pri stjecanju predmeta postupao s dužnom pažnjom.[145] Ovo rješenje invocira obeštećenje poštenog stjecatelja, premda se ne radi o poštenom stjecatelju, već o poštenom samostalnom posjedniku koji možda nije stekao vlasništvo.

To je iznimno problematično rješenje zbog toga jer obveza države na isplatu postoji prema osobi koja ne mora nužno imati nikakvo pravo koje bi time bilo povrijeđeno. Plaćanje "odštete" opravdano je ako je došlo do povrede nečijeg prava kao što je to tipično kod izvlaštenja. Nejasno je ima li kriterij "pravičnosti" koji se ovdje ima primijeniti takav smisao da će sud dosuditi manju naknadu osobi koja je nije stekla vlasništvo u odnosu na osobu koja jest. Svakako "pravična" naknada se razlikuje od "tržišne" naknade, što podrazumijeva da se ne radi o kriteriju tržišne naknade koji se inače primjenjuje kod izvlaštenja, pa bi se činilo da su i kriteriji pri ocjeni visine naknade utemeljeni na "pravičnosti". Problem je u tomu što se potpuno istim pravilima obuhvaćaju i vlasnici za koje postupak znači izvlaštenje i osobe koje to nisu. Takva relativizacija vlasništva je iznenađujuća, pogotovo kraj činjenice da sve članice EU-a imaju zajedničku tradiciju zaštite vlasništva ne samo kao imovinskog, već i ljudskog prava.

Sudovi koji određuju vraćanje zbog toga su u okvirima određivanja naknade prisiljeni ulaziti u vlasničkopravna pitanja. Pri procjeni je li samostalni posjednik postupao s dužnom pažnjom u obzir se uzimaju sve okolnosti stjecanja, a posebno dokumentacija o podrijetlu predmeta, dozvole za iznošenje koje su potrebne prema pravu države članice EU-a koja je zatražila povrat, svojstva stranaka, plaćena cijena, pitanje je li samostalni posjednik izvršio uvid u bilo koji dostupan registar ukradenih kulturnih predmeta i bilo koje relevantne informacije koje je objektivno mogao pribaviti ili poduzeo bilo koji drugi korak koji bi u tim okolnostima poduzela razumna osoba.[146] Teret dokaza leži na tuženiku, a ne na tužitelju, tj. poštenje se ne presumira.

Ovi kriteriji vrlo su slični onima koji bi se primjenjivali kada bi se ispitivalo poštenje kod stjecanja vlasništva od nevlasnika ili na temelju dosjelosti. S obzirom na to da su sudovi koji odlučuju o povratu sudovi države u kojoj se dobro nalazi, čini se da ovi sudovi primjenjuju svoje nacionalno pravo pri ocjeni poštenja, a ne *legem originis*. Time smo ponovno došli do pitanja primjene *legis rei sitae*, koje se sada primjenjuje, ali u jednom drugom kontekstu. Primjena *legis rei sitae* znači da će osoba koja je po pravu svoje države stekla vlasništvo od nevlasnika, jer to po tom pravu dopušteno, imati beneficirani položaj u odnosu na situaciju kada bi se primjenjivalo *lex originis*, premda je nakon vraćanja upravo *lex originis* mjerodavno za pitanje vlasništva. Takav dvostruki standard - jedan za pitanje naknade, a drugi za pitanje vlasništva, dovodi do toga da se prihvaća *lex rei sitae*, na trošak države koja traži vraćanje. Takav postupak sliči na svojevrsno institucionalizirano prekogranično izvlaštenje, premda to nije. Ako je, npr. kulturno dobro nezakonito izneseno iz Hrvatske u Italiju, pa po talijanskom pravu dođe do stjecanja od nevlasnika[147] premda po hrvatskom pravu to ne bi bio

145 Čl. 70d. st. 1. ZZOKD.

146 Čl. 70d. st. 2. ZZOKD. Ova formulacija odgovara čl. 4(4) UNIDROIT konvencije.

147 Čl. 1153. tal. Codice civile, knjiga III, poglavlje VIII, GU n.79 od 4. travnja 1942 predviđa ekstremnu varijantu mogućnosti beziznimnog stjecanja poštenog stjecatelja od nevlasnika predajom u posjed.

slučaj, talijanski sud bi primjenjujući talijansko pravo obvezao Hrvatsku na plaćanje pravične naknade poštenom stjecatelju ukradenog kulturnog dobra. S obzirom na to da je stjecatelj stekao vlasništvo, za očekivati je da bi talijanski sud dosudio naknadu koja korespondira tržišnoj. Da je primijenio hrvatsko pravo, naknada bi bila u svakom slučaju niža. Nakon povrata, za vlasništvo mjerodavno je hrvatsko pravo, što znači da je vlasnik i dalje osoba kojoj je kulturno dobro ukradeno, a ne Republika Hrvatska, koja je već platila tržišnu naknadu. To se čini osobito otegotnim za Republiku Hrvatsku, koja u konačnici snosi trošak krađe.[148] Plaćanje pravične odštete ne dovodi u pitanje pravo države članice EU-a koja je zatražila povrat da poduzme korake radi naplate tih iznosa od osoba koje su odgovorne za nezakonito iznošenje kulturnog predmeta s njezina državnog područja.[149] No, ovo pitanje regresnog prava često je praktično iluzorno, zbog poteškoća u pronalaženju počinitelja, kao i samih sredstava.

Postupak povrata može se pokrenuti u roku od tri godine od kada je nadležno središnje tijelo države članice EU-a koja je zatražila povrat saznalo za mjesto na kojemu se kulturni premet nalazi i za identitet njegova samostalnog posjednika ili nesamostalnog posjednika, a najdulje u roku od 30 godina od kada je kulturni predmet nezakonito iznesen iz državnog područja države članice koja je zatražila povrat.[150] U slučaju predmeta koji su dio javnih zbirki i predmeta koji su dio inventara crkvenih ili drugih vjerskih institucija u državama članicama EU-a u kojima oni podliježu posebnim aranžmanima za zaštitu u okviru nacionalnog prava, rok za postupak povrata je 75 godina, osim za one države članice u kojima postupak ne podliježe zastari ili u slučaju dvostranih sporazuma između Republike Hrvatske i drugih država članica EU-a kojima se predviđa rok koji premašuje 75 godina.[151]

Konačno, treba ukazati da opisani režim povrata uvelike odgovara pravilima već spomenute UNIDROIT konvencije. Sama ratifikacija UNIDROIT konvencije u državi članici ne isključuje primjenu Direktive 2014/60 u slučaju kretanja kulturnih dobara iz države članice u državu članicu. Naime, čl. 13. st. 3. propisuje da svojim međusobnim odnosima države ugovornice, koje su članovi organizacija gospodarskog udruživanja ili regionalnih tijela mogu izjaviti da će primjenjivati unutarnja pravila tih organizacija ili tijela pa stoga među sobom neće primjenjivati odredbe ove Konvencije, opseg koje primjene se preklapa s opsegom primjene tih pravila. S obzirom na to da je EU jedna od gospodarskih integracija i ima regionalni predznak, ovaj bi stavak imao neposrednu primjenu u odnosima između država članica EU-a.[152]

148 Kada bi se primijenilo talijansko pravo u potpunosti, tada bi se posljedice plaćanja pravične naknade mogle izjednačiti s izvlaštenjem, pa bi u konačnici Republika Hrvatska postala vlasnikom vraćenog kulturnog dobra. S druge strane, ako bi se primijenilo hrvatsko pravo u cijelosti, tada bi Republika Hrvatska bila dužna platiti značajno nižu naknadu, ali ne bi bila postala vlasnicom kulturnog dobra nakon povrata.

149 Čl. 70. st. 6. ZZOKD.

150 Čl. 70b. st. 3. ZZOKD.

151 Čl. 70b. st. 4. ZZOKD.

152 O spomenutom odnosu Konvencije i njenog sustava zaštite i europskog sustava zaštite kulturne baštine slično i Sajko, K. op. cit., str. 803. S druge strane, čl. 16. Direktive 2014/60 ne dovodi u pitanje niti jedan građanski ili kazneni postupak koji *prema nacionalnom zakonodavstvu država članica* (op. a.) može pokrenuti država članica koja je zatražila povrat i/ili vlasnik ukradenog kulturnog predmeta. Stoga danas u EU imamo dva paralelna sustava – opći harmonizirani

4. BUDUĆI MEHANIZMI ZAŠTITE KULTURNIH DOBARA U EUROPSKOM I NACIONALNOM KONTEKSTU

4.1. Javnopravni aspekt

Jačanje ovlasti carinskih službi u borbi protiv financiranja terorizma putem nezakonite trgovine kulturnim dobrima predstavlja cilj najavljene regulacije u području uvoza kulturnih dobara. Premda najavljivana kao dio šire antiterorističke *agende*, ova inicijativa ima širi potencijal, jer ima priliku izgraditi i upotpuniti pravni okvir kojim bi se uredio uvoz kulturnih dobara iz svih trećih zemalja, uključujući one koje nisu žarište terorizma.

Pritom nije potpuno jasno naznačena pravna osnova za usvajanje novoga zakonodavnog prijedloga o uvozu kulturnih dobara iz trećih zemalja. Sukladno čl. 167. st. 3. UFEU-a, pored usmjerenosti na promicanje vlastitih kultura,[153] EU i države članice podupiru suradnju s trećim državama i međunarodnim organizacijama nadležnim za područje kulture, osobito s Vijećem Europe.[154] Tako stipulirana odredba uređuje institucionalnu suradnju EU-a u području kulture, a ne pitanje prometa kulturnim dobrima, a niti je uključeno usvajanje bilo uredbi bilo direktiva kao zakonodavnih akata.[155]

Analizirajući pravne osnove za usvajanje drugih instrumenata europskog *acquisa* u području prometa kulturnim dobrima - Uredbe 116/2009 (vanjski izlazni promet), Direktive 2014/60 (unutarnji promet) te uredbi 1210/2003 i 1332/2013 (ograničenja vanjskog ulaznog prometa) vidi se da su usvojene kao dio zajedničke trgovinske politike,[156] kao dio pravila o usklađivanju zakonodavstva radi uspostave unutarnjeg tržišta,[157] odnosno kao dio mjera ograničavanja gospodarsko-financijskih odnosa s trećim državama odnosno suzbijanja terorizma.[158] Pravnu osnovu za usvajanje novoga zakonodavnog prijedloga treba tražiti u odredbama o zajedničkoj trgovinskoj politici. Budući zakonodavni prijedlog trebao bi spriječiti nezakoniti promet kulturnim dobrima neovisno o zemlji podrijetla[159] te se on ne ograničava na nezakoniti promet kulturnim dobrima iz zemalja pogođenih trenutnim valom terorizma.[160] Prijedlog bi

sustav po Direktivi 2014/60 i posebni međunarodnopravni sustav po UNIDROIT konvenciji.

153 V. čl. 167. st. 4. UFEU.

154 Čl. 167. st. 3. UFEU. Konkretni izraz ove politike jest *supra* spomenuta Zajednička komunikacija o strategiji međunarodnih kulturnih odnosa.

155 V. Studija, str. 47.

156 Prema preambuli Uredbe 116/2009, riječ je o bivšem članku 133. Ugovora o Europskoj zajednici, sadašnji čl. 206 *et seq*. UFEU.

157 Prema preambuli Direktive 2014/60, riječ je o čl. 114. UFEU. V. i. Studija…, str. 39.

158 Prema preambulama Uredbi 1210/2003 i 1332/2013, riječ je o članku 215. UFEU. Prema preambuli Uredbe 1210/2003, temelj za usvajanje je su bili članci 60. UEZ o suzbijanju terorizma i čl. 301. UEZ (sadašnji članak 215. UFEU).

159 Ususret Strategiji, str. 11-12; AP, str. 13

160 Za pretpostaviti je da će budući akt odrediti da je za pojam kulturnog dobra mjerodavno pravo države iz kojeg ono potječe. No ostaje nejasno hoće li buduća pravila o uvoznim certifikatima biti potrebna za sva kulturna dobra ili samo ona određene starosti i/ili vrijednosti.

trebalo usvojiti u obliku uredbe[161] kojom bi se osigurala obvezatnost, opća i izravna primjena budućih pravila o uvozu kulturnih dobara. Time bi se sveobuhvatno popunila postojeća pravna praznina i neujednačenost pri uređivanju ove materije u nacionalnim zakonodavstvima država članica.

Hrvatsko pravo već je usvojilo ideju o kontroli uvoza. Kulturna dobra mogu se uvoziti i unositi u Republiku Hrvatsku uz odobrenje zemlje iz koje se uvoze ili unose,[162] a uvoznik kulturnoga dobra ili osoba koja unosi kulturno dobro, dužna je bez odgađanja prijaviti kulturno dobro nadležnom tijelu.[163]

Na obje razine ostaje pitanje je li kontrola uvoza za sva kulturna dobra najbolje rješenje za njihovu zaštitu. Premda općenito kontrola uvoza može imati dobre preventivne učinke, u kriznim situacijama kao što je to slučaj Sirije odnosno Iraka zabrana uvoza može imati negativne posljedice po sudbinu kulturnog dobra, jer dobro može biti uništeno ili napušteno. Kontrola uvoza temelji se na potvrdama koje izdaje strana država, što predstavlja značajno ograničenje hrvatske kulturne politike. Hrvatski službenici u takvim slučajevima jednostavno provode izvoznu politiku dotične države, bez preispitivanja je li takva politika u skladu s hrvatskom politikom, pa čak i s obvezama koje proizlaze za Republiku Hrvatsku u provođenju međunarodnih instrumenata zaštite kulturnih dobara. Ista situacija postoji i na supranacionalnoj, europskoj razini, s još širim posljedicama, budući da bi sve države članice EU-a primjenom takvog restriktivnog režima bile dovedene u sličnu situaciju. Slijedom toga, budući instrumenti morali bi razmisliti je li apsolutna kontrola uvoza uvijek najbolje rješenje ili takvu mjeru ipak treba prilagoditi konkretnom slučaju.

UNESCO-ova konvencija obvezuje u čl. 7(b)(i) države da zabrane uvoz kulturnih dobara ukradenih iz muzeja ili s javnog ili vjerskog spomenika ili iz kakve slične ustanove, a ne nezakonito izvezenih kulturnih dobara. Zabrana uvoza spomenuta je kao iznimna mjera po čl. 9. koji se primjenjuje kad se država članica čija je kulturna baština ugrožena zbog arheoloških ili etnoloških pljački obrati drugim državama s pozivom da sudjeluju u svakoj zajedničkoj međunarodnoj akciji, radi određivanja i primjene nužnih konkretnih mjera. Čak i UNIDROIT konvencija predviđa u čl. 3. da se povrat nezakonito izvezenog kulturnog dobra može narediti samo ako se dokaže da odnošenje dobra s teritorija države tražiteljice znatno šteti fizičkom očuvanju dobra ili njegova okruženja, cjelovitosti nekog složenog dobra, očuvanju neke informacije, primjerice informacije znanstvene ili povijesne naravi, tradicionalnoj ili ritualnoj uporabi dobra u plemenskoj ili starosjedilačkoj zajednici, ili utvrdi da je dobro od iznimnog kulturnog značenja za državu tražiteljicu, a ne u svakom slučaju.

4.2. Privatnopravni aspekt

Iz gornje analize može se zaključiti da su opisane međunarodne aktivnosti EU-a u području borbe protiv financiranja terorizma nezakonitom trgovinom kulturnim dobrima političke prirode. Zaključci Vijeća i EP te ostale spomenute EU inicijative

161 Čl. 207. st. 2. UFEU.
162 Čl. 70. st. 1. ZZOKD.
163 Čl. 70. st. 2. ZZOKD.

također su političke i javnopravne prirode. Postojeći režim uvoza uspostavljen Uredbama 1210/2003 i 1332/2013 javnopravni je izraz politike sankcija radi provedbe vanjske i sigurnosne politike EU-a. I najavljene mjere carinske politike kao javnopravne mjere trenutno se vide kao osnovni instrument u borbi protiv financiranja terorizma prodajom kulturne baštine, a time i kao instrument zaštite kulturne baštine. Privatnopravne mjere za sada nisu dirane. Riječ je o praznini koja svoje korijene vuče iz međunarodnog prava. UNESCO konvencija instrument je javnog prava kojem nedostaju odredbe koje bi se bavile privatnopravnim aspektima prometa kulturnim dobrima kao neodvojivim dijelom međunarodnog prometa kulturnim dobrima.[164]

Slična je situacija i s UNIDROIT konvencijom,[165] i upravo zbog toga je čini se, došlo do nespretnosti u pogledu njezinog utjecaja na Direktivu o povratu, pa onda i u implementacijskim nacionalnim pravilima. Kao što je ranije istaknuto, pravila o povratu, upravo jer ne ulaze u pitanje vlasništva izričito, premda na njega nesporno utječu, mogu dovesti do nejasnih učinaka i otegotnog položaja države tražiteljice. Dva su pitanja ovdje ključna: prvo, pitanje određivanja naknade, i drugo, pitanja posljedica povrata. Ta dva pitanja ne mogu se promatrati razdvojeno, jer se naknada daje upravo zbog tih posljedica. Kako su posljedice različite ovisno o primjeni nacionalnog prava pojedine države tražiteljice, trebalo bi biti potpuno jasno uređeno kakav je odnos između vlasništva i naknade.

Pritom, jedan od temeljnih problema na europskoj razini ostaje činjenica da EU po čl. 345. TFEU-a nema nadležnost za uređivanje stvarnopravnih odnosa. Međutim, literatura već duže vrijeme raspravlja o pravom značenju ovakvog isključenja, i uglavnom dovodi taj zaključak u pitanje.[166] Čini se da je EK i dalje o tomu podijeljena.

164 Studija, str. 245.

165 UNIDROIT konvencijom se željelo unificirati pravo zaštite kulturnog blaga (izloženog međunarodnim krađama i ilegalnom izvozu) na međunarodnoj razini i izbjeći nepredvidljivost i pravna nesigurnost koju donose nacionalna kolizijska pravila upućujući na različita nacionalna prava. Njezin cilj nije bio unificirati stvarnopravna rješenja o stjecanju kulturnog predmeta od nevlasnika (npr. stjecanje vlasništva *bona fide*) ili u slučajevima nelegalnog izvoza već indirektno urediti *pravne posljedice* tih situacija (tj. kako riješiti te situacije kada do toga dođe odnosno kako tada pomiriti interese vlasnika, kupaca u dobroj vjeri i javnopravni interes države, op. a.). Konvencija uređuje pretpostavke i način povrata, bez obzira je li i tko je po nacionalnim pravu stekao vlasništvo. Konvencija uređuje pitanje povrata *ukradenih i ilegalno izvezenih predmeta* putem zahtjeva koji imaju *međunarodno značenje* (zahtjev koji ima inozemno obilježje, bez ograničenja). Vidi pobliže o postupku donošenja ove Konvencije u Sajko, K., UNIDROIT Konvencija o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima od 24. lipnja 1995. – važan doprinos učinkovitoj međunarodnoj zaštiti kulturnih dobara, Zagreb, Pravo i porezi, vol. 9, 8/2000, str. 10 -11.

166 V. npr. Van Erp, S., From Euratom Property Law to European Union Property Law: A Concise Overview of the Development Towards a European Property Law, u: Moccia, L. (ur.), The Making of European Private Law: Why, How, What, Who, 2013., str. 149; Akkermans, B., Raemakers, E., Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations, European Law Journal, vol. 16, 3/2010, str. 292; Caramelo-Gomes, J., Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law, u: Faber W. i Lurger, B. (ur.), Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?, 2008, str. 239; Caruso, D., Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property, European Law Journal, vol. 10, 6/2004, str. 751.

U svakom slučaju, u pogledu kulturnih dobara ne čini se toliko teško zamislivim da se nadležnost opravda nekom od drugih nadležnosti koje su i ranije korištene (v. *supra*). Radi sprječavanja i borbe protiv nezakonitog prometa kulturnim dobrima, autori Studije preporučili su jedinstveni standard dobre vjere, koji je unesen u novu direktivu iz 2014.[167] Predloženo je i da se u odnosu na posjednika u zloj vjeri napusti prigovor zastare u pogledu tužbenih zahtjeva za povrat kulturnog dobra, odnosno prigovor dosjelosti.[168] U hrvatskom pravu ovog problema nema, budući da je, kao što je istaknuto *supra*, dobra vjera uvijek pretpostavka stjecanja.

Vezano uz utvrđivanje vlasništva, budući sustav bi trebao osim uvoznih certifikata urediti i pitanje utvrđivanja vlasništva kulturnog dobra, jer o tom pitanju uvelike ovisi njegova cjelovita privatnopravna zaštita. Njime bi trebalo propisati i postupak povrata kulturnog dobra ako bi se ono zateklo na teritoriju EU-a mimo uvoznih formalnosti, tj. uvoznih odobrenja i certifikata. Kao što je već spomenuto, treba razmisliti da buduća regulacija uvoza kulturnih dobara iz trećih zemalja predvidi ulogu muzeja u EU kao svojevrsnih privremenih repozitorija nezakonito uvezenih kulturnih dobara koje je zaplijenila carinska služba države članice EU-a, do trenutka dok se ne steknu uvjeti za povratak vlasniku odnosno nadležnim institucijama u utvrđenoj zemlji podrijetla.[169]

Ako kulturno dobro uđe na teritorij EU sukladno predviđenom sustavu uvoznih odobrenja, ono će se naći u zakonitom prometu na unutarnjem tržištu, i na njega će se, pod pretpostavkom da je zaštićeno pravom bilo koje države članice primjenjivati zajednička pravila o povratu iz Direktive 2014/60. Ako nije zaštićeno, kao i ako je zaštićeno, ali nije vraćeno, primjenjuju se pravila *legis rei sitae.* EU bi i u slučaju uvoza trebao razmisliti o uvođenju europskoga kolizijskog pravila, po uzoru na čl. 13. Direktive 2014/60, kojim bi se tradicionalni model *lex situs* zamijenio s *lex originis*.[170] Prihvatom takvog modernog modela europsko bi pravo krenulo u smjeru prema spomenutom načelom (stvarne i pravne) neotuđivosti kulturnog dobra, što bi moglo imati učinke na globalnu harmonizaciju međunarodnog privatnog prava u području prometa kulturnim dobrima.[171]

Po nacrtu Prijedloga za Zakon o međunarodnom privatnom pravu[172] predviđena je mjerodavnost *legis rei sitae* i prije i nakon povrata kulturnog dobra u pogledu stjecanja vlasništva.[173] Ovo je izričito suprotno pravilu iz Direktive, kao i čl. 70d. ZZOKD-a. Premda je predviđeni Zakon supsidijarne naravi[174] i premda je *renvoi*

167 V. preporuku br. 4. Studije, str. 220.

168 V. preporuku br. 5, str. 225

169 Takva se mogućnost izravno spominje u obrascu Javne rasprave, pitanje 6, str. 13.

170 Slično Preporuka br. 19. Studije, str. 226, koja međutim predlaže rješenje kakvo poznaje belgijsko kolizijsko pravo. Po čl. 90. belgijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu od 16. srpnja 2004. (Moniteur belge, 27. srpanj 2004., str. 57344) država, koja traži povrat, može birati između vlastitog prava (*lex rei originis*) i prava države na čijem se području dobro zatekne u trenutku tužbe (*lex rei sitae*), s tim da se i pošteni stjecatelj može pozivati na *lex rei sitae* (čime se ova odredba znatno oslabljuje). V. i npr. u engleskoj sudskoj praksi, *Republic of Iran v. Barakat Galleries* [2007] EWCA Civ 1374 (koja prihvaća *lex originis*).

171 Tako u kontekstu trgovine kulturnim dobrima općenito i Fincham, D., op. cit., str. 149.

172 V. https://esavjetovanja.gov.hr/Econ/MainScreen?EntityId=4310, 18. siječnja 2017.

173 Ibid., čl. 20-21.

174 Ibid., čl. 2.

isključen,[175] možda bi bilo korisno iznimku predvidjeti i u tom Zakonu, kad se već pristupilo izradi novog propisa. Eventualne druge značajne promjene trebalo bi razmotriti u kontekstu razvoja europskog prava.

Hrvatsko stvarno pravo i dalje ne razlikuje u svojim općim institutima pravila koja se primjenjuju na kulturna dobra i na sve ostale stvari. Zbog toga bi trebalo razmotriti prilagodbu ovih pravila suvremenim okolnostima. To se u prvom redu odnosi na pravila o stjecanju od nevlasnika, koja ne isključuju stjecanje od nevlasnika ukradenih kulturnih dobara na javnoj dražbi, kao niti dosjelošću. Rokovi dosjelosti postavljeni su relativno kratko, u svakom slučaju kraće od rokova za povrat prema pravilima iz ZZOKD. Pored toga, pravila o dosjedanju državnog vlasništva mogla bi se isključiti ako bi se režim javnih dobara, barem u tom segmentu, pretvorio u režim općih dobara. S obzirom na to da uprava ostaje Republici Hrvatskoj,[176] prava promjena bila bi upravo u segmentu prometa, odnosno stjecanja vlasništva, koji je ionako zabranjen po čl. 2. i 3. UNESCO konvencije.

5. ZAKLJUČAK

Provedena analiza ukazuje da se na svim planovima, i na međunarodnom, i na europskom, i na nacionalnom, zaštita kulturnih dobara kreće u smjeru podizanja stupnja zaštite. Ovo je danas postalo posebno važno pitanje ne samo zbog zaštite kulturnih dobara, već zbog zaštite ljudi. Taj kontekst upravo je posljedica poveznice nezakonitog izvoza, krijumčarenja i prodaje bliskoistočnih kulturnih dobara i financiranja terorizma. Zaštitom kulturnih dobara i na europskoj i na nacionalnoj razini, istovremeno sudjelujemo u svjetskoj borbi za zaštitu baštine čovječanstva i zaštite od terorizma, oduzimajući odnosno sprječavajući korištenje kulturnih dobara za financiranje zločina. Aktualne napore EU-a treba svakako pohvaliti, i one koji se tiču nedavnih promjena u režimu zaštite kulturnih dobara donošenjem nove Direktive iz 2014. i one koji se sastoje u donošenju izmjena uvoznog režima. Treba istaknuti da takvo djelovanje neće biti dostatno ako se privatnopravni mehanizmi, konkretno oni iz područja stvarnog prava, ne aktiviraju na daleko većoj razini od postojeće i u ključnim pitanjima ne postigne konsenzus. Premda je inicijativa EU-a ovdje dobrodošla, ne treba zaboraviti da nacionalni zakonodavci imaju slobodu djelovanja i bez posebnog poticaja ili upute EU-a, a s obzirom na zajedničke vrijednosti u području zaštite kulturnih dobara. Konačno, sada već izvjesnost britanskog napuštanja EU-a ostavit će očekivano države članice bez tako velikih nacionalnih razlika u pogledu stjecanja vlasništva od nevlasnika, što bi moglo izvršiti dodatni pritisak na nacionalne zakonodavce da odstupe od tradicionalnih pravila koja, i dalje, pogoduju krijumčarenju.

LITERATURA

1. Akkermans, B., Raemakers, E., Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations, European Law Journal, vol. 16, 3/2010, str. 292

175 Ibid., čl. 9.

176 V. čl. 3. st. 3. i čl. 35. st. 4. ZV.

2. Biondi, A., The Merchant, the Thief & the Citizen: the Circulation of Works of Art within the European Union, Common Market Law Review, vol. 34, 5/1997, str. 1181
3. Blake, J., On Defining the Cultural Heritage, International and Comparative Law Quarterly, vol. 49, 1/2000, str. 61-85
4. Bradamante, V., Zaštita kulturne baštine po nacionalnom i međunarodnom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsku kulturnu baštinu stradalu tijekom rata 1991.-1995., Zagreb, Pravnik,, vol. 37, 1 /2003, str. 79-80
5. Caramelo-Gomes, J., Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law, u: Faber W. i Lurger, B. (ur.), Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?, 2008, str. 239
6. Caruso, D., Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property, European Law Journal, vol. 10, 6/2004, str. 751
7. Casini, L., "Italian Hours": The globalization of cultural property law, International Journal of Constitutional Law, vol. 9, 2/2011, str. 369-393
8. Fincham, D., How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property, Columbia Journal of Law and the Arts, vol. 32, 1/2008, str. 115
9. Gliha, I.; Josipović, T., Croatian National Legal Framework – The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage, str. 247-280
10. Gonzalez, M. A., New Legal Tools to Curb the Illicit Traffic of Pre-Columbian Antiquities, Colum. J. Transnat'l L. vol. 12, 1973, str. 316
11. Gormley, L. W., EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union, Oxford, Oxford University Press, 2009, str. 387
12. Groenen, A., A Passport for Cultural Goods, predavanje održano na 21st Ius Commune Congress, Maastricht University, 25. studeni 2016, dostupno na http://www.iuscommune.eu/html/activities/2016/2016-11-24/workshop_11b_Groenen.pdf., 24. studeni 2016, 31.prosinac 2016
13. Jakubowski, A., Return of Illicitly Trafficted Cultural Objects Pursuant to Private International Law: Current Developments, u: Vrdoljak, A. F.; Francioni F. (ed.), The Illicit Traffic of Cultural Objects in the Mediterranean, Badia Fiesolana, San Domenico di Fiesole (FI), EUI Working Papers, Academy of European Law, 9/2009, str. 137-148
14. Josipović, Tatjana, Zaštita kulturnih dobara u Europskoj uniji u: Gavella, N. i dr., Europsko privatno pravo, Zagreb, Pravni fakultet, 2002, str. 106
15. Lichtner-Kristić, M. Izvoz i iznošenje kulturnih dobara iz Hrvatske u kontekstu usklađivanja hrvatskog pravnog sustava sa pravnom stečevinom Europske unije, Zagreb, Carinski vjesnik, vol. 16, 5/2007, str. 52-71
16. Margetić, L., Srednjovjekovno hrvatsko pravo-Stvarna prava, Pravni fakultet u Zagrebu i Pravni fakultet u Rijeci (Zagreb, Rijeka, Čakovec), 1983.
17. McAlee, J., From the Boston Raphael to the Peruvian Pots: Limitations on the Importation of Art Into the United States, Dick. L. Rev. vol. 85., 1980, str. 565
18. Merryman, J. H., Cultural Property Ethics, International Journal of Cultural Property, vol. 7, 1/1998., str. 24-26
19. Müller, M. M., Cultural Heritage Protection: Legitimacy, Property, and Functionalism, International Journal of Cultural Property, vol. 7, 2/1998, str. 401-402
20. Oliver, P., Free Movement of Goods in the European Community: under Articles 28 to 30 of the EC Treaty, London, Sweet&Maxwell, 2003, str. 285
21. Peters, R., The Protection of Cultural Property in EU Law: *Status Quo* and Future Perspectives, u: Desmarais, F. (ur.), Countering Illicit Trade in Cultural Goods, 2015., str. 146
22. Prott, L. V.; O'Keefe, P., 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property', International Journal of Cultural Property, vol. 1, 2/1992, str. 307-308
23. Sajko, K., Nacionalna i međunarodna zaštita kulturnih predmeta s posebnim osvrtom na

UNIDROIT Konvenciju o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima od 24. lipnja 1995, Rijeka, ZPFR, vol. 19, Suppl., 1998, str.797-798
24. Sajko, K., UNIDROIT Konvencija o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima od 24. lipnja 1995. – važan doprinos učinkovitoj međunarodnoj zaštiti kulturnih dobara, Zagreb, Pravo i porezi, vol. 9, 8/2000, str. 10 -11
25. Stamatoudi, I. A., Cultural Property Law and Restitution A Commentary to International Conventions and European Union Law, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, IHC series in heritage management, Edward Elgar, 2011
26. Šošić, T. M, Pojam kulturne baštine - međunarodno pravni pogled, Split, ZRPF, vol. 51, 4/2014., str. 838.
27. Toshiyuki K. (ed.), The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st century, Leide, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
28. Van Erp, S., From Euratom Property Law to European Union Property Law: A Concise Overview of the Development Towards a European Property Law, u: Moccia, L. (ur.), The Making of European Private Law: Why, How, What, Who, 2013., str. 149
29. Vukšić, Z., Pravni i porezni promet kulturnih dobara, Zagreb, Hrvatska pravna revija, vol. 3., 6/2003, str. 85-91
30. Willett, H. D., Ill-Goten Gains: A Response to the Islamic State's Profits from the Illicit Antiquities *Market*, Arizona Law Review, vol. 58, 3/2016, str. 831-865

Pravni izvori

1. Aneks Komunikaciji Komisije Europskom parlamentu i Vijeću:Akcijski plan za jačanje borbe protiv financiranja terorizma, COM(2016) 50 final, str. 4.
2. CNRS – UMR 6224, Contract No. Home/2009/ISEC/PR/019-A2, Završno izvješće – listopad 2011, str. 40, dostupno na http://www.do.etat.lu/voyages/Report_Trafficking_in_cultural_goods_EN.pdf, 1. prosinac 2016.
3. Direktiva Vijeća br. 93/7/EEZ o povratu kulturnih dobara nezakonito odnesenih s područja države članice, SL EZ L 74, 27.3.1993., str. 74.
4. Direktiva 2014/60/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o povratu kulturnih predmeta nezakonito iznesenih s državnog područja države članice i o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 (preinaka), SL EU L 159, 28.5.2014., str. 1.
5. Ispravak Direktive 2014/60/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o povratu kulturnih predmeta nezakonito iznesenih s državnog područja države članice i o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 (SL EUL 159 od 28. svibnja 2014.), SL EU L 147, 12.6.2015, str. 24.
6. Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 116/2009 od 18. prosinca 2008. o izvozu kulturnih dobara, 1. siječanj 2011.- 31. prosinac 2013., Bruxelles, 1. travanj 2015., (COM(2015) 144 final)
7. Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru: Četvrto izvješće o primjeni Direktiva Vijeća br. 93/7/EEZ o povratu kulturnih dobara nezakonito odnesenih s područja države članice (tekst od značenja za EGP), 2008.-2011., 30. svibanj 2013., COM(2013) 310 final, str. 7
8. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija: Ususret cjelovitom pristupu kulturnoj baštini u Europi, Bruxelles, 22. srpanj 2014., COM(2014) 477 final
9. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću o Akcijskom planu za jačanje borbe protiv financiranja terorizma, Bruxelles, 2. veljače 2016., COM (2016)50 final.
10. Rezolucija VSUN br. 2199 (2015) od 12. veljače 2015
11. Rezolucija EP br. 2015/2649(RSP)
12. Rezolucija VSUN br. 2253(2015) od 17.12.2015.

13. Ugovor o funkcioniranju EU, pročišćena inačica, SL C 202, 7. lipnja 2016.
14. Uredba Vijeća (EEZ) br. 3911/92 od 9. prosinca 1992. o izvozu kulturnih dobara, SL EZ L 395, 31.12.1992., str. 1.
15. Uredba Vijeća (EZ) br. 116/2009 od 18. prosinca 2008. o izvozu kulturnih dobara, SL EU L 39, 10.12.2009., str. 1
16. Uredba Vijeća (EZ) br. 1210/2003 od 7. srpnja 2003. o određenim posebnim ograničenjima gospodarskih i financijskih odnosa s Irakom i stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 2465/96, SL EZ L 169, 8.7.2003., str. 6.
17. Uredba Vijeća (EU) br. 36/2012 od 18. siječnja 2012. o mjerama ograničavanja s obzirom na stanje u Siriji i o stavljanju izvan snage Uredbe (EU) br. 442/2011, SL L EU 16, 19.1.2012, str. 1.
18. Uredba Vijeća (EU) br. 1332/2013 od 13. prosinca 2013. o izmjeni Uredbe (EU) br. 36/2012 o mjerama ograničavanja s obzirom na stanje u Siriji, SL L EU 335, 14.12.2013, str. 3.
19. Zajednička komunikacija Europskom parlamentu i Vijeću: Ususret Strategiji EU-a za međunarodne kulturne odnose, Bruxelles, 8. lipanj 2016., JOIN(2016) 29 final
20. Zaključci Europskog vijeća od 28. studenog 2008., 15049/1/08 REV 1 CRIMORG 175 ENFOPOL 206, 14224/2/08 REV 2 CRIMORG 166 ENFOPOL 191, dio 12
21. Zaključci Europskog vijeća od 13. i 14.11.2011., 17541/11 ENFOPOL 415 CULT 111 ENFOCUSTOM 143.
22. Zaključci Europskog vijeća od 18. prosinca 2015. EUCO 28/15, Dio drugi, t. 10.
23. Zaključci Europskog vijeća od 12. veljače 2016. EUCO 50/16, t. 12.

Web stranice

1. http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-books/-/KS-04-15-737, 6. srpanj 2016., 1. prosinac 2016.
2. http://ec.europa.eu/culture/policy/culture-policies/trafficking_en, 6. siječanj 2017., 7. siječanj 2017.
3. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/consultation_cultural_goods_survey_en.pdf, 6. siječanj 2017., 7. siječanj 2017.
4. https://ec.europa.eu/taxation_customs/consultations-get-involved/customs-consultations/consultation-rules-import-cultural-goods_en. (28.12.2016.).
5. http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P8-RC-2015-0375+0+DOC+PDF+V0//EN, 28. travanj 2015., 28. prosinac 2016.
6. https://esavjetovanja.gov.hr/Econ/MainScreen?EntityId=4310, 18 siječanj 2017.
7. http://www.unesco.org/new/en/safeguarding-syrian-cultural-heritage/international-initiatives/emergency-safeguarding-of-syria-heritage/, 30. prosinac 2016.
8. http://en.unesco.org/news/director-general-irina-bokova-firmly-condemns-destruction-palmyra-s-ancient-temple-baalshamin, 30. prosinac 2016.

Međunarodni ugovori

1. UNESCO Konvencija o mjerama za zabranu i sprečavanje nezakonitog uvoza, izvoza te prijenosa vlasništva na kulturnim dobrima, Pariz, 14. studeni 1970.
2. UNIDROIT konvencija o ukradenim ili nezakonito izvezenim kulturnim dobrima, Rim, 24. lipanj 1995.

Nacionalno zakonodavstvo

Belgija, Kraljevina

1. Zakon o međunarodnom privatnom pravu od 16. srpnja 2004. (Moniteur belge, 27. srpanj 2004, str. 57344)

Hrvatska, Republika
1. Kazneni zakon, NN br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15
2. Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14
3. Zakona o muzejima, NN 110/15
4. Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15
5. Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, SL SFRJ 6/1980, 36/1990, NN br. 53/1991, 91/1996
6. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14
7. 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, 136/12, 157/13, 152/14 , 98/15

Italija, Republika
1. Codice civile, knjiga III, poglavlje VIII, GU n.79 od 4. travnja 1942

Praksa Suda EU
1. 7/68*, Komisija Europskih zajednica protiv Italije* (*Italian Art Treasures*), EU:C:1968:51

Nacionalna sudska praksa
1. Republic of Iran v. Barakat Galleries [2007] EWCA Civ 1374

Summary

PROTECTION OF CULTURAL GOODS THROUGH PROPERTY LAW AND CUSTOMS LAW IN LIGHT OF EUROPEAN COUNTERRORISM POLICY

The paper discusses international, European, and Croatian rules on cultural goods trade. The authors critically approach the fact that said rules have not recognized the importance of property law mechanisms in fighting illegal trade in cultural goods. The paper addresses the problem of cultural goods export into third countries and EU reactions to the Iraqi and Syrian crises in terms of cultural goods importation. The authors reflect on existing internal regulation of cultural goods movement within the context of free movement of goods, and analyze restrictions to cultural goods transactions in Croatian law. The paper concludes that the Croatian system of cultural goods trade has created an adequate framework for the fight against cultural goods trafficking and that it contributes to European counterterrorism policy, noting however there remains room for improvement, particularly in the field of private law. Highlighted issues include the principle of lex rei sitae as the relevant connecting factor for cultural goods acquisition, as well as questions linked to traditional doctrines of bona fide purchase and adverse possession. The paper sets out several recommendations for the future system of protection of cultural property through import regulation.

***Keywords**: cultural goods, lex rei originis, counterterrorism policy, bona fide purchase.*

Zusammenfassung

SCHUTZ VON KULTURWAREN DURCH EIGENTUMSRECHT UND ZOLLRECHT IM LICHT DER EUROPÄISCHEN ANTI-TERRORISMUS POLITIK

Dieser Artikel diskutiert internationale, europäische und kroatische Regeln für den Kulturgüterhandel. Die Autoren beobachten kritisch die Tatsache, dass diese Regeln nicht die Bedeutung der Mechanismen des Rechtsschutzes bei der Bekämpfung des illegalen Handels mit Kulturgütern erkannt haben. Dieser Artikel behandelt das Problem des Kulturgüterexports in Drittländern und die Reaktionen der EU auf die irakische und syrische Krise im Hinblick auf die Einfuhr von Kulturgütern. Die Autoren befassen sich auch mit der bestehenden internen Regulierung der Kulturgüterbewegung im Rahmen des freien Warenverkehrs und analysieren die Beschränkungen für Kulturgütergeschäfte im kroatischen Recht. Es wird beschlossen, dass das kroatische System des Kulturgüterhandels einen angemessenen Rahmen für

die Bekämpfung des Kulturgüterhandels geschaffen hat und dass es zur europäischen Politik der Terrorismusbekämpfung beiträgt, wobei jedoch vor allem im Bereich des Privatrechts Raum für Verbesserungen besteht. Hervorgehobene Probleme sind das Prinzip der *lex rei sitae* als relevanter Kopplungsfaktor für den Erwerb von Kulturgütern sowie Fragen, die mit traditionellen Doktrinen des *bona fiden* Kaufs und des negativen Besitzes verbunden sind. Der Artiekl enthält mehrere Empfehlungen für das künftige System des Schutzes von Kulturgütern durch Importregulierung.

***Schlüsselwörter**: Kulturgüter, lex rei originis, Anti-Terrorismus Politik, bona fide Kauf.*

Riassunto

LA TUTELA DEI BENI CULTURALI NEL DIRITTO REALE E NEL DIRITTO DOGANALE ALLA LUCE DELLA POLITICA ANTITERRORISTICA EUROPEA

Nel lavoro si analizzano le regole internazionali, europee e croate nell'ambito della circolazione dei beni culturali. Gli autori riflettono criticamente sul fatto che queste tali regole non abbiano riconosciuto l'importanza dei meccanismi del diritto reale nella lotta contro il traffico illegale dei beni culturali. Si esamina il problema dell'esportazione dei beni culturali in paesi terzi e le reazioni dell'UE sulla crisi irachena e siriana con riguardo all'importazione di beni culturali. Si discute di nuove misure UE con riguardo alla regolazione dell'importazione dei beni culturali da paesi terzi come parte dell'agenda onnicomprensiva nella lotta al finanziamento del terrorismo. Gli autori prestano attenzione alla disciplina esistente del traffico interno dei beni culturali nel contesto della libertà di circolazione delle merci ed analizzano le limitazioni della circolazione giuridica dei beni culturali nel diritto croato. Se ne conclude come il regime croato della circolazione dei beni culturali abbia creato una valida cornice per la lotta contro il traffico illecito dei beni culturali e come questo già ora dia un valido apporto alla realizzazione delle politica antiterrorismo dell'UE; tuttavia si rileva come ci sia sempre spazio per migliorare le soluzioni esistenti specialmente nell'ambito della sfera privatistica. Al riguardo si vagliano con particolare attenzione le questioni riguardanti la scelta della *lex rei sitae* quale statuto di diritto reale per i beni culturali, come pure le questioni riguardanti gli istituti tradizionali volti all'acquisto *a non domino* ed all'usucapione. Nel lavoro si avanzano alcuni suggerimenti volti alla protezione futura dei beni culturali all'atto dell'importazione.

***Parole chiave:** beni culturali, lex rei originis, politica antiterrorismo, acquisto a non domino.*

FIGHTING RECESSION AT THE EXPENSE OF ACCESS TO JUSTICE - THE CASE OF CROATIAN FINANCIAL OPERATIONS AND PRE-BANKRUPTCY SETTLEMENTS ACT

Dr. sc. Zvonimir Jelinić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.736
Ur.: 3. veljače 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Study the past if you would define the future.
Confucius

Summary

It is hard to remember when the last time was that one legal document raised as much controversy among legal and economic experts, entrepreneurs and wider public as it is the case with the Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlements (AFOPS). As stated by the Croatian Government at the time of its delivery, the primary aim of the pre-bankruptcy (or insolvency) settlement proceedings was to help troubled companies to revitalize their businesses, keep jobs and to help creditors to recover their claims in a larger proportion than it would be possible if standard bankruptcy proceedings were applied to troubled companies. The fact that two different organs, one professional and one juridical have been conducting pre-bankruptcy settlement proceedings in different stages gives rise to different questions in relation to the right to a fair trial and access to courts as guaranteed by the European Convention for Protection of Human Rights and its related case law. In particular, we shall discuss whether PBS committees constituted "tribunals" in the Conventional context and whether European Convention allows the prior intervention of professional bodies in disputes over civil rights and obligations. Last, but not least, we need to check the powers and the role of commercial courts in confirming the settlement agreements, bearing in mind that only if the access to a court with full jurisdiction is ensured, the lawfulness of the procedure is provided and secured.

Keywords: *Act on Financial Operations and Pre-bankruptcy settlement, European Convention on Human Rights, full jurisdiction, the right to a fair trial and access to courts.*

1. INTRODUCTION

Pre-bankruptcy settlement proceedings present a procedural form that can be characterized as quasi-collective proceedings under the supervision of a court or an administrative body that give a debtor in financial difficulties the opportunity to restructure at the pre-insolvency stage and to avoid the commencement of insolvency proceedings in the traditional sense.[1] An overview of the latest developments in the field of pre-insolvency procedures across Europe suggests that the economic crisis has motivated a number of European states to reform and improve their laws aimed at improving restructuring options, among other things by encouraging pre-bankruptcy (or pre-insolvency) settlement proceedings.[2] It can be argued that the development of such or similar proceedings is the result of the fact that existing legal framework for bankruptcies did not meet the challenge of the economic crisis which calls for achieving better economic results than those that might be achieved under liquidation process, immanent for traditional bankruptcy.[3] There is little doubt that Chapter 11 of US Bankruptcy Code, which is frequently referred to as a "reorganization" bankruptcy, has served as a model for European countries to modernize their laws.[4]

Similar to the economies of some other European states, Croatia's economy has been seriously affected by the economic crisis. From 2008 onwards the already high level of illiquidity has been showing signs of constant growth, thus remaining as the one of Croatia's main economic problems. In order to address this problem, Croatian government in 2012 decided to introduce a new legislation that will force businesses facing financial difficulties to settle their liabilities by applying for the first stage of pre-bankruptcy settlement proceedings with one of the government controlled agencies.[5]

---

1 See Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) NO 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, COM(2012) 743 final.

2 See https://www.lw.com/thoughtLeadership/insolvency-reforms-europe-2012 (last consulted January 2017.). Encouraging and promoting the rules regulating restructuring plans and related procedural laws have a crucial role in creating conditions for successful restructuring in insolvency proceedings. That is why the EU has paid a special attention to the situation faced by many companies in Europe. See also McCormack, G.; Keay, A.; Brown, S. and Dahlgreen, J.; Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices Gerard McCormack, Andrew Keay, Sarah Brown and Judith Dahlgreen, January 2016., particularly part 6. which puts an accent to different issues concerning Commission's new approach to business failure and insolvency (p. 218-281). The study is available at: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/insolvency_study_2016_final_en.pdf (last consulted January 2017.).

3 See Parry, R. in: Katarzyna Gromek Broc and Rebecca Parry (eds.), Corporate Rescue. An Overview of Recent Developments from Selected Countries in Europe, The Hague / London / New York: Kluwer Law International, 2004., p. 2.

4 See more about reorganization under the USA's Bankruptcy Code in Bankruptcy Basics 2010 (http://www.uscourts.gov/uscourts/FederalCourts/BankruptcyResources/bankbasics.pdf, last consulted January 2017), p. 29-41.

5 Croatia used to have the legislation that regulated the institute of so-called "forced settlement". The Act on Forced Settlement, Bankruptcy and Liquidation was adopted in 1989, in the time

As it can be read out from the explanatory memorandum of the Draft of the Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement, Croatian Government's main intention was to enable certain debtors to restore their liquidity and solvency. As envisaged by the Government at the time of its delivery, the Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement (hereinafter: the AFOPS) should resulted in better cash flow between enterprises. The idea was also to give a boost to the market by pressing companies to enter pre-bankruptcy settlement proceedings and to ensure continuation of business activity for successful businesses.[6] Lastly, the expectations of Croatian government while drafting the AFOPS were that it would save many jobs and maybe even finally change bad trends on the job market.[7]

While considering the model of pre-bankruptcy proceedings introduced in Croatia, we have to take into account that in Croatia, for many reasons, standard bankruptcy proceedings tend to be very inefficient. It suffices to say that in one case the Croatian Constitutional Court stated that even a nine-year bankruptcy was not too long due to the lack of the buyer's interest and complexity of the case in question.[8] At the same time, the model of restructuring within bankruptcy has turned out to be very inefficient. Available information suggests that there are only several companies that successfully carried out restructuring within bankruptcy proceedings since the enactment of the Croatian Bankruptcy Act in 1996. The inefficiency of Croatian bankruptcy proceedings has a strong impact on different "doing business" indexes computed by international institutions. According to the World Bank study, at the time of announcement of the AFOPS Croatia was ranked 94th according to the speed and ease of bankruptcy proceedings.[9]

---

when Croatia was still part of the Yugoslavia. It served as the relevant source of bankruptcy law until 1996, when the new Bankruptcy Act was adopted (Official Gazette 44/1996). The Bankruptcy Act which is now in force dates from 2015 (Official Gazette 71/15). According to the new Bankruptcy Act, the pre-bankruptcy proceedings are now almost entirely conducted by the courts and the FINA's role diminished.

6 All companies that failed to agree with their creditors on restructuring plan were automatically redirected to bankruptcy proceedings.

7 See Final Proposal of the Amendment to the Act on Financial Operations and Pre-bankruptcy settlement of June 2013.

8 See Decision of the Croatian Constitutional Court no. U-IIIA - 2978 / 2009. The fact that in practice bankruptcy proceedings last very long has been also recognized in the legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices in the field of bankruptcy laws. See Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provision and practices, INSOL Europe, 2014, p. 107.

9 Ibid. See also 2012 Doing Business Report available at; http://www.bfc-see.org/upload/Document/File/2013_03/Doing_Business_2012_Croatia.pdf (last time conswulted January 2017). One particularly interesting fact is Croatian ranking in the 2015 World Bank's Doing Business report. According to the Study, Croatia has improved a significantly. Namely, the 2015 study placed Croatia on 56th position when different indicators such as time, cost, recovery rate, reorganization proceedings index etc. were jointly taken into account. It is also interesting that the Study granted Croatia with maximum of 3 points with respect to reorganization proceedings index. Obviously, the adoption of the AFOPS influenced and improved Croatia's ranking. This may open certain doubts about the methodology of the benchmarking in the World Bank study because it is still in question to what extent the delivery of the AFOPS has fostered fight against

Bad results arising from the application of the 1996 Bankruptcy Act in combination with worst ever economic decline and crisis deeply influenced by illiquidity, bad debts and tax non-payment served as a good reason for the Government to introduce the law which would change the concept of restructuring and creditors' satisfaction.

The AFOPS was introduced in October 2012.[10] It was in large part amended several times; two times with the Governmental regulation and once in a regular legislative procedure.[11] Although the vast majority of political parties and businesses greeted the AFOPS at the time of its delivery because there was a firm belief that it will save jobs and stimulate economy by giving a "second chance" for re-initiating sustainable business activities, different data about the current state of business in Croatia show only poor signs of progress.[12] Although some might say that it is still too early to come out with some final conclusions, information from various sides suggests that now we have many confirmed settlement agreements that have failed to perform due to different problems with subsequent debtor's business operations.[13] To that point, it seems that feasibility of a settlement reached in the course of pre-bankruptcy proceedings under the AFOPS depended primarily on the quality of financial and restructuring plans offered by the debtor and adopted by the creditors. A similar standpoint about importance of quality restructuring plans can be found in the Recommendation of the EU Commission on a new approach to business failure and insolvency of 12 March 2014. In the Recommendation it is clearly expressed that Member States should ensure that courts can reject restructuring plans which clearly do not have any prospect of preventing the insolvency of the debtor and ensuring the viability of business.[14] If these plans are of bad quality, it is highly likely that debtors will face difficulties while performing obligations arising from the settlement.[15]

---

illiquidity and nonpayment between enterprises in Croatia.

10 The Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement (Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi), Official Gazette no. 108/2012.

11 See Official Gazette no. 144/2012 (Regulation on amendments to AFOPS), 81/2013 (Act on amendments to the AFOPS), 112/2013 (Regulation on amendments to the AFOPS). If compared to original text it becomes clear that the total number of amended articles approximates to over 50%!

12 See Convergence Programme of the Republic of Croatia for the Period 2014-2017 of April 2014, p. 41. Accordingly, it has been stated that the influence of the pre-bankruptcy settlement proceedings on a total reduction of insolvency in the Republic of Croatia since 1 October 2012 has been visible in the amount of HRK 9,8 billion (approx. 1,3 billion €). Other data show that to March14, 2014, 6,323 applications to initiate pre-bankruptcy proceedings have been filed with a total debt level of HRK 56,2 billion and a total number of 48,084 employees. Until March 14, 2014, 918 settlements have been confirmed in the total debt amount of HRK 16.5 billion.

13 See The Report for 2015 of the Chief State Attorney to the Parliament of the Republic of Croatia in which it is clearly stated that there is number of enteprises that have failed to perform their obligations under the settlement, p. 163 (the report is available online: http://www.dorh.hr/Default.aspx?sec=645, last time consulted in January 2017).

14 See Recommendation on a new approach to business failure and insolvency of the EU Commission, Brussels, 12. 3. 2014., C(2014) 1500 final, p. 8-9.

15 About problems faced by auditors while expressing opinions about restructuring plans see, for

However, the AFOPS did not receive too much criticism because of its still unclear and possibly damaging economic effects (many settlements still need to be performed in years to come), but because of certain legal issues that were central to many debates among legal professionals. These issues relate to a number of questions about the constitutionality of the Act and its compliance with the European Convention on Human Rights,[16] particularly with Art. 6/1 which reads as follows; in the determination of his civil rights everyone is entitled to a fair trial and public hearing with a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by the law.

What solutions have caused so much debate and problems during the application of the AFOPS? While the answer to this question is easy – the main problem was the lack of proper governance over the admission of claims,[17] explanation of its legal background might be problematic and hard to understand for those who have no background knowledge about the pre-bankruptcy settlement proceedings at all, or, if nothing else, about pre-bankruptcy as it was regulated in Croatian law. Therefore, one of our main problems while working on this paper was to find a proper path to address the problem without going into in-depth elaboration of all the features of the Croatian system. Commenting some unusual solutions from the AFOPS can easily take us the wrong way and distract us from the important issues we want to focus on and challenge. In order to avoid interpreting different provisions, we decided firstly to shortly describe the system and explain how it used to work in practice. After doing so, we will discuss the role of the FINA's settlement committees in the context of the conventional concept of a "tribunal", after which we will turn to the role and position of commercial courts under the AFOPS.

In spite of the fact that the legal regime of pre-bankruptcy proceedings under the AFOPS changed completely, we find that certain solutions and to date accumulated experience deserve attention not only of Croatian lawyers, but also of the wider European legal community.

2. ABOUT THE CROATIAN TWO-STAGE MODEL OF PRE-BANKRUPTCY PROCEEDINGS UNDER THE AFOPS

The basic idea of the AFOPS was that the debtor proposes to the creditor a restructuring plan in which different ways of fulfilment of its obligations are suggested. The restructuring plan needed to involve all types of creditors, including not only

instance, Brkanić, V., Revizorski aspekti postupka predstečajne nagodbe, in Barbić, J. (ed.), Hrvatsko insolvencijsko pravo (The Croatian Insolvency Law), Zagreb, 2014, p. 81-99.

16 About the constitutionality of the AFOPS and its amendments see, for example, Dika, M., O ustavnosti pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe, in Barbić, J. (ed.), Hrvatsko insolvencijsko pravo (The Croatian Insolvency Law), Zagreb, 2014, p. 51-68. See also Uzelac, A., Je li uređenje predstečajnog postupka u Republici Hrvatskoj bilo sukladno s Ustavom? Post festum analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema, in Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava, Liber amicorum Lojze Ude, Ljubljana, 2016., p. 535-574.

17 Trends in corporate restructuring - Croatia and Serbia examined and contrasted, Law in transition online. See: www.ebrd.com/downloads/research/law/lit114f.pdf (last consulted January 2017).

private creditors and the financial sector, but also the state as the tax authority.[18] By giving an opportunity to impose restructuring plan even to those creditors who dissent, the AFOPS enabled debtors to address their financial difficulties within a procedure that is less formal than traditional bankruptcy.

The first stage of proceedings consisted of the review of conditions to initiate the PBS and creation of the restructuring plan, voting and its adoption. This stage was under the jurisdiction of the professional body – the company owned and controlled by the State - Croatian Financial Agency (hereinafter: FINA[19]) and its settlement committees. FINA's settlement committees comprised three members appointed by the Ministry of Finance. All members of the committees had to hold academic degrees in law or economics while the president of the committee had to hold *master juris* degree in law. Besides being responsible for conducting and supervising the first phase of PBS, the members of the committee appointed a pre-bankruptcy trustee from a list of certified bankruptcy managers. The trustee was obliged to supervise all debtors' affairs, to verify the trustworthiness of the reported claims and also to report all irregularities he may find during the proceedings to the committee.[20]

Under the AFOPS, the first stage of proceedings before the FINA's settlement committee had to be completed within 120 days. In practice, the PBS proceedings have turned out to be not that quick, although when compared to ordinary bankruptcy proceedings it must be stated that available data suggest that FINA has been rather efficient while conducting proceedings. Once proceedings started, the committee published a decision about the opening of proceedings on FINA's website. Afterwards, the creditors used to have 30 days to file their claims.[21] There was no obligation to provide creditors with any type of formal notice.[22]

During the proceedings, the debtor was obliged to prepare and present the financial and operational restructuring plan to the creditors. He remained in possession of all his assets but was limited on how he may dispose with it.[23] In the restructuring plan (which had to include a positive auditor's report and opinion), the debtor was compelled to provide an overview of acknowledged and disputed claims, a debt repayment plan and/or a proposal to convert the creditors' claims into equity.[24] In practice, in order to reach a settlement, the creditors usually had to write off part of their claims and/or to agree to receive payments in installments.[25]

18 See Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provision and practices, INSOL Europe, 2014., p. 70.

19 FINA is the company with coverage on a national scale with wide set of responsibilities, including but not limited to the supervision of different state-run projects, payments and financial transactions. See more about the FINA at: http://www.fina.hr/Default.aspx?sec=1134 (ast consulted in January 2017).

20 See Art. 33-36 of the AFOPS.

21 See supra note 17.

22 Ibid.

23 See INSOL 2014, p. 51.

24 Ibid.

25 According to the Art. 45 para 2 of the AFOPS, if the debtor makes a proposal to repay its debts in the reduced amount within a maximum of four years, such an offer to the creditors cannot amount to the less than 30% of the claim in question. On the other hand, if a debtor makes a

Under the AFOPS, there were three basic groups of creditors: public authorities and state companies (a), financial institutions (b) and all other creditors (c). As a rule, creditors' votes were weighed in proportion to the amount of their admitted claims. In order for financial and restructuring plan to be approved, at least 50% of votes needed to be counted in each category, or, alternatively, more than two-thirds of vote of all claims if considered jointly.[26]

If the creditors approved the plan, an outline of the settlement was prepared and submitted to the commercial court of jurisdiction. This is the point when the second stage starts. After receiving a draft of the settlement the commercial court had to verify that all procedural requirements set out in the AFOPS have been satisfied. Afterwards the creditors were summoned for voting and signing of the settlement by which the pre-bankruptcy settlement proceeding came to an end.

2.1. Understanding the PBS from the practical point of view

Sometimes the best way to explain and understand how the system works in practice is to resort to case studies. Moreover, proper understanding of different situations regarding acknowledgement of claims will help us to understand concerns with respect to the position and powers of the FINA's settlement committees under the AFOPS.

Let us think about a football player who was not paid by his club according to the contract. Meanwhile, his club initiates the pre-bankruptcy proceeding. Later on, the debtor reports the player's claim to the settlement committee, the committee establishes the claim and the player and other creditors successfully vote on the adoption of the restructuring plan. The case is then transferred to the Commercial Court and the Court approves the settlement. According to the settlement, the player is paid in installments over a 2-year period, but only 50% of the claim in question.

Like with anything else, legal proceedings may take different directions. An important feature of Croatian model of the PBS under the AFOPS was that if, by any chance, creditors miss the deadline for reporting claims, the settlement could be imposed upon them without their approval and participation. The latter could happen only if a debtor reported the claim to the settlement committee. We could argue that imposing the settlement upon the creditor who did not report his claim turns out to be a much better option than losing the claim entirely. This "losing the claim entirely" scenario could occur if no one, neither the player nor the debtor, reported the player's claim to the settlement committee. In that case Art. 81/2 of the AFOPS applied and the player was prevented to initiate enforcement or any other subsequent procedure with respect to the claim that came into existence before the PBS was commenced.

Next scenario covers the situation when the debtor disputed the claim that is reported to the committee by the player. If not acknowledged by the debtor, it is possible that the reported claim will drop out of the list of claims established by the committee. The problem here relates to the fact that a debtor was empowered to

proposal to repay his debts within a period that is longer than four years, a minimum of 40% of the claim has to be offered.

26 See Art. 63 of the AFOPS.

acknowledge claims reported by creditors, except those that were already established before the PBS proceeding commenced. It is, however, questionable whether this kind of action was in the best interest of the debtor, at least for two reasons. The first is that the pre-bankruptcy proceedings under the AFOPS presented a unique chance for the debtor to restructure by reducing the rights of the player (and other creditors) below the sum that was previously agreed. Another reason lies within the fact that the player was able to take his case to court after (and if) the settlement becomes approved.[27] The point here is that a new litigation after successfully finalized restructuring can hardly work as a viable option for any debtor.

To sum up; apart from the claims that were already established and presented in the form of enforceable documents, only the claims on which the debtor and creditor would agree could be considered as established. All other decisions concerning the claims that drop off the list of claims as drawn up by the committee could be challenged by the creditor within the PBS proceedings, or litigated after the PBS ended.

As follows, one of the main legal consequences of the PBS concerned the fact that PBS caused a stay of enforcement proceedings in which the debtor was the defendant. Furthermore, it was not possible to initiate any other legal proceedings aiming to secure or enforce a debt. The stay of proceedings remained in effect until the pre-bankruptcy was terminated or until the settlement was approved. In case of termination of the PBS proceedings, full bankruptcy proceeding needed to be initiated over the debtor by the FINA *ex officio*.

3. FINA'S SETTLEMENT COMMITTEES – INDEPENDENT AND IMPARTIAL TRIBUNALS OR JUST THE LONG ARM OF THE STATE?

Art. 6/1 of the European Convention guarantees everyone the right to have any claim relating to his "civil rights and obligations" brought before an independent and impartial tribunal established by the law. Although this has not been expressly laid down, Art. 6/1 embodies the right of access to justice, that is, the right to submit a civil claim to a body that has full jurisdiction which means competences to judge both on the facts and on the law as a basis for its determination.[28]

While it is evident from the case law of the European Court for Human Rights (hereinafter: the ECHR) that the claims reported to the settlement committees correspond to the concept of "civil rights and obligations",[29] it is far less clear if the settlement committees have been showing the features immanent for courts and tribunals as explicated by the ECHR.

27 In practice, the creditors have quickly learned that regular checking of FINA's website may be vital for their future business. On the other hand, the debtors responsively learned that timely reporting of claims is also in their best interest because the pre-bankruptcy proceedings provided them with an opportunity to propose a repay of the debt in a significantly lower amount(s).

28 See Van Dijk, P. et. al., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, Intersentia, 2006., p. 557-561.

29 About autonomous meaning of civil rights and obligations, see more in Van Dijk et. al. 2006. (supra note 29), p. 516-538.

In *Campbell and Fell* the Court stated that the word "tribunal" should not be necessarily understood as signifying a court of law of the traditional kind, integrated within the standard judicial machinery of the country.[30] The tribunal may be set up to deal with a specific subject matter that can be appropriately administered outside the ordinary court system. What is important is to ensure compliance with the guarantees arising from Art. 6/1, both substantive and procedural.[31]

So far, in the Court's case law different bodies have been recognized as having the status of a "tribunal" within the meaning of Article 6/1 of the Convention. For instance, in *Sramek v. Austria* the status of a tribunal was given to the regional authority that deals with real-property transactions, in *Gustafson v. Sweden* the tribunal status was acknowledged to the criminal damage compensation board while in *Argyrou and Others v. Greece* the status of a tribunal was awarded to the forestry disputes resolution committee.[32] It follows that the autonomous concept of tribunal should be viewed primarily in the substantive sense. Essentially, this means that a power to give a binding decision, which may not be altered by a non-judicial authority to the detriment of an individual party, is inherent in the very notion of "tribunal".[33] The power to issue only advisory opinions without binding force is not sufficient to grant certain authority the status of a "tribunal".[34]

As mentioned earlier in the text, FINA is a professional and state controlled enterprise entrusted with different powers. Beside it was and still is involved in a number of important state projects such as pension and payment system reform, one of its primary responsibilities included supervision over payments within enforcement proceedings (this includes freezing of the defendant's bank accounts) and *via* settlement committees, conducting of the first stage of pre-bankruptcy proceedings.

Indeed, what was the settlement committee's function?

When conducting the first stage of the pre-bankruptcy proceedings, the settlement committees acted like administrative bodies authorized to review the conditions for initiating the PBS proceedings and also to carry out all other actions with respect to the elaboration of the restructuring plan and voting. Although there were some provisions that opened doubts as to the level of jurisdiction of settlement committees, in practice the role of the settlement committees was limited to the fulfillment of various procedural requirements. These are the review of conditions for commencement of proceedings, publishing decisions on the FINA's website, the appointment of a pre-bankruptcy trustee and supervision of his work, supervision over all disbursements during the proceedings, compiling the list of reported claims, supervision of the trustee as well as carrying out all other actions with respect to creation of the restructuring plan and voting. However, the central issue concerned the settlement committees' powers to decide on the fact and on the law concerning reported claims. In the *Ringeisen* and *Beaumartin* Case the ECHR recognized that only

30 See Campbell and Fell v. the UK (Judgment of 28 June 1984), para 76.
31 See Rolf Gustafson v. Sweden, (Judgement of 1 July 1997), para. 45.
32 See Practical Guide to Article 6 – Civil Limb, Council of Europe /European Court of Human Rights 2013, p. 19.
33 See Van de Hurk v. the Netherlands, (Judgement of 19 April 1994), para 45.
34 See Benthem v. the Netherlands, (Judgement of 23 October 1985), para 40.

an institution that has full jurisdiction (and satisfies a number of other requirements, such as independence of the executive and also of the parties), merits the designation "tribunal" within the meaning of Art. 6/1.[35]

From the wording of the AFOPS it is not completely clear whether the settlement committees had the right to decide on the claims. Literal translation of the art. 60/5 reads as follows; "The settlement committee shall compile a special list of examined claims in which it shall determine for each of the claims the proportion to which the claim is established or contested." Besides, we should not forget that the AFOPS empowered the debtors to acknowledge and deny claims. The main objection was that some dishonest debtors influenced other entities to file false claims before the FINA in order to enable out-voting of minority creditors on the pre-bankruptcy settlement plan.[36] If the honest creditor realized that there is a doubtful claim pending, he was prevented to dispute that falsified claim because creditors could appeal before the Ministry of Finance only decision in their own legal matter.[37]

The settlement committees did not render a decision about the approval of the settlement (confirmation of the settlement was under the jurisdiction of commercial courts), neither were they required to examine the fairness and the quality of the restructuring and payment plan. In a certain sense, although the committees could exercise the power to establish facts concerning reported claims, in practice, during the first phase of proceedings they performed strictly administrative function (they only compiled the list of claims). It is evident that the lack of jurisdiction to issue a final decision concerning claims confront conventional requirement that only an institution that has full jurisdiction, i.e. the power to bring a decision that may not be altered by a non-judicial authority deserves to earn the notion of a "tribunal".

Settlement committees also failed to pass tests concerning other key components immanent for the concept of a "tribunal"; the requirement of independence and impartiality.

Essentially, while the term "impartiality" requires that one body's members are not biased with regard to the decision to be taken, the term "independence" presents a procedural safeguard that calls for independence of a tribunal *vis-à-vis* the political organs of government.[38] This does not mean that the executive branch of government cannot appoint judges or members of different bodies that decide on civil rights and obligations, but that once appointed, those who deliver decisions and exercise different powers within the procedure concerning civil rights and obligations should act free of any kind of pressure or influence.[39]

35 See Beaumartin v. France (Judgment of 24 November 1994), para. 38 and Ringeisen v. Austria (Judgment of 16 July 1971), para. 95

36 See supra note 17.

37 If the debtor contested the reported claim, the same would subsequently fell out of the list of claims compiled by the PBS committee. Afterwards, the dissatisfied creditor could contest that decision before the Ministry of Finance and the administrative court.

38 In Ringeisen v. Austria, (Judgment of 16 July 1971) the Court held that the Regional Commission could be regarded as a "tribunal" as it was "independent of the executive and also of the parties".

39 Practical Guide to Article 6 – Civil Limb, Council of Europe /European Court of Human Rights

If the conventional criteria for assessing independence is applied in the case of the FINA's settlement committees[40] we can see that all parameters, such as the manner of appointment of its members (they were appointed directly by the Minister of Finance[41]), the duration of their term of office (members of the committees were FINA's employees) as well as the duration of their mandate were not clearly defined in the AFOPS[42] and therefore may all be put into question.

In addition, the AFOPS did not have any provision about the independence and autonomy of the settlement committees, the tenure, professional misconduct, responsibility and removal from the office etc. In practice, the tax authority (which was under the direct control of the Ministry of Finance) often played the role of a majority creditor which simply out-voted other classes of creditors. Therefore, we conclude that there are more than just a few doubts as to the independence and impartiality of the PBS committees.

The main problem with impartiality appears in the form of outside pressure on committee members. Nevertheless, as it follows from the *Piersack* Case, the establishment of a personal bias is difficult.[43] It is, therefore, always much easier to approach the problem with objectivity criteria and to determine hierarchical links between the persons acting as committee members and other parties to the proceedings.[44] The mere fact that FINA's employees are sitting on a tribunal should not necessarily mean that they are biased, particularly if we take into account that committee members have to be well-educated persons and that the president of the committee has to hold a law degree. Still, as the ECHR ruled in the *Langborger* Case, specialized experience and good qualifications to participate in the adjudication of disputes do not exclude the possibility that someone's independence and impartiality is open to doubt.[45] Altogether, strong hierarchical ties between the FINA, the Ministry of Finance and the tax authorities resulted with serious doubts as to the prior position of committee members and their immunity from the instructions of the Minister and other public authorities.

2013. (*infra* quoted as Council of Europe 2013), p. 27.

40 Concerning the criteria for assessing independence, see Campbell and Fell v. the UK (Judgment of 28 June 1984), para. 78. See also Langborger v. Sweden (Judgment of 22 June 1989), para 32.

41 The manner of appointment of a body's members has been raised as to the intervention of the Minister of Justice in Sramek v. Austria, Brudnicka and Others v. Poland, Clarke v. UK etc. See Council of Europe 2013, p. 28.

42 In the case law of the ECHR it can be read that the absence of a formal recognition of the irrevocability of a body's members during their terms of office does not imply a lack of independence as long it is recognized in fact and the other necessary guarantees are present. See Campbell and Fell (Judgment of 28 June 1984, para. 80).

43 Van Dijk et. al. 2006 (supra f. 29), p. 616. In Piersack v. Belgium (Judgment of 1 October 1982), the Court said that it is possible to conclude that a judge is biased only when this is evident from his attitude during the proceedings or from the content of the judgment.

44 About situations in which the question of a lack of judicial impartiality may be at stake, see Council of Europe 2013 (see supra note. 40), p. 29-31. See also Van Dijk et. al. 2006 (f. 29), p. 614-623.

45 See Langborger v. Sweden, (Judgment of 22 June 1989), para. 34.

4. COMMERCIAL COURTS – RUBBER-STAMPERS OR JUDICIAL BODIES OF FULL JURISDICTION?

At first sight, it seemed that the system of pre-bankruptcy settlement proceedings had fundamentally denied access to justice for those who had reported their claims during proceedings. Notwithstanding the fact that the settlement committees cannot be regarded as "tribunals" according to the Convention, it is important to observe that in *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* the ECHR held that Art. 6/1 does not oblige the States to submit "contestations" (disputes) over "civil rights and obligations" at each of its stages before "tribunals" meeting the requirements of Art. 6/1 (independence, impartiality, full jurisdiction).[46] That is to say, demands of flexibility and efficiency which are fully compatible with the protection of human rights may justify the prior intervention of administrative or professional bodies and, a fortiori, of judicial bodies which do not satisfy the said requirements in every respect.[47] In *Albert and Le Compte*, the ECHR clarified that the Convention calls for at least one of the two following systems; either the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of Art. 6/1, or they do not comply but are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and provides the guarantees of Art. 6/1.[48] As pointed out by Van Dijk *et. al.*, this means that the situation where appeal against administrative action lies with an administrative body does not necessarily conflict with Art. 6/1, provided that there is in the last resort access to review by a court with full jurisdiction.[49]

Interestingly, this kind of an approach, according to which only the last stage of the proceedings has to fulfill the requirements of Art. 6/1 is clearly favored by the European Commission. In the Recommendation on a new approach to business failure and insolvency the EU Commission defines that the wording "courts" include any other body with competence in matters relating to preventive procedures to which the Member States have entrusted the role of the courts, and whose decisions may be subject to an appeal or review by a judicial authority.[50]

Let us recollect; creditors could appeal FINA's decision on the exclusion of the claim from the list of claims before the Ministry of Finance (Independent Sector for the 2nd Instance Administrative Proceedings). If the Ministry of Finance had confirmed the decision delivered by the settlement committee, unsatisfied creditor could still challenge that decision before the administrative court.[51] However, the problem was

46 See Le Compte, Van Leuven and De Meyere (Judgement of 23 June 1981), para. 51.

47 Ibid.

48 See Albert and Le Compte v. Belgium (Judgment of 10 February 1983), para. 29.

49 Van Dijk *et. al*. 2006 (f. 29), p. 568.

50 See Recommendation on a new approach to business failure and insolvency of the EU Commission, Brussels, 12. 3. 2014., C(2014) 1500 final., chapter 5 (Definitions), p. 6. The Commission holds that promoting efficiency is of crucial importance because it results with less delays and lower costs. Therefore, national preventive restructuring frameworks should include flexible procedures that will limit court formalities only to where they are necessary and proportionate in order to safeguard the interests of creditors and other interested parties (see p. 4 para. 17 of the Recommendation).

51 See Art. 16-22 of the Law on Administrative Disputes (Official Gazette no. 20/2010, 143/2012,

that the AFOPS prescribed that the pre-bankruptcy proceedings are urgent and that they must complete within 120 days from the day of its official commencement. Even if this period was extended it was practically impossible that the proceedings before the administrative court end before the settlement goes to the commercial court for an approval.[52]

The analysis of the relevant provisions of the AFOPS suggests that the commercial courts had only narrow competences while deciding on the confirmation of the pre-bankruptcy settlement plans. They were only required to analyze whether the proposal of the pre-bankruptcy settlement corresponds with the restructuring plan that was previously accepted. If so, the commercial court summoned the parties and if majority creditors voted in favor of the adoption of the restructuring plan, the court approved the settlement.[53]

4.1. Approval of the PBS and legal remedies against the decision of the court on approval of the pre-bankruptcy settlement

The analysis of the AFOPS indicates that the courts were empowered to approve the settlements, not the restructuring plans.[54] The effects of a court settlement are the same as those of *res judicata* and the subject matter of the court settlement cannot be raised again in a new litigation.[55] Also; if it's a court settlement – than no appeal could be brought against the decision.

In practice there were some doubts as to the legal nature of the court's approval.

What we can see if we take a closer look at the documents uploaded on the FINA's website is that sometimes the courts were granting the right to appeal against decisions on the approval of the PBS! In 2014 the High Commercial Court accepted one appeal on the basis that every decision may be challenged by an appeal unless the relevant law does not permit appeal at all.[56]

152/2014).

52 If the debtor and majority creditors fail to agree on settlement and restructuring plan during the 1st stage of proceedings, the PBS proceedings will be suspended and the classic bankruptcy proceeding initiated.

53 See Art. 66 of the AFOPS.

54 See Art. 66/9 of the AFOPS. According to the Commission's 2014 Recommendation on a new approach to business failure and insolvency, the court's confirmation of a restructuring plan is necessary to ensure that the reduction of the rights of creditors is proportionate to the benefits of the restructuring and that creditors have access to an effective remedy, in full compliance with the freedom to conduct a business and the right to property as enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the EU. According to the EU Commission, the court should therefore reject a plan where it is likely that the attempted restructuring reduces the rights of dissenting creditors below what they could reasonably expect to receive in the absence of a restructuring of the debtor's business.

55 See Art. 323 of the CPA and Art. 66 p. 13 of the AFOPS. If the parties to a settlement want to contest the settlement, essentially they will have to bring a new action - application for setting aside and therefore initiate completely new proceeding. In traditional litigation, when parties to the proceedings reach a court settlement, the court is required to examine the legality of the parties' actions in terms of their contrariness to ius cogens and the rules of public morality.

56 See decision of the High Commercial Court of the Republic of Croatia no. Pž-1983/14-3

It is questionable whether we would have an inconsistency had the AFOPS prescribed that the court confirms a restructuring plan, not a settlement. If that was the case the creditors would definitely have the right to appeal against the court's decision.

It appears to us that such a legal ambiguity and disorientation is a consequence of two facts. Firstly, the courts were improperly interpreting procedural provisions of the AFOPS which did not explicitly prescribe the (procedural) nature of the court's decision on the approval of the PBS. The second fact relates to the courts' reluctance to react *ex officio* (or even on the motion of the parties to the settlement) if they would realize that some claims were not genuine, but simply false claims, reported by the companies affiliated to the debtor, admitted by the debtor and acknowledged by the settlement committees during the first stage proceedings.

On a few occasions the courts to which a dubious settlement proposals were submitted justly found that voting rights cannot be exercised with respect to false claims.[57] Surely, it would be wrong to impose a pre-bankruptcy settlement upon the debtors who had no opportunity to contest the claims of questionable quality.[58]

It is our impression that the issue of false claims reporting directly relates to the issue of full jurisdiction. As it was pointed out in *Terra Woningen B.V.*, the refusal of a court to rule independently on certain issues of fact that are crucial to the settlement of dispute may amount to a violation of Art. 6/1.[59] In *Tsfayo* Case the ECHR concluded that a violation of Art. 6/1 may also occur if the court does not have jurisdiction to determine the central issue in the dispute.[60]

The power of commercial courts was obviously limited by the AFOPS. The courts had very limited jurisdiction as to the establishment of facts. Also, the fact is that in vast number of cases, the courts only examined whether procedural requirements to approve the settlements are satisfied. Among judges, there was a general impression that the courts have only limited competences in the pre-bankruptcy proceedings. The widespread belief was that their duty was to only check whether the proposal for establishing the pre-bankruptcy settlement is submitted within the 15-day time limit, whether the proposal of the pre-bankruptcy settlement with its essential elements and attached documents corresponds to previously accepted restructuring plan and finally, the court's responsibility was to summon the parties for voting and to approve the

together with Art. 378/1 of the Civil Procedure Act.

57 See, for instance, ruling of the High Commercial Court of the Republic of Croatia No. Pž-8613/13-4 of November 25, 2013.

58 The problem with non-existing claims emerged right after the AFOPS was amended, not through the parliamentary procedure but with government's regulation. The amendments allowed the joint debtors of the main debtor to report claims based on guarantees and joint indebtedness. To put it differently, the amendments gave the voting rights to the guarantors – joint debtors of the main debtor notwithstanding the fact that they did not settle the claims, or even worse - that the claims were "created" after the initiation of the pre-bankruptcy proceedings. See Ruling of the High Commercial Court of the Republic of Croatia No. Pž-8613/13-4 of November 25, 2013. This Ruling is available in English at the web page of the Zagreb Stock Exchange: http://zse.hr/userdocsimages/novosti/eZst6EHqgDkyXX2Y3Ol2dg==.pdf (last consulted in January 2017).

59 Ibid.

60 Ibid.

settlement.

If we take a look at the relevant case law of the ECHR, it turns out that such, very light form of judicial control over pre-bankruptcy settlements can be compatible with Art. 6/1 only if it is ensured that in the prior (administrative) proceedings all requirements and guarantees of the Art. 6/1 are duly respected.[61] Therefore, were the creditors provided with quality safeguards against abuses concerning the establishment of claims, even a lighter form of judicial control would suffice to comply with the conventional requirements.[62]

Lastly, it can be argued that in only few cases the courts were acting like the courts or full jurisdiction having competence to reject the proposed PBSs, while in all other cases they were only rubber-stampers of the settlements agreed before the FINA's settlement committees. To put it simply, the commercial courts, although satisfying the requirements of Art. 6/1 immanent for a "tribunal" have deprived themselves of jurisdiction to examine the facts that were crucial for the determination of the lawfulness of pre-bankruptcy settlement proposals.[63]

5. CONCLUDING REMARKS

In the time of crisis, every state has a special interest to support and maintain continuation of businesses. One way to help debtors and creditors to address their financial problems at an early stage, when the debtors are still capable of restructuring and recovering is to introduce the legislative framework for pre-bankruptcy (insolvency) settlement proceedings. These proceedings give a debtor an opportunity to restructure and to avoid traditional bankruptcy by negotiating and changing the conditions of repayment, the structure of assets, the conversion of the debts into equity and similar.

The model of pre-bankruptcy settlement proceedings that was in 2012 chosen by the Croatian Government is a complex one. One of its main characteristics was the division into two separate stages; the first one which was conducted before a professional body under the direct control of the state, and the second which was under the jurisdiction of commercial courts. While in force, the system received strong criticism from various sides, mainly because of allegations that it allowed reporting of false claims, while at the same time it did not explicitly require the settlement committees and subsequently the courts to carry out an effective review as to whether the claims reported were genuine.

Allowing prior intervention of professional bodies in disputes over civil rights and obligations may be a feasible solution if the court system is slow, inefficient and costly. The system which allows intervention of professional bodies such as the FINA has the potential to comply with Art. 6/1 of the European Convention on Human Rights only if series of requirements are properly met. As pointed out by the ECHR, demands of flexibility and efficiency may justify the prior intervention of professional

61 See Bryan v. the UK (Judgment of 22 November 1995), para. 47.
62 Cf. ibid.
63 See Terra Woningen B.V. v. the Netherlands (Judgment of 17 December 1996), para. 54-55.

bodies and, *a fortiori*, of judicial bodies which do not satisfy the requirements arising from Art. 6/1 in every respect if the case is finally subjected to subsequent control by a tribunal - a body that has full jurisdiction and is free of any kind of political interference.

In its prior legal solution, the Croatian legislator had virtually accepted the standpoint of the EU Commission that calls for promotion of efficient national restructuring mechanisms that include flexible and low cost procedures, limiting court formalities only to where they are necessary. Unfortunately, the commercial courts that were finally approving settlements rarely acted like the tribunals of full jurisdiction. There are only few reported situations when the courts carried out an examination of the trustworthiness of claims reported during the first stage of proceedings. Basically, the courts were only verifying different procedural requirements before delivering a decision on approval of the settlements.

Former Croatian system of pre-bankruptcy proceedings shows that limiting court powers to the verification of different procedural requirements may work as a viable option only if the creditors enjoy procedural safeguards during other phases of procedure. As it can be interpreted from the ECHR's case law, if the professional bodies comply with the requirements of Art. 6/1, even a lighter form of subsequent judicial control may be justified.

Experience from Croatia also shows that in situation when we have professional bodies alike the FINA involved in the process of establishing of facts in the course of administrative or quasi-judicial proceedings, a matter of the utmost importance is to precisely determine very strict rules concerning the qualifications, appointment, tenure, professional misconduct, responsibility and removal from office of persons that have the power to decide on civil rights and obligations of the parties to the proceedings. Therefore, impartiality and independence of the bodies to which the adjudicating is conferred play a major role.

Theoretically, there would be nothing wrong with Croatia's model had it provided creditors with guarantees that the claims are established fairly, by independent and impartial committees. Although aforementioned guarantees did not exist in Croatian case, this still does not mean that the idea of the two-staged PBS proceedings is incapable of ensuring fundamental rights protection.

BIBLIOGRAPHY

1. Brkanić, V., *Revizorski aspekti postupka predstečajne nagodbe*, in Barbić, J. (*ed.*), Hrvatsko insolvencijsko pravo (The Croatian Insolvency Law), Zagreb, 2014, p. 81-99.
2. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee -A new European approach to business failure and insolvency, Strasbourg, 12.12.2012, COM(2012) 742 final.
3. Convergence Programme of the Republic of Croatia for the Period 2014-2017 of April 2014
4. Dika, M., *O ustavnosti pravnog uređenja instituta predstečajne nagodbe*, in Barbić, J. (*ed.*), Hrvatsko insolvencijsko pravo (The Croatian Insolvency Law), Zagreb, 2014, p. 51-68.
5. Domestic legal texts and caselaw of the European Court of Human Rights

6. McCormack, G.; Keay, A.; Brown, S. and Dahlgreen, J., Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Leeds, 2016.
7. McCormack, Gerard, Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective, Journal of Private International Law, Vol. 10:1/2014.
8. Practical Guide to Article 6 – Civil Limb, Council of Europe /European Court of Human Rights 2013.
9. Parry, R., Introduction, in: Katarzyna Gromek Broc and Rebecca Parry (eds.), Corporate Rescue. An Overview of Recent Developments from Selected Countries in Europe, The Hague / London / New York: Kluwer Law International, 2004.
10. Recommendation on a new approach to business failure and insolvency of the EU Commission, Brussels, 12. 3. 2014., C(2014) 1500 final.
11. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) NO 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, COM(2012) 743 final.
12. Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provision and practices, INSOL Europe, 2014.
13. Uzelac, A., Je li uređenje predstečajnog postupka u Republici Hrvatskoj bilo sukladno s Ustavom? Post festum analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema, in Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava, Liber amicorum Lojze Ude, Ljubljana, 2016., p. 535-574.
14. Van Dijk, P. *et. al.*(*ed.*), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, Intersentia, 2006.

Sažetak

OSVRT NA STRUKTURU PREDSTEČAJNIH POSTUPAKA IZ ZAKONA O FINANCIJSKOM POSLOVANJU I PREDSTEČAJNOJ NAGODBI

Teško je prisjetiti se kada je jedan zakonski tekst iznjedrio više kontroverzi od Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi. Intencija zakonodavca je bila jasna; pomoći trgovačkim subjektima u problemima da revitaliziraju svoje poslovanje, njihovim vjerovnicima da naplatu svojih potraživanja ostvare u većim iznosima nego što bi to bilo moguće u klasičnom stečajnom postupku te u konačnici, smatralo se da će predstečajni postupci doprinijeti očuvanju radnih mjesta.

U radu se analizira struktura postupka predstečajne nagodbe te se propituje je li rješenje iz kasnije dijelom anuliranog hrvatskog propisa, prema kojemu je u prvoj fazi postupak provodilo posebno tijelo s administrativnim ovlastima, a u drugoj nadležni trgovački sudovi, u skladu s tumačenjima jamstva prava na pravičan postupak iz prakse Europskog suda za ljudska prava.

Ključne riječi: *Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Europska konvencija o ljudskim pravima, sud pune jurisdikcije, pravo na pravično suđenje i ostvarivanje prava na pristup sudovima.*

Zusammenfassung

KAMPF GEGEN DIE REZESSION UND VERLETZUNG DER GARANTIE DES RECHTS AUF ZUGANG ZUR RECHTSPFLEGE – ÜBERPRÜFUNG DER STRUKTUR DES VORINSOLVENZVERFAHRENS AUS DEM GESETZ ÜBER FINANZGESCHÄFTE UND VORINSOLVENZREGELUNG

Es ist schwer, sich daran zu erinnern, wenn ein Rechtstext mehr Kontroverse als das Gesetz über Finanzgeschäfte und Vorinsolvenzregelung erregt hat. Die Absicht des Gesetzgebers war klar: Handelssubjekte in Problemen zu unterstützen, ihre Geschäfte zu beleben, ihren Gläubigern die Auszahlung ihrer Forderungen in größeren Mengen zu ermöglichen, als es in den klassischen Konkursverfahren möglich war; und letztendlich wurde geglaubt, dass die Vorinsolvenzprozesse zur Erhaltung von Arbeitsplätzen beitragen würden. Dieser Artikel analysiert die Struktur des Vorinsolvenzprozesses und überprüft, ob die Entscheidung des späteren teilweise annullierten kroatischen Vorschrift, anhand welches der Verfahren in der ersten Phase ein spezielles Gremium mit administrativen Rechten durchgeführt hat und in

der zweiten Phase zuständige Handelsgerichte im Einklang mit der Auslegung des gewährleisteten Rechts auf ein faires Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

***Schlüsselwörter**: Gesetz über Finanzgeschäfte und Vorinsolvenzregelung, Europäische Menschenrechtskonvention, das Gericht der vollen Zuständigkeit, das Recht auf ein faires Rechtsverfahren, das Recht auf Zugang zum Gericht.*

Riassunto

LA LOTTA ALLA RECESSIONE A SCAPITO DELLA TUTELA DEL DIRITTO ALL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA: UNO SGUARDO ALLA STRUTTURA DEI PROCEDIMENTI PREFALLIMENTARI NELLA LEGGE SULLE OPERAZIONI FINANZIARIE E SUL CONCORDATO PREVENTIVO

E' difficile riportare alla mente in quale occasione un testo di legge abbia generato un numero di dispute maggiore rispetto a quelle sorte in seno alla legge sulle operazioni finanziarie e sul concordato preventivo. L'intento del legislatore era evidente: aiutare i soggetti commerciali nei problemi riguardanti la rivitalizzazione della proprie attività, aiutare i loro creditori affinché riuscissero a soddisfare i propri crediti in somme maggiori rispetto a quelle recuperabili nel procedimento fallimentare classico. In sostanza, v'era la convinzione che i procedimenti prefallimentari avrebbero contribuito alla conservazione dei posti di lavoro.

Nel lavoro si analizza la struttura del procedimento di concordato preventivo e si pone l'interrogativo se la soluzione successiva derivante dalla legge poi in parte abrogata (che stabiliva che il procedimento in una prima fase venisse condotto da organi amministrativi, mentre in una seconda fase da tribunali commerciali competenti) fosse rispettosa del diritto al giusto processo sancito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

***Parole chiave:** Legge sulle operazioni finanziarie e sul concordato preventivo, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tribunale di piena giurisdizione, diritto al giusto processo e realizzazione del diritto all'accesso alla giustizia.*

ORGANIZIRANO PRIKUPLJANJE PUNOMOĆI ZA GLASOVANJE NA GLAVNOJ SKUPŠTINI KAO MODALITET UTJECANJA NA DONOŠENJE ODLUKA U DRUŠTVU – OTVORENA PITANJA[1]

Dr. sc. Antonija Zubović, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.722
Ur.: 17. siječnja 2017.
Pr.: 10. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuje organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, ukazujući na otvorena pitanja u njegovoj primjeni. Budući da Direktiva o pravima dioničara u uvrštenim društvima ne uređuje izričito ovaj institut, države članice EU-a zauzele su različita stajališta u pogledu njegova uređenja. S jedne strane su države članice koje nisu izričito uredile organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, dok su s druge strane države članice koje posebnim odredbama uređuju ovaj institut. Međutim, i unutar te skupine država članica uočavaju se različiti pristupi u uređenju pojedinih pitanja. Valja istaknuti da se u državama članicama EU-a u kojima nije izričito uređeno organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, sve više postavlja pitanje potrebe njegova regulatornog uređenja. Stoga se zaključno daju prijedlozi rješenja za hrvatsko pravo.

Ključne riječi: *organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, punomoći, opunomoćenik, glavna skupština, pravo glasa, Direktiva o pravima dioničara.*

1. UVOD

Prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini jedan je od modaliteta utjecanja na donošenje ključnih odluka u društvu koje su u nadležnosti glavne skupštine. Valja istaknuti da ako određena osoba pokreće postupak organiziranoga prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, ona ima interes za donošenje odluka određenoga sadržaja, odnosno njene su namjere utjecati na odluke koje se trebaju donijeti na glavnoj skupštini za koju se prikupljaju punomoći. Dakle,

1 Ovaj rad su sufinancirali Hrvatska zaklada za znanost projektom br. 9366 "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" te Sveučilište u Rijeci projektom br. 13.08.1.2.01 "Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga".

njezin je cilj stjecanje ili učvršćivanje kontrole nad donošenjem odluka na glavnoj skupštini društva.[2]

Karakteristika je ovog načina stjecanja kontrole što ne dolazi do promjene u dioničarskoj strukturi, budući da opunomoćenik, za razliku od stjecanja dionica u postupku preuzimanja, ne kupuje dionice društva, već samo stječe ovlast za glasovanje na glavnoj skupštini. Dakle, taj postupak provodi se po puno nižim troškovima od primjerice postupka preuzimanja. To je jedan od motiva zbog kojega se određeni dioničari odlučuju upravo za ovaj postupak. Međutim, treba istaknuti da oni u ovom postupku stječu pravo glasovati po dionicama za koje su dobili punomoći te glasuju u ime dioničara, stoga ako je dioničar dao uputu kako glasovati po dionicama, oni su dužni postupati u skladu s njom. Stoga će njima biti u interesu dobiti punomoć bez uputa za glasovanje na glavnoj skupštini ili će se pak, s druge strane, izložiti sankcijama ukoliko glasuju u skladu sa svojom voljom ne poštujući volju dioničara. Dakle, jedno od otvorenih pitanja je pitanje kako pravni poredci uređuju slučajeve kada opunomoćenik glasuje protivno uputi koju je dobio od dioničara.

Ujedno, ako je dioničaru isključeno pravo glasa na glavnoj skupštini, postavlja se pitanje može li on glasovati kao opunomoćenik na glavnoj skupštini na kojoj mu je isključeno pravo glasa. Ako bi dobio punomoć bez upute kako glasovati o pojedinoj točki dnevnog reda, time bi "zaobišao" cilj odredbe kojom mu je isključeno njegovo pravo glasa. Stoga se zauzima stajalište da osoba kojoj je isključeno pravo glasa na glavnoj skupštini ne može glasovati niti kao opunomoćenik drugog dioničara.[3] Takvo je stajalište izričito zauzeto u hrvatskom i njemačkom pravu.

Dalje se otvara pitanje postojanja sukoba interesa između opunomoćenika i opunomoćitelja. S tim se je pitanjem suočio i europski zakonodavac kod donošenja Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima[4] (dalje u tekstu: Direktiva o pravima dioničara). Ponajprije se nastojalo obuhvatiti slučajeve postojanja sukoba

2 U doktrini se kontrola najčešće definira kao držanje određenoga postotka glasačkih prava u društvu čime se utječe na donošenje ključnih odluka, kojima se može posredno ili neposredno utjecati na poslove društva. Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, Pravo u gospodarstvu, god. 42., svezak 4., 2003., str. 45., Petrović, Siniša, Pripajanje dioničkih društava i druge koncentracije u pravu društava (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Zagrebu, 1998., str. 103.

3 Hüffer, Üve, Aktiengesetz Kommentar, 9. Auflage, 2010. § 136 Rn. 6; Lieberam-Schmidt, Sabine, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, Dissertation, 2010., str. 32.-33.

4 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14. 7. 2007., str. 17.-24. U svojoj odluci od 21. travnja 2004. godine, OJ C 104 E of April 30, 2004, str. 426., Europski parlament je izrazio svoju podršku istaknutim namjerama Komisije. Vezano za ostvarivanje prava glasa dioničara istaknula su se četiri temeljna problema: a) problem pristupa informacijama koje su relevantne za održavanje glavne skupštine, b) problematika obveze blokiranja (pohrane dionica) prije održavanja glavne skupštine, kao uvjet za ostvarivanje prava glasa (engl. *share blocking*), c) glasovanje preko opunomoćenika i d) primjena modernih tehnologija u glasovanju. O motivima donošenja Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima vidjeti više kod Čulinović-Herc, Edita, Hasić, Tea, Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 32., br. 1., 2011., str. 36.-37.

interesa te zauzeti stajalište na koji način države članice mogu postupiti u tim slučajevima. Valja istaknuti da odredbe Direktive o pravima dioničara predstavljaju regulatorni minimum, stoga su države članice ovlaštene propisati i druge slučajeve postojanja sukoba interesa kao i strožije zahtjeve od onih propisanih Direktivom. Dakle moguće je postojanje različitih rješenja u državama članicama EU-a u pogledu uređenja ovog instituta.

Praksa pokazuje da se najčešće kao osobe koje provode postupak organiziranog prikupljanja punomoći pojavljuju udruge dioničara ili financijske institucije koje već drže određeni postotak dionica, na koji način jačaju svoju glasačku snagu na glavnoj skupštini.[5] Valja istaknuti da određeni pravni poredci dopuštaju financijskim institucijama glasovati po dionicama koje imaju u svom skrbništvu čak i kada nisu dobili upute za glasovanje na glavnoj skupštini. To otvara daljnja pitanja, primjerice postojanje sukoba interesa ako financijska institucija istovremeno ima sklopljen neki od poslovnih aranžmana s društvom, primjerice ako ga kreditira.

Nužno je naglasiti da opunomoćenik na glavnoj skupštini ne ostvaruje samo pravo glasa po dionicama za koje su mu dane punomoći, već ostvaruje i ostala upravljačka prava dioničara. Tako on na glavnoj skupštini ostvaruje i pravo na raspravljanje, čime može utjecati na donošenje odluka glavne skupštine i glasovanje ostalih dioničara. Dakle, možemo reći da punomoć predstavlja određenu "ulaznicu" na glavnu skupštinu onim osobama koje ne drže dionice društva u kom djeluju kao opunomoćenici. Ako bi te osobe pokrenule postupak organiziranoga prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini i u tomu uspjele, one bi mogle utjecati na donošenje odluka na glavnoj skupštini u društvu, a da prije uopće nisu bili dioničari tog društva ili su, primjerice, bili u zanemarivom postotku.

Zadatak je ovoga rada, s jedne strane dati pregled uređenja organiziranoga prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini u hrvatskom i poredbenim pravnim sustavima, ukazujući na otvorena pitanja koja se pojavljuju kod primjene ovog instituta u ispitivanim pravnim poredcima. Valja istaknuti da se u državama članicama EU-a u kojima nije izričito uređen ovaj institut sve više postavlja pitanje potrebe njegovog uređenja. Stoga se zaključno daju prijedlozi rješenja za hrvatsko pravo.

2. ORGANIZIRANO PRIKUPLJANJE PUNOMOĆI ZA GLASOVANJE NA GLAVNOJ SKUPŠTINI

2.1. Europski regulatorni okvir

Radi jačanja prava dioničara, u europskom pravu donesena je Direktiva o pravima dioničara koja kroz nekoliko odredaba uređuje glasovanje dioničara putem

5 Mayson, Stephen, French, Derek, Ryan, Christopher, Company Law, Oxford University Press, 2013, str. 389., Hannigan, Brenda, Company law, Third edition, Oxford University Press, 2012., str. 326., Cziraki, Peter, Renneboog, Luc, Szilagyi, Peter, G., Shareholder Activism through Proxy Proposals: The European Perspective, http://ssrn.com/abstract=1413125, str. 15. (posjećeno 20.12.2016.).

opunomoćenika (engl. *proxy voting*). Već se u 10. točki preambule Direktive naglašava važnost glasovanja putem opunomoćenika i utjecaj takva oblika glasovanja na korporacijsko upravljanje te se apostrofira potreba uklanjanja postojećih ograničenja koja ovaj vid glasovanja čine skupim i složenim. Ujedno se naglašava da dobro korporacijsko upravljanje zahtijeva odgovarajuću zaštitu protiv moguće zloporabe takvog načina glasovanja. Kako bi se postigao taj cilj, nameće se obveza državama članicama usvojiti odgovarajuće mjere kojima se osigurava djelovanje opunomoćenika u interesu dioničara.

Sukladno odredbama Direktive, dioničari imaju pravo imenovati osobu koja će biti prisutna na glavnoj skupštini i koja će glasovati u njihovo ime. Međutim, Direktiva ne utječe na pravila ili sankcije koje je propisala država članica vezano za osobe koje ostvaruju pravo glasa na temelju fraudoloznog korištenja pribavljenih punomoći. Ujedno, Direktiva ne nameće nikakve obveze društvima u pogledu provjere ostvaruju li opunomoćenici pravo glasa u skladu s uputama dioničara.

U čl. 5. Direktive izričito se propisuje da "ne dovodeći u pitanje odredbu čl. 9. st. 4. i čl. 11. st. 4. Direktive o ponudama za preuzimanje,[6] države članice trebaju osigurati da društva objave poziv za glavnu skupštinu na neki od načina propisan Direktivom, u roku koji ne smije biti kraći od 21 dana prije njenog održavanja". Dalje se propisuje minimalni sadržaj poziva, gdje je, između ostaloga, propisano da on mora sadržavati jasan i precizan opis postupaka koji dioničari moraju ispuniti kako bi mogli sudjelovati na glavnoj skupštini i ostvarivati svoje pravo glasa, što uključuje i informacije o postupku glasovanja putem opunomoćenika.

Glasovanje putem opunomoćenika eksplicitno se propisuje odredbama čl. 10. Direktive. U čl. 10. st. 1. Direktive propisuje se pravo svakog dioničara imenovati pravnu ili fizičku osobu kao opunomoćenika, koja će sudjelovati i glasovati na glavnoj skupštini u njegovo ime. Stoga, opunomoćenik može biti osoba koja nema niti jednu dionicu društva.[7] Opunomoćenik ima ista prava na raspravljanje i postavljanje pitanja na glavnoj skupštini na koja je ovlašten dioničar koji mu je dao punomoć. Državama članicama propisana je obveza ukinuti svaku zakonsku odredbu koja ograničava ili dopušta društvima ograničiti sposobnost osobe koja može biti imenovana kao opunomoćenik. Međutim, ova se obveza ne odnosi na zahtjev kojim se traži da opunomoćenik ima poslovnu sposobnost.

Odredbom Direktive dana je mogućnost državama članicama ograničiti imenovanje opunomoćenika na pojedinu glavnu skupštinu ili na glavne skupštine koje se održavaju u određenom vremenskom razdoblju. Ujedno, države članice mogu ograničiti broj osoba kojima dioničari mogu dati punomoć na pojedinoj glavnoj skupštini. Međutim, ukoliko dioničar ima dionice društva zabilježene na više računa, to ograničenje ne sprječava dioničara imenovati različite opunomoćenike ovisno o dionicama koje drži na svakom pojedinom računu u odnosu na pojedinu glavnu skupštinu. Dalje je propisano da ova odredba ne utječe na pravila propisana

6 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, OJ L 142, 30. 4. 2004., str. 12-23.

7 Schneider, Anzinger, Institutionelle Stimmrechtsberatung und Stimmrechtsvertretung - "A quiet guru's enormous clout", Neue Zeitschrift für Gesellschaft, br. 88., 2007., str. 92.

mjerodavnim pravom koja zabranjuju različito glasovanje po dionicama koje drži jedan dioničar.[8] To znači da, ako dioničar ima više različitih opunomoćenika za dionice koje drži na različitim računima, oni ne mogu različito glasovati, ako je to zabranjeno mjerodavnim nacionalnim pravom.

Odredbom čl. 10. st. 3. Direktive navedeni su zahtjevi koje može odrediti država članica za slučaj postojanja sukoba interesa između opunomoćenika i dioničara u čije ime glasuje opunomoćenik. Tako su dane sljedeće mogućnosti državama članicama: a) propisati obvezu opunomoćenicima objaviti određene činjenice koje mogu biti bitne za dioničare u snošenju rizika vezanog za činjenicu da opunomoćenik zastupa interes koji nije interes dioničara; b) ograničiti ili isključiti ostvarivanje prava glasa dioničara putem opunomoćenika bez posebnih uputa o glasovanju za pojedinu odluku za koju opunomoćenik treba glasovati u ime dioničara; c) ograničiti ili isključiti pravo prijenosa punomoći na drugu osobu, ali to ne ograničava opunomoćenika koji je pravna osoba od ostvarivanja danih ovlasti putem članova njegovih upravnih ili upravljačkih tijela ili putem zaposlenika.

Sukladno odredbama Direktive, do sukoba interesa može doći kada je opunomoćenik: (i) dioničar koji kontrolira društvo (engl. *controlling shareholder*) ili je drugi subjekt kojega kontrolira takav dioničar; (ii) član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela društva ili dioničara koji kontrolira društvo ili subjekta kojega kontrolira takav dioničar; (iii) zaposlenik ili revizor društva ili dioničara koji kontrolira društvo ili subjekta kojega kontrolira takav dioničar; (iv) u obiteljskoj vezi s fizičkom osobom iz prethodnih točaka (od i-iii).[9] Nužno je istaknuti da Direktiva ne definira dioničara koji kontrolira društvo (engl. *controlling shareholder*) niti obiteljsku vezu (engl. *family relationship*). Valja naglasiti i da Direktiva propisuje samo minimum pravila koja su države članice dužne usvojiti, stoga bi one mogle ovom odredbom obuhvatiti i druge slučajeve postojanja sukoba interesa.[10]

Na temelju izričite odredbe čl. 10. st. 4. Direktive, opunomoćenik je dužan glasovati u skladu s uputama dioničara.[11] No, Direktiva ne propisuje sankcije ako opunomoćenik ne glasuje u skladu s dobivenim uputama.

Odredbama Direktive ne ograničava se broj punomoći koje može imati pojedini opunomoćenik. Tako on može glasovati na glavnoj skupštini kao opunomoćenik više dioničara. Kada opunomoćenik djeluje u ime više dioničara, mjerodavnim pravom mora mu se omogućiti zasebno glasovanje za svakoga pojedinog dioničara koji mu je dao punomoć.

8 Čl. 10. st. 2. Direktive o pravima dioničara.

9 Čl. 10. st. 3. Direktive o pravima dioničara.

10 Masouros, E., Pavlos, Is the EU Taking Shareholder Rights Seriously?: An Essay on the Impotence of Shareholdership in Corporate Europe, European Company Law, vol. 7., br. 5., 2010., str. 199. Ratschow, Eckart, Die Aktionärsrechte-Richtlinie - neue Regeln für börsennotierte Gesellschaften, Deutsches Steuerrecht, br. 32., 2007., str. 1407. Noack, Ulrich, Die Aktionärsrechte-Richtlinie, u: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008., str. 1212. Ochmann, Florian, Die Actionärsrechte-Richtlinie, Auswirkungen auf das deutsche und europäische Recht, De Gruyter Recht, Berlin, 2009., str. 153-154.

11 Ujedno, države članice mogu zahtijevati od punomoćnika da čuva ispravu o uputama kako glasovati određeni vremensko razdoblje te da na zahtjev potvrdi da su poštovane dane upute.

Odredbama čl. 11. Direktive uređuju se formalnosti koje moraju biti ispunjene za imenovanje opunomoćenika. Države članice moraju dopustiti dioničarima imenovanje opunomoćenika elektroničkim putem, te društva obvezati da prihvate obavijest o imenovanju opunomoćenika elektroničkim putem. Izričito je propisano da imenovanje opunomoćenika i obavijest društvu o imenovanju opunomoćenika moraju biti u pisanom obliku. Nacionalni zakonodavci nisu ovlašteni propisivati dodatne uvjete za valjanost imenovanja, osim onih koji su potrebni da bi se utvrdio identitet opunomoćenika i dioničara, te da bi se omogućila provjera sadržaja upute za glasovanje i to samo u onoj mjeri u kojoj su ti uvjeti razmjerni postizanju ovih ciljeva (čl. 11. st. 2. Direktive o pravima dioničara).[12]

Odredbom čl. 8. Direktive o pravima dioničara propisana je mogućnost sudjelovanja i glasovanja na glavnoj skupštini putem elektroničkih medija, stoga će i opunomoćenik moći ostvariti pravo glasa na navedeni način (engl. *Electronic Proxy Voting - EPV*).[13] Ističe se da Direktiva o pravima dioničara u tomu nadopunjuje Direktivu o transparentnosti.[14] Ujedno se ovom odredbom olakšava ostvarivanje prava glasa po punomoćima koje su prikupljene u organiziranom postupku prikupljanja punomoći.

U prosincu 2012. godine Europska komisija je usvojila Akcijski plan o europskom pravu društava i korporacijskom upravljanju (*Action Plan on European Company Law and Corporate Governance*)[15] u kojem je istaknuta nužnost revizije Direktive o pravima dioničara, radi povećanja sudjelovanja dioničara u donošenju odluka u društvu. U travnju 2014. godine Europska komisija podnijela je prijedlog izmjena Direktive o pravima dioničara, koji je ponajprije usmjeren na uklanjanje nedostataka vezanih za upravu/upravni odbor društva, institucionalne ulagatelje i *asset managere* kao dioničare društva, posrednike i osobe koje pružaju usluge dioničarima o načinu kako glasovati na glavnoj skupštini (engl. *proxy advisors*).[16]

12 Odredbe o uvjetima za imenovanje opunomoćenika primjenjuju se *mutatis mutandis* na opoziv punomoći (čl. 11. st. 3. Direktive o pravima dioničara).

13 Zetzsche, Dirk, Virtual Shareholder Meetings and the European Shareholder Rights Directive – Challenges and Opportunities, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=998429, str. 10., 33., 59. (posjećeno 20.12.2016.), Zetzsche, Dirk, Shareholder Passivity, Cross-Border Voting and the Shareholder Rights Directive, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=1120915, str. 45. (posjećeno 20.12.2016.)

14 Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2005 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 390, 31.12.2004., str. 38–57.

15 Communication from the Commision 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, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1453891145338&uri=CELEX:52012DC0740 (posjećeno 16.11.2016.).

16 Prije podnošenja prijedloga provedena su tri postupka javnih konzultacija. Godine 2010. objavljen je Green Paper on corporate governance in financial institutions, 2011. godine objavljen je Green Paper on the EU corporate governance framework te 2013. godine Green Paper on the long-term financing of the EU economy. Tekst prijedloga Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima dostupan je na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/

Jedan od potencijalnih problema na koji ukazuje praksa jeste odnos *proxy advisora*,[17] s jedne strane i osoba koje prikupljaju punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, dakle opunomoćenika, s druge. Dok prvi daju savjet kako glasovati po dionicama, drugi ostvaruju pravo glasa na glavnoj skupštini. Predlaže se objavljivanje postojanja sukoba interesa kada se ista osoba pojavljuje u ulozi savjetnika i opunomoćenika te objavljivanje mjera koje je *proxy advisor* poduzeo radi preveniranja sukoba interesa.[18] Ujedno, ako bi se savjetnicima propisala obveza objavljivanja danih savjeta prije održavanja glavne skupštine to bi za njih predstavljalo dodatni problem. U takvoj bi situaciji izdavatelji mogli "nadmudriti" savjetnike.

Dakle, sukladno odredbama Direktive o pravima dioničara, dopušteno je provođenje organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Iako je osnovno polazište Direktive, olakšanje izdavanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, njenim se odredbama nastoje prevenirati određene zloporabe toga instituta davanjem određenih prava državama članicama, primjerice ograničiti davanje punomoći na jednu glavnu skupštinu ili ograničiti broj opunomoćenika kojima se može dati punomoć. Ta bi se ograničenja učinkovito mogla koristiti kod organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Valja naglasiti da se polje primjene Direktive odnosi samo na društva koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala. To znači da su društva koja nisu uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala izvan polja primjene Direktive i da bi za njih mogla vrijediti drukčija pravila.

2.2. Rješenja usvojena u državama članicama EU-a

Države članice EU-a uskladile su svoja zakonodavstva s odredbama Direktive o pravima dioničara. Međutim, budući da Direktiva izričito ne uređuje institut organiziranog prikupljanja punomoći, države članice su zauzele različita stajališta u pogledu njegova uređenja. S jedne je strane skupina država koje taj institut nisu uredile posebnim odredbama, već se na njega primjenjuju opće odredbe prava društava o imenovanju i glasovanju opunomoćenika, dok su s druge države članice koje su usvojile posebne odredbe kojima su uredile organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Međutim, i unutar te grupe država članica EU-a postoje značajne razlike u njegovom uređenju.

Kao primjeri država članica EU-a koje nisu izričito uredile institut organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, u radu se obrađuju odredbe njemačkog i hrvatskog zakonodavstva, dok se kao primjeri država članica koje su izričito uredile ovaj institut iznose rješenja u slovenskom, francuskom i talijanskom pravu.

TXT/?qid=1398680488759&uri=COM:2014:213:FIN (posjećeno 16.11.2016.).

17 Sukladno definiciji danoj u Prijedlogu Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima "proxy advisor" je pravna osoba koja, na profesionalnoj osnovi, daje prijedloge dioničarima o ostvarivanju njihovih glasačkih prava.

18 Summary of the informal discussion concerning the initiative on shareholders engagement, Brussels, 17 April 2013, str. 5., dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/120417_summary-initiative-shareholders-engagement_en.pdf (posjećeno 10.11.2016.).

2.2.1. Države članice koje nisu usvojile posebne odredbe o organiziranom prikupljanju punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini

Niti hrvatsko niti njemačko zakonodavstvo ne sadrže posebne odredbe kojima se izričito uređuje organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Dakle, taj postupak nije podvrgnut posebnom režimu, a na glasovanje opunomoćenika koji bi prikupio punomoći u ovakvom postupku, kao i na sam postupak prikupljanja punomoći, primjenjivale bi se odredbe Zakona o trgovačkim društvima[19] (dalje u tekstu: ZTD) o glasovanju putem punomoćnika u hrvatskom pravu, odnosno u njemačkom pravu odredbe Zakona o dionicama[20] (dalje u tekstu: AktG). ZTD u čl. 291. st. 6. kao i AktG u § 134. st. 3. daje pravo dioničaru ostvarivati svoje pravo glasa na glavnoj skupštini osobno ili putem opunomoćenika.

I u njemačkom i hrvatskom pravu propisane su posebne obveze vezane za sazivanje glavne skupštine, društvima koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala. Ona su dužna već u pozivu za glavnu skupštinu navesti postupak glasovanja putem opunomoćenika s upućivanjem na formulare koje treba koristiti za davanje punomoći za glasovanje i na način kako se dokaz o imenovanju opunomoćenika može elektroničkim putem dostaviti društvu i postupak glasovanja pisanim putem ili putem elektroničke komunikacije, ako se statutom za to predviđa odgovarajući oblik korištenja pravom glasa (čl. 277. st. 4. t. 2. ZTD-a, § 121. st. 3. AktG-a). Ujedno im je odredbom čl. 280.a. ZTD-a i § 124.a AktG-a propisano da su dužna odmah nakon sazivanja glavne skupštine poduzeti sve da na njihovim internetskim stranicama budu dostupni obrasci koji se moraju upotrijebiti u glasovanju putem opunomoćenika, ako ih se neposredno ne dostavlja dioničarima.[21] Riječ je o osiguravanju da su dioničarima dostupne informacije potrebne za ostvarivanje njihovih članskih prava. Propust da se to učini nema za posljedicu da su odluke donesene na toj skupštini pobojne (čl. 360. st. 3. t. 2. ZTD-a, § 243. st. 3. t. 2. AktG-a).[22]

Sukladno hrvatskom i njemačkom pravu, dioničar može dati punomoć jednoj ili više osobama. Ukoliko dioničar opunomoći više od jedne osobe, društvo može odbiti prihvatiti jednu ili više tako danih punomoći. Danom mogućnošću izbjegavaju se stanja neizvjesnosti do kojih može doći budući da više opunomoćenika moraju zajednički izjaviti volju u ime opunomoćitelja, što može imati za posljedicu zastoje u radu glavne skupštine kao i netočno utvrđivanje rezultata glasovanja.[23] Ujedno se

19 Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.

20 Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), posljednji put izmijenjen čl. 5. Zakona od 10. 5. 2016. (BGBl. I S. 1142).

21 Ako formulari iz tehničkih razloga ne mogu biti dostupni na internetskoj stranici društva, na njoj se mora navesti kako ih se može pribaviti. U tom slučaju društvo je dužno poslati ih poštom na trošak društva svakom dioničaru koji to zatraži. Vidi i čl. 434. Zakona o tržištu kapitala, Narodne novine br. 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15, 110/15.

22 Barbić, Jakša, Sazivanje glavne skupštine i ostvarivanje prava dioničara nakon novele Zakona o trgovačkim društvima iz 2009., Zbornik 48. susreta pravnika, Opatija, 2010., str. 20.

23 Barbić, Jakša, Markovinović, Hrvoje, Parać, Zoran, Petrović, Siniša, Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2009., Novi informator, Zagreb, 2010., str. 45-46., gdje ističu da društvo svojim slobodnim izborom može osigurati jednostavnije i sigurnije zastupanje dioničara. Ističe

omogućava društvu ne dovesti se u situaciju kada se neće moći utvrditi prava volja dioničara, primjerice kada dioničar nije dao uputu kako glasovati, a opunomoćenici glasuju različito. Valja istaknuti da zakon ne propisuje razloge odbijanja punomoći. Dakle, to će ovisiti o samom društvu. U njemačkom pravu zauzeto je stajalište da se ta odredba primjenjuje i ako dioničar drži više dionica istoga društva.[24] S druge strane, više dioničara može opunomoćiti jednu osobu (njem. *Gruppenvertretung*). Statutom bi se moglo isključiti zastupanje putem više opunomoćenika.[25] Novelom ZTD-a iz 2012. godine[26] propisana je iznimka kada društvo neće moći odbiti prihvatiti jednu ili više punomoći kada je opunomoćeno više osoba. To će biti kada se dionice vode na više računa nematerijaliziranih vrijednosnih papira istog dioničara, a svaka je punomoć dana za zaseban račun nematerijaliziranih vrijednosnih papira istog dioničara ili ako je više punomoći dano po dionicama koje se vode na skrbničkom računu, a dane punomoći ne odnose se na ostvarivanje prava glasa iz više dionica, nego što je zavedeno na skrbničkom računu.

Za davanje punomoći, njezin opoziv i dokazivanje da je dana u odnosu na društvo i u hrvatskom i njemačkom pravu, potreban je pisani oblik. Statutom bi se mogao predvidjeti usmeni oblik. Nužno je istaknuti da kod uvrštenih društava, mora postojati pisani trag o usmeno danoj punomoći jer Direktiva o pravima dioničara uvjetuje da imenovanje opunomoćenika te obavijest o imenovanju i opozivu punomoći moraju biti u pisanom obliku.[27]

Kod društava koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala, za prijenos dokaza o tomu da je dana punomoć moguća je elektronička komunikacija.[28] Dalje ZTD i AktG propisuju obvezu predaje punomoći društvu, koje je zadržava na čuvanju najmanje tri godine. Punomoć u pravilu predaje opunomoćenik prije održavanja glavne skupštine, što može učiniti i neposredno prije njezina početka.[29]

---

se da bi radi pravne sigurnosti trebalo zauzeti stajalište da se društvo mora opredijeliti prije početka glasovanja. Međutim, naglašavaju da društvo to ne bi moglo učiniti ako je više osoba ovlašteno samo skupno zastupati dioničara na glavnoj skupštini, što se u pravilu u praksi čini s jednom punomoći.

24 Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, C. H. Beck, 11. Aufl., 2014., str. 976., Noack, Ulrich, Die Aktionärsrechte-Richtlinie, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138735 (posjećeno 03.12.2016.).

25 Barbić, Jakša, op. cit., str. 36.

26 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/12.

27 Dakle, ako bi se punomoć davala u usmenom obliku, ona bi se izjavljivala određenim osobama u društvu koje bi mogle o tome napraviti službenu zabilješku koja bi se čuvala u društvu. To bi se trebalo smatrati pisanom potvrdom o usmeno danoj punomoći. Vidjeti više kod Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2010., str. 1168., Čulinović-Herc, Edita, Hasić, Tea, op. cit., str. 63., gdje ističu da su odredbe Direktive o obliku punomoći regulatorni minimum. Hölters, Wolfgang, Hirschmann, Jörn, Aktiengesetz Kommentar, C. H. Beck, 2. Aufl., 2014., § 134., br. 3., 39.

28 Noack, Ulrich, Hauptversammlung und Internet: Information – Kommunikation – Entscheidung, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=646723, str. 22. (posjećeno 22.12.2016.).

29 Jurić, Dionis, Pravno uređenje unutarnjeg korporacijskog upravljanja (*corporate governance*) u dioničkim društvima u hrvatskom i usporednom pravu društava (doktorska disertacija), Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Rijeka, 2005., str. 138., predlaže da bi prikupljanje punomoći trebalo povjeriti neovisnoj trećoj osobi budući da ukoliko se punomoć predaje prije

U praksi hrvatskih sudova zauzeto je stajalište da nije moguće odrediti rok unutar kojeg je potrebno podnijeti punomoć ili njezinu predaju vezati uz prijavu sudjelovanja na glavnoj skupštini, ako je obveza prijave određena statutom.[30] Punomoć se može opozvati u svako doba.[31]

Budući da postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, prema podatcima iznesenima u njemačkoj literaturi, najčešće provode financijske institucije, potrebno se posebno osvrnuti na odredbe kojima se uređuje ostvarivanje prava glasa putem ovih institucija.[32] Čak štoviše, kada se u njemačkom pravu govori o organiziranom prikupljanju punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, upućuje se na odredbe § 135. AktG-a kojima se uređuje ostvarivanje prava glasa putem kreditnih odnosno financijskih institucija.[33]

Njemačko i hrvatsko pravo sadrže posebne odredbe o ostvarivanju prava glasa putem kreditnih institucija,[34] financijskih institucija, udruga dioničara, skrbnika nad dionicama kao i drugih osoba koji na temelju posla koji obavljaju, nude dioničarima da će za njih ostvarivati pravo glasa na glavnoj skupštini (čl. 292. ZTD-a, § 135 AktG-a). Tako se razlikuje položaj kreditne odnosno financijske institucije kada ona glasuje po dionicama koje joj ne pripadaju, ali su u registru upisane na njezino ime, od onog u kojem ostvaruje pravo glasa po dionicama koje joj ne pripadaju i za koje nije upisana u registru dionica kao njihov imatelj. U prvom slučaju, kreditnoj odnosno financijskoj instituciji neće biti potrebna punomoć za glasovanje na glavnoj skupštini, dok će u drugom slučaju moći glasovati na glavnoj skupštini, samo ako je za to opunomoćena. Punomoć se može dati samo jednoj kreditnoj odnosno financijskoj instituciji, koja ju je dužna čuvati tako da se može ispitati. Očitovanje volje kojim se daje punomoć

održavanja glavne skupštine, uprava je u mogućnosti i prije samoga glasovanja saznati kako će se glasovati, što remeti odnos snaga između različitih tijela unutar društva.

30 Presuda Visokog trgovačkog suda RH od 04. lipnja 2002. godine u predmetu br. Pž-1740/02.

31 To može učiniti i kad se u punomoći ili na drugi način odrekne njezina opozivanja. Vidi čl. 316. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15. Isto stajalište zauzima Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I., Dioničko društvo, Organizator, Zagreb, 2013., str. 1221.

32 Za njemačko tržište kapitala karakteristično je ostvarivanje prava glasa preko banaka kao opunomoćenika. Istraživanja pokazuju da banke u svojstvu opunomoćenika ostvaruju preko 60 % prava glasa na glavnim skupštinama uvrštenih društava. Vidi više kod Baums, Theodor, Schmitz, Rainer, Shareholder Voting in Germany, Arbeitspapier Nr. 76, dostupno na: http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf, str. 7-8. (posjećeno 03.12.2016.). Schockenhoff, Martin, Proxy Fights – bald auch in Deutschland?, Einwerben von Stimmrechtsvollmachten durch Aktionäre und Verwaltung, Neue Zeitschrift für Gesellschaft, br. 17., 2015., str. 660.

33 Noack, Ulrich, Die organisierte Stimmrechtvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, u: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000., str. 1463-1483.

34 Niti hrvatski ZTD, niti njemački AktG ne definiraju kreditnu instituciju, stoga će za hrvatsko pravo biti mjerodavna definicija Zakona o kreditnim institucijama, Narodne novine br. 159/13, 19/15, gdje se u odredbi čl. 3. st. 1. t. 28., vezano za određenje pojma kreditne institucije poziva na čl. 4. st. 1. t. Uredbe (EU) br. 575/2013. Za njemačko pravo mjerodavna je odredba čl. 1. i 2. Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776, posljednji put izmijenjen čl. 3. Zakona od 30. 06. 2016., BGBl. I S. 1514.

mora biti potpuno i smije biti povezano samo s očitovanjima volje koja se odnose na korištenje pravom glasa. Dakle, traži se izdavanje samostalne punomoći.[35]

Valja naglasiti da je i u njemačkom i u hrvatskom pravu brisana odredba o ograničenju trajanja punomoći danoj kreditnoj instituciji na 15 mjeseci.[36] Dakle, punomoć traje do opoziva. Međutim, kreditna odnosno financijska institucija dužna je jednom godišnje jasno upozoriti dioničara na mogućnost svakodobnog opoziva punomoći i promjene opunomoćenika. Ujedno je izričito propisano da se dioničaru mora putem formulara olakšati davanje uputa za glasovanje o odlukama iz pojedinih točaka dnevnog reda, davanje i opoziv punomoći i davanje naloga te njihovu izmjenu (čl. 292. st. 1. ZTD-a, § 135 st. 1. AktG-a).

Kreditna odnosno financijska institucija dužna je glasovati u skladu s dobivenim uputama. Međutim, valja naglasiti da kreditna odnosno financijska institucija ne mora aktivno tražiti uputu o tomu kako glasovati.[37] Ukoliko dioničar ne dade izričite upute o glasovanju, opća punomoć može dati opunomoćeniku ovlast koristiti pravo glasa samo onako kako je to navedeno u prijedlozima te institucije kako će glasovati ili prijedlozima uprave, odnosno izvršnih direktora, nadzornog odnosno upravnog odbora društva. Ako se ti prijedlozi međusobno razlikuju može glasovati onako kako je to navedeno u prijedlogu nadzornog, odnosno upravnog odbora. Ponudi li kreditna odnosno financijska institucija da će glasovati za neki od navedenih prijedloga, mora istodobno ponuditi i da će proslijediti podloge potrebne za glasovanje.

Odredbom čl. 292. st. 3. ZTD-a i § 135. st. 2. AktG-a izričito je propisano da ako dioničar nije dao upute kreditnoj, odnosno financijskoj instituciji kako glasovati, ona je dužna glasovati u skladu s onime što je predložila, osim ako prema okolnostima smije zaključiti da bi dioničar kad bi znao za stanje stvari odobrio takvo glasovanje. Ujedno kreditna odnosno financijska institucija može odstupiti od vlastitih prijedloga, ali isto tako može odstupiti i od dobivenih uputa.[38] Zakon izričito propisuje da ukoliko

35 Ako je u punomoći naveden rok trajanja on počinje teći od dana od kada je punomoć izdana. Vidjeti više kod Barbić, Jakša, op. cit., str. 1223.

36 Odredba o ograničenju trajanja punomoći na 15 mjeseci brisana je odredbom čl. 1. Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz – NaStraG) vom 18. Januar 2001., BGBl. I S. 123. Ograničenje trajanja punomoći napušteno je i u austrijskom zakonodavstvu.

37 Markovinović, Hrvoje, Tepeš, Nina, Skrbništvo nad vrijednosnim papirima, Zbornik 49. susreta pravnika, Opatija, 2011., str. 114., ističu da se ugovorom pravo na davanje upute ne bi moglo unaprijed isključiti, niti bi se njime moglo predvidjeti da opunomoćenik neće glasovati u skladu s uputama iako su mu dane.

38 Čulinović-Herc, Edita, Hasić, Tea, op. cit., str. 59-60., navode dvojbe oko svrsishodnosti ovog rješenja. Izričito navode "Ako je dioničar izrazio volju kako treba glasovati na skupštini društva, ne vidimo razlog zbog kojeg bi financijska institucija mogla te upute zanemariti, osim ako bi glasovanjem prema dobivenim uputama mogla nastati šteta za opunomoćenog… U svakom bi slučaju pristajalo da opunomoćenik u toj situaciji zahtijeva dodatne upute". Sukladno čl. 765. st. 2. ZOO-a kada nalogoprimac smatra da bi izvršenje naloga po dobivenim uputama bilo od štete za nalogodavca, dužan je skrenuti na to njegovu pozornost i tražiti nove upute. Temeljem čl. 766. st. 1. ZOO-a od dobivenog naloga i uputa nalogoprimac može odstupiti samo sa suglasnošću nalogodavca. Kad mu zbog kratkoće vremena ili iz kakva drugog razloga nije moguće tražiti suglasnost nalogodavca, može odstupiti od naloga i uputa samo ako je po procjeni svih okolnosti mogao osnovano smatrati da to zahtijevaju interesi nalogodavca.

kreditna odnosno financijska institucija pri glasovanju odstupi od upute koju je dobila od dioničara ili ako te upute nije bilo, od prijedloga što ga je sama objavila, dužna je o tomu izvijestiti dioničara i navesti razloge za taj svoj postupak.[39]

Ako kreditna odnosno financijska institucija želi na temelju dobivene punomoći glasovati za vlastite prijedloge dužna je dioničaru pravodobno dostaviti te prijedloge u pogledu odluka iz pojedinih točaka dnevnog reda.[40] Ujedno joj je propisana obveza vođenja računa o interesima dioničara te poduzimanja svih organizacijskih priprema da na to ne utječu njezini interesi iz drugih poslovnih područja. Ona mora imenovati jednog člana poslovodstva da nadzire pridržavanje tih obveza kao i uredno korištenje pravom glasa i dokumentaciju o tome. Zajedno s vlastitim prijedlozima, dužna je uputiti na to da će pravo glasa koristiti u skladu sa svojim istaknutim prijedlozima, ako dioničar pravodobno za to ne dade neku drugu uputu.

Zakon propisuje tri situacije u kojima kreditna odnosno financijska institucija treba upozoriti dioničara na eventualno postojanje sukoba interesa. U prvom slučaju, zakonom se izričito propisuje obveza kreditnoj odnosno financijskoj instituciji uputiti na činjenicu ako je član uprave, odnosno izvršni direktor ili njen suradnik član nadzornog odnosno upravnog odbora društva ili član njegove uprave, odnosno izvršni direktor ili suradnik društva i obrnuto (čl. 292. st. 2. ZTD-a, § 135. st. 2. AktG-a). U tom slučaju otvoreno je pitanje koga se smatra suradnikom društva, može li to, primjerice, biti revizor ili odvjetnik koji zastupa društvo.

U druga dva slučaja mora se upozoriti dioničara ako: a) kreditna odnosno financijska institucija ima udio u društvu koji po zakonu mora prijaviti nadležnom nadzornom tijelu[41] ili b) je s društvom u konzorciju koji je u vrijeme posljednjih pet godina preuzeo posljednju emisiju vrijednosnih papira društva.[42] Dakle, ne traži se da financijska odnosno kreditna institucija obavijesti opunomoćitelja da je primjerice kreditor društva ili je s njim u nekom sličnom poslovnom odnosu.

Valja istaknuti da njemačko i hrvatsko pravo sukob interesa uređuje za slučajeve kada se kao opunomoćenik pojavljuje kreditna ili financijska institucija,

39 U Zakonu nisu navedeni razlozi zbog kojih bi odstupanje od dane upute o glasovanju bilo opravdano.

40 Budući da Zakon govori da te prijedloge mora učiniti dostupnima dioničarima, u hrvatskom se pravu zauzima stajalište da bi ih bilo dovoljno objaviti na internet stranicama kreditne odnosno financijske institucije. Markovinović, Hrvoje, Tepeš, Nina, Ostvarivanje prava glasa po dionicama u skrbništvu, Zbornik radova "Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije", Pravni fakultet u Rijeci, 2011., str. 367-368.

41 Cilj obavještavanja o držanju kvalificiranog udjela u društvu je upozoriti dioničara da osoba koja djeluje kao njegov opunomoćenik (ili skrbnik) ostvaruje značajan utjecaj na donošenje odluka na skupštini društva temeljem broja glasova koji joj pripadaju. Behnke, Thorsten, Die Stimmrechtsvertretung in Deutschland, Frankreich und England, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2000., str. 667.

42 Kreditna odnosno financijska institucija i društvo u tom se slučaju nalaze u odnosu ortaštva. Čulinović-Herc, Edita, Hasić, Tea, op. cit., str. 61-62., zauzimaju stajalište da bi upozorenje dioničaru o postojanju odnosa povezanosti između kreditne odnosno financijske institucije i dioničkog društva čije su dionice u pitanju trebalo uputiti i onda kada između kreditne odnosno financijske institucije i dioničkog društva postoji neki drugi oblik povezanosti, primjerice poduzetnički ugovor.

udruga dioničara ili osobe koje se na temelju posla koji obavljaju nude dioničarima da će za njih ostvarivati pravo glasa na glavnoj skupštini. Postavlja se pitanje što je s ostalim primjerima sukoba interesa koji su navedeni u čl. 10. Direktive o pravima dioničara, npr. kada je opunomoćenik član uprave društva. U njemačkoj doktrini zauzeto je stajalište da uprava i nadzorni odbor ne mogu glasovati kao opunomoćenici na glavnim skupštinama društva, budući da nemaju pravnu sposobnost. Što se tiče članova tih organa, u njemačkom pravu, ističe se da bi i o njima trebalo zauzeti isto stajalište, kako bi se izbjeglo slučajeve utjecaja uprave na donošenje odluka koje su u nadležnosti glavne skupštine društva u kojima su članovi njegovih organa (tzv. vlastite glavne skupštine) (§ 118. i 119. AktG-a).[43] Ovdje bi odgovor trebalo pronaći u odredbi § 136. AktG-a, koji odgovara čl. 293. ZTD-a, prema kojoj nitko ne može ostvarivati pravo glasa za sebe ni za nekoga drugoga kada se odlučuje o tomu hoće li mu se dati razrješnica, o njegovu oslobođenju od neke obveze ili o ostvarenju zahtjeva kojega društvo ima prema njemu. Dakle, riječ je o slučajevima isključenja prava glasa, kada osoba kojoj je isključeno pravo glasa ne bi mogla glasovati niti kao opunomoćenik drugog dioničara. Dalje u zakonu stoji da bi svaki ugovor kojim se dioničar obvezuje da će glasovati po uputama društva, uprave ili nadzornog odnosno upravnog odbora bio ništetan.[44] Valja spomenuti i isključenje prava glasa članovima uprave, izvršnim direktorima, članovima nadzornog odnosno upravnog odbora kod imenovanja posebnih revizora društva sukladno čl. 298. ZTD-a, odnosno § 142. AktG-a, kada oni također ne mogu glasovati niti u svojstvu opunomoćenika. Ujedno se valja osvrnuti i na odredbu prema kojoj prava glasa po vlastitim dionicama miruju. *Ratio* tih odredaba je prevenirati zloporabe koje bi mogle nastati ako bi se članovima organa društva omogućilo glasovanje po tim dionicama.[45]

Odgovor se može pronaći i u odredbama AktG-a i ZTD-a kojima se uređuje mogućnost kreditne odnosno financijske institucije glasovati na vlastitoj glavnoj skupštini. Temeljem izričite zakonske odredbe opunomoćena kreditna odnosno financijska institucija, na vlastitoj glavnoj skupštini, smije glasovati na temelju punomoći samo ako je dioničar dao izričitu uputu za glasovanje o odlukama o svakoj točki dnevnog reda. Dakle, to bi bila iznimka od stajališta iznesenoga u njemačkoj doktrini, da članovi uprave ne mogu biti opunomoćenici na glavnim skupštinama

43 Za njemačko pravo vidi Hüffer, Üve, Aktiengesetz Kommentar, 9. Aufl., 2010. § 134. Rn. 26. Lieberam-Schmidt, Sabine, op. cit., str. 33.-34. Behnke, Thorsten, op. cit., str. 671. Bruno, Sabrina, Ruggiero, Eugenio, Public Companies and the Role of Shareholders: National Models Towards Global Integration, Kluwer Law International, 2011., str. 160. Noack, Ulrich, Die organisierte Stimmrechtvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, u: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000., str. 1476., gdje se poziva na Lutter, Marcus, Kölner Kommentar zum AktG, § 71b. Hölters, Wolfgang, Hirschmann, Jörn, op. cit., § 134, br. 50.

44 Barbić, Jakša, op. cit., str. 577. ističe da ograničenja iz čl. 293. ZTD-a treba smatrati iznimkama, pa ih se ne bi moglo proširiti i izvan slučajeva koji su tamo propisani, ako ih ZTD posebno ne propisuje.

45 Hanloser, Stefan, Proxy-Voting, Remote-Voting und Online-HV: § 134 III 3 AktG nach dem NaStraG, Neue Zeitschrift für Gesellschaft, br. 8., 2001., str. 356. Lenz, Susanne, Die Gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG, Duncker & Humblot, Berlin, 2005., str. 257-259.

društva u kojima su članovi tih organa.[46] Treba istaknuti da kod glasovanja na vlastitoj glavnoj skupštini ne bi bilo mjesta primjeni odredaba o mogućnosti odstupanja od dobivenih uputa za glasovanje.[47] Ista se odredba primjenjuje i za glasovanje na skupštini društva u kome kreditna, odnosno financijska institucija neposredno ili posredno sudjeluje u temeljnom kapitalu (njem. *Grundkapital*) s više od 20 %. Iz dikcije ZTD-a kao i AktG-a ne proizlazi da treba držati dionice koje daju pravo glasa, već se uzima u obzir samo sudjelovanje u temeljnom kapitalu, dakle može se raditi i o povlaštenim dionicama bez prava glasa.

Kreditna, odnosno financijska institucija koja na glavnoj skupštini želi na temelju dobivene punomoći glasovati za prijedloge organa društva, dužna je dioničarima društva učiniti dostupnima te prijedloge, ako to već nije učinjeno na neki drugi način (čl. 292. st. 4. ZTD-a, § 135. st. 4. AktG-a).[48]

Kreditna, odnosno financijska institucija smije dati punomoć za zastupanje osobama koje nisu njezini zaposlenici, samo ako to dopušta punomoć koju je dao dioničar (čl. 292. st. 5. ZTD-a, § 135. st. 5. AktG-a).

Kreditna, odnosno financijska institucija smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica koje glase na ime i koje joj ne pripadaju, ali su u registru upisane na njezino ime samo na temelju ovlasti koju za to dobije, primjerice kada djeluje kao skrbnik.[49]

Sukladno odredbi čl. 292. st. 7. ZTD-a na učinak danog glasa ne utječe postupanje protivno odredbama čl. 292. ZTD-a, osim protivno odredbi st. 1. reč. 1. čl. 292. ZTD-a. Navedenu bi odredbu trebalo tumačiti na sljedeći način: a) odluka glavne skupštine može se pobijati ako je na glavnoj skupštini glasovala kreditna, odnosno financijska

46 Henssler, Martin, Strohn, Lutz, Liebscher, Thomas, Aktiengesetz Kommentar, Gesellschaftrecht, Verlag C.H. Beck München, 2. Auflage, 2014., § 134, br. 10.

47 Isto stajalište zauzimaju i Čulinović-Herc, Edita, Hasić, Tea, op. cit., str. 62. Zetzsche, Dirk, Shareholder Interaction Preceding Shareholder Meetings of Public Corporations – A Six Country Comparison, European Corporate & Finance Law Review – ECFR 2:1, 105, 2005., dostupno na: http://ssrn.com/abstract=648982, str. 23. (posjećeno 04.12.2016.), gdje se poziva na vladajuće mišljenje u njemačkoj doktrini da će se, ukoliko u punomoći nisu dane upute kako glasovati o pojedinom pitanju, smatrati da se opunomoćenik suzdržao od glasovanja.

48 Markovinović, Hrvoje, Tepeš, Nina, Skrbništvo nad vrijednosnim papirima, cit., str. 118-119., ističu da se u ovom slučaju primjenjuje ne samo odredba čl. 292. st. 4. ZTD-a, već i određeni dijelovi čl. 292. st. 2. i 3. ZTD-a. Tako se ovo posebno odnosi na a) slučaj kada čl. 292. st. 2. ZTD-a predviđa da dioničar može, učini li to pravodobno, dati neku drugu uputu koja bi bila različita od prijedloga organa društva, u kojem bi slučaju opunomoćenik bio vezan tako dobivenom uputom, b) slučaj iz prve rečenice čl. 292. st. 3. ZTD-a, koji propisuje obvezu skrbnika da pravo glasa koristi u skladu s onim što je predložio, osim ako prema okolnostima smije zaključiti da bi zakoniti imatelj, kad bi znao za stanje stvari, odobrio odstupanje od predloženoga, c) slučaj iz druge rečenice čl. 292. st. 3. ZTD-a koji u slučaju eventualnog odstupanja predviđa obvezu skrbnika da o tome izvijesti zakonitog imatelja dionice i navede razloge za taj svoj postupak i d) slučaj iz treće rečenice čl. 292. st. 3. ZTD-a koji predviđa da ograničenje prema kojemu skrbnik na vlastitoj glavnoj skupštini pravo glasa smije koristiti samo ako je zakoniti imatelj dionice dao izričitu uputu za glasovanje o odlukama o svakoj točki dnevnog reda.

49 Barbić, Jakša, Markovinović, Hrvoje, Parać, Zoran, Petrović, Siniša, op. cit., str. 49., gdje naglašavaju da to proizlazi iz odnosa dioničara i njegova povjerenika, pa i povredu tog pravila valja ocjenjivati kao povredu njihova povjereničkog odnosa. Društvo u tom slučaju dioničarom smatra povjerenika.

institucija koja nije upisana u registar dionica i koja nije imala punomoć za glasovanje i b) odluka glavne skupštine ne može se pobijati ako je na glavnoj skupštini glasovala kreditna, odnosno financijska institucija koja je, iako upisana u registar dionica, pravo glasa ostvarivala, a da za to nije imala ovlast osobe čije su dionice u skrbništvu.[50] Isto tako odluka se ne bi mogla pobijati ako bi kreditna odnosno financijska institucija glasovala protivno dobivenim uputama.

Punomoć za glasovanje na glavnoj skupštini može se dati udruzi dioničara. Upravo je ova odredba bitna za organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, kojega, pored financijskih institucija, najčešće provode udruge dioničara, budući da članstvo u udruzi dioničara ne daje ovlast za zastupanje toj udruzi, već je potrebno davanje punomoći.[51] I u njemačkom i u hrvatskom pravu izričito je propisano da se odredbe o ostvarivanju prava glasa putem kreditnih odnosno financijskih institucija na odgovarajući način primjenjuju i na udruge dioničara, ali isto tako i na osobe koje se na temelju posla koji obavljaju nude dioničarima da će za njih ostvarivati pravo glasa na glavnoj skupštini društva. Dakle i oni su obuhvaćeni poljem primjene čl. 292. ZTD-a, odnosno § 135. AktG-a. Te se odredbe ne primjenjuju na one koji žele ostvarivati pravo glasa za dioničara ako su njegovi zakonski zastupnici, bračni ili izvanbračni drugovi ili su s njime u krvnom ili tazbinskom srodstvu do četvrtog stupnja srodstva.

Vezano za naknadu štete, u njemačkom je pravu odredbom § 135. st. 9. AktG-a, a u hrvatskom pravu odredbom čl. 292. st. 9. ZTD-a izričito propisano da se obveza kreditne institucije naknaditi štetu nastalu zbog povrede ovih obveza, ne može unaprijed isključiti ni ograničiti. U njemačkoj se doktrini zaključuje da ovom zakonskom odredbom nisu obuhvaćene udruge dioničara, što znači da bi one mogle unaprijed isključiti ili ograničiti svoju odgovornost.[52]

Postupanje protivno odredbama o glasovanju putem opunomoćenika u njemačkom i hrvatskom pravu sankcionira se kao prekršaj (čl. 631. ZTD-a, § 405. AktG-a).

2.2.2. Države članice koje su usvojile posebne odredbe o organiziranom prikupljanju punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini

Kao primjer država članica EU-a koje su usvojile posebne odredbe o organiziranom prikupljanju punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, u radu se obrađuju odredbe slovenskog, francuskog i talijanskog prava.

U slovenskom pravu glasovanje putem opunomoćenika izričito je dopušteno temeljem čl. 308. st. 6. Zakona o gospodarskih družbah[53] (dalje u tekstu: ZGD). Zakonom se propisuje oblik punomoći i obveza njene predaje društvu. Tako je

50 Markovinović, Hrvoje, Tepeš, Nina, op. cit., str. 122.

51 Za njemačko pravo vidjeti više kod Noack, Ulrich, Die organisierte Stimmrechtvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, u: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000., str. 1468.

52 Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, C. H. Beck, 11. Aufl., 2014., str. 998.

53 Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list RS, br. 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13, 55/15.

propisano da punomoć mora biti u pisanom obliku i da se treba predati društvu na čuvanje. Međutim, za razliku od hrvatskoga i njemačkog prava, slovenski ZGD ne propisuje rok u kojem je društvo dužno čuvati predanu punomoć. Vezano za svojstva koja mora imati opunomoćenik slovensko je zakonodavstvo usklađeno s odredbama Direktive o pravima dioničara, propisujući da opunomoćenik može biti svaka poslovno sposobna fizička ili pravna osoba. Ta će osoba na glavnoj skupštini uživati ista upravljačka prava kao i dioničar kojega zastupa. Dioničarima društva koje je uvrstilo svoje dionice na organizirano tržište kapitala dana je mogućnost imenovati opunomoćenika uporabom elektroničkih sredstava (čl. 308. st. 7. ZGD-a) te na isti način opozvati tako danu punomoć.

Odredbom čl. 308.a ZGD-a propisana je obveza osobi koja neodređenom broju dioničara ponudi zastupanje na glavnoj skupštini, otkriti postojanje okolnosti koje dovode do sukoba interesa.[54] Iznimno, to neće biti dužna učiniti osoba koja na skupštini ne zastupa više od deset dioničara i više od 1 % temeljnoga kapitala društva.

Glasovanje putem financijskih i drugih institucija u slovenskom je zakonodavstvu uređeno čl. 309. ZGD-a. Financijska institucija može ostvarivati pravo glasa samo na temelju dobivene punomoći u pisanom obliku. Punomoć se može dati za razdoblje od najduže 15 mjeseci te se može u svakom trenutku opozvati. Financijska institucija smije dati punomoć za zastupanje osobama koje nisu njezini zaposlenici, samo ako je to izričito dopušteno u punomoći koju je dao dioničar.

Sukladno odredbi čl. 309. st. 5. ZGD-a, ako dioničar ne dade upute za glasovanje financijskoj instituciji, ona je dužna glasovati u skladu s onime što je predložila, osim ako prema okolnostima smije zaključiti da bi dioničar, kad bi znao za stanje stvari, odobrio drukčije glasovanje. Ako financijska institucija glasuje protivno uputi koju je dobila od dioničara, o tomu ga mora obavijestiti i navesti mu razloge za takvo glasovanje.

Svoju odgovornost za povredu odredaba o ostvarivanju prava glasa dioničara na glavnoj skupštini kao opunomoćenik, financijska institucija ne može unaprijed isključiti niti ograničiti.

U slovenskoj se doktrini ističe da je najučinkovitiji način zaštite manjinskih dioničara od zloporabe prava glasa od strane institucionalnih ulagatelja, tako da se propiše da bez podrobnih uputa dioničara oni ne mogu glasovati, te da se smatra da se ako ne postoje upute o glasovanju, dioničar suzdržao od glasovanja.[55]

Posebnost je slovenskoga zakonodavstva, izričito uređenje organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini uređeno je odredbama dvaju zakona,

54 Zakon propisuje pretpostavke da postoji sukob interesa ako je opunomoćenik: a) većinski dioničar društva ili osoba koju on kontrolira, b) član organa koji vodi ili nadzire vođenje poslova društva ili većinskog dioničara ili osobe koju on kontrolira, c) zaposlenik ili revizor društva, većinskoga dioničara ili osobe koju on kontrolira ili d) član uže obitelji fizičkih osoba navedenih u prijašnjim stavcima. Slovenski zakonodavac u čl. 308.a st. 3. ZGD-a izričito propisuje koga se smatra članom uže obitelji.

55 Bratina, Borut, Uresničevanje glasovalne pravice in pooblaščenci delničarjev, Sedemnajsto posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava, Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava, Portorož, 2009., str. 27.

ZGD-a i Zakona o preuzimanju dioničkih društava[56] (dalje u tekstu: ZPre). Pod organiziranim prikupljanjem punomoći (slo. o*rganizirano zbiranje pooblastil*) podrazumijeva se svako prikupljanje punomoći koje je usmjereno prema više od 50 dioničara koji drže dionice s pravom glasa (čl. 310. ZGD-a i čl. 61. st. 2. ZPre). Financijske institucije, udruge dioničara i druge osobe koje namjeravaju na glavnoj skupštini ostvarivati pravo glasa na temelju punomoći prikupljenih u postupku organiziranog prikupljanja punomoći, moraju biti opunomoćene u pisanom obliku (čl. 310. st. 1. ZGD-a). Zakon izričito propisuje da tako dana punomoć vrijedi samo za jednu skupštinu te mora sadržavati prijedloge odluka, prijedlog punomoćnika za glasovanje o stavljenim prijedlozima, poziv dioničaru dati upute za glasovanje s upozorenjem da ako on ne dade upute da će opunomoćenik glasovati u skladu sa svojim prijedlozima koji moraju biti obrazloženi u punomoći kao i upozorenjem da dioničar može punomoć opozvati u svakom trenutku. Dalje se slovenskom ministru gospodarstva daje ovlast propisati obrazac punomoći za glasovanje o pojedinim pitanjima na glavnoj skupštini (čl. 310. st. 4. ZGD-a). Ako bi punomoći bile prikupljene protivno propisanim odredbama, takve bi punomoći, temeljem odredbe čl. 310. st. 5. ZGD-a, bile ništetne. Dakle, riječ je o kogentnim odredbama.

ZPre u čl. 8. propisuje da osoba ili osobe koje namjeravaju na glavnoj skupštini ostvarivati pravo glasa na temelju punomoći prikupljenih u postupku organiziranog prikupljanja punomoći, moraju o toj namjeri, razlozima kao i načinu prikupljanja punomoći prethodno obavijestiti Agenciju za trg vrednostnih papirjev (ATVP) te obavijesti priložiti primjerak punomoći. Postupanje protivno navedenoj odredbi dovodi do pretpostavke da je prikupljanjem punomoći prikriven sporazum o zajedničkom djelovanju u postupku preuzimanja.

U postupku uređenja instituta organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini u slovenskom zakonodavstvu, udruge dioničara su isticale da će tako stroga i formalna pravila biti zapreka za učinkovito zastupanje manjinskih dioničara od strane udruga dioničara.[57] Argument koji se isticao u prilog tom stajalištu bio je da je prikupljanje punomoći povezano s visokim troškovima, a što je još više naglašeno odredbom kojom se ograničava valjanost tako dane punomoći na jednu glavnu skupštinu.[58]

Glasovanje putem opunomoćenika na glavnoj skupštini društva u francuskom pravu uređeno je odredbom čl. L225-106 Trgovačkog zakonika (*Code de commerce*). Izričito je propisano da dioničar može dati punomoć drugom dioničaru ili svojem bračnom drugu. Prenošenjem Direktive o pravima dioničara u francusko zakonodavstvo, odredba je izmijenjena tako da je proširen krug osoba kojima se može

56 Zakon o prevzemih, Uradni list, br. 79/06, 67/07, 01/08, 68/08, 35/11, 105/11, 10/12, 38/12.

57 U Sloveniji je organizirano Vseslovensko združenje malih delničarjev – VZMD koje zastupa manjinske dioničare na glavnim skupštinama većih slovenskih uvrštenih društava. O stajalištima VZMD u pogledu predloženih izmjena ZGD vidjeti više na: http://www.vzmd.si/novice/soglasni-gospodarski-odbor-dz-rs-vzmd-naj-sodeluje-pri-pripravi-sprememb-zakonodaje (posjećeno 12.12.2016.).

58 Ujedno se u slovenskoj doktrini ističe da se interesi manjinskih dioničara mogu zaštititi na učinkovitiji način od propisivanja valjanosti punomoći za samo jednu glavnu skupštinu. Vidi Bratina, Borut, op. cit., str. 25.

dati punomoć za glasovanje na glavnoj skupštini. Tako je dioničarima dana mogućnost dati punomoć drugoj osobi, dakle ne isključivo dioničaru, ali samo pod sljedećim uvjetima: 1. ako se radi o dionicama društva koje su uvrštene na uređeno tržište kapitala, 2. ako se radi o dionicama koje su uvrštene na multilateralnu trgovinsku platformu na koju se primjenjuju propisi o zaštiti ulagatelja od *insider tradinga*, manipulacije cijenom i širenja lažnih informacija u skladu s aktima nacionalnoga regulatornog tijela (*L'Autorité des marchés financiers, dalje u tekstu:* AMF).[59] U tim slučajevima, dakle kada opunomoćenik nije dioničar društva ili bračni drug, on je dužan upozoriti dioničara o postojanju sukoba interesa, što je detaljno uređeno u čl. L225-106-1 Trgovačkog zakonika.[60] Kada se pojavi neki od slučajeva sukoba interesa, opunomoćenik je dužan o tomu bez odgađanja obavijestiti dioničara koji mu je dao punomoć. Ukoliko dioničar izričito ne potvrdi punomoć, to dovodi do prestanka punomoći, o čemu je opunomoćenik dužan obavijestiti društvo.

Ujedno, dioničar treba voditi računa o tomu da je opunomoćenik ovlašten glasovati za odluke koje se donose na glavnoj skupštini. Ukoliko on nije ovlašten glasovati kao dioničar, dakle kada mu je isključeno pravo glasa na glavnoj skupštini, neće moći glasovati niti u svojstvu opunomoćenika (čl. L225-10 u svezi s čl. L225-147 Trgovačkog zakonika).

Punomoć se daje u pisanom obliku i dostavlja se društvu na čuvanje (čl. L225-106-1 st. 6. i 7. i čl. R225-82-2 Trgovačkog zakonika). Prenošenjem Direktive o pravima dioničara u francusko pravo, društvima koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala dana je mogućnost dostavljanja obavijesti o imenovanju i opozivu opunomoćenika elektroničkim putem (čl. R225-79 st. 6. Trgovačkog zakonika).

Sukladno francuskom pravu, statutom se može odrediti najveći broj glasova koje jedna osoba može imati bilo da nastupa osobno, bilo kao opunomoćenik. Dakle, moguće je ograničenje glasačke snage.

Dioničar može dati punomoć bez naznake opunomoćenika (franc. *pouvoir en*

59 Radi poticanja sudjelovanja dioničara u donošenju odluka u društvu u francuskom pravu je 2010. godine Ordonansom br. 2010-1511 od 09. prosinca 2010. godine, a koje se primjenjuju od 1. siječnja 2011. godine, dana je mogućnost dioničarima da ih na glavnoj skupštini društava koja su uvrstila svoje dionice na NYSE Euronext Paris ili na Alternext, zastupa opunomoćenik. Do 2010. godine opunomoćenik je mogla biti osoba koja drži barem jednu dionicu društva, dakle samo dioničar društva. Buhart, Jacques, Lafont, Nicolas, u: Kawamura, Akira, Mori, Anderson, Tomotsune (edt.), Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons, First Edition, 2013., str. 84. Heckel, Gilles, Larcena, Antoine, Panorama des aménagements apportés aux droits des actionnaires de sociétés cotées suite à la transposition de la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007, Revue de Droit bancaire et financier, br. 5., 2011., str. 20., Gérard Notté**,** Exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (Ord. n° 2010-1511, 9 déc. 2010), La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, br. 50., 2010.

60 Sukladno odredbi čl. L225-106-1 Trgovačkog zakonika sukob interesa postoji kada je opunomoćenik dioničar koji kontrolira društvo ili je drugi subjekt kojega kontrolira takav dioničar, član upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela društva ili dioničara koji kontrolira društvo ili subjekta kojega kontrolira takav dioničar, zaposlenik društva ili dioničara koji kontrolira društvo ili subjekta kojega kontrolira takav dioničar. Takva se informacija mora dati i ako je opunomoćenik u obiteljskoj vezi s dioničarom, kao i fizičkim osobama iz navedenih slučajeva obuhvaćenih odredbom čl. L225-106-1 Trgovačkog zakonika.

blanc), kada će se glasovanje opunomoćenika smatrati kao glas koji ide u prilog prijedloga odluka uprave društva (čl. L225-106 Trgovačkog zakonika).

Sukladno odredbi čl. L225-120 francuskoga Trgovačkog zakonika dioničar može svoje pravo glasa ostvarivati putem udruga dioničara. Izričito je propisano da u dioničkim društvima čije su dionice uvrštene na uređena tržišta kapitala, dioničari čije su dionice uvrštene najmanje dvije godine i koji zajedno drže dionice koje daju najmanje 5 % prava glasa mogu osnivati udruge radi ostvarenja svojih interesa u dioničkim društvima.[61]

Odredbom čl. L225-106-2 francuskoga Trgovačkog zakonika uređuje se organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Izričito je propisano da svatko tko aktivno prikuplja punomoći za glasovanje (franc. *sollicitation active de mandats*), na način da izravno ili neizravno predlaže jednom ili više dioničarima, da mu daju punomoći za zastupanje na glavnoj skupštini, dužan je na svojim internetskim stranicama objaviti "politiku glasovanja" (franc. *politique de vote*). Sukladno odredbi čl. R225-82-3 Trgovačkog zakonika, u tom dokumentu objavljuje namjeru kako će glasovati za pojedine točke dnevnoga reda, što se onda primjenjuje na sve punomoći za koje nije dana uputa za glasovanje na glavnoj skupštini. Ujedno, osoba koja prikuplja punomoći mora obavijestiti dioničare koji mu daju punomoć o svakoj činjenici i okolnostima koje bi mogle dovesti do sukoba interesa, primjerice da je on direktor ili zaposlenik društva. Punomoć se može dati za jednu glavnu skupštinu. Međutim, može biti dana i za dvije glavne skupštine, redovitu i izvanrednu, pod uvjetom da se održavaju isti dan ili u razdoblju od petnaest dana (čl. R225-79 Trgovačkog zakonika).[62]

Posebnost je francuskoga prava u propisivanju sankcija ukoliko osoba koja prikuplja punomoći ne postupi u skladu s odredbama Trgovačkog zakonika. U tom slučaju, trgovački sud na području kojeg se nalazi sjedište društva može joj, na zahtjev opunomoćitelja i za razdoblje od najdulje tri godine, oduzeti pravo na zastupanje na skupštinama tog trgovačkog društva. Sud ujedno može donijeti odluku o javnoj objavi izrečenih mjera (čl. L225-106-3 Trgovačkog zakonika). Takvu odluku sud može donijeti i na zahtjev samoga društva.

Mogućnost davanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini u talijanskom je pravu propisana odredbama čl. 2372. Građanskoga zakonika (tal. *Rappresentanza nell'assemblea*).[63] Izričito je propisano da punomoć mora biti u pisanom obliku i mora se predati društvu na čuvanje.[64] Kod društava koja djeluju na tržištu rizičnog kapitala

61 Što je temeljni kapital društva viši, to je potrebni udio u pravu glasa manji za osnivanje udruge dioničara, te iznosi 4 % ako je temeljni kapital između 750.000-4.500.000 eura, 3 % između 4.500.000 – 7.500.000 eura, 2 % između 7.500.000 – 15.000.000 eura i 1 % preko 15.000.000 eura.

62 Le Nabasque, Hervé, Droits des actionnaires des sociétés cotées, Revue de Droit bancaire et financier, br. 1., 2011., par. 29. Buhart, Jacques, Lafont, Nicolas, op. cit., str. 91.

63 Vidi više kod Ferrucci, Annamaria, Ferrentino, Carmine, Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici, Seconda edizione, Tomo I, Giuffrè Editore, 2012., str. 580-581.

64 Di Amato, Sergio, Muscolo, Gabriella, Sciumbata, Gabriele, Le assemble nelle S.p.A., Giuffrè Editore, 2011., str. 100., ističe da se, u tom slučaju, statutom ne bi mogao odrediti drukčiji oblik davanja punomoći.

(tal. *società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*) punomoć može biti dana samo za jednu skupštinu, koja može vrijediti i za sljedeće sazive te iste skupštine, osim ako je dana opća punomoć (tal. *procura generale*) ili ako je društvo, udruga, zaklada ili drugo kolektivno tijelo ili institucija (tal. *società, associazione, fondazione o altro ente collettivo o istituzione*) dalo punomoć svome zaposleniku. Ukoliko bi punomoć bila dana društvu, udruzi, zakladi ili drugom kolektivnom tijelu ili instituciji ono može delegirati na glavnu skupštinu samo jednog zaposlenika ili suradnika (čl. 2372. st. 4. Građanskog zakonika). Dana punomoć se može u svako doba opozvati.

Sukladno talijanskom pravu punomoć se ne može dati članovima organa društva, zaposlenicima društva, društvu koje nad njime ostvaruje kontrolu kao niti članovima organa i zaposlenicima toga društva (čl. 2372. st. 5. Građanskog zakonika).

Jedna osoba na glavnoj skupštini ne može zastupati više od dvadeset dioničara, odnosno ako je riječ o društvima koja djeluju na tržištu rizičnog kapitala, više od pedeset dioničara ako temeljni kapital društva nije viši od pet milijuna eura, više od 100 dioničara ako je temeljni kapital društva između pet milijuna eura i 25 milijuna eura te više od 200 dioničara, ako društvo ima temeljni kapital viši od 25 milijuna eura (čl. 2372. st. 6. Građanskog zakonika).

Odredbe čl. 2372. st. 5. i 6. Građanskog zakonika kojima se uređuje ograničenje odnosno zabrana davanja punomoći članovima organa društva kao i društva koje nad njim ostvaruje kontrolu kao i njihovim zaposlenicima te broj dioničara koje opunomoćenik može zastupati, ne primjenjuju se na društva koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala. Dakle, pored odredaba čl. 2372. st. 1.-4. Građanskog zakonika na imenovanje opunomoćenika za glasovanje na glavnoj skupštini društva koje je uvrstilo svoje dionice na organizirano tržište kapitala, primjenjuju se i odredbe *Testo Unico della Finanza* (dalje u tekstu: TUF).[65] U čl. 135-novies TUF-a izričito je propisano pravo dioničara imenovati opunomoćenika za glasovanje na glavnoj skupštini. Pritom dioničar može imenovati različite opunomoćenike za glasovanje po dionicama koje su zabilježene na različitim računima, koji se koriste za evidentiranje transakcija financijskim instrumentima, pod uvjetom da je učinjeno valjano obavještavanje u skladu s odredbama čl. 83-sexies TUF-a. Obavijest da je dana punomoć može biti učinjena u elektroničkom obliku.

Odredbom čl. 135-decies TUF-a uređuje se postojanje sukoba interesa te se izričito nameće obveza opunomoćeniku obavijestiti dioničara o postojanju okolnosti koje dovode do sukoba interesa te, u tom slučaju, dobiti upute za glasovanje za svaku točku dnevnoga reda na glavnoj skupštini. Sukob interesa postoji kada je opunomoćenik: a) osoba koja samostalno ili zajednički s drugim osobama ostvaruje kontrolu nad društvom ili njega kontrolira to društvo, b) povezan s društvom ili ostvaruje prevladavajući utjecaj nad društvom ili društvo ostvaruje prevladavajući utjecaj nad opunomoćenikom, c) član uprave društva ili osoba navedenih u t. a i b, d) zaposlenik ili revizor društva ili osoba navedenih u t. a, e) bračni drug, bliski srodnik do četvrtog koljena osobama navedenima u t. a do c, f) povezan s društvom ili osobama

65 Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52.

navedenima u t. a, b, c i e odnosima ili financijskom prirodom koja kompromitira njegovu neovisnost.

Dakle, vezano uz davanje punomoći za glasovanje članovima organa društva, valja naglasiti da se na talijanska uvrštena društva ne primjenjuje odredba čl. 2372. st. 5. Građanskog zakonika, koja zabranjuje davanje punomoći članovima organa društva. Stoga se punomoć može dati članovima organa uvrštenog društva, ali uz poštovanje odredaba o postojanju sukoba interesa, što znači da će oni moći glasovati u svojstvu opunomoćenika, pod uvjetom da su dobili uputu za glasovanje.[66] Valja istaknuti odredbu čl. 2373. Građanskog zakonika temeljem koje članovi uprave ne mogu glasovati o pitanjima koja se tiču njihove odgovornosti. Ujedno im je isključeno pravo glasa kod izbora i opoziva članova nadzornog odbora. Ovdje se postavlja pitanje mogu li oni glasovati o tim pitanjima u svojstvu opunomoćenika kada se radi o uvrštenim društvima? Zauzeto je stajalište da u ovim slučajevima oni ne bi mogli glasovati u svojstvu opunomoćenika, niti bi mogli provoditi postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini na kojoj se odlučuje o njima.[67]

Prijenosom Direktive o pravima dioničara u talijansko zakonodavstvo[68] propisana je nova odredba, kojom društva koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala mogu imenovati predstavnika za pojedinu glavnu skupštinu, kojemu dioničari mogu, najkasnije dva trgovinska dana prije održavanja glavne skupštine, dati punomoć za zastupanje na glavnoj skupštini s uputama kako glasovati za sve ili pojedine točke dnevnoga reda (čl. 135-undecies st. 1. TUF-a). Društvo bi statutom moglo isključiti ovu mogućnost.[69] Punomoć je valjana samo za one točke dnevnoga reda za koje su dane upute za glasovanje (čl. 135.-undecies st. 1. TUF-a). Ujedno, punomoć se može dati samo na obrascu kojega je propisao CONSOB. Međutim, i pored prava na "posebnog predstavnika", dioničari imaju pravo imenovati osobu koja će ih zastupati na glavnoj skupštini.[70]

Organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini u

66 Abriani, N. et. al., Diritto delle società, Quinta edizione, Giuffrè Editore, 2012., str. 199.

67 Ricciardiello, Edgardo, La nouova disciplina in material di sollecitazione delle deleghe di voto: inizia la stagione italiana dei proxy fights?, Giurisprudenza Commerciale, br. 1., 2012., str. 167. Vidi i De Pra, Alberto, Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore, Giurisprudenza Commerciale, br. 5, 2010., str. 922.

68 Direktiva o pravima dioničara prenesena je u talijansko pravo 2010. godine odredbama Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 27 "Attuazione della direttiva 2007/36/CE, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di societa' quotate", Gazzetta Ufficiale del 5 marzo 2010, n. 53 - Supplemento Ordinario n. 43.

69 La nuova disciplina del funzionamento dell'assemblea delle società quotate, Circolare Assonime n. 14/2011, Rivista delle Società, br. 2-3, 2011., str. 527. Eckbo, B. Espen, Paone, Giulia, Reforming Share-Voting Systems: The Case of Italy, Tuck School of Business Working Paper No. 2011-93, 2011., str. 15.

70 Bruno, Sabrina, Legal rules, Shareholders and Corporate Governance. The European Shareholder Rights' Directive and its impact on Corporate Governance of Italian Listed Companies: The Telecom S.p.A. case, Corporate Ownership & Control, vol. 12., br. 2., 2015., str. 402., ističe da je 2013. godine 95,8 % dioničara glasovalo putem opunomoćenika, dok je svega 4,2 % glasovalo osobno.

talijanskom je pravu uređeno čl. 136.-144. TUF-a (tal. *Sollecitazione di deleghe*). Da bi postupak prikupljanja punomoći bio obuhvaćen tom odredbom potrebno je da je zahtjev upućen prema više od 200 dioničara te da sadrži prijedloge za glasovanje ili preporuke, izjave ili druge pokazatelje kojima se može utjecati na ishod glasovanja (čl. 136. st. 1(b) TUF-a).[71] Svaka osoba koja namjerava provesti postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini dužna je o tomu obavijestiti izdavatelja, koji je dužan tu obavijest, bez odgode, objaviti na svojim internetskim stranicama, CONSOB, burzu na kojoj su uvrštene dionice društva i središnji depozitorij. Na postupak organiziranog prikupljanja punomoći primjenjuju se i odredbe o imenovanju punomoćnika (čl. 135-novies TUF-a) te o sukobu interesa (čl. 135-decies TUF-a). Dalje u zakonu stoji da ako bi statut sadržavao odredbu koja na bilo koji način ograničava zastupanje dioničara na glavnoj skupštini, takva se odredba neće primjenjivati na punomoći stečene u tom postupku.

Specifičnost je talijanskog prava što postupak organiziranog prikupljanja punomoći provodi promotor diseminacijom prospekta (tal. *prospetto*) i obrasca punomoći (tal. *modulo di delega*).

Na glavnoj skupštini pravo glasa, na temelju prikupljenih punomoći, ostvaruje osoba koja je provela postupak prikupljanja punomoći – promotor (čl. 138. st. 2. TUF-a). Nju mogu opozvati samo osobe koje su izričito naznačene u prospektu i obrascu punomoći. U prospektu moraju biti naznačeni, između ostaloga, prijedlozi odluka za koje se traže punomoći kao i važni razlozi, podaci o osobi koja prikuplja punomoći i društvu, informacije o eventualnoj naknadi koju isplaćuje osoba koja prikuplja punomoći, u skladu s obrascem kojega je propisao CONSOB.

Posebno je uređeno stjecanje punomoći od strane udruga dioničara. Izričito je propisano da se neće raditi o organiziranom prikupljanju punomoći u smislu odredbe čl. 136. st. 1(b) TUF-a, ukoliko udruga postupak prikupljanja punomoći provodi radi stjecanja punomoći od dioničara koji su njeni članovi, ako: (i) su osnovani na temelju javnobilježničke isprave, (ii) ne obavljaju poslovnu aktivnost drukčiju od one koja služi svrsi udruge i (iii) sastoje se od najmanje 50 fizičkih osoba, pod uvjetom da svaka od njih drži manje od 0,1 % dionica koje daju pravo glasa (čl. 141. TUF-a).[72]

Odredbom čl. 142. st. 1. TUF-a izričito je propisano da opunomoćitelj mora potpisati punomoć te je može opozvati u svako doba. Punomoć se može dati za samo jednu sazvanu glavnu skupštinu (tal. *soltanto per singole assemblee già convocate*). Može se dati i samo za neke prijedloge, odnosno točke dnevnoga reda glavne

71 Prijenosom Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima u talijansko pravo više se ne traži da osoba koja prikuplja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini drži 1 % temeljnoga kapitala društva. Ujedno osoba koja prikuplja punomoći ne mora više imenovati financijskoga posrednika. Navedene su izmjene učinjene radi pojednostavljenja uvjeta za glasovanje putem opunomoćenika. Vidi više kod New Tools to Encourage Shareholder Participation in the Life of Italian Listed Companies, dostupno na: http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2010/04/New-Tools-to-Encourage-Shareholder-Participation__/Files/View-full-memo-New-Tools-to-Encourage-Shareholde__/FileAttachment/EC042110NewToolstoEncourageShareholderParticipat__.pdf (posjećeno 15. 12. 2016.).

72 Visco, Claudio, Pucci, Ernesto u: Kawamura, Akira, Mori, Anderson, Tomotsune (edt.), Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons, 2013., str. 212.

skupštine, te mora sadržavati upute kako glasovati o pojedinim točkama dnevnoga reda. Opunomoćenik može glasovati za račun dioničara i o onim točkama dnevnoga reda za koje je dobio uputu za glasovanje, a za koje nije prikupljao punomoći za glasovanje (čl. 142. st. 2. TUF-a). Međutim, valja istaknuti da talijansko pravo ne sadrži posebne odredbe o sankcijama ako punomoćnik glasuje protivno dobivenim uputama.[73]

Prospekt i obrazac punomoći moraju dioničaru pružati dovoljno informacija za donošenje odluke kako glasovati o točkama dnevnoga reda za koje se prikupljaju punomoći. Odgovornost za potpunost informacija je na osobi koja prikuplja punomoći (promotoru) te je na njemu teret dokaza, u slučaju povrede te obveze.

2.3. Primjeri iz prakse

2.3.1. Slučaj Cape Live - Italija

Jedan od primjera organiziranoga prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini u Italiji je slučaj Cape Live, u kojem se postupak organiziranog prikupljanja punomoći, provodio radi utjecanja na sastav upravnog odbora društva.

Manjinski dioničar Michele Bargauan, koji je držao nešto više od 2 % dionica društva, započeo je postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini društva Cape Live, koja je bila sazvana za 10. i 11. veljače 2011. godine.[74] Zajedno s dioničarima čiju je podršku uživao, držao je oko 9,67 % glasačkih prava u društvu.

Ta je inicijativa izazvala brzu reakciju kontrolne grupe dioničara koja je držala udio od 28,2 % u temeljnom kapitalu društva Cape Live, predvođenu društvom Fenicia i Finross[75] te *private equity* fondom Atlantis Capital Special Situations i grupom dioničara, a koji su 27. prosinca 2010. godine sklopili međudioničarski sporazum.

Postupak prikupljanja punomoći za glasovanje je bio iznimno uspješan, budući da je manjinski dioničar na glavnoj skupštini držao 75 % glasačkih prava, čime je mogao utjecati na sastav upravnog odbora društva.

Nakon postupka prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini društva Cape Live, u Italiji su provođeni i drugi postupci prikupljanja punomoći za glasovanje, ne samo radi utjecanja na sastav upravnog odbora društva. Ujedno je uočeno da postupke prikupljanja punomoći ne provode isključivo dioničari društva, već i osobe koji su imatelji obveznopravnih zahtjeva prema društvu.[76]

---

73 Sacchi, Roberto, Voto in base alla data di registrazione e voto per delega dopo l'attuazione della Direttiva azionisti, Giurisprudenza commerciale, vol. 39., br. 1., 2012., str. 31-65., ističe da bi takav glas bio ništetan te da bi to trebao biti razlog za nevaljanost odluka glavne skupštine donesenih na temelju tako danih glasova.

74 Poziv dioničarima dostupan je na stranici: http://www.alba-pe.com/sites/default/files/Avviso_agli_Azionisti_di_Cape_Live.pdf (posjećeno 18.12.2016.).

75 Društvo Finross kontrolirao je Edoardo Rossetti, bivši predsjednik upravnog odbora društva Cape Live.

76 Tako je primjerice proveden postupak za stjecanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini dioničkog društva *Sopaf* s ciljem utjecanja na uređenje položaja imatelja obveznica u društvu. Vidi više kod Ricciardiello, Edgardo, op. cit., str. 167.

2.3.2. Slučaj Eurotunnel – Francuska

Jedan od najpoznatijih slučajeva gdje je uspješno korišten postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini u Francuskoj je slučaj Eurotunnel, u kojemu je grupa manjinskih dioničara prikupila dovoljan broj punomoći, radi opoziva članova upravnog odbora.

Postupak prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini društva Eurotunnel pokrenut je 2004. godine, dakle u vrijeme kada je francusko pravo dopuštalo dioničarima davanje punomoći za glasovanje drugim dioničarima, ali ne i trećim osobama koje nisu dioničari društva, što je izmijenjeno 2010. godine.[77] Postupak prikupljanja punomoći za glasovanje vodio je manjinski dioničar Nicolas Miguet, koji je uživao podršku nekoliko međunarodnih institucionalnih ulagatelja. Na glavnoj skupštini koja je održana 7. travnja 2004. godine lista članova upravnog odbora koju je predložio Nicolas Miguet dobila je 63,42 % glasova, odnosno glasove 64 000 dioničara, što je činilo 35 % udjela u temeljnom kapitalu društva. Valja istaknuti da je prosjek sudjelovanja dioničara na ranijim skupštinama društva Eurotunnel bio oko 10 %.

Praksa pokazuje da unatoč zakonodavnim izmjenama u Francuskoj nije povećan broj postupaka organiziranog prikupljanja punomoći, budući da postoje druge prepreke koje otežavaju ovaj postupak, npr. punomoćnik ne može s lakoćom utvrditi tko su manjinski dioničari društva, budući da se podatci o dioničarima moraju objaviti 16 dana prije održavanja glavne skupštine, što je kratak rok za dioničara koji namjerava pokrenuti postupak prikupljanja punomoći. Ujedno valja naglasiti da se dioničari koji prikupljaju punomoći izlažu riziku da ih se sukladno francuskim propisima smatra osobama koje djeluju zajednički, ako se punomoći stječu radi stjecanja kontrole nad društvom.[78]

3. ZAKLJUČAK

Države članice EU-a različito su pristupile uređenju organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. S jedne strane je skupina država članica koje nisu izričito zakonskim odredbama uredile ovaj institut, dok je s druge skupina država članica koje izričito uređuju ovaj institut. Međutim, i unutar te skupine postoje značajne razlike. Hrvatsko pravo spada u prvu skupinu zemalja, dakle onih koje nemaju posebne odredbe o organiziranom prikupljanju punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Stoga će se na takav način prikupljanja punomoći primjenjivati odredbe kojima se uređuje glasovanje putem opunomoćenika kao i posebne odredbe kojima se uređuje glasovanje putem kreditnih institucija i osoba koje djeluju na

77 Vidi infra t. 2.2.2.

78 Omaggio, Alexandre, Transposition de la Directive relative aux droits des actionnaires de sociétés cotées, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, br. 4., 2011., str. 1049., McDermott, Will, Buhart, Emery Jacques, Lafont, Nicolas, France, dostupno na: https://www.mwe.com/~/media/files/thought-leadership/publications/2015/05/corporate-governance-2nd-edition--french-chapter__/files/corporate-governancefrance/fileattachment/corporate-governancefrance.pdf (posjećeno 22.12.2016.).

odgovarajući način.

Uočavajući položaj i mogućnost osobe koja je stekla veliki broj punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, utjecati na donošenje ključnih odluka u društvu, hrvatski bi zakonodavac trebao razmotriti uređenje organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. To će primjerice doći do izražaja kada je riječ o glavnoj skupštini koja se održava za vrijeme trajanja postupka preuzimanja i na kojoj se odlučuje o primjeni protupreuzimateljskih mjera.[79]

Kod uređenja takva načina prikupljanja punomoći, nužno je odgovoriti na nekoliko pitanja. To je prije svega pitanje broja dioničara koji bi bio propisan kao prag čijim prelaskom nastaje obveza primjene posebnog postupka prikupljanja punomoći, a koji je u slovenskom zakonodavstvu određen na 50 dioničara koji drže dionice s pravom glasa, dok je u talijanskom zakonodavstvu potrebno da je zahtjev upućen prema više od 200 dioničara. Francusko zakonodavstvo ne propisuje broj dioničara kojima bi bio upućen ovaj zahtjev. Za davanje odgovora na to pitanje ključna je struktura dioničara u društvu. U hrvatskim društvima prevladava koncentrirana struktura dioničara. Dakle, za stjecanje glasačke kontrole u društvu, dovoljno je da je zahtjev upućen manjem broju dioničara, za razliku od onih pravnih poredaka u kojima prevladava disperzirana struktura dioničara.[80]

Daljnje je pitanje oblika u kojem bi se morala dati punomoć. Za zauzimanje stajališta o obliku u kojem se mora dati punomoć, treba voditi računa o odredbama Direktive o pravima dioničara, koja u čl. 11. propisuje da imenovanje opunomoćenika i obavijest društvu o imenovanju opunomoćenika moraju biti u pisanom obliku.

Nužno je naglasiti da će se dodatna zaštita dioničarima od kojih se traži davanje punomoći postići propisivanjem podataka koje je osoba koja pokreće postupak prikupljanja punomoći dužna objaviti. Slovenski, francuski i talijanski zakonodavac propisuju minimalne podatke koji se moraju objaviti te izričito propisuju minimalni sadržaj punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini. Svi ispitivani pravni poredci koji izričito uređuju ovaj institut, nameću obvezu osobi koja provodi postupak organiziranog prikupljanja punomoći, objaviti svoje prijedloge za glasovanje o pojedinim točkama dnevnoga reda. Ujedno slovenski i talijanski zakonodavac, pružaju i daljnju zaštitu dioničarima, propisivanjem obveze traženja uputa za glasovanje. Valja naglasiti da Direktiva o pravima dioničara ne nameće nikakve obveze društvima u pogledu provjere ostvaruju li opunomoćenici pravo glasa u skladu s uputama dioničara, a isto tako ne propisuje niti sankcije ako opunomoćenik ne glasuje u skladu s dobivenim uputama. Dakle, države članice su slobodne urediti ova pitanja nacionalnim zakonodavstvom. Nužno je istaknuti da je opunomoćenik dužan poštovati volju dioničara, budući da on na glavnoj skupštini glasuje u ime dioničara koji mu je dao punomoć. Stoga ako je dobio uputu kako glasovati za pojedinu točku dnevnoga reda, dužan je pridržavati se dobivene upute. Upravo je taj aspekt još više naglašen ukoliko određeni dioničar

79 Zakon o preuzimanju dioničkih društava, Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13, u čl. 42. st. 4. uređuje održavanje glavne skupštine na kojoj se odlučuje o primjeni protupreuzimateljskih mjera, gdje je izričito propisano da "Društvo treba olakšati dioničarima izdavanje punomoći za glasovanje, ukoliko je to moguće prema zakonu i statutu."

80 Zubović, Antonija, Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012., str. 14., 401.

pokreće postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, radi utjecanja na donošenje odluke određenoga sadržaja.

Ovdje se otvara daljnje pitanje koje je bitno kod glasovanja opunomoćenika na glavnoj skupštini, a to je pitanje postojanja sukoba interesa. Naime, Direktiva propisuje da opunomoćenik može biti svaka fizička i pravna osoba koja ima poslovnu sposobnost. Dakle, dopušteno je da se kao opunomoćenik pojavi osoba koja se nalazi u određenom sukobu interesa s dioničarom koji joj je dao punomoć. Tako je primjerice Direktivom dana mogućnost državama članicama ograničiti ili isključiti ostvarivanje prava glasa dioničara putem opunomoćenika ako opunomoćenik nije dobio posebne upute za glasovanje za pojedinu odluku za koju opunomoćenik treba glasovati u ime dioničara. Dakle, ako bi država članica usvojila odredbu da, primjerice, članovi uprave i/ili nadzornog odbora ne mogu biti opunomoćenici, to bi bio strožiji zahtjev od onoga određen Direktivom. Istraživanje je pokazalo da su zakonodavci ispitivanih pravnih poredaka ipak ovom pitanju pristupili puno blaže. Tako primjerice i slovenski i francuski zakonodavac propisuju da je opunomoćenik dužan samo upozoriti dioničara o postojanju sukoba interesa. Talijanski je zakonodavac ovo pitanje uredio strožije, razlikujući položaj opunomoćenika u uvrštenim društvima od njegovog položaja u društvima koja nisu uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala. Tako se kod društava koja nisu uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala, punomoć ne može dati članovima organa društva, zaposlenicima društva, društvu koje nad njime ostvaruje kontrolu kao niti članovima organa i zaposlenicima toga društva. S druge strane, kod uvrštenih društava punomoć se može dati tim osobama, ali uz poštovanje odredaba o postojanju sukoba interesa, što znači da će oni moći glasovati u svojstvu opunomoćenika, pod uvjetom da su obavijestili dioničara o postojanju sukoba interesa te dobili uputu za glasovanje na glavnoj skupštini. Valja istaknuti da ako je opunomoćeniku isključeno pravo glasa na glavnoj skupštini, on ne bi mogao glasovati niti u svojstvu opunomoćenika. Takvo je stajalište izričito zauzeto u svim ispitivanim pravnim poredcima.

Vezano uz trajanje punomoći Direktiva daje mogućnost državama članicama ograničiti imenovanje opunomoćenika na jednu glavnu skupštinu ili na glavne skupštine koje se održavaju u određenom vremenskom periodu. U svim ispitivanim pravnim poredcima koji izričito uređuju organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, valjanost punomoći stečenih provođenjem postupka organiziranog prikupljanja punomoći ograničena je na jednu glavnu skupštinu.

Daljnje je pitanje sankcija zbog nepostupanja u skladu s propisanim obvezama. Posebno rješenje usvojio je francuski zakonodavac davanjem ovlasti trgovačkom sudu na području kojeg se nalazi sjedište društva, na zahtjev opunomoćitelja i za razdoblje od najdulje tri godine, oduzeti pravo na zastupanje na skupštinama tog trgovačkog društva. Sud ujedno može donijeti odluku o javnoj objavi izrečenih mjera. Takvu odluku sud može donijeti i na zahtjev samoga društva. Prema odredbama slovenskoga zakonodavstva ukoliko bi punomoći bile prikupljene protivno propisanim odredbama, one bi bile ništetne.

Kod prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini pojavljuju se i druga otvorena pitanja. To je prije svega pitanje uvida u podatke o dioničarima

društva kao i o postotku dionica koje drže. Valja istaknuti i povezanost ovog postupka s drugim institutima tržišta kapitala. Potrebno je sagledati ovu problematiku s aspekta nastanka obveze objavljivanja podataka o promjenama u postotku glasačkih prava u društvu. Ujedno je relevantno zauzeti stajalište o tomu izlažu li se osobe koje pokreću postupak organiziranog prikupljanja punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini, mogućnosti postojanja zajedničkog djelovanja, u kom slučaju se otvara pitanje obveze objavljivanja ponude za preuzimanje.

LITERATURA

1. Abriani, N. et. al., Diritto delle società, Quinta edizione, Giuffrè Editore, 2012.
2. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), posljednji put izmjenjen čl. 5. Zakona od 10. 5. 2016. (BGBl. I S. 1142).
3. Barbić, Jakša, Markovinović, Hrvoje, Parać, Zoran, Petrović, Siniša, Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2009., Novi informator, Zagreb, 2010.
4. Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2010.
5. Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I., Dioničko društvo, Organizator, Zagreb, 2013.
6. Barbić, Jakša, Sazivanje glavne skupštine i ostvarivanje prava dioničara nakon novele Zakona o trgovačkim društvima iz 2009., Zbornik 48. susreta pravnika, Opatija, 2010.
7. Baums, Theodor, Schmitz, Rainer, Shareholder Voting in Germany, Arbeitspapier Nr. 76, dostupno na: http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf (posjećeno 03.12.2016.).
8. Behnke, Thorsten, Die Stimmrechtsvertretung in Deutschland, Frankreich und England, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2000.
9. Bratina, Borut, Uresničevanje glasovalne pravice in pooblaščenci delničarjev, Sedemnajsto posvetovanje o aktualni problematiki s področja gospodarskega prava, Gospodarski subjekti na trgu – novosti in aktualna vprašanja gospodarskega prava, Portorož, 2009.
10. Bruno, Sabrina, Legal rules, Shareholders and Corporate Governance. The European Shareholder Rights' Directive and its impact on Corporate Governance of Italian Listed Companies: The Telecom s.p.a. case, Corporate Ownership & Control, vol. 12., br. 2., 2015.
11. Bruno, Sabrina, Ruggiero, Eugenio, Public Companies and the Role of Shareholders: National Models Towards Global Integration, Kluwer Law International, 2011.
12. Buhart, Jacques, Lafont, Nicolas, u: Kawamura, Akira, Mori, Anderson, Tomotsune (edt.), Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons, 2013.
13. Communication from the Commision 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, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1453891145338&uri=CELEX:52012DC0740 (posjećeno 16.11.2016.).
14. Cziraki, Peter, Renneboog, Luc, Szilagyi, Peter, G., Shareholder Activism through Proxy Proposals: The European Perspective, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=1413125 (posjećeno 20.12.2016.).
15. Čulinović-Herc, Edita, Hasić, Tea, Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 32., br. 1., 2011.

16. De Pra, Alberto, Deliberazione negativa votata in conflitto d'interessi e divieto di voto del socio-amministratore, Giurisprudenza Commerciale, br. 5., 2010.
17. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52.
18. Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 27 "Attuazione della direttiva 2007/36/CE, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di societa' quotate", Gazzetta Ufficiale del 5 marzo 2010, n. 53 - Supplemento Ordinario n. 43.
19. Di Amato, Sergio, Muscolo, Gabriella, Sciumbata, Gabriele, Le assemble nelle S.p.A., Giuffrè Editore, 2011.
20. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2005 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 390, 31.12.2004., str. 38–57.
21. Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, OJ L 142, 30. 4. 2004., str. 12-23.
22. Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14. 7. 2007., str. 17-24.
23. Eckbo, B. Espen, Paone, Giulia, Reforming Share-Voting Systems: The Case of Italy, Tuck School of Business Working Paper No. 2011-93, 2011.
24. Ferrucci, Annamaria, Ferrentino, Carmine, Società di capitali, società cooperative e mutue assicuratrici, Seconda edizione, Tomo I, Giuffrè Editore, 2012.
25. Gérard Notté**,** Exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (Ord. n° 2010-1511, 9 déc. 2010), La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, br. 50., 2010.
26. Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz – NaStraG) vom 18. Januar 2001., BGBl. I S. 123.
27. Hanloser, Stefan, Proxy-Voting, Remote-Voting und Online-HV: § 134 III 3 AktG nach dem NaStraG, Neue Zeitschrift für Gesellschaft, br. 8., 2001.
28. Heckel, Gilles, Larcena, Antoine, Panorama des aménagements apportés aux droits des actionnaires de sociétés cotées suite à la transposition de la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007, Revue de Droit bancaire et financier, br. 5., 2011.
29. Henssler, Martin, Strohn, Lutz, Liebscher, Thomas, Aktiengesetz Kommentar, Gesellschaftrecht, Verlag C.H. Beck München, 2. Aufl., 2014.
30. Hölters, Wolfgang, Hirschmann, Jörn, Aktiengesetz Kommentar, C. H. Beck, 2. Auflage, 2014.
31. Hüffer, Üve, Aktiengesetz Kommentar, 9. Aufl., 2010.
32. Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, C. H. Beck, 11. Aufl., 2014.
33. Jurić, Dionis, Pravno uređenje unutarnjeg korporacijskog upravljanja (corporate governance) u dioničkim društvima u hrvatskom i usporednom pravu društava (doktorska disertacija), Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, Pravni fakultet, Rijeka, 2005.
34. Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776, posljednji put izmijenjen čl. 3. Zakona od 30. 06. 2016., BGBl. I S. 1514.
35. La nuova disciplina del funzionamento dell'assemblea delle società quotate, Circolare Assonime n. 14/2011, Rivista delle Società, br. 2-3, 2011.
36. Le Nabasque, Hervé, Droits des actionnaires des sociétés cotées, Revue de Droit bancaire et financier, br. 1., 2011.
37. Lenz, Susanne, Die Gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
38. Lieberam-Schmidt, Sabine, Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht, Dissertation, 2010.
39. Markovinović, Hrvoje, Tepeš, Nina, Ostvarivanje prava glasa po dionicama u skrbništvu,

Zbornik radova "Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije", Pravni fakultet u Rijeci, 2011.
40. Markovinović, Hrvoje, Tepeš, Nina, Skrbništvo nad vrijednosnim papirima, Zbornik 49. susreta pravnika, Opatija, 2011.
41. Masouros, E., Pavlos, Is the EU Taking Shareholder Rights Seriously?: An Essay on the Impotence of Shareholdership in Corporate Europe, European Company Law, vol. 7., br. 5., 2010.
42. Mayson, Stephen, French, Derek, Ryan, Christopher, Company Law, Oxford University Press, 2013., str. 389., Hannigan, Brenda, Company law, Third edition, Oxford University Press, 2012.
43. McDermott, Will, Buhart, Emery Jacques, Lafont, Nicolas, France, dostupno na: https://www.mwe.com/~/media/files/thought-leadership/publications/2015/05/corporate-governance-2nd-edition--french-chapter__/files/corporate-governancefrance/fileattachment/corporate-governancefrance.pdf (posjećeno 22.12.2016.).
44. New Tools to Encourage Shareholder Participation in the Life of Italian Listed Companies, dostupno na: http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2010/04/New-Tools-to-Encourage-Shareholder-Participation__/Files/View-full-memo-New-Tools-to-Encourage-Shareholde__/FileAttachment/EC042110NewToolstoEncourageShareholderParticipat__.pdf (posjećeno 15. 12. 2016.).
45. Noack, Ulrich, Die Aktionärsrechte-Richtlinie, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138735 (posjećeno 03.12.2016.).
46. Noack, Ulrich, Die Aktionärsrechte-Richtlinie, u: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008.
47. Noack, Ulrich, Die organisierte Stimmrechtvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, u: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000.
48. Noack, Ulrich, Hauptversammlung und Internet: Information – Kommunikation – Entscheidung, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=646723 (posjećeno 22.12.2016.).
49. Ochmann, Florian, Die Actionärsrechte-Richtlinie, Auswirkungen auf das deutsche und europäische Recht, De Gruyter Recht, Berlin, 2009.
50. Omaggio, Alexandre, Transposition de la Directive relative aux droits des actionnaires de sociétés cotées, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, br. 4., 2011.
51. Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, Pravo u gospodarstvu, god. 42., svezak 4., 2003.
52. Petrović, Siniša, Pripajanje dioničkih društava i druge koncentracije u pravu društava (doktorska disertacija), Pravni fakultet u Zagrebu, 1998.
53. Presuda Visokog trgovačkog suda RH od 04. lipnja 2002. godine u predmetu br. Pž-1740/02.
54. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement, dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1398680488759&uri=COM:2014:213:FIN (posjećeno 16.11.2016.)
55. Ratschow, Eckart, Die Aktionärsrechte-Richtlinie - neue Regeln für börsennotierte Gesellschaften, Deutsches Steuerrecht, br. 32., 2007.
56. Ricciardiello, Edgardo, La nouova disciplina in material di sollecitazione delle deleghe di voto: inizia la stagione italiana dei proxy fights?, Giurisprudenza Commerciale, br. 1., 2012.
57. Sacchi, Roberto, Voto in base alla data di registrazione e voto per delega dopo l'attuazione della Direttiva azionisti, Giurisprudenza commerciale, vol. 39., br. 1., 2012.
58. Schneider, Anzinger, Institutionelle Stimmrechtsberatung und Stimmrechtsvertretung - "A quiet guru's enormous clout", Neue Zeitschrift für Gesellschaft, br. 88., 2007.

59. Schockenhoff, Martin, Proxy Fights – bald auch in Deutschland?, Einwerben von Stimmrechtsvollmachten durch Aktionäre und Verwaltung, Neue Zeitschrift für Gesellschaft, br. 17., 2015.
60. Summary of the informal discussion concerning the initiative on shareholders engagement, Brussels, 17 April 2013, str. 5., dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/120417_summary-initiative-shareholders-engagement_en.pdf (posjećeno 10.11.2016.)
61. Visco, Claudio, Pucci, Ernesto u: Kawamura, Akira, Mori, Anderson, Tomotsune (edt.), Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons, First Edition, 2013.
62. Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list RS, br. 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13, 82/13, 55/15.
63. Zakon o kreditnim institucijama, Narodne novine, br. 159/13, 19/15.
64. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.
65. Zakon o preuzimanju dioničkih društava, Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13.
66. Zakon o prevzemih, Uradni list, br. 79/06, 67/07, 01/08, 68/08, 35/11, 105/11, 10/12, 38/12.
67. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.
68. Zakon o tržištu kapitala, Narodne novine br. 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15, 110/15.
69. Zetzsche, Dirk, Shareholder Interaction Preceding Shareholder Meetings of Public Corporations – A Six Country Comparison, European Corporate & Finance Law Review – ECFR 2:1, 105, 2005., dostupno na: http://ssrn.com/abstract=648982 (posjećeno 04.12.2016.)
70. Zetzsche, Dirk, Shareholder Passivity, Cross-Border Voting and the Shareholder Rights Directive, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=1120915 (posjećeno 20.12.2016.).
71. Zetzsche, Dirk, Virtual Shareholder Meetings and the European Shareholder Rights Directive – Challenges and Opportunities, dostupno na: http://ssrn.com/abstract=998429 (posjećeno 20.12.2016.).
72. Zubović, Antonija, Stjecanje glasačke kontrole nad uvrštenim društvom (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012.

Summary

PROXY SOLICITATION AS A METHOD OF OBTAINING VOTING CONTROL AT THE GENERAL MEETING – OPEN QUESTIONS

In the article the author analyzes the proxy solicitation as a method for acquiring voting control in a company pointing out to the open issues in its application. Since the Shareholders' Rights Directive does not explicitly regulate the proxy solicitation, it is left to the discretion of each EU Member State legislator. There are two groups of Member States in regards to this matter – Member States that do not regulate the proxy solicitation process and those that have adopted specific provisions regulating proxy solicitation. However, it should be noted that, even within the second group of Member States, approaches to regulating specific issues in the proxy solicitation adopted by the national legislators vary. Furthermore, Member States without specific provisions are now questioning the actual necessity for their implementation. In the conclusion, the author proposes solutions to be adopted in Croatian law in this respect.

***Keywords**: proxy solicitation, proxy contest, proxy voting, proxy, shareholders' meeting, voting rights, Shareholders' Rights Directive.*

Zusammenfassung

ORGANISIERTE STIMMRECHTSVERTRETUNG ALS EIN WEG ZUR ERHÖHUNG DER STIMMRECHTSKONTROLLE AN DER HAUPTVERSAMMLUNG – OFFENE FRAGEN

Das Thema dieser Arbeit ist die organisierte Sammlung von Vertretungen für die Ausübung von Stimmrechten in der Hauptversammlung. Offene Fragen der Anwendung dieser Regelung werden dabei besonders unter die Lupe genommen. Da dieses Rechtsinstitut nicht durch die Richtlinie über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften geregelt ist, haben die Mitgliedstaaten verschiedene Wege in seiner Regulierung eingeschlagen. Während einige Mitgliedstaaten die Sammlung von Stimmrechtsvertretung an der Hauptversammlung nicht ausdrücklich regeln, haben andere Sonderverordnungen dazu verabschiedet. Bei den letzteren Mitgliedstaaten sind allerdings unterschiedliche Regulierungsansätze in Bezug auf spezifische Aspekten zu beobachten. Es ist zu betonen, dass die Notwendigkeit einer Regulierung der Sammlung von Stimmrechtsvertretungen an der Hauptversammlung immer mehr in den Vordrgrund tritt. Schlussfolgernd werden dazu entsprechende Lösungen für das kroatische Recht vorgelegt.

***Schlüsselwörter**: organisierte Sammlung von Stimmrechtsvertretungen bei der Hauptversammlung, Vertretungen, Bevollmächtigung, Hauptversammlung, Stimmrecht, Die Aktionärsrechte - Richtlinie.*

Riassunto

LA SOLLECITAZIONE DELLE DELEGHE DI VOTO NELL'ASSEMBLEA GENERALE QUALE MODALITÀ DI INFLUENZA SULLA ATTIVITÀ DECISIONALE NELLA SOCIETÀ – QUESTIONI APERTE

Nel lavoro si tratta della sollecitazione delle deleghe di voto nell'assemblea generale, rilevando le questioni aperte concernenti l'utilizzo di tale pratica. Posto che la Direttiva sui diritti degli azionisti nelle società quotate non regola espressamente tale istituto, gli Stati membri dell'UE hanno preso posizioni diverse con riguardo alla sua disciplina. Da un lato, vi sono Stati membri che non hanno regolato esplicitamente la sollecitazione delle deleghe di voto nell'assemblea generale; mentre, dall'altra parte, vi sono Stati membri che mediante disposizioni particolari regolano tale istituto. Tuttavia, anche all'interno di codesto gruppo di Stati membri si notano diversi approcci nella regolamentazione di singole questioni. Va evidenziato che negli Stati membri dell'UE, dove la sollecitazione delle deleghe di voti nell'assemblea generale non trova disciplina espressa, sempre più spesso emerge l'esigenza di disciplinare giuridicamente tale aspetto. Pertanto, in chiusura, si danno dei suggerimenti per le soluzioni da adottarsi nel nostro diritto interno.

***Parole chiave**: sollecitazione delle deleghe di voto nell'assemblea generale, deleghe, delegato, assemblea generale, diritto di voto, Direttiva sui diritti degli azionisti.*

ZAŠTITA JAVNOGA INTERESA U RASPOLAGANJU JAVNIM DOBROM U OPĆOJ UPORABI

Dr. sc. Aleksandra Popovski, poslijedoktorandica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 35.073
Ur.: 9. siječnja 2017.
Pr.: 16. siječnja 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Interes kojega društvena zajednica ima po pitanju korištenja javnoga dobra u općoj uporabi pravno je priznat kao javni interes. Radi zaštite javnoga interesa, osoba javnoga prava nije ovlaštena javno dobro otuđiti, niti ga opteretiti stvarnopravnim osiguranjem tražbine. Mogućnost raspolaganja javnim dobrom svedena je na davanje odobrenja za vremenski ograničeno i opozivo korištenje toga dobra koje nadilazi opću uporabu. Odobrenje se može dati u formi upravnoga akta, koncesije ili ugovora. Upravni akt i koncesija omogućuju primjenu raznih pravnih sredstava kojima osoba javnoga prava može utjecati na sadržaj upravnopravnog odnosa i zaštititi javni interes u slučaju njegove ugroze. S druge strane, ugovor kao pravni osnov korištenja javnoga dobra ne omogućuje osobi javnoga prava autoritativno postupanje i trenutnu zaštitu javnog interesa. Unatoč tomu, u hrvatskom su zakonodavstvu upravni akt i koncesija podzastupljeni, dok je ugovorima dan znatan prostor. Predmet rada stoga je analiza režima raspolaganja javnim dobrom u općoj uporabi radi kritičkog preispitivanja primjerenosti hrvatskih pozitivnih propisa s gledišta zaštite javnoga interesa te predlaganja normativnih intervencija u cilju unaprjeđenja postojećega pravnog okvira.

Ključne riječi*: javno dobro, vlasništvo, raspolaganje, opća uporaba, posebna uporaba, upravni akt, koncesija, ugovor.*

1. UVOD

Status javnoga dobra u općoj uporabi dodjeljuje se različitim dijelovima materijalnog svijeta koji kao cjelina služe ispunjavanju konkretnih potreba zajednice. Glavna odrednica pravnog režima toga dobra pravo je svih pripadnika društvene zajednice da ga koriste sukladno njegovoj namjeni. Neovisno o tomu izražava li se opća uporaba kao korištenje vode koja se putem vodoopskrbnog sustava izdvaja iz javnoga vodnog dobra za piće, kao prometovanje motornim vozilom po cesti ili kao nešto treće, ona u svojoj biti predstavlja zadovoljenje specifičnih potreba ključnih za život svakog čovjeka. Interes kojega društvena zajednica ima po pitanju korištenja javnoga dobra zbog toga je pravom priznat i zaštićen kao javni interes. Štoviše, javni

interes osnovni je razlog zbog kojega je namjena nekog dobra određena kao javna, a uporaba kao opća.

Kako bi se javnome interesu pružila odgovarajuća zaštita, javno dobro podvrgnuto je jedinstvenom javnopravnom režimu kojeg karakteriziraju pripadnost osobama javnog prava te snažna ograničenja vlasničkih ovlasti, posebice ovlasti raspolaganja. Temeljni liberalističko-individualistički karakter privatnoga vlasništva u određenim situacijama, naime, predstavlja prepreku učinkovitoj zaštiti javnoga interesa vezanoga uz javno dobro. Bitna pitanja vlasničkopravnog statusa i pravnog režima javnoga dobra u općoj uporabi stoga se uređuju normama javnog, a ne privatnog prava. Specifičnost javnog prava autoritativno je postupanje javne vlasti kada je potrebno zaštititi javni interes, pa su javnopravne norme pogodno sredstvo za takvu regulaciju. Iako danas nailazimo na širok spektar pristupa problematici zaštite javnoga interesa, te se regulacija pravnog režima javnog dobra razlikuje od države do države, vidljiva su neka zajednička obilježja i tendencije koje omogućuju razlikovanje dvaju osnovnih modela. Na najopćenitijoj razini tako možemo izdvojiti francuski model javnoga vlasništva i njemački model modificiranoga privatnog vlasništva. Temeljno obilježje oba modela visoka je razina zaštite javnoga interesa u pravnom režimu javnog dobra u općoj uporabi. Razlike među modelima javljaju se s obzirom na mehanizme zaštite javnoga interesa. Tako je u Francuskoj javno dobro u općoj uporabi izuzeto od primjene normi privatnoga prava i podvrgnuto javnome vlasništvu. Zaštita javnoga interesa temelji se na očuvanju javne namjene javnoga dobra. Nužnost očuvanja javne namjene za posljedicu ima tri važna obilježja koja dominiraju pravnim režimom toga dobra. Riječ je o zabrani otuđenja, zabrani provedbe prisilnog izvršenja i zabrani stjecanja vlasništva dosjelošću. Povrh toga, mogućnost raspolaganja javnim dobrom u cijelosti je ograničena na nekolicinu javnopravnih instituta te se općenito smatra kako privatnopravna raspolaganja nisu u skladu s javnom namjenom javnoga dobra.[1] S druge strane, u Njemačkoj je javno dobro u općoj uporabi načelno objekt privatnog vlasništva. No, pravni režim javnoga dobra ima dvojni karakter te je uređen kako normama privatnog prava, tako i normama javnog prava. Pritom valja imati u vidu da se norme privatnog prava primjenjuju iznimno, samo ako njihova provedba ne ugrožava javni interes. Posljedično tomu, iako u njemačkom pravu nije izričito propisana zabrana otuđenja javnoga dobra u općoj uporabi, pravni status toga dobra gotovo je jednak statusu dobara izvan pravnoga prometa. Radi zaštite javnoga interesa, privatnopravna raspolaganja javnim dobrom koja bi utjecala na javnu namjenu toga dobra nisu dopuštena.[2]

Hrvatski zakonodavac je režim javnoga dobra u općoj uporabi zasnovao na njemačkom modelu te ga nastojao urediti u skladu s individualističko-liberalističkim konceptom privatnog vlasništva. Posljedično tomu, javno dobro nalazi se u privatnom

1 Vidi Auby, Jean-Marie, Bonn, Pierre, Droit administratif des biens, 3. izd., Paris, Dalloz, 1995., str. 66. do 68., 94. do 98. i 161. do 162. te Gillet-Lorenzi, Emmanuelle, Traoré, Seydou, Droit administratif des biens, Paris, Centre National de la Fonction Publique Territoriale, 2007., str. 64. do 70.

2 Vidi Wolff, Hans J., Bachof, Otto, Stober, Rolf, Verwaltungsrecht, Band 2, München, Verlag C. H. Beck, 2000., str. 698. do 699. i Papier, Hans Jürgen, Recht der Öffentlichen Sachen, Berlin, Walter de Gruyter, 1977., str. 24. do 27. i 82. do 86.

vlasništvu osoba javnoga prava. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima određeno je kako osoba javnoga prava kao vlasnik u pravnim odnosima ima jednak položaj kao i privatni vlasnik, ako zakonom nije što drugo određeno.[3] Ovlast osobe javnoga prava da zaštiti javni interes pri raspolaganju javnim dobrom u općoj uporabi djelujući *iure imperii* stoga ovisi o zakonima kojima je uređen pravni režim javnoga vodnog dobra, cesta i željezničke infrastrukture kao triju kategorija javnoga dobra u općoj uporabi koje postoje u našem pravnom sustavu te, supsidijarno, o zakonima kojima je uređen pravni režim imovine osoba javnoga prava. Relevantni zakoni, međutim, mehanizme zaštite javnoga interesa u režimu raspolaganja javnim dobrom u općoj uporabi ne uređuju ni sustavno, niti dosljedno. Osim toga, raspolaganje javnim dobrom regulirano je malim brojem odredaba razasutim u različitim zakonskim i podzakonskim aktima. Jedna od najvažnijih posljedica podnormiranosti ovoga pravnog područja nedostatak je ovlasti koje bi osobi javnoga prava omogućile učinkovitu zaštitu interesa društvene zajednice u pogledu javnoga dobra. Zakonima koji uređuju pravni režim javnoga vodnog dobra, cesta i željezničke infrastrukture tako je dopuštena široka primjena različitih privatnopravnih instituta u raspolaganju javnim dobrom u općoj uporabi. To samo po sebi ne bi predstavljalo problem, kada bi uz takve institute privatnog prava bili propisani i javnopravni mehanizmi zaštite javnog interesa u slučaju njegove ugroze. Takvi sigurnosni mehanizmi, međutim, uglavnom ne postoje.

Imajući u vidu značaj održivog razvoja prirodnih bogatstava, poput jezera i rijeka te prometnih infrastrukturnih objekata, poput cesta i željezničke infrastrukture, za svakodnevni život građana te gospodarstvo zemlje, valjalo bi više pažnje posvetiti problematici zaštite javnoga interesa vezanoga uz ta dobra. Predmet rada stoga je analiza pravnog režima raspolaganja javnim dobrom u općoj uporabi radi kritičkog preispitivanja primjerenosti hrvatskih pozitivnih propisa te predlaganja normativnih rješenja koja bi udovoljavala zahtjevima zaštite javnog interesa. U tom cilju najprije se razmatra ideja javnoga interesa u režimu javnoga dobra u općoj uporabi te se ukazuje na važnost koncepta javne namjene koja implicira korištenje dobra u svrhu zadovoljavanja javnih potreba društvene zajednice. U nastavku rada analiziraju se ograničenja ovlasti raspolaganja javnim dobrom u općoj uporabi, a koja čine temeljni mehanizam zaštite javnoga interesa u režimu toga dobra. Pritom se ističe važnost sustavnog normiranja zabrane otuđenja javnoga dobra, zabrane provedbe prisilnoga izvršenja nad javnim dobrom te zabrane stjecanja prava vlasništva javnoga dobra dosjelošću. Zatim se analiziraju dopušteni oblici raspolaganja javnim dobrom. Naglasak se stavlja na vrstu pravnih akata kojima se osniva posebna uporaba javnoga dobra, kao i na primjerenost njihova korištenja s gledišta zaštite javnoga interesa. Kao pravni naslovi posebne uporabe zasebno se razmatraju upravni akt, koncesija i ugovor.

3 Članak 35. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, 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.

2. JAVNI INTERES U PRAVNOM REŽIMU JAVNOGA DOBRA U OPĆOJ UPORABI

Javni interes, kao interes koji je pravnom normom priznat društvenoj zajednici, u režimu javnoga dobra izražava se u vidu javne namjene. Javna namjena ima mnogobrojne implikacije, a ponajprije podrazumijeva gospodarenje javnim dobrom radi postizanja dobrobiti cjelokupne društvene zajednice, a ne samo određenog pojedinca ili grupe. Pritom se ponajprije misli na državu, kao organiziranu društvenu zajednicu, uređenu na osnovi pravila koja prihvaćaju (dobrovoljno ili pod prinudom) svi članovi.[4] No, u obzir dolaze i druge društvene zajednice, neovisno o tomu jesu li određene po teritorijalnoj ili interesnoj osnovi. Javna namjena ključna je poveznica na kojoj se temelji jedinstveni pravni status za različite dijelove materijalnog svijeta koji zajednički čine javno dobro. Određivanjem javne namjene nekog dobra, tom se dobru ujedno dodjeljuje i konkretna javna svrha. U tom smislu Omejec navodi kako se javna namjena dodjeljuje određenom dobru radi pravne kvalifikacije toga dobra kao javnoga dobra, a tek iz toga posebnog svojstva dobra, iz normativno utvrđene javne svrhe, proizlazi njegovo korištenje koje se kvalificira kao opća uporaba.[5] Konstitutivna je odrednica javnoga dobra, stoga, vezivanje različitih dijelova materijalnog svijeta istom javnom svrhom, sukladno kojoj korištenje takvog dobra treba ići u korist javnosti, odnosno građana.[6]

Javnoj namjeni, kao i načinima njezine konkretizacije u javnu svrhu, pridaje se značajna pažnja u pravnim sustavima koji normiraju institut javnoga dobra u općoj uporabi. Francuski autori primjerice navode kako određivanje javne namjene predstavlja odluku o kvalifikaciji nekog dobra kao javnog dobra. Određivanje javne namjene može se provesti različitim vrstama pravnih akata. Tako se javna namjena, ovisno o vrsti dobra, može odrediti zakonom, podzakonskim općim aktom ili upravnim aktom.[7] Koncept javne namjene kao izraza javnoga interesa u režimu javnoga dobra usvojilo je i njemačko pravo. Njemački autori pritom posebnu pozornost posvećuju aktu namjene (njem. *Widmung*).[8] Aktom namjene javna namjena određenog dobra konkretizira se u točno određenu javnu svrhu te se pritom nerijetko uređuju i druga pitanja bitna za status i režim javnoga dobra, tj. zemljišne čestice obuhvaćene javnopravnim statusom, način njegova korištenja, ograničenja opće uporabe, modaliteti osnivanja posebne uporabe, ovlasti i obveze vlasnika te upravitelja takvoga dobra itd.[9] Akt namjene u Njemačkoj također može imati različite oblike. Tako u obzir

4 Vidi Visković, Nikola, Teorija države i prava, Zagreb, Birotehnika, 2001., str. 21.

5 Vidi Omejec, Jasna, Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (osnove prava javnih stvari), doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1993., str. 120.

6 Vidi Kromer, Michael, Sachenrecht des Offentlichen Rechts: Probleme und Grundlagen eines Allgemeinen Teils des Offentlichen Sachenrechts (Schriften zum Offentlichen Recht), Berlin, Duncker & Humblot, 1985., str. 20.

7 Vidi Walline, Marcel, Droit administratif, 8. izd., Paris, Sirey, 1959., str. 890., Auby, J., Bon, P., op. cit., str. 45. do 46. i Gillet-Lorenzi, E., Traoré, S., op. cit., str. 50.

8 Teško je naći adekvatan prijevod za tako osebujan pojam kao što je *Widmung* u njemačkome pravu. Po našem mišljenju značenje ovog izraza najbolje je u hrvatski jezik prenijela Omejec nazvavši ga aktom namjene. Vidi Omejec, J., op. cit., str. 232.

9 Aktom namjene kojim se proglašava cesta određuje se, primjerice, radi li se o cesti namijenjenoj

dolaze zakon, uredba, naredba i upravni akt. Najčešće je ipak riječ o upravnom aktu koji se donosi u vrlo kompleksnom upravnom postupku. Stupanjem na snagu akta namjene, dobro biva namijenjeno konkretnoj javnoj svrsi te stječe poseban status koji više nije reguliran samo normama građanskog prava, već se formira kao svojevrstan javnopravni status.[10]

Za razliku od francuskog i njemačkog prava, u hrvatskome pravu kvalifikacija određenog dijela materijalnog svijeta kao javnoga dobra ne sagledava se u svjetlu konkretizacije javne namjene, već samo s aspekta konstituiranja prava na opću uporabu. Vezivanje pravne kvalifikacije nekog dobra kao javnog uz konstituiranje opće uporabe, umjesto uz određivanje javne namjene u vidu konkretne javne svrhe, za posljedicu ima stavljanje javne namjene u službu opće uporabe, što je neispravno. Opća uporaba je uži pojam od javne namjene te u svojoj biti predstavlja jedan od mogućih pojavnih oblika javne svrhe koja je posljedica postojanja javnoga interesa. Osim opće uporabe, javna svrha nekog javnog dobra može se očitovati primjerice u korištenju od javnopravnih tijela, kao što je to slučaj s javnim dobrom u javnoj uporabi, ili pak u korištenju s ciljem ostvarivanja proračunskih prihoda osobe javnoga prava, kao što je to slučaj s financijskom imovinom. Opća uporaba stoga bi trebala biti u službi javne namjene, a ne obrnuto. Kvalitetno polazište za unaprjeđenje relevantnih pravnih odredbi možemo pronaći u Ustavu Republike Hrvatske.[11] Sva javna dobra u hrvatskom pravnom sustavu ujedno imaju status dobara od interesa za Republiku Hrvatsku. Interes Republike Hrvatske temeljni je institut koji upućuje na primjenu pravila javnoga prava u režimu ovih dobara te kao takav predstavlja osnovu njihova posebnog pravnog statusa. Gavella definira interes Republike Hrvatske kao pravni standard kojim se označava pravom zaštićeni opći interes društvene zajednice kao cjeline na postizanju dobrobiti države i svih njezinih građana.[12] Dakle, interes Republike Hrvatske je javni interes, koji se u režimu javnoga dobra izražava u vidu javne namjene. Daljnju konkretizaciju javne namjene nalazimo u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kojim je, među ostalim, propisano kako je javno dobro u općoj uporabi ono koje je namijenjeno uporabi svih.[13] Time se određivanje namjene ispravno stavlja u prvi plan, a uporaba svih kao opća uporaba u drugi plan. Shodno tomu, opća uporaba sagledava se kao pojavni oblik javne namjene.

Iz svega navedenog razvidno je kako u hrvatskome pravu postoji solidan temelj za normiranje javne namjene kao temeljne odrednice instituta javnoga dobra te opće uporabe kao njezina osnovnoga izraza. Taj koncept već je prepoznat u Ustavu te je konkretiziran Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Cijelom konceptu

za promet motornih vozila, biciklističkoj stazi ili pješačkoj stazi. Ako je riječ o cesti namijenjenoj za promet motornih vozila tada se aktom namjene određuje njezin maksimalni kapacitet, dopuštena veličina i osovinsko opterećenje vozila, kao i najveća dopuštena brzina kretanja. Vidi Wolff, H. J., Bachof, O., Stober, R., op. cit., str. 688.

10 Ibid., str. 688. do 689.

11 Ustav 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. - pročišćeni tekst, 5/14.

12 Vidi Gavella, Nikola … [et al.], Stvarno pravo - posebna pravna uređenja, Zagreb, Narodne novine, 2011., str. 9.

13 Članak 35. stavak 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

morali bi stoga biti prilagođeni i posebni zakoni, posebno Zakon o vodama,[14] Zakon o cestama[15] i Zakon o željeznici.[16] Prilagodba relevantnog zakonodavstva iznimno je važno, jer izostanak adekvatne normativne valorizacije javne namjene kao okosnice javnopravnog režima javnoga dobra u općoj uporabi uzrokuje mnogobrojne negativne posljedice po zaštitu javnoga interesa. Posljedice su najvidljivije u režimu raspolaganja javnim dobrom, u kojemu je došlo do značajnog upliva instituta privatnog prava. Zbog nepostojanja odgovarajućih mehanizama zaštite javnoga interesa, primjena instituta privatnoga prava u raspolaganju javnim dobrom u općoj uporabi može rezultirati pravnim učincima koji su protivni njegovoj javnoj svrsi i ugrožavaju interes društvene zajednice.

3. OBLICI ZAŠTITE JAVNOGA INTERESA U REŽIMU JAVNOGA DOBRA U OPĆOJ UPORABI

Javnopravni status javnoga dobra u općoj uporabi očituje se u određenim pozitivnim i negativnim učincima imanentnima vlasničkopravnom režimu toga dobra. Pozitivni učinci ogledaju se u tomu da je javno dobro u općoj uporabi objekt vlasništva osoba javnog prava, što podrazumijeva da ovlast za donošenje statusnih odluka i odluka o raspolaganju, kao i odgovornost za provođenje djelatnosti upravljanja, ulaze u djelokrug javne uprave i tijela vlasti. Negativni učinci očituju se u ograničenju privatnopravnih raspolaganja javnim dobrom, što uključuje zabranu raspolaganja koje bi rezultiralo ograničenjem, odnosno isključenjem javne svrhe javnoga dobra.

Kao što je ranije istaknuto, javni interes u režimu javnoga dobra u općoj uporabi očituje se u pravu svih pripadnika društvene zajednice da to dobro koriste sukladno njegovoj namjeni kako bi time zadovoljili svoje potrebe. Zadovoljavanje javnih potreba odvija se kao generalno i ravnopravno korištenje javnoga dobra od strane građana i drugih subjekata prava, koje se naziva općom uporabom. Opća uporaba, dakle, temeljni je oblik korištenja javnoga dobra i njegova osnovna javna svrha.[17] Zaštita javnog interesa vezanoga uz javno dobro zbog toga podrazumijeva zaštitu opće uporabe. Mjere zaštite posebno se poduzimaju u odnosu na samo javno dobro, kako bi se očuvala ona obilježja zbog kojih je to dobro dano na ravnopravno i slobodno korištenje svima. Temeljni preduvjet učinkovitosti takve zaštite, vlasništvo je osobe javnog prava nad javnim dobrom. Poglavito je riječ o državi i teritorijalnim jedinicama kao pravnim osobama koje ostvaruju javne ciljeve i interese.[18] U europskim

14 Zakon o vodama, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13., 14/14.

15 Zakon o cestama, Narodne novine, br. 84/11., 22/13., 54/13., 148/13., 92/14.

16 Zakon o željeznici, Narodne novine, br. 94/13., 148/13.

17 Omejec na primjeru opće uporabe voda ističe kako je taj način korištenja neovisan o povijesnim, društvenim i gospodarskim temeljima pojedinih pravnih sustava. Nije postojao i ne postoji niti jedan pravni poredak koji ne bi poznavao i priznavao pravo na opću uporabu voda. Krajem 19. stoljeća države su na sveobuhvatan način regulirale pravo na opću uporabu ovog prirodnog javnog dobra. Još je Bogišić isticao kako bi bunar iz kojega se ne bi moglo zahvaćati vodu: "presahnuo od nepravde, jer je voda božja." Omejec, J., op. cit., str. 116. do 117.

18 Pravne osobe mogu se podijeliti na osobe javnog prava i osobe privatnog prava, što je posljedica cjelokupne diobe prava na javno i privatno. Kao kriterij razlikovanja javljaju se

kontinentalnim pravnim poredcima najveći dio javnih dobara nalazi se u državnome vlasništvu.[19] Države u svojem vlasništvu zadržavaju sva dobra od strateškog značaja, neovisno o tomu ogleda li se taj značaj u prometnom, gospodarskom ili kakvom drugom državnom interesu. Manji dio javnih dobara uz koje nije neposredno vezan državni interes, a koja su pritom od interesa za lokalnu ili regionalnu zajednicu prepušta se u vlasništvo teritorijalnim jedinicama.[20] Među brojnim razlozima za specifičan vlasničkopravni režim javnoga dobra u općoj uporabi posebno se ističe sposobnost osoba javnog prava da zaštite javni interes kojeg društvena zajednica ima u pogledu toga dobra. Načelno se smatra kako javno dobro u općoj uporabi ne bi smjelo biti objektom vlasništva osoba privatnog prava. Osoba privatnog prava mogla bi monopolizirati korištenje javnoga dobra u općoj uporabi čime bi osujetila njegovu javnu svrhu. Osim toga, osoba privatnog prava ne može zaštititi javni interes u pogledu javnoga dobra u općoj uporabi čak i da to želi, jer ne ne raspolaže monopolom legitimne fizičke prisile. Prema Pusiću, regulacija ponašanja u društvu vrši se propisima čije poštovanje u krajnjem slučaju jamči upravo monopol primjene fizičke sile, a koji prvenstveno pripada državi.[21] Vlasništvo osobe javnoga prava nad javnim dobrom u općoj uporabi predstavlja, stoga, imperativ zaštite javnoga interesa vezanoga uz to dobro, neovisno o tomu izražava li se taj interes kao državni, regionalni ili lokalni.

Radi zaštite specifičnog vlasničkopravnog poretka, države kao temeljni vlasnici javnoga dobra samoograničavaju se u obavljanju vlasničkih ovlasti, ponajprije ovlasti raspolaganja javnim dobrom. Tim ograničenjima ujedno su obvezane i teritorijalne jedinice koje su vlasnici javnoga dobra. Neke države tako izričito propisuju zabranu otuđenja javnoga dobra u općoj uporabi. U državama u kojima takva zabrana nije izričito propisana ona se faktično provodi zbog posrednih ograničenja u raspolaganju

cilj i zadaća pravne osobe. Stoga se u osobe javnog prava svrstavaju one pravne osobe koje ostvaruju javne ciljeve i interese, dok se u osobe privatnog prava svrstavaju one pravne osobe koje slijede privatne ciljeve i interese. Država i teritorijalne jedinice nisu jedine osobe javnog prava. Osobama javnog prava smatraju se i neke druge pravne osobe, prvenstveno one koje ostvaruju javni interes i ciljeve te se pritom financiraju iz proračuna, poput određenih trgovačkih društava. Vidi Klarić, Petar, Vedriš, Marin, Građansko pravo: opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, 14. izd., Zagreb, Narodne novine, 2014., str. 53. Za potrebe ovoga rada pojam osoba javnog prava koristi se u nešto užem smislu te se njime označavaju država i teritorijalne jedinice kao vlasnici javnog dobra u općoj uporabi. U tom smislu, pojam osoba javnoga prava podudara se s istovjetnim pojmom koji se u Zakonu o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina koristi za označavanje države i teritorijalnih jedinica kao vlasnika infrastrukturnih građevina prometne, javne, komunalne i druge infrastrukture poput cesta, vodnih građevina, komunalnih objekata i željezničke infrastrukture. Članci 1. i 3. Zakona o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina, Narodne novine, br. 80/11. Za označavanje šireg kruga subjekata koji obavljaju javne zadaće, ponajprije zadaće upravljanja javnim dobrom u općoj uporabi, koristi se izraz subjekti javnog prava.

19 Vidi Popovski, Aleksandra, Upravnopravni aspekti upravljanja i korištenja javnoga dobra u općoj uporabi, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2016., str. 75. do 79.

20 Ibid., str. 80. do 86.

21 Pusić, Eugen, Društvena regulacija, Granice znanosti i iskustva, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 70. do 71.

javnim dobrom, posljedično kojima to dobro uživa status gotovo jednak statusu dobra izvan pravnoga prometa. Zabrana otuđenja javnoga dobra u općoj uporabi izričito je propisana u državama koje su usvojile koncept javnoga vlasništva, poput Francuske, Italije i Srbije.[22] Štoviše, u navedenim državama dodatno je određena i zabrana provedbe prisilnog izvršenja nad javnim dobrom u općoj uporabi. Javno dobro tako ne smije biti opterećeno stvarnopravnim osiguranjima tražbina, ne smije biti predmetom ovrhe niti nad njime neka osoba smije steći pravo vlasništva temeljem izvršenja. Kako bi se u cijelosti isključila svaka mogućnost prestanka vlasništva osobe javnoga prava nad javnim dobrom u općoj uporabi, u odnosu na to dobro u cijelosti je zabranjeno originarno stjecanje prava vlasništva dosjelošću.[23] U državama koje režim javnoga dobra u općoj uporabu nisu utemeljile na konceptu javnoga vlasništva, zaštita javnog interesa ostvaruje se zabranom privatnopravnih raspolaganja koja bi potencijalno mogla ograničiti ili isključiti javnu svrhu toga dobra. Tako je primjerice u njemačkom, austrijskom i slovenskom pravu vlasnik javnog dobra u općoj uporabi u izvršavanju svojih vlasničkih ovlasti ograničen onoliko koliko je potrebno da bi dobro služilo javnoj svrsi koja mu je dodijeljena. Detaljnija analiza pravnog režima pojedinih pojavnih oblika javnoga dobra u općoj uporabi ukazuje na to da je pravo vlasništva uslijed snažnih javnopravnih ograničenja redovito svedeno na *golo pravo* (lat. *nudum ius*). Posljedično tomu, iako javno dobro u općoj uporabi formalnopravno nije isključeno iz pravnog prometa, zbog pravila o ništetnosti privatnopravnih raspolaganja koja ugrožavaju opću uporabu, ta dobra faktično uživaju status vrlo sličan onomu *res extra commercium*. Posljedica navedenoga pravnog pristupa faktična je nemogućnost osobe javnoga prava da otuđi javno dobro u općoj uporabi. Taj specifični koncept vlasništva javnoga dobra u njemačkome pravu opravdano se naziva modificiranim privatnim vlasništvom, pri čemu relevantni autori često ističu kako javno dobro ne smije biti u cijelosti objektom građanskopravnog režima zbog svoje javne namjene i važnosti za društvenu zajednicu.[24] U prilog navedenome govori i Omejec, naglašavajući kako je Njemačka sebi pridržala opsežne ovlasti u pogledu javnoga dobra u općoj uporabi, što ukazuje kako osnovna ideja relevantnih njemačkih zakona pripada javnom pravu i da odstupanja koja u takvoj regulativi postoje u odnosu na pravo država u kojima je uspostavljeno javno vlasništvo leže više u formi negoli u sadržaju.[25]

22 Vidi članak L 3111-1 francuskog Općeg zakona o vlasništvu osoba javnoga prava (fra. *Code general de la propriete des personnes publiques*), službeni pročišćeni tekst dostupan na: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20080505 (16.12.2016.), članak 823. talijanskog Građanskog zakonika (tal. *Codice civile*), Gazzetta Ufficiale, n. 79/42., zadnja izmjena n. 202/16. i članak 16. srpskog Zakona o javnom vlasništvu (srp. *Zakon o javnoj svojini*), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/11., 88/13., 105/14.

23 Vidi članke L 3111-1 i L 2311-1 francuskog Općeg zakona o vlasništvu osoba javnoga prava, članak 823. talijanskog Građanskog zakonika te članke 16. i 17. srpskog Zakona o javnom vlasništvu.

24 Vidi Wolff, H. J., Bachof, O., Stober, R., op. cit., str. 679, Antoniolli, Walter, Koja, Friedrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1996., str. 698. i Virant, Gregor, Pojem in pravni režim javnega dobra, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 1990., str. 80. do 87.

25 Omejec, J., op. cit., str. 78. do 79. Slično vidi u Gavella, Nikola … [et al.], Stvarno pravo -

Režim obavljanja vlasničkih ovlasti nad javnim dobrom u općoj uporabi u hrvatskome pravu ne može se u cijelosti uklopiti niti u jedan od navedenih koncepata. Pravni sustav Republike Hrvatske ne poznaje koncept javnoga vlasništva, stoga se vlasništvo osoba javnoga prava po pravnoj prirodi ne razlikuje od vlasništva osoba privatnoga prava. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima izričito je propisano kako Republika Hrvatska i druge osobe javnoga prava koje su nositelji prava vlasništva imaju kao vlasnici u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici, ako posebnim zakonom nije što drugo određeno.[26] U Hrvatskoj ne postoji zakon kojim bi na općenit način bio normiran pravni režim javnoga dobra u općoj uporabi.[27] Pravni okvir raspolaganja tim dobrom stoga prije svega čine Zakon o vodama, Zakon o cestama te Zakon o željeznici. Na sva pitanja koja nisu uređena nekim od navedenih zakona supsidijarno se primjenjuju propisi kojima je uređeno raspolaganje državnom imovinom, osobito Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.[28] Zakonom o vodama izričito je propisano kako se javno vodno dobro nalazi u vlasništvu Republike Hrvatske te kako iz toga vlasništva ne smije biti otuđeno.[29] Povrh toga, na javnome vodnom dobru ne može se steći pravo vlasništva dosjelošću, niti se to dobro smije opteretiti založnim pravom.[30] Osim toga, država je samu sebe, kao i teritorijalne jedinice, ograničila i po pitanju otuđenja cesta. Zakonom o cestama propisano je da se javne ceste ne mogu otuđiti iz vlasništva Republike Hrvatske.[31] Istim Zakonom također je propisano da se nerazvrstane ceste ne mogu otuđiti iz vlasništva jedinica lokalne samouprave.[32] Zabrana stjecanja vlasništva ceste dosjelošću nije izričito propisana Zakonom o cestama, ali smatramo kako proizlazi iz tumačenja odredbi kojima je regulirano stjecanje stvarnih prava na cesti. Zakonom o cestama tako je propisano da se na cestama ne mogu stjecati stvarna prava, osim u slučajevima određenima tim Zakonom. Jedina stvarna prava koja se prema zakonskim odredbama mogu uspostaviti na cesti su pravo građenja i pravo služnosti.[33] Iz

svezak 1., Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 141.

26 Članak 1. stavak 2. i članak 35. stavak 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

27 Dodatnu pomutnju izaziva odredba Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kojom je određeno da se na pravni režim javnog dobra u općoj uporabi na odgovarajući način primjenjuju pravila koja vrijede za opće dobro. Članak 35. stavak 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Potpuno je nejasno koja su to pravila i gdje su ona navedena, kada u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ne postoje odredbe koje bi na općenit način uređivale ovu tematiku. Povrh toga, u hrvatskom pravnom sustavu ne postoji niti zakon koji bi na općenit način uređivao pravni režim općega dobra. Posebni zakoni po tom su pitanju podnormirani, jer uređuju samo specifičnu problematiku vezanu uz pojedinu kategoriju općeg dobra. Nejasno je na koji način bi se pravna pravila kojima je uređen režim pojedinih općih dobara trebala primijeniti na pitanja koja se tiču vlasničkih ovlasti raspolaganja javnim dobrom u općoj uporabi, imamo li u vidu okolnost da opće dobro nije sposobno biti objekt prava vlasništva. Članak 3. stavak 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

28 Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 94/13., 18/16.

29 Članak 11. stavci 4. i 5. Zakona o vodama.

30 Članak 11. stavak 6. i članak 13. Zakona o vodama.

31 Članak 3. stavak 6. Zakona o cestama.

32 Članak 101. Zakona o cestama.

33 Članak 3. Zakona o cestama.

navedenoga proizlazi da se ceste ne mogu otuđiti iz vlasništva Republike Hrvatske te da se na njima mogu ostvariti samo dva taksativno navedena ograničena stvarna prava. Sustavnost navedenog koncepta neotuđivosti javnoga dobra u općoj uporabi narušena je, međutim, Zakonom o željeznici. Potonjim Zakonom nije izričito propisana zabrana otuđenja željezničke infrastrukture. S obzirom na to da je željeznička infrastruktura imovina u vlasništvu Republike Hrvatske, na pitanje njezina otuđenja supsidijarno se primjenjuje Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, kojim također nije propisana zabrana otuđenja.[34] Postavlja se pitanje je li zakonodavac iz Zakona o željeznici namjerno izostavio odredbu o neotuđivosti toga dobra ili je riječ o propustu koji je posljedica nepostojanja općeg pravnog režima javnoga dobra u općoj uporabi te nedovoljne suradnje nadležnih tijela pri donošenju posebnih zakona. Skloniji smo prikloniti se drugo navedenom stavu. Smatramo kako neotuđivost željezničke infrastrukture, iako nije izričito propisana, proizlazi iz tumačenja odredbi Zakona o željeznici kojima je uređeno ukidanje statusa javnoga dobra. Zakonom o željeznici tako je propisano da se dijelu željezničke infrastrukture za koji ne postoji javni interes i interes korisnika usluga željezničkog prijevoza ili na kojem je trajno obustavljen željeznički prijevoz može oduzeti status javnog dobra u općoj uporabi. Odluku o trajnoj obustavi željezničkog prijevoza i oduzimanju statusa javnog dobra u općoj uporabi željezničkoj infrastrukturi donosi Vlada Republike Hrvatske. Propisano je i kako Vlada Republike Hrvatske može dio željezničke infrastrukture kojem je oduzet status javnog dobra u općoj uporabi prenijeti na drugog korisnika ili ovlastiti upravitelja infrastrukture na poduzimanje pravnih poslova u svezi s njegovim daljnjim statusom i namjenom.[35] Iz navedene odredbe proizlazi kako se dio željezničke infrastrukture može otuđiti tek po prestanku statusa javnoga dobra u općoj uporabi. Primjenom argumenta *a contrario,* željeznička infrastruktura kojoj nije prestao status javnoga dobra u općoj uporabi ne smije se otuđiti. Smatramo kako bi neotuđivost željezničke infrastrukture *de lege ferenda* ipak valjalo izričito propisati zakonom. Sve dok opći pravni režim javnoga dobra u općoj uporabi nije reguliran zakonom koji bi se u tom području primjenjivao kao *lex generalis*, takva zabrana trebala bi biti sadržana u Zakonu o željeznici.

Raspolaganje javnim dobrom u općoj uporabi, unatoč velikim ograničenjima, ipak nije u cijelosti onemogućeno. Javno dobro formirano prirodnim putem važan je resurs i prirodno bogatstvo, čija namjena zahvaljujući njegovim bogatim potencijalima može biti i kakva druga javna svrha, ne samo opća uporaba. Pojedine države raspolažu značajnim prirodnim bogatstvima, a nisu ih u mogućnosti koristiti u vlastitoj režiji zbog nedostatnih financijskih sredstava, tehničke opremljenosti, nedostatka specifičnog *know-howa* ili kakva drugog razloga.[36] S druge strane, umjetno javno dobro u općoj uporabi često se gradi radi obavljanja funkcije prometne infrastrukture. Osnovni oblik opće uporabe prometnih infrastrukturnih objekata sastoji se u prometovanju različitim tipovima vozila s motornim pogonom. Suvremeni brzi tehnološki razvoj zahtijeva

34 Članci 11. i 12. Zakona o željeznici te članak 4. stavak 1. točka 7. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

35 Članak 13. Zakona o željeznici.

36 Đerđa, Dario, Upravnopravni aspekti koncesija, doktorska disertacija, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2005., str. 1.

kontinuirano unaprjeđivanje sigurnosti tog modaliteta korištenja javnoga dobra, nerijetko povećanjem raznolikosti i obujma popratnih usluga koje se pružaju na javnome dobru. U tu svrhu potrebno je izvesti određene infrastrukturne poduhvate, za koje osoba javnoga prava ponekad nema dovoljno materijalnih sredstava. Obavljanje tih poduhvata stoga se može povjeriti drugoj osobi koja raspolaže odgovarajućim kapitalom. Zainteresirani poduzetnik time dobiva mogućnost koristiti dio javnoga dobra u cilju ostvarenja dobiti. Korisnici javnoga dobra pritom dobivaju mogućnost korištenja određene usluge, a osoba javnoga prava po proteku roka u kojem je poduzetnik imao pravo iskorištavati dio javnoga dobra stječe izgrađeni infrastrukturni objekt u svoje vlasništvo.[37] Pravni sustavi koji su normirali institut javnoga dobra u općoj uporabi zbog toga redovito dopuštaju određene modalitete raspolaganja tim dobrom. Raspolaganje javnim dobrom usmjereno je osnivanju specifičnih oblika korištenja toga dobra koji se ne mogu podvesti pod opću uporabu, radi ostvarivanja različitih, osobito gospodarskih interesa.

4. RASPOLAGANJE JAVNIM DOBROM U OPĆOJ UPORABI

Raspolaganje javnim dobrom u općoj uporabi podrazumijeva donošenje pravnih akata, odnosno sklapanje pravnih poslova kojima se osniva posebna uporaba toga dobra. Posebna uporaba individualizirani je oblik korištenja javnoga dobra koji nadilazi opću uporabu, uslijed čega redovito dolazi do ograničenja ili isključivanja opće uporabe drugih subjekata. Posebna uporaba kao ograničenje opće uporabe može biti neznatnoga karaktera te kao takva jedva primjetna subjektima opće uporabe, ali može biti i bitna, čak u toj mjeri da na dugo vremensko razdoblje u cijelosti onemogući opću uporabu. Zbog toga se posebna uporaba uvijek temelji na dozvoli koju dodjeljuje subjekt javnoga prava koji upravlja javnim dobrom.[38] Njemački autori ističu kako se posebna uporaba od opće razlikuje u formalnom i materijalnom smislu. U formalnom smislu za odvijanje opće uporabe nije potrebno posebno dopuštenje, dok je za posebnu uporabu potrebno ishoditi dozvolu.[39] U materijalnom smislu, opća uporaba predstavlja izraz osobnog i gospodarskog samoodređenja, dok posebna uporaba predstavlja subjektivno javno pravo pojedinca.[40] Francuska teorija o posebnoj uporabi govori u smislu isključivog korištenja dijela javnoga dobra radi ostvarivanja kakve koristi.[41] Ekskluzivnost takvoga korištenja predstavlja negiranje javne svrhe javnoga dobra, stoga je zakonom određeno kako nitko ne smije zauzeti ili koristiti javno dobro na način koji nadilazi opću uporabu bez dozvole.[42]

Svatko tko želi koristiti javno dobro na način koji nadilazi opću uporabu obvezatan je, dakle, ishoditi odgovarajuću dozvolu. Kada govorimo o dozvoli, podrazumijevamo dozvolu u materijalnom smislu riječi kao dopuštenje koje daje osoba javnoga prava, neovisno o tomu daje li se ono u formi jednostranog ili

37 Ibid., str. 2.
38 Vidi Gillet-Lorenzi, E., Traoré, S., op. cit., str. 105. i Papier, H., op. cit., str. 113.
39 Vidi Wolff, H., Bachof, O., Stober, R., op. cit., str. 683. do 686.
40 Vidi Omejec, J., op. cit., str. 111.
41 Vidi Gillet-Lorenzi, E., Traoré, S., op. cit., str. 98. do 99.
42 Članak L2122-1 francuskog Općeg zakona o vlasništvu osoba javnog prava.

dvostranog pravnog akta. Korištenje javnoga dobra na način koji nadilazi opću uporabu bez odgovarajuće dozvole nije dopušteno i kvalificira se kao prekršaj. Jedno od najvažnijih pitanja posebne uporabe je pravna priroda dozvole kojim se takav oblik korištenja javnoga dobra odobrava. U tom kontekstu ističemo kako su, radi obveze osobe javnoga prava da zaštiti javno dobro, u režim raspolaganja javnim dobrom implementirani specifični mehanizmi zaštite. Najvažniji među njima su vremenska ograničenost dozvole za posebnu uporabu te ovlast osobe javnoga prava da dozvolu opozove.[43] Neovisno o formi u kojoj je dana, dozvola za posebnu uporabu uvijek se izdaje na određeno vremensko razdoblje. Kako je javno dobro u općoj uporabi izvorno namijenjeno uporabi svih, odstupanja od načela slobode korištenja mogu biti samo privremene naravi. Trajni prijenos prava na posebnu uporabu javnoga dobra bio bi protivan pravnoj prirodi instituta javnoga dobra u općoj uporabi. Stoga se dozvola uvijek izdaje na određeni rok. Po proteku roka, dozvola prestaje vrijediti i na javnom dobru ponovno se uspostavlja opća uporaba u svom punom opsegu.[44] Protek roka na koji je dozvola dodijeljena nije, međutim, jedini razlog za prestanak posebne uporabe. Posebna uporaba prestaje i opozivom dozvole. Opoziv dozvole za posebnu uporabu obavlja se donošenjem novog pravnog akta kojim se ukida pravni naslov posebne uporabe. Time se pravni naslov posebne uporabe stavlja izvan snage *ex nunc,* čime se onemogućuje njegovo daljnje pravno djelovanje.[45] Jedna od najvažnijih zadaća osobe javnoga prava zaštita je javnog interesa vezanoga uz javno dobro. Ona stoga mora moći opozvati dozvolu za posebnu uporabu onog trenutka kada je takav način korištenja javnoga dobra počeo ugrožavati javni interes (primjerice u slučaju prestanka izvršavanja obveza od strane ovlaštenika posebne uporabe). Ovo je pravilo neizmjerno važno ako imamo na umu da javno dobro svakodnevno upotrebljavaju mnogobrojni pripadnici društvene zajednice te da već vrlo mala odstupanja od pravila zaštite i očuvanja toga dobra mogu prouzročiti veliku opasnost po ljudski život i zdravlje. Stoga, ako po zasnivanju posebne uporabe nastupe okolnosti zbog kojih subjekt koji upravlja javnim dobrom procijeni kako bi s aspekta zaštite javnog interesa bilo nužno opozvati dozvolu, on je ovlašten to i učiniti.

U poredbenom pravu velika se važnost pridaje ovlasti osobe javnoga prava da jednostranim i autoritativnim zahvatom u prava ovlaštenika posebne uporabe opozove dozvolu za posebnu uporabu kada to smatra nužnim te da odluka o opozivu proizvodi pravni učinak od trenutka njezina donošenja. Da bi takvo što bilo moguće, nužno je odnos osobe javnoga prava i ovlaštenika posebne uporabe koncipirati kao upravnopravni odnos. Dozvola za posebnu uporabu zbog toga je redovito upravni akt ili koncesija. Upravnopravni odnos posebne uporabe implicira subordinirani položaj ovlaštenika posebne uporabe i šire ovlasti osobe javnoga prava tijekom cjelokupnog trajanja toga odnosa.[46] U Francuskoj i ostalim državama koje su usvojile koncept javnoga vlasništva, javnim dobrom u općoj uporabi raspolaže se isključivo upravnim aktom ili koncesijom. U Njemačkoj i ostalim državama koje su usvojile model

43 Vidi Gillet-Lorenzi, E., Traoré, S., op. cit., str. 108.
44 Vidi Auby, J., Bon, P., op. cit., str. 94.
45 Vidi Đerđa, D., op. cit., str. 81.
46 Ibid., str. 58. do 59.

modificiranog privatnog vlasništva, dozvola za posebnu uporabu uglavnom ima oblik upravnoga akta ili koncesije. Iznimno, ako posebna uporaba ne isključuje, odnosno ne ograničava opću uporabu, pravo na posebnu uporabu može biti utemeljeno i ugovorom građanskoga prava. S obzirom na okolnost da većina oblika posebne uporabe na neki način ograničava ili isključuje opću uporabu, slučajevi raspolaganja javnim dobrom ugovorima građanskoga prava nisu česti.

U hrvatskome pravu pitanje pravne prirode dozvole za posebnu uporabu nije adekvatno niti sustavno uređeno. Javnopravni instrumenti podzastupljeni su u većini posebnih zakona, a ostali vidovi raspolaganja javnim dobrom ne vode se u dostatnoj mjeri zaštitom javnoga interesa. Takva situacija otvara prostor za unaprjeđenje režima raspolaganja javnim dobrom, zbog čega se u nastavku rada zasebno analiziraju temeljni pravni akti, odnosno pravni poslovi, koji se javljaju kao pravni naslovi posebne uporabe.

4.1. Upravni akt

Upravni akt kao autoritativno odlučivanje sa svrhom izazivanja neposrednog pravnog učinka u konkretnoj upravnoj stvari[47] temeljni je pravni institut koji se koristi u svrhu raspolaganja javnim dobrom. Pritom valja imati na umu kako se u pravno-teorijskim krugovima različitih država pojam upravni akt ne koristi uvijek dosljedno.[48] Ovaj se pojam na različite načine širi ili sužava te se njime nerijetko označavaju različiti akti uprave. Kada govorimo o upravnom aktu koji je pravna osnova posebne uporabe, tada valja imati u vidu kako je riječ o jednostranoj i autoritativnoj odluci donesenoj u konkretnoj upravnoj stvari kojom javnopravno tijelo u okviru ovlasti povjerenih zakonom, primjenom materijalnih normi upravnog prava rješava o pravima, obvezama ili pravnim interesima pojedinca.[49] Zbog obilježja kao što su jednostranost, autoritativnost, pravno djelovanje, konkretnost i pravna vezanost, upravni akt predstavlja temeljni instrument kojim osoba javnoga prava odlučuje o pravima i obvezama ovlaštenika posebne uporabe. Dozvola kojom se dodjeljuje pravo na posebnu uporabu nastaje kao posljedica izražene autoritativne volje osobe javnoga prava. Subjekt koji je aplicirao za dodjelu prava na posebnu uporabu nije ovlašten s osobom javnoga prava pregovarati oko postojanja pretpostavki za dodjelu dozvole. Inicijativa stranke da joj se dodijeli pravo na posebnu uporabu

47 Vidi Krbek, Ivo, Upravni akt, Zagreb, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, 1957., str. 16.

48 Ivančević u tom smislu navodi kako teorija nije uspjela razviti opće prihvatljivu definiciju upravnog akta. Navedeno može biti posljedica izvođenja pojma upravnog akta iz različitih pravno-političkih načela i situacija koje nisu nužno ni pravno niti faktično prikladne za takvu dedukciju. S druge strane, to može biti posljedica preuveličavanja određenih obilježja upravnog akta, kao što je, primjerice Hauriou prenaglasio svojstvo izvršnosti upravnog akata i nazvao ga izvršnom odlukom (fra. *decision executoire*). Povrh svega, zakonodavac često iz određenih političko-oportunističkih razloga odstupa od uvjetno priznate definicije koju je ponudila teorija i razvija vlastitu, zakonsku, definiciju koju onda zbog njezine neodređenosti pravna praksa nerijetko širi ili sužava, ovisno o potrebama. Ivančević, Velimir, Institucije upravnog prava, knjiga 1., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1983., str. 231.

49 Vidi Borković, Ivo, Upravno pravo, 7. izd., Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 360.

predstavlja samo postupovnu pretpostavku počeka upravnog postupka. Posljedično autoritativnosti upravnog akta, volja stranke nije mjerodavna pri donošenju dozvole za posebnu uporabu.[50] Donošenjem upravnog akta, između osobe javnoga prava i ovlaštenika posebne uporabe uspostavlja se upravnopravni odnos. Osoba javnoga prava u upravnopravnom odnosu istupa s jačom voljom te se nalazi u nadređenom položaju spram ovlaštenika posebne uporabe. Jednostrano izražena volja osobe javnoga prava, posljedično njezinom autoritativnom položaju, sankcionira se uporabom sredstava prinude u slučaju izostanka dobrovoljnog izvršenja obveza ovlaštenika posebne uporabe.[51] Važno obilježje dozvole za posebnu uporabu je i njezin neposredni pravni učinak. Tom dozvolom u korist ovlaštenika posebne uporabe osnivaju se određena prava, ali i obveze koje on prije njezina donošenja nije imao. Osnivanjem upravnopravnog odnosa mijenja se dotadašnji pravni status adresata dozvole. Pravno djelovanje dozvole za posebnu uporabu pritom je usmjereno na konkretno javno dobro te se javlja primarno između osobe javnoga prava koja je dozvolu izdala te individualno određenog ovlaštenika posebne uporabe. Na taj način dozvola za posebnu uporabu izaziva neposredan pravni učinak u konkretnoj upravnoj stvari. Valja naglasiti kako djelovanje dozvole za posebnu uporabu nije ograničeno samo na subjekte tog upravnopravnog odnosa. Djelovanje navedene dozvole proteže se i na sve druge subjekte koji pod njezin učinak dolaze u situaciji kada svojim ponašanjem diraju u subjektivno javno pravo ovlaštenika posebne uporabe.[52] Konačno, osoba javnog prava pri donošenju dozvole za posebnu uporabu vezana je načelom zakonitosti. Ona djeluje u ulozi neposrednog izvršitelja općih normativnih akata, pa je pri zasnivanju upravnopravnog odnosa vezana i voljom zakonodavca i voljom donosioca podzakonskih općih akata koji se primjenjuju u konkretnoj upravnoj stvari.[53] Osoba javnoga prava dozvolu smije izdati samo ako je to u okviru njezine nadležnosti, provodeći pravila upravnog postupka, pod uvjetima utvrđenim materijalnim pravom te u propisanom obliku.[54]

Široka primjena upravnoga akta u raspolaganju javnim dobrom posljedica je još jedne, iznimno važne okolnosti, a to je ovlast osobe javnoga prava da naknadno utječe na već osnovani upravnopravni odnos. Kada je upravnim aktom osnovano pravo na posebnu uporabu, osoba javnoga prava time nije iscrpila sve svoje ovlasti. Naprotiv, ona nad posebnom uporabom obavlja stalan nadzor, koji pod određenim uvjetima može rezultirati ukidanjem prava na posebnu uporabu. Pritom nije riječ o poništavanju upravnog akata koji je pravni naslov posebne uporabe zbog određenih nezakonitosti vezanih uz njegovo donošenje za koje se nije znalo u trenutku donošenja, nego o ovlasti osobe javnoga prava da samostalnim upravnim aktom (lat. *actus contrarius*), donesenim povodom nadzora nad postojećim upravnopravnim odnosom, taj odnos ukine. Pretpostavke za donošenje upravnog akta kojim se ukida posebna uporaba neovisne su o onih temeljem kojih je donesen upravni akt kojim je taj upravnopravni

50 Vidi Ivančević, V., op. cit., str. 241.
51 Ibid., str. 237.
52 Ibid., str. 245. do 246.
53 Ibid., str. 247.
54 Vidi Borković, I., op. cit., str. 360. do 362.

odnos osnovan.[55] Motivacija za ukidanje prava na posebnu uporabu obično se nalazi u naknadno nastalom sukobu interesa osobe javnoga prava i ovlaštenika posebne uporabe, koji je posljedica određenih faktičnih promjena vezanih uz zaštitu javnoga dobra, odnosno interes društvene zajednice. Radi nužnosti podizanja razine zaštite javnoga dobra ili promjene mehanizama kojima se ona provodi, legitimno stečena prava i pravni interesi ovlaštenika posebne uporabe bivaju ukinuti.[56] Valja također istaknuti kako navedeno vrijedi ne samo za pitanje ukidanja posebne uporabe, nego i za postavljanje novih uvjeta u tom upravnopravnom odnosu. Posljedično napretku znanosti, tehnologija koja služi iskorištavanju javnoga dobra mijenja se, a uvjeti postavljeni upravnim aktom kojim je dopuštena posebna uporaba postaju zastarjeli i treba ih zamijeniti novima. Novi uvjeti ne postavljaju se izravno u odnosu na upravni akt koji je pravni naslov posebne uporabe, nego temeljem nadzora kojeg osoba javnoga prava obavlja radi zaštite javnoga interesa i očuvanja javnoga dobra.[57]

Zbog svega navedenoga, upravni akt temeljni je institut kojim se raspolaže javnim dobrom u općoj uporabi u poredbenom pravu.[58] U hrvatskom je pravu, međutim, upravni akt kao forma dozvole za posebnu uporabu podzastupljen. Taj javnopravni institut nešto širu primjenu ima u raspolaganju javnim vodnim dobrom. Zakonom o vodama tako je primjerice propisano da pravne i fizičke osobe mogu na dijelu javnoga vodnog dobra ostvariti prava najma, zakupa, služnosti i građenja radi ostvarenja svojih gospodarskih, odnosno osobnih potreba, a da odluku o dodjeli tih prava donose Hrvatske vode u upravnom postupku.[59] Odluka o dodjeli prava na posebnu uporabu ovog javnog dobra stoga je upravni akt, temeljem kojega se onda sklapa jedan od taksativno navedenih ugovora građanskoga prava. Osim toga, posebna uporaba javnoga vodnog dobra u određenim slučajevima može se osnovati i vodopravnim uvjetima te vodopravnom dozvolom. Sukladno izričitim odredbama Zakona o vodama vodopravni uvjeti i vodopravna dozvola upravni su akti.[60] S druge strane, posebna uporaba cesta i željezničke infrastrukture uglavnom se temelji na privatnopravnim institutima. Smatramo kako bi *de lege ferenda* polje primjene upravnog akata u hrvatskom zakonodavstvu valjalo proširiti. Zbog obilježja poput jednostranosti i autoritativnosti, taj javnopravni instrument omogućuje osobi javnoga prava da zainteresiranom subjektu dopusti iskorištavanje dijela javnoga dobra radi obavljanja ugostiteljske, trgovačke, gospodarske ili kakve druge djelatnosti, a da pritom zadrži nadređen pravni položaj koji će joj omogućiti da okonča upravnopravni odnos posebne uporabe kada to ocijeni neophodnim s aspekta zaštite javnoga interesa. S druge strane, zahtijeva li posebna uporaba veće investicije, duže vremensko razdoblje iskorištavanja javnoga dobra te sigurniji pravni položaj ovlaštenika, preporučljivo je za pravni naslov koristiti koncesiju.

55 Vidi Krbek, Ivo, Pravo jugoslavenske javne uprave, 3. knjiga: funkcioniranje i upravni spor, Zagreb, Birozavod, 1962., str. 43. do 44.

56 Vidi Ivančević, V., op. cit., str. 287.

57 Vidi Krbek, I., Pravo jugoslavenske …, cit., str. 43. do 44.

58 Vidi Wolff, H., Bachof, O., Stober, R., op. cit., str. 735. do 736., Antoniolli, W., Koja, F., op. cit., str. 706. do 707., Gillet-Lorenzi, E., Traoré, S., op. cit., str. 98. do 100. i Scoca, Franco Getano, Diritto amministrativo, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014., str. 515.

59 Članak 16. Zakona o vodama.

60 Članak 141. Zakona o vodama.

4.2. Koncesija

Kako nesiguran pravni položaj ovlaštenika ne bi bio prepreka određenim oblicima posebne uporabe koji su od javnoga interesa, a zahtijevaju veća financijska ulaganja te je potrebno duže vremensko razdoblje da ovlaštenik povrati uložena sredstva, javnim dobrom može se raspolagati dodjelom koncesije. Posebna uporaba utemeljena na koncesiji podrazumijeva upravnopravni odnos nastao ustupanjem od strane osobe javnoga prava pod uvjetima i na način propisan zakonom u određenom vremenskom razdoblju prava iskorištavanja javnoga dobra, odnosno prava obavljanja određene djelatnosti na javnome dobru, često popraćenog izgradnjom i korištenjem objekata potrebnih za obavljanje te djelatnosti, fizičkoj ili pravnoj osobi na njezin trošak i rizik.[61] Riječ je primarno o koncesiji dobara, koja obuhvaća pravo iskorištavanja određenoga javnog dobra. Ako se koncesijom koja je pravni naslov posebne uporabe osim prava na iskorištavanje javnoga dobra dodjeljuje i pravo pružanja javnih usluga, koncesija dobara kombinira se s koncesijom usluga.[62] Za razliku od upravnog akta, ugovor o koncesiji ima obilježja dvostranog pravnog akta pa se pri njegovu sklapanju, osim volje osobe javnoga prava, u obzir uzima i volja ovlaštenika posebne uporabe. Pritom valja imati na umu kako u poredbenom pravu pravna priroda koncesije nije jednostavno pitanje.[63] Neki teoretičari na koncesiju gledaju kao na jednostrani akt javne vlasti, dok prema drugima koncesija predstavlja ugovorni odnos. Đerđa smatra kako bi pravnu prirodu koncesije trebalo tumačiti s obzirom na sukob interesa koji se javlja između osobe javnoga prava koja u ulozi koncedenta nastoji u koncesijskom odnosu nastupati s aspekta *iure imperii* i ovisno o potrebama javnog interesa mijenjati odredbe ugovora te osobe privatnoga prava čiji je interes kao koncesionara da koncedent prema njemu nastupa što je više moguće kao ravnopravni subjekt, dakle s aspekta *iure gestionis*.[64] Francuski teoretičari zbog toga veliki naglasak stavljaju na mješovitu pravnu prirodu ugovora o koncesiji. Jedan dio odredbi ovog ugovora naziva se naredbenim klauzulama. Naredbene klauzule koncedent može jednostrano izmijeniti u bilo kojem trenutku ako to smatra opravdanim s aspekta zaštite javnog interesa. Drugi dio odredbi ugovora o koncesiji naziva se ugovornim klauzulama. Ugovorne klauzule unesene su u ugovor kao rezultat sporazuma postignutog između koncesionara i koncedenta. Koncedent nema ovlasti jednostrano izmijeniti ugovorne klauzule.[65] Zbog navedene dihotomije ugovornih odredbi, koncesija omogućava ovlašteniku posebne uporabe da u određenoj mjeri utječe na sadržaj vlastitih prava i obveza, a čak se i stipulacije oko uvjeta oduzimanja ili prestanka same koncesije nerijetko dodatno uređuju u vidu ugovornih klauzula.[66] S druge strane, pravni režim ugovora o koncesiji reguliran je javnopravnim normama, stoga izvršavanje ovog ugovora bitno odstupa od ugovora građanskog prava. Odnos između osobe javnoga prava kao koncedenta te ovlaštenika posebne uporabe kao koncesionara u svojoj

61 Vidi Đerđa, D., op. cit., str. 30.
62 Ibid., str. 64.
63 Ibid., str. 101.
64 Ibid., str. 102. do 109.
65 Ibid., str. 106.
66 Vidi Omejec, J., op. cit., str. 175.

biti je odnos subjekata upravnoga ugovora, zbog čega se ugovorne stranke nalaze u nejednakim položajima. Osoba javnoga prava nastupa s jačom voljom, jer se nalazi u ulozi zaštitnika javnog interesa, dok je ovlaštenik posebne uporabe u podređenom položaju. Posljedično tomu, koncedentu na raspolaganju stoje različita pravna sredstva kojima koncesionara može prisiliti na izvršenje njegovih obveza ako to ocjeni potrebnim. Osim toga, koncedent jedini ima ovlast jednostrano raskinuti ugovor o koncesiji ako je to nužno radi zaštite javnog interesa. Učinci jednostranog raskida ugovora o koncesiji nastupaju odmah, a dotadašnji koncesionar može svoja prava naknadno štititi pred sudom. S druge strane, relevantno zakonodavstvo koncedentu najčešće ipak ne daje pretjeranu slobodu kada je u pitanju ocjena okolnosti zbog kojih bi koncesionaru oduzeo pravo na posebnu uporabu. Zbog svega navedenog, primjena ovog javnopravnog instituta omogućuje široko ostvarivanje načela razmjernosti u zaštiti javnog i privatnog interesa, pa se koncesija čini najpogodnijim sredstvom za zasnivanje posebne uporabe na duži rok.

U poredbenom je pravu dodjela koncesije uglavnom predviđena za slučajeve značajnijeg i trajnijeg raspolaganja javnim dobrom, posebice ako je u pitanju obavljanje kakve gospodarske djelatnosti.[67] Navedeno pravilo u francuskom i njemačkom pravu upotpunjeno je dodatnim kriterijima razlikovanja. U Francuskoj tako koncesionar ima sigurniji pravni položaj od drugih ovlaštenika posebne uporabe. To prvenstveno dolazi do izražaja u odnosu spram koncedenta, ali i u odnosu spram trećih osoba. Naime, opozivost svih oblika ovlaštenja za posebnu uporabu jedno je od temeljnih obilježja francuskog prava javnih dobara, pa se ovlaštenici u većini slučajeva nalaze u izrazito nesigurnom pravnom položaju. Pravni položaj koncesionara ipak karakterizira nešto viši stupanj pravne sigurnosti, jer je mogućnost jednostrane izmjene ili raskida ugovora o koncesiji određena restriktivno te se pritom dosta pozornosti posvećuje financijskoj održivosti koncesionarovog poslovanja.[68] Razlika između koncesije i upravnog akta

67 Vidi primjerice članak L2122-6 francuskog Općeg zakona o vlasništvu osoba javnog prava, članak 21. talijanskog Kraljevskog dekreta br. 1775 iz 1933. godine s izmjenama i dopunama iz 1994. i 2006. godine (tal. *Regio decreto n. 1775, 1933, gia' modificato dalla legge 5 gennaio 1994, n. 36, come ulteriormente modificato dall' decreto legislativo n. 152 del 2006*.), Gazzetta Ufficiale, n. 5/34., članak 14. stavak 2. njemačkog Zakona o vodnim resursima (njem. *Wasserhaushaltsgesetz*), Bundesgesetzblatt, I S. 2585 iz 2009., zadnja izmjena I S. 1764 iz 2016. i članak 9. austrijskog Zakona o vodama (njem. *Wasserrechtgesetz*), Bundesgesetzblatt I, Nr. 215/59., zadnja izmjena 54/14.

68 Vidi Gillet-Lorenzi, E., Traoré, S., op. cit., str. 108. do 110. U tom smislu Aviani i Đerđa navode kako jednostrana izmjena ugovornih odredbi od strane koncedenta često za posljedicu ima uvećanje troškova poslovanja druge ugovorne strane. Stoga se u francuskom pravu koncesionaru pruža mogućnost da se zaštiti od takvih jednostranih izmjena ugovornih odredbi pozivajući se na pravo *očuvanja financijske ravnoteže ugovora*. Slijedom toga, ako se naknadnom izmjenom ugovorne odredbe naruši financijska ravnoteža ugovora, koncesionar će biti ovlašten potraživati naknadu od osobe javnog prava, kako bi se na taj način financijska ravnoteža ugovora ponovno uspostavila. Ako koncesionar i koncedent ne odrede sporazumno iznos naknade, koncesionar može svoje pravo pokušati ostvariti u upravnom sporu. Osim *očuvanja financijske ravnoteže ugovora*, valja istaknuti još dvije teorije koje predstavljaju veliki doseg francuskog prava u ovom području, *fait du prince* te *imprevision.* Teorija *fait du prince* odnosi se na slučajeve u kojima je financijska ravnoteža ugovora narušena poduzimanjem određene radnje od osobe javnog prava, koja nije povezana s odredbama konkretnog ugovora, ali ima pravni učinak

kao pravnih naslova posebne uporabe slično je koncipirana u njemačkom pravu. Posebna uporaba temeljem koncesije od posebne uporabe temeljem upravnog akta i u Njemačkoj se, osim po predmetu i opsegu mogućih korištenja javnoga dobra, razlikuje po pravnom položaju ovlaštenika. Pravni položaj koncesionara jače je zaštićen u odnosu na pravni položaj ostalih ovlaštenika posebne uporabe kojima dozvola može biti oduzeta u bilo koje doba.[69] Razlozi za jednostrani raskid ugovora o koncesiji od strane koncedenta prilično su restriktivno propisani. Osim u odnosu spram koncedenta, koncesionar je, za razliku od ostalih ovlaštenika, zaštićen i od trećih osoba.[70]

U hrvatskom zakonodavstvu koncesija nije adekvatno vrednovana u raspolaganju javnim dobrom. Širu primjenu taj javnopravni institut ima samo u režimu javnoga vodnog dobra. Za svako korištenje javnog vodnog dobra koje prelazi opseg opće uporabe, odnosno slobodnog korištenja voda, sukladno Zakonu o vodama, potrebno je ishoditi koncesiju ili vodopravnu dozvola.[71] Gospodarsko korištenje javnoga vodnog dobra uglavnom se temelji na koncesiji. Koncesija se tako zahtijeva za korištenje vodne snage radi proizvodnje električne energije, korištenje vodne snage za pogon uređaja, zahvaćanje voda radi korištenja za tehnološke i slične potrebe u količini većoj od 10.000,00 metara kubičnih godišnje, zahvaćanje mineralnih, termalnih i termomineralnih voda, zahvaćanje voda za navodnjavanje, zahvaćanje voda namijenjenih za ljudsku potrošnju te eksploataciju pijeska i šljunka iz obnovljivih ležišta u području značajnom za vodni režim. Koncesija može biti dodijeljena za javne usluge te javne radove, osim djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje. Osoba koja želi obavljati gospodarsku djelatnost splavarenja, raftinga, vožnje kanuima i drugim sličnim plovilima ili pak koristiti javno vodno dobro za postavljanje plutajućih ili plovećih objekata unutar nacionalnog parka ili parka prirode, mora ishoditi koncesijsko odobrenje koje se izdaje sukladno propisima o zaštiti prirode.[72] Institutu koncesije nije, međutim, dano dovoljno prostora u režimu

na izvršavanje prava i obveza koncesionara. Slijedom navedenoga, koncesionar koji se zbog donošenja kakvog općeg akta od osobe javnog prava našao u nepovoljnijem položaju od onoga u kojem je bio kada je sklopio ugovor o koncesiji, ovlašten je od osobe javnog prava potraživati naknadu pretrpljene štete ili odobrenje za povećanje naknade koju ubire od korisnika javnog dobra. Teorija *imprevision* odnosi se na slučajeve u kojima su se, nakon sklapanja upravnog ugovora, okolnosti koje su postojale kada je ugovor bio sklopljen toliko promijenile, da je izvršenje ugovora za neku od ugovornih stranaka postalo neekonomično. Okolnosti zbog kojih je ugovornoj stranci postalo neekonomično izvršavati ugovor o koncesiji morale su nastupiti nakon sklapanja samog ugovora, ne smiju biti povezane s radom javne vlasti i moraju biti izvanrednog karaktera. Ako u ugovoru nema odredbi koje uređuju postupanje u takvim okolnostima, koncesionar može tražiti njegov raskid. Međutim, u tom slučaju osoba javnog prava može odbiti raskinuti ugovor te prisiliti koncesionara da nastavi izvršavati svoje ugovorne obveze. Koncesionar je tada ovlašten potraživati naknadu svih nepredviđenih troškova, koje mu osoba javnog prava treba isplatiti. Aviani, Damir, Đerđa, Dario, Aktualna pitanja pravnog uređenja upravnih ugovora u hrvatskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, vol. 48, br. 3(2011), str. 483. do 484.

69 Vidi Papier, H., op. cit., str. 126.

70 Vidi Omejec, J., op. cit., str. 178.

71 Članak 79. Zakona o vodama.

72 Članci 158., 163. i 171. Zakona o vodama.

ostalih javnih dobara. Koncesija kao pravni osnov posebne uporabe propisana je samo još u slučaju korištenja cesta. Zakonom o cestama tako je omogućena dodjela koncesije za korištenje cestovnog zemljišta radi izgradnje pratećih uslužnih objekata i obavljanja djelatnosti ugostiteljstva, trgovine, usluga opskrbe gorivom, servisnih usluga i sl.[73]

Smatramo kako bi *de lege ferenda* primjenu koncesije valjalo proširiti na slučajeve osnivanja posebne uporabe u kojima upravni akt sam po sebi ne predstavlja primjeren pravni naslov. U okolnostima kada je raspolaganje javnim dobrom od strateškog, odnosno gospodarskog interesa za osobu javnoga prava, upravni akt kao javnopravni instrument koji javnoj vlasti omogućuje iznimno široku dispoziciju preinake i ukidanja upravnopravnog odnosa, prejako izražava autoritet vlasti. S druge strane, građanskopravni ugovor bi osobi javnoga prava onemogućio jednostran i autoritativni zahvat u nastali građanskopravni odnos, pa bi ovlaštenik posebne uporabe, pozivajući se na slobodu ugovaranja i ravnopravnost ugovornih stranaka, potencijalno mogao ugroziti javni interes. U takvim slučajevima koncesija predstavlja svojevrstan kompromis, koji nadilazi neadekvatnost upravnog akta i ugovora građanskog prava te omogućuje ostvarivanje željene javne svrhe.[74]

4.3. Ugovor

Njemački pravni sustav dopušta raspolaganje javnim dobrom u općoj uporabi ugovorima građanskoga prava. Pritom nisu propisana ograničenja u pogledu vrste pravnog posla. No, za sve takve pravne poslove vrijedi zajedničko pravilo: privatnopravno raspolaganje nije dopušteno ako bi utjecalo na opću uporabu javnoga dobra.[75] Svrha javnoga dobra ne smije biti ugrožena pravnim poslovima privatnoga prava. Posljedično tomu, u praksi nema puno primjera raspolaganja javnim dobrom ugovorima građanskoga prava, s obzirom na to da većina pojavnih oblika posebne uporabe na neki način ograničava ili isključuje opću uporabu.[76] Za razliku od njemačkoga prava, u hrvatskom pravu raspolaganje javnim dobrom ugovorima građanskog prava široko je omogućeno te pritom nisu uvijek implementirani adekvatni mehanizmi zaštite javnoga interesa. Štoviše, posebna uporaba cesta i željezničke infrastrukture osniva se uglavnom građanskopravnim ugovorima. Zakonom o cestama propisano je da se na cesti može osnovati pravo služnosti i pravo građenja radi izgradnje komunalnih, vodnih, energetskih građevina i građevina elektroničkih komunikacija i povezane opreme. Osim toga dio ceste može se dati na korištenje radi obavljanja pratećih djelatnosti ugovorom o korištenju cestovnog zemljišta na koji se primjenjuju odredbe ugovora o zakupu.[77] Dodatno je propisano kako se dio nerazvrstane ceste namijenjen pješacima može dati u zakup.[78] Subjekt javnoga prava koji upravlja cestom ovlašten je sklapati

73 Članak 75. stavak 1. Zakona o cestama.
74 Vidi Ivančević, V., op. cit., str. 242.
75 Vidi Papier, H., op. cit., str. 112., Wolff, H., Bachof, O., Stober, R., op. cit., str. 736. do 737. i Antoniolli, W., Koja, F., op. cit., str. 706.
76 Vidi Wolff, H., Bachof, O., Stober, R., op. cit., str. 738. do 739.
77 Članak 3. Zakona o cestama.
78 Članak 101. stavak 3. Zakona o cestama.

navedene ugovore bez obzira na to ograničava li se, odnosno isključuje li se pritom opća uporaba javnoga dobra. Kao što je ranije napomenuto, hrvatsko zakonodavstvo nije prepoznalo i primjereno vrednovalo institut javne namjene javnoga dobra. Stoga se niti opća uporaba ne prepoznaje kao apsolutni imperativ javnoga interesa kojemu bi trebalo pružiti zaštitu u slučaju ugroze. Taj temeljni nedostatak pravnih propisa rezultirao je time da se u hrvatskome pravu, protivno svim osnovnim postulatima prava javnih dobara, ugovorima građanskoga prava može dopustiti posebna uporaba ceste koja potencijalno ograničava ili isključuje opću uporabu. Predmetno zakonsko rješenje nije najbolje jer omogućava osobi javnoga prava raspolaganje javnim dobrom na način koji je možebitno protivan javnome interesu. Raspolaganje željezničkom infrastrukturom nešto je bolje uređeno. Zakonom o željeznici propisano je kako upravitelj infrastrukture može osnovati pravo služnosti, odnosno pravo građenja za potrebe građenja ili unaprjeđenja drugog infrastrukturnog sustava na dijelu željezničke infrastrukture, ali samo pod uvjetom da se time ne gubi funkcionalnost željezničke infrastrukture.[79] Smatramo da iz navedene odredbe proizlazi kako se željezničkom infrastrukturom ne smije raspolagati sklapanjem ugovora o osnivanju dvaju navedenih ograničenih stvarnih prava, ako bi time bio ograničen ili isključen željeznički promet kao osnovni oblik opće uporabe toga javnog dobra.

Dodatni problem predstavlja okolnost kako se u podlozi raspolaganja cestama i željezničkom infrastrukturom ne nalazi niti jedan javnopravni institut. Odredbe Zakona o cestama i Zakona o željeznici ne uređuju postupak dodjele prava na posebnu uporabu, što je već samo po sebi loše pravno rješenje. Kada su u pitanju ceste ovaj postupak je uređen Pravilnikom o korištenju cestovnog zemljišta i obavljanju pratećih djelatnosti na javnoj cesti, kojim je propisano kako se korištenje cestovnog zemljišta povjerava korisnicima javnim nadmetanjem, a u određenim slučajevima i izravnom pogodbom.[80] Pritom nije određena pravna priroda odluke o dodjeli prava na posebnu uporabu. Kada je u pitanju željeznička infrastruktura, postupak raspolaganja nije uređen ni Zakonom o željeznici, niti podzakonskim općim aktima koji bi bili doneseni za izvršenje toga Zakona. S obziromna to da se željeznička infrastruktura nalazi u državnome vlasništvu, na postupak raspolaganja tim dobrom primjenjuju se propisi o raspolaganju državnom imovinom, ponajprije Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.[81] Potonjim Zakonom određeno je kako se raspolaganje nekretninama, provodi javnim nadmetanjem, javnim prikupljanjem ponuda ili kombinacijom tih dvaju postupaka.[82] Iznimno, imovinom se može raspolagati i bez provedbe javnog nadmetanja, odnosno javnog prikupljanja ponuda, ali samo u zakonom propisanim slučajevima.[83] Zakonom o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, kao i podzakonskim općim aktima

79 Članak 13. stavak 4. Zakona o željeznici.

80 Članak 11. stavak 1. Pravilnika o korištenju cestovnog zemljišta i obavljanju pratećih djelatnosti na javnoj cesti, Narodne novine, br. 78/14.

81 Članak 4. stavak 1. točka 7. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

82 Članak 51. stavak 1. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

83 Članak 52. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske.

donesenima za njegovo izvršenje, također nije propisana pravna priroda odluke o dodjeli prava na posebnu uporabu. Čini se kako je, *de lege lata,* odluka o kojim se osniva posebna uporaba ceste, odnosno željezničke infrastrukture po pravnoj prirodi akt poslovanja. Akt poslovanja donosi osoba javnoga prava kada odlučuje o raspolaganju prirodnim bogatstvom te drugim dobrom kao nositelj vlasničkih prava.[84] Riječ je neupravnom aktu koji proizlazi iz vlasničkopravne ovlasti na nekom dobru. Bitno je obilježje akta poslovanja da on nije rezultat provedenoga upravnog postupka, niti se njime rješava o upravnoj stvari. Kako akt poslovanja nije upravni akt, tako se i njegova zakonitost ne može osporavati u upravnom sporu.[85] Đerđa ističe kako se zaštita i unaprjeđenje gospodarskih i drugih državnih interesa najučinkovitije postiže upravo primjenom javnopravnih instrumenata, pa nije jasno zašto je zakonodavac oslabio javnopravnu komponentu ovlasti države da autoritativnim mjerama štiti dobra u svojemu vlasništvu.[86] Postojeće pravno rješenje nije svrhovito s gledišta zaštite javnoga interesa, stoga smatramo da bi odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja *de lege ferenda* trebalo odrediti kao upravni akt. Za takvo pravno uređenje već postoji i solidna teorijska podloga.[87] Prema Krbeku, upravni akt i građanskopravni ugovor mogu djelovati na isti predmet. Upravni akt može imati građanskopravne posljedice ako ovlašćuje svoga adresata da zaključi građanskopravni ugovor. Upravni akt javlja se kao pretpostavka za sklapanje građanskopravnog posla. U tim slučajevima do građanskopravnog djelovanja dolazi samo pod pretpostavkom i u granicama kako je utvrđeno upravnim aktom. Pritom valja istaknuti, kako se zbog navedenog građanskopravnog djelovanja upravni akt ne pretvara u građanskopravni posao, nego predstavlja preduvjet nastanka, djelovanja i prestanka građanskopravnog odnosa.[88] Polaganje cijevi ili kablova u zemljišno tijelo javnoga dobra tako bi se moglo regulirati ugovorom o služnosti sklopljenim s ovlaštenikom posebne uporabe koji bi svoje pravo korištenja javnoga dobra izvodio iz upravnog akta ili koncesije. Pravo izgradnje određenih građevina na javnom dobru koje ne prate vlasničkopravni status toga dobra moglo bi se regulirati kao pravo građenja čiji je nositelj ovlaštenik posebne uporabe koji bi svoje pravo korištenja javnoga dobra izvodio iz koncesije. Objekti ograničenih stvarnih prava mogli bi se koristiti isključivo radi obavljanja djelatnosti posebne uporabe i pod uvjetima određenima dozvolom za posebnu uporabu.

84 Vidi Stipić, Milan, Koncesije u hrvatskom zakonodavstvu i praksi (opća razmatranja i neki primjeri), Aktualna pitanja hrvatskog gospodarstva i pravne prakse: zbornik radova, Zagreb, 1996., str. 64.

85 Vidi Đerđa, Dario, Dvojbe o pravnoj prirodi odluke o davanju na korištenje poljoprivrednog zemljišta, šume ili šumskog zemljišta u državnom vlasništvu, Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi: zbornik radova, Zagreb, Organizator, 2016., str. 149. i Ljubanović, Boris, Pojmovnik, Hrvatska javna uprava, vol. 9., br. 4(2009), str. 1249.

86 Đerđa, D., Dvojbe …, cit., str. 143.

87 Osim toga, koncept sukladno kojemu bi javnopravni instrument bio temelj za sklapanje ugovora građanskoga prava kojim se regulira pravo posebne uporabe već je prepoznat i u zakonodavstvu, jer Zakon o vodama kao preduvjet sklapanja ugovora građanskog prava zahtijeva prethodnu provedbu upravnog postupka i donošenje upravnog akta.

88 Vidi Krbek, I., Pravo jugoslavenske …, cit., str. 7.

5. ZAKLJUČAK

Temeljni kriterij dodjele statusa javnoga dobra u općoj uporabi nekom dijelu materijalnoga svijeta njegova je opća društvena funkcija. Javnome interesu kojega društvena zajednica ima spram javnoga dobra pruža se visok stupanj zaštite. Ta zaštita implicira bitna ograničenja vlasničkih ovlasti koje osoba javnoga prava obavlja na javnome dobru, a koja su najvidljivija u kontekstu raspolaganja tim dobrom. U poredbenom pravu osoba javnoga prava tako nije ovlaštena otuđiti javno dobro, niti je ovlaštena privatnopravnim poslovima ograničiti, odnosno isključiti opću uporabu toga dobra. Posljedično tomu, pravni status javnoga dobra u općoj uporabi gotovo je jednak onomu *res extra commercium*. Svrha propisivanja tako strogih ograničenja vlasničkih ovlasti ista je u svim državama, a očituje se u nužnosti zaštite javnoga interesa. U Republici Hrvatskoj zabrana otuđenja nije izričito propisana u pogledu svih javnih dobara, a pojedinim dobrima može se raspolagati ugovorima privatnoga prava bez obzira na utjecaj koje to raspolaganje ima na opću uporabu. Pravni režim dopuštenih oblika raspolaganja javnim dobrom neprecizan je i opterećen mnogim nedostatcima. Analiziramo li pravni okvir raspolaganja trima kategorijama javnih dobara kao cjelinu, razvidna je njegova nekoherentnost, neujednačenost i nedosljednost. Pod pritiskom privatnih interesa, javni interes stoga potencijalno može biti ugrožen i potisnut u drugi plan.

Radi osiguravanja primjerene razine zaštite javnoga interesa, valjalo bi ujednačiti i unaprijediti režim raspolaganja javnim vodnim dobrom, cestama i željezničkom infrastrukturom. Zabrana otuđenja javnoga dobra u općoj uporabi propisana je Zakonom o vodama i Zakonom o cestama. Istovjetnu zabranu valjalo bi *de lege ferenda* propisati i Zakonom o željeznici. Zabrana stjecanja vlasništva dosjelošću propisana je samo u odnosu na javno vodno dobro, pa bi ju trebalo normirati i u pogledu cesta te željezničke infrastrukture. Povrh toga, prijeko potrebnim smatramo nedvosmisleno izuzimanje javnoga dobra od ovrhe te propisivanje zabrane opterećenja javnoga dobra stvarnopravnim osiguranjem tražbine. Iako je Zakonom o vodama određena zabrana opterećenja javnoga vodnog dobra založnim pravom, to pravno rješenje samo po sebi nije dovoljno. Javno dobro i dalje, teoretski, može biti predmetom ovrhe i nad njime bi se pravo vlasništva moglo steći ovršnom prodajom. Mogućnost prisilnoga namirenja tražbine na javnome dobru u općoj uporabi iz tog razloga treba isključiti izričitom zakonskom normom. Također bi trebalo zasebno normirati slučajeve raspolaganja javnim dobrom koji za rezultat imaju ograničenje, odnosno isključenje opće uporabe. Pravni naslov posebne uporabe poglavito bi trebao biti upravni akt. Brojni su razlozi koji govore tomu u prilog. Upravni akt omogućuje osobi javnoga prava presudan utjecaj na osnivanje upravnopravnog odnosa posebne uporabe u kojemu će se ovlaštenik nalaziti u podređenom položaju. Jednako je važna i ovlast osobe javnoga prava da utječe na već osnovan odnos posebne uporabe. Zahvaljujući toj ovlasti, ona može ovlašteniku posebne uporabe naknadno postavljati nove uvjete i nametati mu nove obveze radi boljeg gospodarenja javnim dobrom ili ostvarivanja interesa društvene zajednice. Konačno, nastane li između osobe javnoga prava i ovlaštenika posebne uporabe sukob interesa koji je posljedica određenih faktičnih promjena vezanih uz

zaštitu javnoga dobra, odnosno interes društvene zajednice ili pak ovlaštenik posebne uporabe prestane izvršavati svoje obveze, osoba javnoga prava opozvati će dozvolu za posebnu uporabu. Iz navedenoga je razvidno da upravni akt omogućuje osobi javnoga prava primjenu različitih mehanizama usmjerenih zaštiti javnog interesa u svim fazama posebne uporabe. Posljedično tomu, pravni položaj ovlaštenika posebne uporabe ovisi o razini zaštite koju u danom trenutku valja pružiti javnome interesu. Zahtijeva li posebna uporaba veće investicije, duže vremensko razdoblje iskorištavanja javnoga dobra te sigurniji pravni položaj ovlaštenika, preporučljivo je za njezin pravni naslov koristiti koncesiju. Za razliku od upravnog akta, koncesija omogućuje ovlašteniku posebne uporabe određeni utjecaj na sadržaj vlastitih prava i obveza te mu daje šire ovlasti spram osobe javnoga prava i trećih osoba. S druge strane, pravila o sklapanju, izvršenju i raskidu ugovora o koncesiji javnopravne su naravi. Volja osobe javnoga prava od presudnog je utjecaja na nastanak prava i obveza u koncesijskom odnosu. Osim toga, osoba javnoga prava kao koncedent na raspolaganju ima i pravna sredstva kojima može utjecati na sadržaj koncesijskog odnosa. Konačno, osoba javnoga prava ovlaštena je jednostrano raskinuti ugovor o koncesiji kada to ocijeni nužnim s aspekta zaštite javnoga interesa. Zbog svega navedenoga, koncesiju bi kao pravni naslov posebne uporabe valjalo koristiti u slučajevima posebne uporabe od većega gospodarskog značaja, u sklopu koje ovlaštenik ima ulogu strateškog partnera osobe javnoga prava u ostvarivanju cilja od šireg društvenog interesa.

Ugovor građanskoga prava ne smatramo primjerenim instrumentom za raspolaganje javnim dobrom u slučaju kada posebna uporaba ograničava, odnosno isključuje opću uporabu. Građanskopravne ugovore karakterizira sloboda ugovaranja i ravnopravnost ugovornih stranaka. Osoba javnoga prava stoga ne odlučuje jednostrano o raspolaganju javnim dobrom, nego mora postići suglasnost volja s potencijalnim ovlaštenikom posebne uporabe. Jednom osnovani građanskopravni odnos posebne uporabe načelno se temelji na koordinaciji stranaka, pa osoba javnoga prava u tom odnosu ne sudjeluje kao nositelj autoriteta vlasti. Posljedično navedenome, osoba javnoga prava nema jednu od ključnih ovlasti nužnih za zaštitu javnoga interesa vezanog uz javno dobro, a to je ovlast jednostrane modifikacije nastalog odnosa posebne uporabe. Povrh toga, ako ovlaštenik ne izvršava svoje obveze iz posebne uporabe ili na drugi način ugrožava javni interes, osoba javnoga prava nije ovlaštena jednostranim i autoritativnim aktom okončati posebnu uporabu. Zaštitu javnoga interesa osoba javnoga prava mora zahtijevati pred redovitim sudom u građanskoj parnici, gdje mogućnost pružanja trenutačne zaštite javnome dobru ovisi o eventualnom izricanju privremenih mjera. S obzirom na sve navedeno, smatramo da bi *de lege ferenda* primjenu građanskopravnih ugovora trebalo ograničiti na slučajeve raspolaganja javnim dobrom koje ne utječe na opću uporabu. Sveobuhvatnom analizom ovoga pravnog pitanja valjalo bi iznaći model u sklopu kojega bi se sklapanje ugovora građanskog prava vezalo uz prethodnu dodjelu prava na posebnu uporabu upravnim aktom ili koncesijom, jer bi radi zaštite javnoga interesa javnopravni institut svakako morao biti u podlozi svakog raspolaganja javnim dobrom. Konačno, stajališta smo kako bi važnom i kompleksnom pravnom pitanju kao što je zaštita javnoga interesa u raspolaganju javnim dobrom u općoj uporabi u daljnjim istraživanjima trebalo

posvetiti više pozornosti. Uvažavajući poredbeno-pravna iskustva, hrvatsko pravo moralo bi pronaći vlastiti pristup navedenoj problematici koji bi bio sukladan potrebama društvene zajednice i zahtjevima održivog razvoja javne imovine.

LITERATURA

Pravni izvori

1. Austrija, Republika, Wasserrechtgesetz, Bundesgesetzblatt I, Nr. 215/59., zadnja izmjena 54/14.
2. Francuska, Republika, Code general de la propriete des personnes publiques, službeni pročišćeni tekst dostupan na: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20080505 (16. 12. 2016.)
3. Hrvatska, Republika, Ustav 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. - pročišćeni tekst, 5/14.
4. Hrvatska, Republika, Zakon o cestama, Narodne novine, br. 84/11., 22/13., 54/13., 148/13., 92/14.
5. Hrvatska, Republika, Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 94/13., 18/16.
6. Hrvatska, Republika, Zakon o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina, Narodne novine, br. 80/11.
7. Hrvatska, Republika, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, 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.
8. Hrvatska, Republika, Zakon o vodama, Narodne novine, br. 153/09., 63/11., 130/11., 56/13., 14/14.
9. Hrvatska, Republika, Zakon o željeznici, Narodne novine, br. 94/13., 148/13.
10. Hrvatska, Republika, Pravilnik o korištenju cestovnog zemljišta i obavljanju pratećih djelatnosti na javnoj cesti, Narodne novine, br. 78/14.
11. Italija, Republika, Codice civile, Gazzetta Ufficiale, n. 79/42., zadnja izmjena n. 202/16.
12. Italija, Republika, Regio decreto n. 1775, 1933, gia' modificato dalla legge 5 gennaio 1994, n. 36, come ulteriormente modificato dall' decreto legislativo n. 152 del 2006., Gazzetta Ufficiale, n. 5/34.
13. Njemačka, Savezna Republika, Wasserhaushaltsgesetz, Bundesgesetzblatt, I S. 2585 iz 2009., zadnja izmjena I S. 1764 iz 2016.
14. Srbija, Republika, Zakon o javnoj svojini, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/11., 88/13., 105/14.

Monografije, članci, vrela s interneta

1. Antoniolli, Walter, Koja, Friedrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1996.
2. Auby, Jean-Marie, Bonn, Pierre, Droit administratif des biens, 3. izd., Paris, Dalloz, 1995.
3. Aviani, Damir, Đerđa, Dario, Aktualna pitanja pravnog uređenja upravnih ugovora u hrvatskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, vol. 48, br. 3(2011), str. 475 do 486.
4. Borković, Ivo, Upravno pravo, 7. izd., Zagreb, Narodne novine, 2002.
5. Đerđa, Dario, Dvojbe o pravnoj prirodi odluke o davanju na korištenje poljoprivrednog zemljišta, šume ili šumskog zemljišta u državnom vlasništvu, Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi: zbornik radova, Zagreb, Organizator, 2016.

6. Đerđa, Dario, Upravnopravni aspekti koncesija, doktorska disertacija, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2005.
7. Gavella, Nikola … [et al.], Stvarno pravo - posebna pravna uređenja, Zagreb, Narodne novine, 2011.
8. Gavella, Nikola … [et al.], Stvarno pravo - svezak 1., Zagreb, Narodne novine, 2007.
9. Gillet-Lorenzi, Emmanuelle, Traoré, Seydou, Droit administratif des biens, Paris, Centre National de la Fonction Publique Territoriale, 2007.
10. Ivančević, Velimir, Institucije upravnog prava, knjiga 1., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1983.
11. Krbek, Ivo, Pravo jugoslavenske javne uprave, 3. knjiga: funkcioniranje i upravni spor, Zagreb, Birozavod, 1962.
12. Krbek, Ivo, Upravni akt, Zagreb, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, 1957.
13. Kromer, Michael, Sachenrecht des Offentlichen Rechts: Probleme und Grundlagen eines Allgemeinen Teils des Offentlichen Sachenrechts (Schriften zum Offentlichen Recht), Berlin, Duncker & Humblot, 1985.
14. Ljubanović, Boris, Pojmovnik, Hrvatska javna uprava, vol. 9., br. 4(2009), str. 1249.
15. Omejec, Jasna, Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (osnove prava javnih stvari), doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1993.
16. Papier, Hans Jürgen, Recht der Öffentlichen Sachen, Berlin, Walter de Gruyter, 1977.
17. Popovski, Aleksandra, Upravnopravni aspekti upravljanja i korištenja javnoga dobra u općoj uporabi, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2016.
18. Pusić, Eugen, Društvena regulacija, Granice znanosti i iskustva, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989.
19. Stipić, Milan, Koncesije u hrvatskom zakonodavstvu i praksi (opća razmatranja i neki primjeri), Aktualna pitanja hrvatskog gospodarstva i pravne prakse: zbornik radova, Zagreb, 1996.
20. Virant, Gregor, Pojem in pravni režim javnega dobra, magistrsko delo, Ljubljana, Pravna falkulteta Univerza v Ljubljani, 1990.
21. Visković, Nikola, Teorija države i prava, Zagreb, Birotehnika, 2001.
22. Waline, Marcel, Droit administratif, 8. izd., Paris, Sirey, 1959.
23. Wolff, Hans J., Bachof, Otto, Stober, Rolf, Verwaltungsrecht, Band 2, München, Verlag C. H. Beck, 2000.

Summary

PROTECTION OF PUBLIC INTEREST IN DISPOSAL OF PUBLIC GOOD

The interest of the community regarding the use of public good is legally acknowledged as a public interest. In order to protect the public interest, a person of public law is not allowed to alienate the public good, nor burden it with certain forms of security rights. The power to dispose the public good is reduced to issuing licenses for the temporary and revocable use of the good that goes beyond general use. Approval may be issued in the form of an administrative act, concession or contract. Administrative act and concession enable the application of various remedies by which person of public law may protect the public interest. On the other hand, the contract as a legal basis for the use of public good does not allow a person of public law to enforce authoritative action and immediately protect the public interest. Nevertheless, administrative act and concession are underrepresented in the Croatian legislation, while contract has been given considerable space. Therefore, the subject of the article is the analysis of the regime of disposal of the public good, in order to critically address the adequacy of Croatian positive regulation from the viewpoint of the protection of the public interest, as well as to propose regulatory intervention in order to improve the present legal framework.

Keywords: *public good, property, disposition, general use, special use, administrative act, concession, contract.*

Zusammenfassung

SCHUTZ DES ÖFFENTLICHEN INTERESSES BEI DER ENTSORGUNG DES ÖFFENTLICHEN GUTES

Das Interesse der Gemeinde an der Nutzung des öffentlichen Gutes ist gesetzlich als öffentliches Interesse anerkannt. Mit dem Ziel des Schutzes des öffentlichen Interesses darf eine Person des öffentlichen Rechts das öffentliche Gut weder entfremden, noch es mit bestimmten Formen von Sicherheitsrechten belasten. Die Befugnis das öffentliche Gut zu entsorgen, ist durch die Erteilung von Lizenzen für die vorübergehende und widerrufliche Nutzung des Gutes, die über den allgemeinen Gebrauch hinausgehen, eingeschränkt. Die Genehmigung kann in Form eines Verwaltungsakts, einer Konzession oder eines Vertrags erteilt werden. Der Verwaltungsakt und die Konzession ermöglichen eine Anwendung verschiedener Rechtsmittel, durch welche die Person des öffentlichen Rechts das öffentliche Interesse schützen kann. Auf der anderen Seite erlaubt der Vertrag als Rechtsgrundlage für die Nutzung öffentlicher Güter nicht, dass eine Person des öffentlichen Rechts

eine maßgebliche Handlung durchsetzt und das öffentliche Interesse unmittelbar schützt. Nichtsdestotrotz sind der Verwaltungsakt und die Konzession in der kroatischen Gesetzgebung unterrepräsentiert, im Gegensatz zum Vertrag. Daher ist das Thema dieser Arbeit eine Analyse des Regimes der Beseitigung des öffentlichen Gutes, um die Angemessenheit der kroatischen Positivregulierung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des öffentlichen Interesses kritisch zu behandeln und eine Regulierungsintervention vorzuschlagen, mit dem Ziel einer Verbesserung des bestehenden Rechtsrahmens.

***Schlüsselwörter**: öffentliches Gut, Eigentum, Anordnung, allgemeine Verwendung, besondere Verwendung, Verwaltungsakt, Konzession, Vertrag.*

Riassunto

LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO NELL'UTILIZZO DEL DEMANIO PUBBLICO

L'interesse che la collettività ha con riguardo all'utilizzo del demanio pubblico è riconosciuto come interesse pubblico. Al fine di tutelare l'interesse pubblico, il soggetto di diritto pubblico non è autorizzato all'alienazione del demanio; né il bene può essere gravato da garanzie reali del debito. La possibilità di disporre di beni demaniali si limita al permesso di dare il bene demaniale per un periodo di tempo in concessione revocabile per usi che esulano dall'uso pubblico. L'approvazione può essere data in forma di atto amministrativo, di concessione o di contratto. L'atto amministrativo e la concessione permettono l'applicazione di diversi strumenti legali con i quali il soggetto di diritto pubblico può influire sul contenuto del rapporto giuridico amministrativo e può tutelare l'interesse pubblico nel caso in cui lo stesso sia in pericolo. Dall'altra parte, il contratto quale fondamento giuridico per l'utilizzo del bene demaniale non permette al soggetto di diritto pubblico di intervenire in maniera autoritativa, come nemmeno di garantire una tutela immediata dell'interesse pubblico. Ciononostante, nella legislazione croata l'atto amministrativo e la concessione non godono di una regolamentazione appropriata; mentre ai contratti viene dato ampio spazio. L'oggetto del presente lavoro è pertanto l'analisi del regime di disposizione dei beni demaniali al fine di interrogarsi in chiave critica sulla bontà delle leggi positive croate dal punto di vista della tutela del demanio e di proporre interventi normativi nell'intento di migliorare il quadro normativo esistente.

***Parole chiave**: demanio, proprietà, disponibilità, uso pubblico, uso particolare, atto amministrativo, concessone, contratto.*

RIZIK UNOVČENJA OBJEKTA LEASINGA U UGOVORU O OPERATIVNOM LEASINGU MOTORNOG VOZILA[1]

Dr. sc. Ivan Tot, poslijedoktorand
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 368.212
Ur.: 24. siječnja 2017.
Pr.: 8. veljače 2017.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad se bavi istraživanjem ugovora o operativnom leasingu motornog vozila u hrvatskoj poslovnoj praksi. Analiziraju se odredbe općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu hrvatskih leasing društava, posebno one koje se odnose na prava i obveze ugovornih strana poslije prestanka ugovora o operativnom leasingu i vraćanja motornog vozila davatelju leasinga. Utvrđuje se postojanje tri modela ugovora o operativnom leasingu motornog vozila u hrvatskoj poslovnoj praksi koji se razlikuju međusobno prema kriteriju prijenosa i raspodjele rizika unovčenja motornog vozila. Ti ugovorni modeli uspoređuju se s dva najčešća ugovorna modela ugovora o leasingu motornog vozila iz austrijske i njemačke poslovne prakse: ugovorom s obračunom kilometraže i ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti. Na temelju rezultata te usporedbe, ispituje se primjenjivost pojedinih pravnih rješenja, razvijenih u austrijskoj i njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj književnosti u vezi s ugovorom s obračunom kilometraže i ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti, na ugovor o operativnom leasingu motornog vozila u okvirima hrvatskog prava.

Ključne riječi: *operativni leasing, leasing motornih vozila, rizik unovčenja, ostatak vrijednosti, ugovor s obračunom kilometraže, ugovor s obračunom ostatka vrijednosti.*

1. UVOD

Posao operativnog leasinga uobičajeno se pravnotehnički realizira sklapanjem dva ugovora koja su gospodarski i pravno povezana prema zajedničkoj namjeri sva tri sudionika tog posla: (i) ugovora o kupoprodaji kojim davatelj leasinga kupuje objekt leasinga koji je izabrao primatelj leasinga od dobavljača objekta leasinga kojeg je izabrao primatelj leasinga, te (ii) ugovora o operativnom leasingu temeljem kojega primatelj leasinga stječe pravo uporabe objekta leasinga kroz određeno vremensko razdoblje uz obvezu plaćanja naknade za leasing davatelju leasinga. Ugovori o

1 U ovom se radu nastavlja istraživanje provedeno pri izradi doktorskog rada. Stoga se zahvaljujem mentoru, izv. prof. dr. sc. Hrvoju Markovinoviću, na svim savjetima koje mi je dao tijekom izrade doktorskog rada, a koje sam nastojao slijediti i pri izradi ovog rada.

operativnom leasingu redovito se u poslovnoj praksi sklapaju na određeno vrijeme protekom kojega je primatelj leasinga obvezan vratiti objekt leasinga u posjed davatelju leasinga. Za posao operativnog leasinga karakteristično je da investicijske troškove koje je davatelj leasinga imao pri nabavi objekta leasinga on nadoknađuje dijelom putem naknade za leasing koju mu se obvezao platiti primatelj leasinga, a dijelom unovčenjem objekta leasinga nakon što mu je objekt leasinga vraćen po isteku ugovora o operativnom leasingu.

Naime, naknada za leasing se u ugovoru o operativnom leasingu uobičajeno računa uzimajući u obzir nabavnu vrijednost objekta leasinga te ugovoreno trajanje ugovora o operativnom leasingu. Pritom se od nabavne vrijednosti objekta leasinga oduzima iznos predvidivog ostatka vrijednosti objekta leasinga kojeg bi objekt leasinga trebao imati protekom ugovorenog trajanja ugovora.[2] Investicijski rizik davatelja leasinga, odnosno rizik ulaganja i isplativosti ulaganja, obuhvaća gospodarske rizike i prilike da mu se novčana sredstva koja je on uložio u nabavu objekta leasinga koji odgovara potrebama primatelja leasinga vrate kroz prihode koje on ostvaruje u poslu leasinga i drugim poslovima poduzetim u vezi s nabavljenim objektom leasinga. U poslu operativnog leasinga investicijski rizik davatelja leasinga redovito se dijelom prenosi na primatelja leasinga, i to u onom opsegu u kojemu se nabavna vrijednost objekta leasinga nadoknađuje iz naknade za leasing koju se davatelju leasinga obvezao platiti primatelj leasinga.[3] Preostali dio nabavne vrijednosti objekta leasinga, koji mu nije nadoknađen iz ugovorene naknade za leasing, davatelj leasinga nadoknađuje iz cijene postignute prodajom objekta leasinga po isteku ugovora o leasingu ili

2 Osim iznosa predvidivog ostatka vrijednosti objekta leasinga, od nabavne vrijednosti objekta leasinga oduzima se i iznos eventualnog predujma kojeg primatelj leasinga, ako se na to obvezao ugovorom o operativnom leasingu, plaća jednokratno odmah po sklapanju ugovora kao njegovo učešće u financiranju nabave objekta leasinga. Na opisani način izračunati iznos financiranja stavlja se u odnos prema ugovorenom trajanju ugovora o operativnom leasingu, čime se dolazi do iznosa pojedinog, najčešće mjesečnog, obroka naknade za leasing. Iznosi pojedinih obroka naknade za leasing uvećavaju se za ugovorne kamate primjenom ugovorene stope ugovornih kamata te za maržu davatelja leasinga. Zbroj pojedinih obroka naknade za leasing uvećanih za iznos ugovornih kamata i maržu, zajedno s jednokratnom naknadom koju prije sklapanja ugovora o operativnom leasingu primatelj leasinga plaća davatelju leasinga najčešće na ime "troška obrade ugovora", daje ukupnu neto naknadu za leasing u ugovoru o operativnom leasingu. Iz opisane metode izračuna naknade za leasing u ugovoru o operativnom leasingu proizlazi da naknada za leasing nema samo funkciju naknade za uporabu stvari, kao što je to slučaj s najamninama u ugovoru o najmu, već ima i funkciju nadoknade investicijskih troškova davatelja leasinga te funkciju nadoknade troškova financiranja davatelja leasinga. Opširnije o metodi izračuna naknade za leasing i funkcijama naknade za leasing u ugovoru o operativnom leasingu vidi u: Tot, I., Operativni leasing, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016., str. 217. - 222.

3 O pojmu investicijskog rizika (njem. *Investitionsrisiko*) u poslu leasinga vidi, primjerice, u: Grundmann, W., Leasing und Factoring - Formen, Rechtsgrundlagen, Verträge, Springer - Gabler, Wiesbaden, 2013., str. 41.; Kratzer, J. i Kreuzmair, B., Leasing in Theorie und Praxis, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2002., str. 122.-123.; Riedler, A., Bestandvertrag, u: Apathy, P. i Riedler, A., Bürgerliches Recht, Band III, Schuldrecht, Besonderer Teil, Springer, Wien - New York, 2010., str. 120.; Schimmelschmidt, U., Finanzierungsleasing: eine EDV-gestützte Vorteilhaftigkeitsanalyse, Gabler Verlag, Wiesbaden, 1994., str. 8.

iz druge naknade ostvarene poduzimanjem nekog drugog pravnog posla s istim objektom leasinga. Stoga dio ukupnog investicijskog rizika davatelja leasinga u poslu operativnog leasinga predstavlja i rizik unovčenja objekta leasinga koji obuhvaća gospodarske rizike i prilike da se preostali dio nabavne vrijednosti objekta leasinga nadoknadi unovčenjem objekta leasinga po isteku ugovora o operativnom leasingu.[4] U pojedinim modelima ugovora o leasingu rizik unovčenja objekta leasinga u potpunosti snosi davatelj leasinga, no u poslovnoj praksi javljaju se i modeli ugovora o leasingu u kojima se rizik unovčenja objekta leasinga ugovornim odredbama ugovora o leasingu prenosi na primatelja leasinga.

U austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi razvila su se dva modela ugovora o leasingu motornog vozila koja se razlikuju ovisno o tome koja je ugovorna strana ugovora o leasingu nositelj rizika unovčenja ostatka vrijednosti motornog vozila po isteku ugovora o leasingu. U jednom modelu, koji se u poslovnoj praksi i pravnoj književnosti naziva ugovorom s obračunom kilometraže (njem. *Kilometer-Abrechnungsvertrag*),[5] dio početnih investicijskih troškova koji davatelj leasinga nije

4 O riziku unovčenja objekta leasinga (njem. *Verwertungsrisiko*) u opisanom smislu pišu, primjerice: Berninghaus, J., Fahrzeugleasing, u: Büschgen, H. E. (ur.), Praxishandbuch Leasing, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998., str. 393.-394.; Büschgen, H. E., Die Leasingentscheidung des Leasingnehmers, u: ibid., str. 832.-833.; Engel, J., Handbuch Kraftfahrzeugleasing, Verlag C.H. Beck, München, 2015., str. 227.; Fink, C., Bewertungstheoretische Grundlagen der Leasingfinanzierung - Rechtliche Rahmenbedingungen in Österreich, Springer - Gabler, Wiesbaden, 1997., str. 20.; Krejci, H., Zivilrechtsfragen zum Leasingvertrag, u: Egger, A. i Krejci, H. (ur.), Das Leasinggeschäft - Zivil-, Bilanz- und Steuerrecht, Betriebswirtschaft und Praxis, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, Wien, 1987., str. 137.-138.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S., Besonderheiten bei Beendigung eines Kfz-Leasingvertrags und die Verwertung des Leasingfahrzeugs, u: Martinek, M., Stoffels, M. i Wimmer-Leonhardt, S. (ur.), Handbuch des Leasingrechts, Verlag C.H. Beck, München, 2008., str. 546. - 547.

Često se s istovjetnim značenjem u austrijskoj i njemačkoj pravnoj književnosti rabi i pojam rizika ostatka vrijednosti objekta leasinga (njem. *Restwertrisiko*), pa tako, primjerice, i: Engel, J., loc. cit. u ovoj bilj.; Findeisen, K. - D., Bilanzierung bei wirtschaftlichen Eigentum des Leasinggebers, u: Büschgen, H. E., op. cit. u ovoj bilj., str. 501.; Fischer-Czermak, C., Mobilienleasing - Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1995., str. 36.; Kaiser, D. (red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuzch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse - Leasing (Leasingrecht) - Neubearbeitung 2014 von Markus Stoffels, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2014. (dalje u tekstu: Stoffels, M. u: Staudinger), str. 31.; Koch, J., Finanzierungsleasing, u: Krüger, W. i Westermann, H. P. (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 3 - Schuldrecht - Besonderer Teil - §§ 433 - 610, Verlag C. H. Beck, München, 2012. (dalje u tekstu: Koch, J. u: MünchKomm III), Rn. 135.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., loc. cit. u ovoj bilj.; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., Das Leasinggeschäft, Bank-Verlag Medien, Köln, 2011., str. 91. - 92.; Scharff, U., KFZ-Leasing, u: Beckmann, H. i Scharff, U., Leasingrecht - Rechtsprobleme beim Finanzierungsleasing, Verlag C.H. Beck, München, 2015., str. 360.; Schopper, A. i Skarics, F., Das Leasinggeschäft, u: Apathy, P., Iro, G. i Koziol, H. (ur.), Österreichisches Bankvertragsrecht - Band VII: Leasing, Factoring und Forfaitierung, Verlag Österreich, Wien, 2015., str. 24.-25.; Zahn, H., Pkw-Leasing, u: Graf von Westphalen, F. (ur.), Der Leasingvertrag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015., str. 892. - 893.

5 Vidi infra, bilj. 27.

nadoknadio putem naknade za leasing on nadoknađuje unovčenjem ostatka vrijednosti motornog vozila nakon što mu je motorno vozilo vraćeno po isteku ugovora o leasingu, pri čemu primatelj leasinga nema obvezu plaćanja davatelju leasinga razlike između niže cijene motornog vozila ostvarene unovčenjem i višeg iznosa u vrijeme sklapanja ugovora o leasingu kalkuliranog ostatka vrijednosti motornog vozila koji je ono predvidivo trebalo imati po isteku ugovora o leasingu. U drugom modelu, koji se u poslovnoj praksi i pravnoj književnosti naziva ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti (njem. *Vertrag mit Restwertabrechnung*),[6] primatelj leasinga se ugovorom o leasingu obvezuje davatelju leasinga osim ugovorene naknade za leasing podmiriti i razliku između niže cijene motornog vozila ostvarene unovčenjem i višeg iznosa kalkuliranog ostatka vrijednosti motornog vozila. U prvom modelu rizik unovčenja motornog vozila je u cijelosti na davatelju leasinga, dok je u drugom modelu taj rizik ugovornim odredbama ugovora o leasingu prenesen na primatelja leasinga.

Među pojavnim oblicima posla operativnog leasinga prema kriteriju vrste objekta leasinga, na hrvatskom tržištu leasinga posao operativnog leasinga motornih vozila najzastupljeniji je pojavni oblik posla operativnog leasinga.[7] U hrvatskom pravu prava i obveze sudionika u poslu leasinga dijelom su uređena odredbama Zakona o *leasingu*.[8] Među ostalim, odredbama čl. 52. st. 1. i 3. ZL-a propisan je i obavezni sadržaj ugovora o operativnom leasingu, dok je odredbom čl. 52. st. 7. ZL-a povjereno HANFA-i detaljnije pravilnikom propisati sadržaj ugovora o operativnom leasingu, što je i učinjeno Pravilnikom o sadržaju i obliku ugovora o leasingu te metodologiji izračuna efektivne kamatne stope.[9] Prema odredbi čl. 52. st. 3. t. 2. ZL-a, ugovor o operativnom leasingu obvezno sadrži i odredbu o ostatku vrijednosti objekta leasinga, a taj je pojam definiran odredbom čl. 12. Pravilnika kao "sporazumom utvrđena vrijednost objekta leasinga po isteku ugovorenog trajanja ugovora o operativnom leasingu, a koja utječe na izračun visine mjesečnih obroka". Odredbama ZL-a, a ni odredbama Pravilnika, nisu uređena prava i obveze ugovornih strana ugovora o operativnom leasingu za slučaj da je iznos cijene ostvarene prodajom objekta leasinga po isteku ugovora o operativnom leasingu niži od iznosa ostatka vrijednosti objekta leasinga. Odgovor na pitanje je li primatelj leasinga obvezan davatelju leasinga naknaditi razliku između tih iznosa, odnosno je li na primatelja leasinga prenesen rizik unovčenja objekta leasinga, u hrvatskom pravu je u domeni slobode ugovaranja ugovornih strana i ovisit će o sadržaju ugovornih odredbi ugovora o operativnom leasingu.

Ugovori o operativnom leasingu motornih vozila uobičajeno se sklapaju uz

6 Vidi infra, bilj. 81.

7 Prema posljednjem objavljenom mjesečnom izvješću Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga (dalje u tekstu: HANFA) dostupnom na dan 1. siječnja 2017. (HANFA, Mjesečni izvještaj - studeni 2016., <http://www.hanfa.hr/getfile/44380/mi%2012_16.xlsx>, 1. siječnja 2017., tablica 48), ukupno je aktivnih ugovora o operativnom leasingu na hrvatskom tržištu leasinga na dan 30. rujna 2016. bilo 51 168, od čega je aktivnih ugovora o operativnom leasingu osobnih automobila i gospodarskih vozila bilo 49 158, odnosno 96,07 %.

8 Zakon o *leasingu*, NN, br. 141/13. (dalje u tekstu: ZL).

9 HANFA, Pravilnik o sadržaju i obliku ugovora o leasingu te metodologiji izračuna efektivne kamatne stope, NN, br. 66/14. (dalje u tekstu: Pravilnik).

primjenu općih uvjeta poslovanja davatelja leasinga. Analiza odredaba općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu motornih vozila čiji su sastavljači hrvatska leasing društva,[10] te pojedinih ugovora o operativnom leasingu koji su sklopljeni uz primjenu općih uvjeta poslovanja hrvatskih leasing društava,[11] pokazuje da se pod nazivom ugovora o operativnom leasingu u hrvatskoj poslovnoj praksi javljaju: (i) ugovori u kojima je rizik unovčenja motornog vozila po redovnom isteku

10 Istraživanjem su obuhvaćeni opći uvjeti poslovanja za ugovore o operativnom leasingu svih šesnaest leasing društava koja se na dan 1. siječnja 2017. aktivno bave poslom operativnog leasinga motornih vozila na hrvatskom tržištu leasinga. Istraživanjem nisu obuhvaćeni opći uvjeti poslovanja četiri leasing društva u likvidaciji te tri leasing društva koja se bave isključivo poslovima leasinga nekretnina i informatičke opreme. Rad se pri navođenju pojedinih odredbi analiziranih općih uvjeta poslovanja poziva samo na tekst onih općih uvjeta poslovanja koji su javno dostupni na mrežnim stranicama hrvatskih leasing društava: ALD Automotive d.o.o., *Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu od 16.01.2016.*, <http://www.aldautomotive.hr/Portals/croatia/adam/Content/xmOvRU3M8kOO9etV4_WtTA/Link_Url/GTB%20ALD%20Automotive%20Cro_2016_01%20Final.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU ALD); BKS - leasing Croatia d.o.o., *Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu motornog vozila/pokretnine, 1.9.2016.*, <http://www.bks-leasing.hr/BKSWebp/BKS/Informationsobjekte/PDFs/HR_Leasing/AGB/Opci_uvjeti_OPERATIVNI_POKRETNINE.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU BKS); Erste & Steiermärkische S-Leasing d.o.o., *Opći uvjeti uz ugovore o operativnom leasingu broj OL-07000, 11.11.2015.*, <https://www.ersteleasing.hr/content/dam/hr/el/ www.ersteleasing.hr/dokumentacija/opci-uvjeti-i-naknade/opci-uvjeti-uz-ugovore-o-operativnom-leasingu.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU SL); EUROLEASING d.o.o., *Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu br. 01/15, studeni 2015.*, <http://www.euroleasing.hr/downloads.aspx>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU EL); HYPO - LEASING STEIERMARK d.o.o., *Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu pokretnina 10/2011-IV, 1.10.2011.*, <http://leasing.hypobank.at/hr/pub/document/?id=237&doc=1756-20160122-121514-opci_uvjeti_ol_iv.pdf&typ=pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU HLS); IMPULS-LEASING d.o.o., *Opći uvjeti poslovanja društva IMPULS - LEASING d.o.o. za sklapanje ugovora o operativnom leasingu OL 0115 07*, <http://www.impuls-leasing.hr/UserDocsImages/dokumenti/Op%C4%87i%20uvjeti%20operativni%20leasing%20verzija%2007.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU IL); IMPULS - LEASING d.o.o., *Opći uvjeti poslovanja društva IMPULS - LEASING d.o.o. za sklapanje ugovora o operativnom leasingu s ugovorenom visinom ostatka vrijednosti RWL 0115 07*, <http://www.impuls-leasing.hr/UserDocsImages/dokumenti/ Op%C4%87i%20uvjeti%20operativni%20leasing%20s%20ugovorenom%20visinom%20ostatka%20vrijednosti%20verzija%2007.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU IL-RWL); OTP Leasing d.d., Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu vozila, opreme i drugih pokretnina OL-POK-06, <http://www.otpleasing.hr/User DocsImages/pdf/Op%C4%87i%20uvjeti%20ugovora%20o%20operativnom%20leasingu%20OL-POK-06.pdf>, 7. siječanj 2017. (dalje u tekstu: OU OTP); PBZ-LEASING d.o.o., *Opći uvjeti PBZL-a za ugovor o operativnom leasingu: v.16.04, 11.4.2016.*, <http://www.pbz-leasing.hr/media/1077/op_i_uvjeti_pbzl-a_za_ugovor_o_ operativnom_leasingu__v_1604__vozilo__plovilo__oprema.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU PBZ); Raiffeisen Leasing d.o.o., *Opći uvjeta ugovora o operativnom leasingu 02_16, 15.2.2016.*, <http://www.rl-hr.hr/UserDocsImages/OP%C4%86I%20UVJETI%20-%20OPERATIVNI%20LEASING.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU RL); SG Leasing d.o.o., *Opći uvjeti operativnog leasinga, 28.7.2016.*, <http://www.sgleasing.hr/wp-content/uploads/2016/12/Opci-uvjeti-OL-2016-07-28-v2.pdf>, 7. siječnja 2017. (dalje u tekstu: OU SG).

11 U istraživanju je analizirano osamdeset i devet ugovora o operativnom leasingu sklopljenih uz primjenu općih uvjeta poslovanja različitih hrvatskih leasing društava.

ugovora i u slučaju prijevremenog prestanka ugovora na davatelju leasinga; (ii) ugovori u kojima je rizik unovčenja motornog vozila po redovnom isteku ugovora i u slučaju prijevremenog prestanka ugovora na primatelju leasinga; te (iii) ugovori s promjenom metode konačnog obračuna u kojima je davatelj leasinga nositelj rizika unovčenja motornog vozila samo u slučaju redovnog isteka ugovora, dok je u slučaju prijevremenog prestanka ugovora taj rizik na primatelju leasinga.

Predmet ovog rada je analiza prava i obveza ugovornih strana ugovora o operativnom leasingu motornog vozila u vezi s vraćanjem i unovčenjem motornog vozila po isteku ugovora o operativnom leasingu u različitim modelima ugovora o operativnom leasingu motornih vozila koji se javljaju u hrvatskoj poslovnoj praksi. Obilježja tih modela ugovora o operativnom leasingu motornog vozila uspoređuju se s obilježjima dva najčešća modela ugovora o leasingu motornog vozila iz austrijske i njemačke poslovne prakse: ugovorom s obračunom kilometraže i ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti. Cilj te usporedbe je utvrditi mogu li se pojedina rješenja razvijena u austrijskoj i njemačkoj sudskoj praksi te pravnoj književnosti u vezi s tim modelima ugovora o leasingu opravdano recipirati i u kontekstu hrvatskoga prava.[12] Primjenom dogmatsko-normativne i poredbenopravne metode u ovom radu smjera se: (i) pružiti odgovore na teorijska pitanja u vezi s ugovorima o operativnom leasingu motornih vozila, kao što je to, primjerice, pitanje funkcija pojedinih ugovorenih naknada tipičnih za taj pravni posao, a kojim pitanjima se hrvatska pravna književnost nije prethodno bavila,[13] (ii) pružiti odgovore na praktična pitanja koja se u poslovnoj praksi postavljaju u vezi s prestankom ugovora o operativnom leasingu i unovčenjem

12 Za razliku od hrvatskoga prava, obveznopravni aspekti ugovora o leasingu u austrijskom i njemačkom pravu nisu uređeni zakonom. "Pravo leasinga" (njem. *Leasingrecht*) razvija se u tim pravnim poredcima u sudskoj praksi, zbog čega se ono karakterizira i kao "*ad hoc* stvoreno sudsko pravo" (primjerice, u: Gonzales del Campo, F., Neue Vertragsformen als Rechtstransfer? Zum Topos der angloamerikanischen Provenienz des Leasing-Rechts, Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, vol. 7, 7/2005, str. 51.). U primjeni poredbenopravne metode u ovom radu austrijsko i njemačko pravo odabrano je zbog: (i) oslonjenosti hrvatskog obveznog prava na pravne poretke germanskog pravnog kruga, te (ii) okolnosti da su osnivači većine hrvatskih leasing društava austrijska i njemačka trgovačka društva.

13 U razdoblju nakon što je usvojen Zakon o leasingu (NN, br. 135/06.) kojim su pojedini obveznopravni aspekti posla leasinga bili prvi put uređeni u hrvatskom pravu, objavljeno je više znanstvenih radova koji u svom fokusu imaju novo zakonsko uređenje ugovora o leasingu u hrvatskom pravu. Ti se radovi, međutim, ne bave analizom konkretnih ugovornih odredaba ugovora o operativnom leasingu u hrvatskoj poslovnoj praksi, a analiza tih odredaba nije zastupljena ni u starijoj hrvatskoj pravnoj književnosti. U novijoj znanstvenoj literaturi posebno se ističu radovi: Josipović, T., Financial leasing in Croatia, Uniform Law Review, vol. 16, 1-2/2011., str. 271. - 289.); Keglević, A., Ugovor o leasingu - novi imenovani ugovor hrvatskog prava, u: Gliha, I., Josipović, T., Belaj, V., Baretić, M., Nikšić, S., Ernst, H., Keglević, A. i Matanovac, R. (ur.), Liber amicorum Nikola Gavella - Građansko pravo u razvoju, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., str. 607. - 657.; Parać, Z., Zakon o leasingu (ili što je to pjesnik stvarno htio reći), Pravo u gospodarstvu, vol. 46, 4/2007., str. 147. - 184.; Pešutić, A., Ugovor o leasingu, u: Slakoper, Z. (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 1007. - 1029.

objekta leasinga nakon prestanka tog ugovora[14] te time (iii) pružiti hrvatskoj sudskoj praksi smjernice kojima bi se ona mogla služiti pri rješavanju spornih pitanja koja se javljaju u vezi s pravima i obvezama ugovornih strana ugovora o operativnom leasingu motornog vozila, posebno onih koja se tiču ocjene valjanosti ugovornih odredaba sadržanih u općim uvjetima poslovanja za ugovore o operativnom leasingu.[15]

Rad je strukturiran u pet poglavlja. Iza prvog uvodnog poglavlja slijede tri poglavlja u kojima se analiziraju različiti ugovorni modeli ugovora o operativnom leasingu motornih vozila iz hrvatske poslovne prakse u poredbi s njima usporedivim modelima ugovora o leasingu motornih vozila iz austrijske i njemačke poslovne prakse. U drugom poglavlju analizira se ugovorni model u kojemu je davatelj leasinga u svakom slučaju nositelj rizika unovčenja objekta leasinga, a koji je usporediv s ugovorom o leasingu s obračunom kilometraže iz austrijske i njemačke poslovne prakse. U trećem poglavlju analizira se ugovorni model u kojemu je primatelj leasinga u svakom slučaju nositelj rizika unovčenja objekta leasinga, a koji je usporediv s ugovorom o leasingu s obračunom ostatka vrijednosti iz austrijske i njemačke poslovne prakse. U četvrtom poglavlju analizira se ugovorni model s promjenom metode konačnog obračuna u kojemu prijenos rizika unovčenja objekta leasinga ovisi o tome je li ugovor o operativnom leasingu prestao redovno istekom vremena na koje je sklopljen ili je prestao prijevremeno prije isteka ugovorenog trajanja ugovora o operativnom leasingu, a koji predstavlja kombinaciju različitih obilježja koja su u austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi karakteristična za ugovor s obračunom kilometraže i za ugovor s obračunom ostatka vrijednosti. Temeljni rezultati provedenog istraživanja rezimiraju se u petom, zaključnom poglavlju rada.

2. UGOVOR O OPERATIVNOM LEASINGU U KOJEMU JE DAVATELJ LEASINGA NOSITELJ RIZIKA UNOVČENJA MOTORNOG VOZILA

Opći uvjeti poslovanja za ugovore o operativnom leasingu jednoga hrvatskog leasing društva sadržavaju izričite odredbe iz kojih nedvojbeno proizlazi da primatelj leasinga nema nikakvih ugovornih obveza prema davatelju leasinga koje bi se odnosile na naknadu razlike između niže cijene motornog vozila ostvarene unovčenjem po

14 S tim u vezi korisno je istaknuti da se najveći broj prigovora primatelja leasinga na postupanje leasing društava koje zaprima HANFA i povodom kojih poduzima odgovarajuće mjere u okviru svojih nadzornih ovlasti na tržištu leasinga odnosi upravo na obračun potraživanja, vraćanje i prodaju objekta leasinga nakon prijevremenog prestanka ugovora o leasingu (prema: HANFA, Godišnje izvješće 2015., <http://www.hanfa.hr/getfile/44255/Godisnje%20izvjesce%202015_web.pdf>, 7. siječnja 2017., str. 141.).

15 U tri u radu analizirane presude iz hrvatske sudske prakse, sudovi su se, među ostalim, bavili i pitanjem ništetnosti odredaba općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu iz kojih je proizlazila obveza primatelja leasinga naknaditi davatelju leasinga i iznos ostatka vrijednosti objekta leasinga: Općinski sud u Samoboru, Povrv-1691/12 od 6. lipnja 2014. (neobjavljena); Trgovački sud u Zagrebu, P-481/2013 od 7. srpnja 2014. (neobjavljena); Županijski sud u Bjelovaru, Gž-2540/11-3 od 1. ožujka 2012., dostupno na: Portal IUS-INFO, < http://www.iusinfo.hr/>, 7. siječnja 2017.

redovnom isteku ugovora o operativnom leasingu i višeg iznosa unaprijed kalkuliranog ostatka vrijednosti motornog vozila.

U tim općim uvjetima poslovanja ističe se da primatelj leasinga u odnosu na objekt leasinga "nema nikakvu obvezu kod pada njegove vrijednosti kroz razdoblje Ugovora o operativnom leasingu niti tražbinu kod njegove veće vrijednosti",[16] te da je davatelj leasinga "potpuno slobodan" s objektom leasinga "nakon prestanka Ugovora raspolagati na način dopušten leasing društvu, osobito prodati odnosni objekt leasinga, zasnovati novi pravni posao leasinga ili pravni posao zakupa odnosno najma odnosnog objekta leasinga",[17] pri čemu "financijski učinak takvog daljnjeg postupanja Davatelja leasinga nema učinak na Konačni obračun ugovora".[18] Ugovorne odredbe tih općih uvjeta poslovanja koje se odnose na konačni obračun tražbina davatelja leasinga po isteku ugovorenog razdoblja na koje je ugovor o operativnom leasingu sklopljen ne sadrže među parametrima relevantnim za obračun ni iznos ostvaren unovčenjem objekta leasinga niti iznos kalkuliranog ostatka vrijednosti motornog vozila.[19] Također, ti iznosi nisu spomenuti ni među relevantnim parametrima za konačni obračun u slučaju prijevremenog prestanka ugovora o operativnom leasingu.[20]

Prestane li ugovor o operativnom leasingu prijevremeno, odnosno prije isteka ugovorenog trajanja ugovora o operativnom leasingu, kao što je to, primjerice, u slučaju jednostranog raskida ugovora zbog zakašnjenja primatelja leasinga s plaćanjem mjesečnih obroka naknade za leasing, primatelj leasinga obvezuje se odredbama tih općih uvjeta poslovanja platiti posebnu "jednokratnu naknadu za prijevremeni prestanak Ugovora o operativnom leasingu".[21] Ta jednokratna naknada obračunava se kao umnožak ugovorenog postotka od nabavne cijene objekta leasinga i broja preostalih mjeseci do isteka ugovorenog vremena na koje je ugovor o operativnom leasingu bio sklopljen.[22] Iz ugovorene metode obračuna te jednokratne naknade može se zaključiti: (i) da je riječ o paušaliziranom zahtjevu za naknadu štete zbog neispunjenja ugovora o operativnom leasingu;[23] te (ii) da iznos ostvaren unovčenjem objekta leasinga nije relevantan ni za izračun jednokratne naknade za prijevremeni prestanak ugovora. Potonje potvrđuje i ugovorna odredba prema kojoj obračun te naknade ne ovisi o postupanju davatelja leasinga s objektom leasinga

16 Odredba čl. 23.3. OU ALD.
17 Odredba čl. 23.4. OU ALD.
18 Ibid.
19 Odredbe čl. 23.1. - 23.5. i 23.13. OU ALD.
20 Odredbe čl. 23.1. - 23.6. OU ALD.
21 Odredba čl. 23.7. OU ALD.
22 Prema odredbi čl. 23.8. OU ALD-a, jednokratna naknada za prijevremeni prestanak ugovora obračunava se kao umnožak (i) iznosa koji odgovara 2 % nabavne cijene objekta leasinga (ako je ugovor o operativnom leasingu bio sklopljen na vrijeme kraće od dvadeset i četiri mjeseca) ili 1 % nabavne cijene objekta leasinga (ako je ugovor o operativnom leasingu bio sklopljen na vrijeme duže od dvadeset i četiri mjeseca) i (ii) preostalog broja mjeseci do isteka ugovorenog vremena trajanja ugovora.
23 Klauzulama s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete određuje se visina štete, a da se pritom ne stvara novi pravni temelj te štete, a o njima iscrpno vidi u: Miladin, P., Razgraničenje između klauzula o ugovornoj kazni i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52., 2/2002., str. 406. - 415.

nakon prijevremenog prestanka ugovora te prema kojoj to "daljnje postupanje nema učinak na obračun odnosne naknade niti je temelj za stjecanje prava odnosno nastanak obveza Primatelja leasinga".[24]

Iz analize ugovornih odredaba ovih općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu, pojedinačno i u njihovoj ukupnosti, proizlazi da u ugovorima o operativnom leasingu sklopljenim uz primjenu tih općih uvjeta poslovanja rizik unovčenja objekta leasinga isključivo snosi davatelj leasinga.

Isti opći uvjeti poslovanja za ugovore o operativnom leasingu sadrže i odredbe kojima je ugovoreno: (i) da je jedan od parametara za izračun naknade za leasing i ugovorena kilometraža motornog vozila, tj. ugovorom određeni maksimalni broj kilometara kojeg je motornim vozilom dopušteno dostignuti tijekom ugovorenog trajanja ugovora o operativnom leasingu;[25] (ii) da se primatelj leasinga obvezuje vratiti motorno vozilo davatelju leasinga po isteku ugovorenog trajanja ugovora o operativnom leasingu u stanju koje odgovara, među ostalim, i ugovorenoj kilometraži motornog vozila;[26] (iii) da se primatelj leasinga obvezuje platiti davatelju leasinga posebnu naknadu za prekoračenje ugovorene kilometraže[27] te (iv) da se davatelj leasinga obvezuje platiti primatelju leasinga posebnu naknadu u slučaju nedostizanja ugovorene kilometraže.[28]

Ugovaranje ograničenja ukupne kilometraže i posebnih naknada za prekoračenje i nedostizanje ugovorene kilometraže motornog vozila te okolnost da je davatelj leasinga nositelj rizika unovčenja motornog vozila, ključna su obilježja modela ugovora o leasingu motornog vozila kojeg se u austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi naziva ugovorom s obračunom kilometraže (njem. *Kilometer-Abrechnungsvertrag*).[29] Prema tim ključnim obilježjima, opisani ugovorni model ugovora o operativnom leasingu motornog vozila iz hrvatske poslovne prakse usporediv je s ugovorom s obračunom kilometraže. Stoga se u nastavku analizira tretman tog ugovora u austrijskom i njemačkom pravu i ispituje mogu li se rješenja razvijena u austrijskoj i njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj književnosti primijeniti u kontekstu pozitivnoga hrvatskog

24 Odredba čl. 23.12. OU ALD.

25 Odredbe čl. 11.3. i 11.4. OU ALD.

26 Odredba čl. 24.3. OU ALD.

27 Odredba čl. 24.2. OU ALD.

28 Ibid.

29 Ta karakteristična obilježja ugovora s obračunom kilometraže u austrijskoj i pravnoj književnosti ističu: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 73.; Godefroid, C., Kraftfahrzeugleasingverträge mit Kilometerabrechnung und § 506 BGB, Straßenverkehrsrecht - die Zeitschrift für die Praxis des Verkehrsjuristen, vol. 13., 5/2013., str. 163.; Grundmann, W., op. cit. u bilj. 2, str. 104.; Kratzer, J. i Kreuzmair, B., op. cit. u bilj. 2, str. 73.; Martinek, M., Erscheinungsformen des Leasings, u: Martinek, M. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 31.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 3; Oechsler, J., Schuldrecht - Besonderer Teil - Vertragsrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2003., str. 282.; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92.; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 33. - 34.; Scharff, U. u: Beckmann, H. i Scharff, U., op. cit. u bilj. 3, str. 359. - 360.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30. - 31.; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 892. Rjeđe se za ovaj model ugovora rabi i naziv *Kilometer-Leasingvertrag*, pa tako, primjerice, u: Scharff, U. u: Beckmann, H. i Scharff, U., op. cit. u bilj. 3, str. 359.

prava na opisani ugovorni model iz hrvatske poslovne prakse.

2.1. Ugovoreno ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila

Za ugovor s obračunom kilometraže iz austrijske i njemačke poslovne prakse karakteristično je da davatelj leasinga i primatelj leasinga ugovaraju ograničenje kilometraže (njem. *Kilometerbegrenzung*) motornog vozila koje je objekt leasinga. Ukupna kilometraža motornog vozila (njem. *Gesamtfahrleistung*) određuje se sporazumno kao maksimalni broj kilometara kojega je motornim vozilom dopušteno dostignuti tijekom cjelokupnog ugovorenog trajanja ugovora o leasingu.[30] Odredba o ograničenju ukupne kilometraže na određeni broj kilometara nije opća odredba koja bi bila sadržana u općim uvjetima poslovanja ili tarifi nekog leasing društva i koja bi se imala primijeniti na svaki ugovor o leasingu koji se sklapa s tim leasing društvom. Riječ je o pojedinačno ugovorenom sastojku ugovora koji se zajedno s drugim sastojcima o kojima su ugovorne strane pojedinačno pregovarale unosi u samu ispravu ugovora o leasingu u kojoj je sadržana i odredba kojom se opći uvjeti poslovanja i tarifa leasing društva inkorporiraju u ugovor. Ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila redovito se određuje na temelju onoga što je primatelj leasinga priopćio davatelju leasinga prije sklapanja ugovora o svojim potrebama u vezi s uporabom motornog vozila.[31] S istovjetnim značenjem i na istovjetan način kao i u austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi, ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila redovito se ugovara i u *supra* opisanom modelu ugovora o operativnom leasingu motornog vozila iz hrvatske poslovne prakse.[32]

Primatelj leasinga obvezuje se vratiti motorno vozilo po isteku ugovora u stanju koje odgovara ugovorenoj ukupnoj kilometraži motornog vozila.[33] Po isteku ugovora i vraćanju motornog vozila davatelju leasinga stvarno prijeđena kilometraža utvrđuje se pregledom vozila i unosi u obrazac potvrde o vraćanju vozila (njem. *Rückgabeprotokoll*).[34] Odgovara li stvarno prijeđena kilometraža ugovorenoj ukupnoj

30 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 73.; Koch, J. u: MünchKomm III, loc. cit. u bilj. 3; Martinek, M. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 28; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92.; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 33.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 29.

31 Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 73.

32 Analiza pojedinih ugovora o operativnom leasingu sklopljenih uz primjenu OU ALD-a pokazuje da se ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila redovito odnosi na cjelokupno ugovoreno trajanje ugovora. Odredbe OU ALD-a ne sadrže opće ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila koje bi se imalo primijeniti na svaki ugovor o operativnom leasingu sklopljen uz primjenu OU ALD. Prema odredbi čl. 11.4. OU ALD-a, izračun naknade za leasing ovisi i o "kilometraži koju kroz vrijeme trajanja leasinga Primatelj leasinga namjerava prijeći vozilom", a koju "Primatelj leasinga priopćava Davatelju leasinga pri izradi ponude za financiranje putem leasinga".

33 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 397.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 211.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 29.

34 O potvrdi o vraćanju motornog vozila vidi, primjerice, u: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 206. - 207. Redovito je riječ o obrascu leasing društva kojim se utvrđuje da je vozilo vraćeno davatelju leasinga i stanje u kojem je ono vraćeno davatelju leasinga, a koji potpisuju davatelj leasinga

kilometraži, primatelj leasinga ispunio je svoju obvezu vraćanja motornog vozila u ugovorenom stanju, za što je relevantan i okvir dopuštenih odstupanja (njem. *Toleranzgrenze*) od ugovorene ukupne kilometraže, uobičajeno ugovoren odredbama općih uvjeta poslovanja. U austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi, uobičajeno se kao prihvatljivo odstupanje od ugovorene ukupne kilometraže ugovara odstupanje do 2500 km,[35] a to je i okvir dopuštenih odstupanja koji se ugovara i u analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu motornih vozila iz hrvatske poslovne prakse.[36]

Za slučaj prekoračenja ugovorenog ograničenja ukupne kilometraže motornog vozila redovito se ugovara obveza primatelja leasinga platiti davatelju leasinga posebnu naknadu za prekoračenje kilometraže (njem. *Mehrkilometerausgleich*; *Ausgleich der Mehrfahrleistung*).[37] Posebna naknada za prekoračenje kilometraže obračunava se uobičajeno kao umnožak broja prekoračenih kilometara i iznosa naknade po jednom prekoračenom kilometru,[38] a iznos naknade po prekoračenom kilometru unosi se redovito u samu ispravu ugovora o leasingu zajedno s drugim sastojcima o kojima su ugovorne strane pojedinačno pregovarale.[39] S istovjetnim obilježjima se posebna naknada za prekoračenje kilometraže ugovara i u analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse.[40]

Za slučaj nedostizanja ugovorenog ograničenja ukupne kilometraže motornog vozila redovito se ugovara obveza davatelja leasinga platiti primatelju leasingu posebnu naknadu za nedostizanje ukupne kilometraže (njem. *Minderkilometerausgleich*;

i primatelj leasinga. Takav obrazac uobičajen je i u hrvatskoj poslovnoj praksi gdje se naziva potvrdom o vraćanju, protokolom o preuzimanju, potvrdom o predaji i sl. Za primjer takvog obrasca, vidi: Porsche leasing d.o.o., Potvrda o predaji vozila, <http://www.porscheleasing.com.hr/media/Kwc_Basic_DownloadTag_Component/285-10417-2651-10420-linkTag-child/default/12aaad1c/1477652764/pl_potvrda_predaja_vozila_20_10_2016.pdf>, 7. siječnja 2017. Odredbe o tomu da će pri vraćanju vozila davatelj leasinga i primatelj leasinga u pisanom obliku utvrditi vraćanje vozila i njegovo stanje redovito su sadržane i u općim uvjetima poslovanja za ugovore o operativnom leasingu, pa tako, primjerice, i u: čl. 24.3. OU ALD.

35 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 74.; Kratzer, J. i Kreuzmair, B., op. cit. u bilj. 2, str. 74.; Martinek, M. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 28; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S., Bedeutung und Erscheinungsformen des Kfz-Leasing, u: Martinek, M. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 531.; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 34.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.

36 Prema odredbi čl. 24.2. OU ALD-a, "prekoračenje ili nedostizanje ugovorene kilometraže do 2.500 km neće se uzimati u obzir".

37 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 74.; Martinek, M. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 28; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 34; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 34.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.

38 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 74.; Scharff, U. u: Beckmann, H. i Scharff, U., op. cit. u bilj. 3, str. 359.

39 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 261.

40 Prema odredbi čl. 24.2. OU ALD-a, obračun naknade za prekoračenje kilometraže izvršit će se "u skladu sa stopama navedenim u Ugovoru o operativnom leasingu". Analiza pojedinih ugovora o operativnom leasingu sklopljenih uz primjenu OU ALD-a pokazuje da se ugovoreni iznos naknade po jednom kilometru i metoda obračuna naknade za prekoračenje kilometraže redovito navode na prednjoj strani ugovora o operativnom leasingu.

Ausgleich der Minderfahrleistung).[41] I ona se uobičajeno obračunava kao umnožak broja manje prijeđenih kilometara u odnosu na ugovoreno ograničenje ukupne kilometraže i iznosa naknade po jednom manje prijeđenom kilometru koji se također unosi u ispravu ugovora o leasingu.[42] Obveza davatelja leasinga platiti primatelju leasinga posebnu naknadu za nedostizanje ukupne kilometraže karakteristična je i za analizirani model ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse.[43]

Redovito se naknada po jednom prekoračenom kilometru ugovara u višem iznosu negoli naknada po jednom manje prijeđenom kilometru u odnosu na ugovoreno ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila.[44] Redovito se ugovara i gornja granica ukupnog iznosa naknade za nedostizanje ukupne kilometraže, odnosno maksimalan broj manje prijeđenih kilometara koji će se uzeti u obzir pri obračunu te naknade.[45] To je karakteristično i za analizirani model ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse.[46] Ugovaranje različitih visina iznosa naknade za prekoračenje i naknade za nedostizanje ukupne kilometraže te ograničenja ukupnog iznosa naknade za nedostizanje ukupne kilometraže prikladno je uzme li se u obzir da se obračun naknade za leasing temelji na ograničenju ukupne kilometraže motornog vozila i da se ograničenje ukupne kilometraže određuje na temelju procjene primatelja leasinga o ukupnom broju kilometara koji on predviđa prijeći tijekom ugovorenog razdoblja. Stoga je opravdano da davatelja leasinga ne terete izdatci koji bi bili posljedica nerealistične procjene primatelja leasinga.[47]

Posebno je pitanje bi li potpuno isključenje prava primatelja leasinga na naknadu za nedostizanje ukupne kilometraže dovodilo do značajne neravnoteže između ugovornih strana. U jednoj odluci iz austrijske sudske prakse, austrijski Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*; dalje u tekstu: OGH) utvrdio je ništetnost ugovorne odredbe sadržane u općim uvjetima poslovanja davatelja leasinga kojom je izričito isključena bilo koja obveza davatelja leasinga za slučaj nedostizanja ugovorene ukupne kilometraže primatelja leasinga, držeći da je takvom ugovornom odredbom narušeno načelo ravnopravnosti na štetu primatelja leasinga koji se drugom ugovornom

41 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 74.; Martinek, M. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 28; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 34; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 34.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.

42 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 261.; Scharff, U. u: Beckmann, H. i Scharff, U., op. cit. u bilj. 3, str. 359.

43 Prema odredbi čl. 24.2. OU ALD-a, obračun naknade za nedostizanje kilometraže izvršit će se "u skladu sa stopama navedenim u Ugovoru o operativnom leasingu".

44 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 282.; Goldkamp, T. i Reimer, N., Die leasingtypischen Ausgleichsansprüche bei Fahrzeugrückgabe im Rahmen eines Leasingvertrags, Juris - die Monatszeitschrift, vol. 1, 8-9/2014, str. 323.; Honal, M., Loss Given Default von Mobilien-Leasingverträgen, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2009., str. 18.

45 Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 34.

46 Prema odredbi čl. 24.2. OU ALD-a, manje prijeđeni kilometri u odnosu na ugovoreno ograničenje ukupne kilometraže "uračunat će se do najviše 10.000 km", a analiza pojedinih ugovora o operativnom leasingu sklopljenih uz primjenu OU ALD-a pokazuje da se naknada po jednom manje prijeđenom kilometru redovito ugovara u nižem iznosu od naknade po jednom prekoračenom kilometru.

47 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 283.

odredbom bio obvezao davatelju leasinga platiti naknadu za slučaj prekoračenja ugovorene ukupne kilometraže.[48] OGH se u toj odluci primarno fokusirao na pitanje formalne ravnopravnosti ugovornih strana ustanovljujući da nije iznašao stvarno opravdanje za takav različiti tretman ugovornih strana,[49] no nije analizirao je li ugovorna odredba prema kojoj primatelj leasinga nema pravo na naknadu za nedostizanje ukupne kilometraže, takva da je zbog nje cjelokupni pravni položaj davatelja leasinga povoljniji od pravnog položaja primatelja leasinga. Okolnost da u slučaju nedostizanja ukupne kilometraže davatelj leasinga ne bi imao obvezu platiti primatelju leasinga naknadu za manje prijeđenu kilometražu ne bi se mogla sama po sebi uzeti takvom da onemogućava primatelju leasinga ostvarenje svrhe zbog koje je on sklopio ugovor o operativnom leasingu, o čemu bi hrvatska sudska praksa u usporedivom slučaju morala voditi računa.[50]

Polazeći od toga da je ugovorno ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila jedan od elemenata na temelju kojih se određuje naknada za leasing u ugovoru s obračunom kilometraže te od toga da naknada za leasing ima i funkciju nadoknade investicijskih troškova davatelja leasinga, njemačka sudska praksa te pravna književnost drže da i naknada za prekoračenje ukupne kilometraže ima funkciju nadoknade investicijskih troškova davatelja leasinga, slijedom čega zahtjev za plaćanjem te naknade nije zahtjev za naknadom štete, već zahtjev za ispunjenjem primarne ugovorne obveze (njem. *Erfüllungsanspruch*).[51] Kako se u analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse ograničenje ukupne kilometraže ugovara na istovjetan način i s istovjetnim obilježjima kao i austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi, stajalište o pravnoj prirodi zahtjeva za plaćanjem naknade za prekoračenje ukupne kilometraže prihvatljivo je i u kontekstu hrvatskoga prava. Iz odredbe čl. 62. st. 1. ZL-a proizlazi obveza primatelja leasinga

48 OGH, 7 Ob 230/08m od 13. svibnja 2009., dostupno na: Bundeskanzleramt - Rechtsinformationssystem, <https://www.ris.bka.gv.at/> (dalje u tekstu: RIS), 8. siječnja 2017.

49 Ibid., str. 28.

50 Formalna neravnopravnost koja postoji ako ugovorne strane nemaju ista prava u usporedivoj situaciji ne znači sama po sebi da interesi ugovornih strana nisu uzeti u obzir u jednakom opsegu zbog čega bi među ugovornim stranama postojala materijalna neravnopravnost koja je relevantna u kontekstu utvrđivanja ništetnosti odredaba općih uvjeta ugovora prema odredbama čl. 296. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15.; dalje u tekstu: ZOO). Iscrpno o tome vidi u: Baretić, M. i Markovinović, H., Nepoštene ugovorne odredbe - opće i posebna uređenja, u: Barbić, J. i Giunio, M. (ur.), Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika Opatija 2012., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2012., str. 94. - 97.

51 Iz sudske prakse njemačkog Saveznog vrhovnog suda (*Bundesgerichtshof*; dalje u tekstu: BGH) vidi, primjerice, odluke: BGH, VIII ZR 22/12 od 14. studenog 2012., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/> (dalje u tekstu: openJur), 8. siječnja 2017., §§ 27. - 28.; BGH, VIII ZR 367/03 od 14. srpnja 2004., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 27. Također, u sudskoj praksi viših zemaljskih sudova (*Oberlandesgerichtshof*; dalje u tekstu: OLG), OLG u Düsseldorfu je zauzeo stajalište da naknada za prekoračenje ukupne kilometraže motornog vozila nije paušalizirani zahtjev za naknadom štete, već dio zahtjeva za ispunjenjem primarne ugovorne obveze vraćanja motornog vozila u ugovorenom stanju: OLG Düsseldorf, I-24 U 44/05 od 22. studenog 2005., dostupno na: openJur, 8. siječanj 2017., § 51.
U njemačkoj pravnoj književnosti isto stajalište zastupaju, primjerice: Engel, J., loc. cit. u bilj. 3; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92.

objekt leasinga po prestanku ugovora o operativnom leasingu vratiti davatelju leasinga "na način i u stanju određenim ugovorom o *leasingu*", pa prema tomu i u stanju koje odgovara ugovorenom ograničenju ukupne kilometraže motornog vozila.

Neprijeporno je u austrijskom i njemačkom pravu da primatelj leasinga ne odgovara davatelju leasinga za istrošenost objekta leasinga redovitom uporabom,[52] a istovjetno u hrvatskom pravu izričito proizlazi iz odredbe čl. 62. st. 3. ZL-a.[53] Ugovaranjem ograničenja ukupne kilometraže ugovorne strane definiraju upravo opseg prihvatljive istrošenosti motornog vozila koja je posljedica redovite uporabe motornog vozila.[54]

2.2. Ostatak vrijednosti motornog vozila u ugovoru s ograničenjem kilometraže

U ugovoru s obračunom kilometraže ugovoreno ograničenje ukupne kilometraže motornog vozila je uz ugovoreno trajanje ugovora odlučan element za utvrđivanje predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila, a time i za izračun naknade za leasing koja se redovito određuje umanjenjem nabavne vrijednosti motornog leasinga za iznos predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila.[55] Ako je primatelj leasinga platio sve ugovorene mjesečne obroke naknade za leasing i po isteku ugovora davatelju leasinga vratio motorno vozilo u stanju koje odgovara ugovorenoj ukupnoj kilometraži motornog vozila, primatelj leasinga ispunio je sve svoje ugovorne obveze te davatelj leasinga nema prema njemu nikakvih zahtjeva koji bi se ticali predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila.[56] Metoda obračuna naknada za prekoračenje i nedostizanje ugovorene ukupne kilometraže, karakteristična za ugovor s obračunom kilometraže, čini, prema stajalištima njemačke sudske prakse i pravne književnosti, suvišnim i utvrđivanje stvarnog ostatka vrijednosti motornog vozila po prestanku ugovora i specificiranje predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila u ugovoru prilikom njegova sklapanja.[57] Stoga se u njemačkoj poslovnoj praksi iznos predvidivog

52 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 211.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S., Rechtsprobleme des Kfz-Leasing, u: Martinek, M. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 544.; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 34.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.

53 Odredba čl. 62. st. 3. ZL-a glasi: "Primatelj *leasinga* ne odgovara za istrošenost objekta *leasinga* koja nastane njegovim redovitim korištenjem, kao ni za promjene na njemu koje su izvršene u dogovoru s davateljem *leasinga*."

54 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 74.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 3, str. 546. U istom smislu i BGH u odluci: BGH, VIII ZR 319/85 od 15. listopada 1986., dostupno na: Jurion - das Rechtsportal, < https://www.jurion.de/> (dalje u tekstu: Jurion), 8. siječnja 2017., § 28.

55 Vidi supra, bilj. 1.

56 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 74.; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 907. - 908.

57 U njemačkoj sudskoj praksi ovo stajalište zastupljeno je u odluci: BGH, VIII ZR 319/85 od 15. listopada 1986., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017., § 28. Istovjetno u njemačkoj pravnoj književnosti, primjerice: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 73.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 946.

ostatka vrijednosti motornog vozila često ni ne naznačuje u ugovoru s obračunom kilometraže.[58] Nasuprot tome, ugovori o operativnom leasingu koji se sklapaju u analiziranom modelu ugovora iz hrvatske poslovne prakse redovito sadrže i naznaku iznosa predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila.[59] Oni takvu naznaku i moraju sadržavati jer je odredba o ostatku vrijednosti objekta leasinga dio obaveznog sadržaja ugovora o operativnom leasingu propisanog odredbom čl. 52. st. 3. ZL-a.

Odredba čl. 52. st. 3. ZL-a samo propisuje da ugovor o operativnom leasingu mora sadržavati i naznaku ostatka vrijednosti objekta leasinga, no iz te odredbe, a ni iz ostalih odredaba ZL-a, ne proizlazi bilo kakva obveza primatelja leasinga u vezi s ostatkom vrijednosti objekta leasinga. Posebno ne proizlazi obveza primatelja leasinga nadoknaditi davatelju leasinga eventualnu razliku između ostatka vrijednosti objekta leasinga naznačenog u ugovoru o operativnom leasingu i iznosa ostvarenog unovčenjem objekta leasinga po prestanku ugovora o operativnom leasingu. Rizik unovčenja objekta leasinga u analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse isključivo je na davatelju leasinga,[60] što je ključno obilježje i ugovora s obračunom kilometraže iz austrijske i njemačke poslovne prakse.[61]

U austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi davatelj leasinga uobičajeno se osigurava od rizika unovčenja motornog vozila putem tzv. *buy-back* ili reotkupne garancije koju mu izdaje dobavljač objekta leasinga (njem. *Rücknahmegarantie*).[62] Sklapanje ugovora o kupoprodaji objekta leasinga uz izdavanje *buy-back* garancije dobavljača objekta leasinga često je i u poslu operativnog leasinga u hrvatskoj poslovnoj praksi. Tom se garancijom dobavljač objekta leasinga obvezuje davatelju leasinga kupiti objekt leasinga od davatelja leasinga za unaprijed utvrđenu cijenu koja redovito odgovara iznosu predvidivog ostatka vrijednosti objekta leasinga naznačenog u ugovoru o operativnom leasingu.[63]

2.3. Naknada za smanjenje vrijednosti motornog vozila

Okolnost da je rizik unovčenja motornog vozila u ugovoru s obračunom kilometraže na davatelju leasinga ne znači i da primatelj leasinga nije odgovoran

58 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 281.

59 Analiza pojedinih ugovora o operativnom leasingu sklopljenih uz primjenu OU ALD-a pokazuje da je iznos ostatka vrijednosti motornog vozila redovito sadržan u ugovoru o leasingu.

60 Vidi supra, bilj. 15 - 19.

61 Za stajališta austrijske i njemačke pravne književnosti vidi supra, bilj. 28. Rizik unovčenja motornog vozila nakon prestanka ugovora s obračunom kilometraže isključivo je rizik davatelja leasinga i prema njemačkoj sudskoj praksi: BGH, VIII ZR 367/03 od 14. srpnja 2004., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 29.

62 Usp.: Engel, J., loc. cit. u bilj. 3; Grundmann, W., op. cit. u bilj. 2, str. 106.; Kratzer, J. i Kreuzmair, B., op. cit. u bilj. 2, str. 73.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 51; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92.; Stoffels, M. u: Staudinger, loc. cit. u bilj. 3.

63 Ugovor o kupoprodaji objekta leasinga koji sklapaju dobavljač objekta leasinga kao prodavatelj i davatelj leasinga kao kupac, uz izdavanje *buy-back* garancije dobavljača objekta leasinga, redovito je ugovor o kupoprodaji s posebnom pogodbom nazadprodaje. Iscrpnije o tome vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 1, str. 379. - 380.

davatelju leasinga za smanjenje vrijednosti motornog vozila koje bi bilo posljedica oštećenja i istrošenosti nastale uporabom koja prelazi okvire redovite uporabe motornog vozila. Primatelj leasinga se ugovorom s obračunom kilometraže redovito obvezuje po prestanku ugovora vratiti davatelju leasinga motorno vozilo u ugovorenom stanju: stanju koje odgovara njegovoj starosti i ugovorenoj kilometraži, neoštećeno i sigurno za prijevoz i korištenje.[64] Za slučaj da primatelj leasinga vrati davatelju leasinga motorno vozilo u stanju koje ne odgovara ugovorenom stanju, ugovorne odredbe ugovora s obračunom kilometraže redovito sadrže obvezu primatelja leasinga platiti davatelju leasinga posebnu naknadu za smanjenje vrijednosti motornog vozila (njem. *Minderwertausgleich*).[65]

Za pitanje je li vrijednost motornog vozila smanjena zbog oštećenja i istrošenosti nastale prekomjernom uporabom motornog vozila odlučna su ugovorena mjerila o tomu kakvo stanje motornog vozila i kakva oštećenja se smatraju prihvatljivim stanjem i oštećenjima motornog vozila.[66] Nakon prestanka ugovora s obračunom kilometraže i vraćanja motornog vozila davatelju leasinga pristupa se pregledu motornog vozila radi utvrđivanja stanja motornog vozila i utvrđivanja popravaka koje je potrebno izvršiti da bi se motorno vozilo dovelo u prihvatljivo stanje sukladno ugovorenim mjerilima. Međutim, često ugovorne odredbe ne sadrže detaljna mjerila za razgraničenje istrošenosti koja je posljedica redovite uporabe motornog vozila, za koju primatelj leasinga ne odgovara davatelju leasinga, od istrošenosti koja je posljedica prekomjerne uporabe motornog vozila, za koju je primatelj leasinga obvezan platiti davatelju leasinga naknadu za smanjenje vrijednosti motornog vozila. Poteškoće koje u vezi s tim razgraničenjem nastaju u poslovnoj praksi označavaju se u njemačkoj literaturi i "Ahilovom petom ugovora o leasingu motornog vozila s obračunom kilometraže".[67]

Naknada za smanjenje vrijednosti motornog vozila koju se primatelj leasinga obvezuje platiti davatelju leasinga odnosi se redovito na troškove popravaka koji su nužni da bi se motorno vozilo dovelo u prihvatljivo stanje definirano ugovorom. Tu je naknadu, prema stajalištima njemačke sudske prakse i pravne književnosti, potrebno utvrditi u potpunosti neovisno o kalkuliranom, predvidivom ostatku vrijednosti motornog vozila te neovisno o iznosu postignutom unovčenjem motornog vozila poslije prestanka ugovora.[68] Obveza primatelja leasinga naknaditi smanjenu vrijednost

64 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 397.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 211.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 34; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.

65 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 214.; Koch, J., u: MünchKomm III, op. cit. u bilj. 3, Rn. 136.; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92.; Scharff, U. u: Beckmann, H. i Scharff, U., loc. cit. u bilj. 3; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 34.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30.; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 893.

66 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 215.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 30. - 31.

67 Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 215.

68 O potrebi utvrđivanja naknade za smanjenje vrijednosti motornog vozila neovisno o predvidivom ostatku vrijednosti motornog vozila i iznosu postignutog unovčenjem motornog vozila vidi odluke iz njemačke sudske prakse: BGH, VIII ZR 177/99 od 1. ožujka 2000., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 26.; BGH, VIII ZR 22/12 od 14. studenog 2012., dostupno na:

motornog vozila ne utječe na raspodjelu rizika unovčenja karakterističnu za ugovor s obračunom kilometraže: rizik unovčenja motornog vozila i dalje je na davatelju leasinga. Primatelj leasinga nije obvezan naknaditi davatelju leasinga razliku između višeg predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila i nižeg iznosa cijene ostvarene prodajom motornog vozila po prestanku ugovora, ali je obvezan naknaditi smanjenu vrijednost motornog vozila zbog prekomjerne uporabe i ako davatelj leasinga unatoč oštećenju motornog vozila unovčenjem može ostvariti kalkulirani, predvidivi ostatak vrijednosti motornog vozila.[69]

U hrvatskom pravu, obveza primatelja leasinga po prestanku ugovora o operativnom leasingu vratiti objekt davatelju leasinga u ugovorenom stanju proizlazi i iz odredbe čl. 62. st. 1. ZL-a.[70] Prema odredbi čl. 62. st. 3. ZL-a, primatelj leasinga ne odgovara za istrošenost objekta leasinga koja nastane njegovom redovitom uporabom, jednako kao što ni najmoprimac ne odgovara za istrošenost iznajmljene stvari nastalu njezinom redovitom uporabom.[71] Međutim, dok najmoprimac prema odredbi čl. 566. st. 2. ZOO-a ne odgovara ni za oštećenja iznajmljene stvari koja su posljedica dotrajalosti, odredba čl. 62. st. 3. ZL-a ne predviđa isključenje odgovornosti primatelja leasinga za oštećenja objekta leasinga koja su posljedica dotrajalosti. Primatelj leasinga odgovara i za takva oštećenja objekta leasinga, što je posljedica za ugovor o leasingu tipičnih obveza primatelja leasinga održavati objekt leasinga u stanju podobnom za ugovorenu uporabu i izvršavati potrebne popravke, a koje obveze su u ugovoru o najmu obveze najmodavca, a ne najmoprimca.[72] Za oštećenja objekta leasinga primatelj leasinga odgovara neovisno o tome jesu li ona nastala njegovom krivnjom ili su nastala zbog slučaja ili više sile, a što je posljedica za ugovor o leasingu tipičnog prijelaza rizika slučajne propasti ili oštećenja objekta leasinga s davatelja leasinga na primatelja leasinga, koji za ugovor o najmu nije karakterističan.[73]

---

openJur, 8. siječnja 2017., § 32.; BGH, VIII ZR 265/12 od 24. travnja 2013., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 23.; BGH, VIII ZR 336/12 od 24. travnja 2013., dostupno na: openJur, 8. siječanj 2017., § 34. Istovjetno u njemačkoj pravnoj književnosti, primjerice: Engel, op. cit. u bilj. 3, str. 214.; Stoffels, M. u: Staudinger, loc. cit. u bilj. 3; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 946.

69 BGH, VIII ZR 334/12 od 17. srpnja 2013., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 18.

70 Odredba čl. 62. st. 1. ZL-a glasi: "Primatelj *leasinga* dužan je po prestanku ugovora o *leasingu* bez odgađanja objekt *leasinga* vratiti davatelju *leasinga* na način i u stanju određenim ugovorom o *leasingu*, osim ako je sukladno ugovoru o *leasingu* ispunio uvjete kojima stječe pravo vlasništva nad objektom *leasinga*, pravo produženja ugovora o *leasingu* ili je za taj objekt *leasinga* sklopljen novi ugovor o *leasingu*". Odredba čl. 62. st. 1. ZL-a primjenjuje se i na ugovor o financijskom leasingu i na ugovor o operativnom leasingu. Za razliku od posla financijskog leasinga, u poslu operativnog leasinga uobičajeno je da primatelj leasinga nema opciju kupnje objekta leasinga ni drugo pravo temeljem kojeg bi bio ovlašten na uporabu objekta leasinga nakon proteka vremena na koje je ugovor o operativnom leasingu sklopljen.

71 Prema odredbi čl. 566. st. 2. ZOO-a.

72 Iscrpnije o obvezama primatelja leasinga održavati objekt leasinga i izvršavati potrebne popravke objekta leasinga tijekom trajanja ugovora o leasingu, nasuprot usporedivim obvezama najmodavca u ugovoru o najmu, vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 1, str. 226. - 231.

73 Istovjetno i u njemačkom pravu, o čemu vidi, primjerice, u: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 212.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek, M. et al., loc. cit. u bilj. 34. Iscrpnije o riziku slučajne propasti ili oštećenja objekta leasinga i riziku slučajne propasti ili oštećenja

Obveza vraćanja motornog vozila u ugovorenom stanju i obveza plaćanja naknade za smanjenje vrijednosti motornog vozila karakteristične su i za analizirani model ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse. Primatelj leasinga obvezuje se ugovornim odredbama motorno vozilo vratiti davatelju leasinga u "urednom stanju",[74] pri čemu se uredno stanje definira na način koji je uobičajen i u njemačkoj poslovnoj praksi.[75] Pri vraćanju motornog vozila davatelju leasinga, stanje motornog vozila, oštećenja i potreba popravaka utvrđuju se pregledom motornog vozila, a sukladno ugovorenim kriterijima prihvatljivog stanja sadržanim u posebnoj ispravi koja je sastavni dio ugovora o operativnom leasingu.[76] Za oštećenja i istrošenost motornog vozila uporabom koja se prema ugovorenim kriterijima prihvatljivog stanja ne smatra redovitom uporabom motornog vozila primatelj leasinga obvezuje se davatelju leasinga naknaditi pregledom vozila "utvrđeni iznos umanjenje vrijednosti vozila".[77]

3. UGOVOR O OPERATIVNOM LEASINGU U KOJEMU JE PRIMATELJ LEASINGA NOSITELJ RIZIKA UNOVČENJA MOTORNOG VOZILA

Ugovor o operativnom leasingu motornog vozila javlja se u hrvatskoj poslovnoj praksi i u ugovornom modelu u kojemu je primatelj leasinga nositelj rizika unovčenja motornog vozila, odnosno u kojemu se primatelj leasinga obvezuje davatelju leasinga nadoknaditi razliku između višeg iznosa predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila i nižeg iznosa cijene ostvarene prodajom motornog vozila nakon prestanka ugovora o operativnom leasingu.

Odredbama općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu jednoga hrvatskog leasing društva primatelj leasinga obvezuje se, ako je vrijednost motornog vozila nakon redovnog isteka ugovora o operativnom leasingu "manja od ostatka vrijednosti navedenog u Ugovoru o leasingu", naknaditi davatelju leasinga "svu nastalu štetu", a "osobito razliku između ostatka vrijednosti i postignute prodajne

predmeta najma u hrvatskom pravu vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 1, str. 231. - 237.

74 Prema odredbi čl. 24.1. OU ALD.

75 Odredba čl. 24.3. OU ALD-a predviđa da motorno vozilo "mora biti u stanju koje odgovara njegovoj starosti i ugovorenoj kilometraži" te da "mora biti neoštećeno i sigurno za prijevoz i korištenje", a što je uobičajen način na koji se određuje ugovoreno stanje motornog vozila u njemačkoj poslovnoj praksi, o čemu vidi supra, bilj. 63.

76 Prema odredbi čl. 24.4. OU ALD-a, "odabrana treća stručna osoba sačinit će pisanu ispravu o pregledu vozila radi definiranja stanja vozila, postojanja oštećenja i identificiranja potrebnih popravaka, sve sukladno kriterijima prihvatljivog stanja odnosno neprihvatljivih oštećenja vozila prilikom njegovog povrata definiranih u dokumentu "Upute za korisnika" koji je privitkom Ugovoru o operativnom leasingu". Kriteriji prihvatljivog, odnosno neprihvatljivog stanja motornog vozila detaljno su opisani i ilustrirani fotografijama u: ALD Automotive d.o.o., Upute za korisnika, <http://www.aldautomotive.hr/Portals/croatia/adam/Content/Bz6fDBAwPUyZ W0TE7ZCkGg/Free_Text/UPUTA%20ZA%20KORISNIKE-1-2-3.pdf>, 7. siječnja 2017., str. 23. - 28.

77 Prema odredbi čl. 24.4. OU ALD.

cijene".[78] Vrijednost motornog vozila nakon redovnog isteka ugovora o operativnom leasingu utvrđuje se procjenom procjenitelja ili vještaka kojeg je ovlašten odrediti davatelj leasinga, a ta je procjena "polazište za određivanje" "prodajne cijene".[79] Vraćeno motorno vozilo procjenjuje se i u slučaju prijevremenog prestanka ugovora o leasingu "kako bi se utvrdila njegova vrijednost koja će biti polazište za određivanje daljnje prodajne cijene", odnosno "cijene za davanje objekta dalje u leasing najam, ili zakup".[80] Prestane li ugovor o operativnom leasingu prijevremeno jednostranim raskidom ugovora koji je izjavio davatelj leasinga, u konačnom obračunu "Primatelju leasinga će se obračunati razlika između nefakturiranih diskontiranih neto potraživanja uvećanih za ugovoreni ostatak vrijednosti (preostala vrijednost ugovora) i neto prodajne cijene objekta leasinga trećoj osobi".[81]

Iz analize ugovornih odredaba ovih općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu proizlazi da u ugovorima o operativnom leasingu sklopljenim uz primjenu tih općih uvjeta poslovanja rizik unovčenja objekta leasinga isključivo snosi primatelj leasinga, i u slučaju redovnog prestanka ugovora o operativnom leasingu protekom vremena na koje je ugovor sklopljen, i u slučaju prijevremenog prestanka ugovora o operativnom leasingu prije proteka vremena na koje je sklopljen ugovor.

Ovaj ugovorni model ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse usporediv je s modelom ugovora o leasingu motornog vozila kojeg se u austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi naziva ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti (njem. *Vertrag mit Restwertabrechnung*),[82] a za koji je karakteristično da je ugovornim odredbama rizik unovčenja motornog vozila prenesen na primatelja leasinga. Stoga se u nastavku analizira tretman tog ugovora u austrijskom i njemačkom pravu, te ocjenjuje mogu li se poredbenopravna rješenja u vezi s tim ugovorom primijeniti i na opisani model ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse. Posebno se analizira i dvojbeni računovodstveni tretman takvih ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse.

3.1. Ostatak vrijednosti u ugovoru s obračunom ostatka vrijednosti

Ugovor o leasingu motornog vozila s obračunom ostatka vrijednosti se u austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi redovito sklapa na određeno vrijeme čijim istekom je primatelj leasinga obvezan vratiti motorno vozilo davatelju leasinga. Ugovor s obračunom ostatka vrijednosti, istovjetno kao i ugovor s obračunom kilometraže,

78 Prema odredbama čl. 20.3. OU OTP.
79 Ibid.
80 Prema odredbama čl. 20.4. OU OTP.
81 Prema odredbama čl. 23.2. OU OTP.
82 Usp.: Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 3, str. 547. Ovaj ugovorni model naziva se i: ugovorom s jamstvom ostatka vrijednosti (njem. *Vertrag mit Restwertgarantie*; primjerice, u: Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 153.; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 891.), ugovorom s osiguranjem ostatka vrijednosti (njem. *Vertrag mit Restwertabsicherung*; primjerice u: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 394.) te ugovorom s obračunom rabljenog vozila (njem. *Vertrag mit Gebrauchtwagenabrechnung*; primjerice, u: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 68.).

redovito ne sadrži opciju kupnje ni opciju produženja ugovora ugovorenu u korist primatelja leasinga.[83] Investicijski troškovi davatelja leasinga se i u ovom ugovornom modelu dijelom nadoknađuju putem mjesečnih obroka naknade za leasing, a dijelom unovčenjem motornog vozila nakon prestanka ugovora. Kao i u ugovoru s obračunom kilometraže, naknada za leasing računa se tako da se od nabavne vrijednosti motornog vozila oduzima iznos ostatka vrijednosti koje bi motorno vozilo predvidivo trebalo imati po isteku ugovora s obračunom ostatka vrijednosti. Međutim, dok se u ugovoru s obračunom kilometraže iznos predvidivog ostatka vrijednosti motornog vozila ne mora nužno naznačiti u ugovoru, ostatak vrijednosti motornog vozila u ugovoru s obračunom kilometraže iznos je koji ugovorne strane sporazumno utvrđuju pri sklapanju ugovora i koji se redovito i navodi u ugovoru.[84]

Karakteristično je za ugovor s obračunom ostatka vrijednosti da primatelj leasinga jamči davatelju leasinga da će stvarna vrijednost motornog vozila po prestanku ugovora i vraćanju motornog vozila davatelju leasinga odgovarati najmanje ugovorenom ostatku vrijednosti motornog vozila.[85] Ostvari li davatelj leasinga prodajom motornog vozila cijenu koja je niža od iznosa ugovorenog ostatka vrijednosti, primatelj leasinga je obvezan naknaditi davatelju leasinga razliku, zbog čega je rizik unovčenja motornog vozila u ovom ugovornom modelu na primatelju leasinga.[86]

U kontekstu hrvatskoga prava potrebno je, još jednom, naglasiti da se ni iz odredbe čl. 52. st. 3. t. 2. ZL-a niti iz odredbe čl. 12. Pravilnika ne bi moglo zaključivati da primatelj leasinga ima prema davatelju leasinga bilo kakvu obvezu u vezi s ostatkom vrijednosti objekta leasinga nakon prestanka ugovora o operativnom leasingu. Zakonski model za ugovor o operativnom leasingu ne uređuje međusobna prava i obveze ugovornih strana za slučaj da je stvarna vrijednost objekta leasinga po isteku ugovora o operativnom leasingu manja od ugovorenog ostatka vrijednosti objekta leasinga, kao ni za slučaj da je davatelj leasinga prodajom objekta leasinga po isteku ugovora o operativnom leasingu ostvario cijenu nižu od ugovorenog ostatka vrijednosti objekta leasinga.

U austrijskom i njemačkom pravu je u vezi s jamstvom primatelja leasinga za ostatak vrijednosti, karakterističnim za ugovor s obračunom ostatka vrijednosti, odnosno u vezi s primarnom ugovornom obvezom primatelja leasinga nadoknaditi davatelju leasinga razliku između višeg iznosa ugovorenog ostatka vrijednosti i nižeg iznosa postignutog unovčenjem objekta leasinga, ustanovljena i posebna sporedna obveza davatelja leasinga: s dužnom pažnjom nastojati unovčiti objekt leasinga što

83 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 68.

84 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 394.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 68.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 34, str. 530.

85 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 394.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 69.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 153.

86 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 394.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 69. i 228.; Fink, C., loc. cit. u bilj. 2; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 34, str. 530.; Oechsler, J., op. cit. u bilj. 28, str. 277.; Riedler, A. u: Apathy, P. i Riedler, A., op. cit. u bilj. 2, str. 121.; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 24.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 153.

je najbolje moguće (njem. *mit zumutbarer Sorgfalt um die bestmögliche Verwertung der Leasingsache zu bemühen*).[87] Da bi ispunio obvezu unovčiti motorno vozilo "što je najbolje moguće", davatelj leasinga mora aktivno na tržištu tražiti najbolju priliku za unovčenje motornog vozila, prikupljati ponude više potencijalnih kupaca i prihvatiti onu kojom je ponuđena najviša cijena. Tu obvezu on nije ispunio ako je motorno vozilo prodao prvom potencijalnom kupcu za iznos koji odgovara vrijednosti motornog vozila utvrđenog procjenom po isteku ugovora s obračunom ostatka vrijednosti. Procijenjena vrijednost motornog vozila je samo mjerilo za ocjenu je li davatelj leasinga protivno načelu savjesnosti i poštenja prodao motorno vozilo za suviše nisku cijenu.[88] Ne ispuni li davatelj leasinga obvezu unovčiti motorno vozilo "što je najbolje moguće", odgovoran je primatelju leasinga za štetu.[89]

Postojanje obveze davatelja leasinga unovčiti motorno vozilo "što je najbolje moguće" prihvatljivo je i u kontekstu hrvatskoga prava. Unovčenje motornog vozila "prvom prilikom", za iznos koji ne bi predstavljao najvišu moguću cijenu koju je moguće postignuti na tržištu, a zatim fakturiranje primatelju leasinga razlike između iznosa ostvarenog prodajom i iznosa ugovorenog ostatka vrijednosti motornog vozila, predstavljalo bi postupanje davatelja leasinga koje bi bilo protivno i načelu savjesnosti i poštenja, kao i načelu zabrane prouzročenja štete.

U austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi, ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti primatelj leasinga ne obvezuje se platiti davatelju leasinga posebnu naknadu za smanjenje vrijednosti motornog vozila za slučaj da po isteku ugovora motorno vozilo bude vraćeno u stanju koje ne odgovara ugovorenom urednom stanju, a koja je karakteristična za ugovor s obračunom kilometraže. Razlog tomu je taj što se takvo smanjenje vrijednosti po prestanku ugovora s obračunom ostatka vrijednosti davatelju leasinga nadoknađuje putem naknade razlike između iznosa prodajom ostvarene cijene i iznosa ugovorenog ostatka vrijednosti motornog vozila.[90]

U austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi, ostvari li davatelj leasinga prodajom motornog vozila višak u odnosu na ugovoreni ostatak vrijednosti, taj se višak (njem. *Mehrerlös*) dijeli između davatelja leasinga i primatelja leasinga sukladno odredbama

87 O sporednoj obvezi davatelja leasinga unovčiti objekt leasinga "što je najbolje moguće" vidi u odlukama iz njemačke sudske prakse: BGH, VIII ZR 148/84 od 12. lipnja 1985., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017., § 47.; BGH, VIII ZR 296/89 od 10. listopada 1990., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017., § 23.; BGH, VIII ZR 39/91 od 27. studenog 1991., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017., § 10.; BGH, VIII ZR 312/96 od 4. lipnja 1997., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017., § 18.
Istovjetno i austrijskoj sudskoj praksi, primjerice, u: OGH, 8 Ob 38/90 od 17. siječnja 1991., dostupno na: RIS, 8. siječnja 2017.
U austrijskoj i njemačkoj pravnoj književnosti, primjerice: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 69. i 230. - 231.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 34, str. 530.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 3, str. 548.; Schopper, A. i Skarics, F. u Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 186.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 154.

88 Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 228.

89 Usp.: ibid., str. 230. - 231.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 154.

90 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 69. i 229.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 3, str. 547.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 143.

ugovora s obračunom ostatka vrijednosti, i to redovito na način da primatelju leasinga pripada 75 %, a davatelju leasingu 25 % ostvarenog viška.[91] Raspodjela viška ostvarenog prodajom u ovim omjerima uvjetovana je poreznopravnim propisima.[92]

U analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse, za primatelja leasinga nije ugovorom ustanovljeno pravo sudjelovanja u raspodjeli viška ostvarenog prodajom motornog vozila.[93] Ta okolnost sama po sebi ne znači da postoji značajna neravnoteža prava i obveza ugovornih strana ugovora o operativnom leasingu u kojemu je rizik unovčenja motornog vozila na primatelju leasinga.[94] U pojedinim odlukama iz hrvatske sudske prakse opravdano su utvrđene ništetnima odredbe općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu kojima je, suprotno svrsi ugovorenog ostatka vrijednosti objekta leasinga kao iznosa koji se ne nadoknađuje naknadom za leasing, davatelj leasinga bio ovlašten u slučaju prijevremenog prestanka ugovora zahtijevati od primatelja leasinga i plaćanje ugovorenog ostatka vrijednosti objekta leasinga.[95] U dostupnoj i objavljenoj hrvatskoj sudskoj praksi nisu pronađene odluke u kojima bi se ocjenjivala valjanost odredaba općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu kojima se primatelj leasinga obvezuje nadoknaditi davatelju leasinga razliku između višeg iznosa ugovorenog ostatka vrijednosti i nižeg iznosa ostvarenog unovčenjem objekta leasinga.

Ugovorna odredba općih uvjeta poslovanja kojom se primatelj leasinga obvezao davatelju leasinga naknaditi razliku između ugovorenog ostatka vrijednosti i cijene ostvarene prodajom motornog vozila proizvodi pravne učinke, prema stajalištima

91 Usp.: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 394.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 69. i 228.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 34, str. 530.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 153.

92 Da bi se maksimizirale računovodstvene i poreznopravne prednosti ugovora o leasingu u odnosu na ugovor o kupoprodaji, ugovorne strane ugovora o leasingu nastoje ugovor strukturirati na način da se objekt leasinga i računovodstveno i poreznopravno pripiše davatelju leasinga kao ekonomskom vlasniku objekta leasinga. Za ugovor s obračunom ostatka vrijednosti će poreznopravno pripisivanje objekta leasinga davatelju leasinga, a time i računovodstveno priznavanje objekta leasinga kao imovine u bilanci davatelja leasinga, prema poreznopravnim propisima austrijskog i njemačkog prava, biti moguće samo ako je primatelj leasinga ovlašten na najviše 75 % razlike između nižeg iznosa ostatka vrijednosti i višeg iznosa cijene ostvarene unovčenjem objekta leasinga. Iscrpno o tome vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 1, str. 126. - 148.

93 U OU OTP nisu sadržane odredbe iz kojih bi proizlazilo da primatelj leasinga ima pravo na udio u višku ostvarenom prodajom objekta leasinga. U vezi s prodajom objekta leasinga nakon raskida ugovora o operativnom leasingu, odredbom čl. 19.3. OU OTP ugovoreno je da "eventualnu pozitivnu razliku ostvarenu prodajom ili davanjem u leasing najam ili zakup objekta leasinga (ukoliko se ista utvrdi konačnim obračunom) zadržava Davatelj leasinga".

94 Na istovjetno u kontekstu njemačkoga prava ukazuje i: Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 892.

95 Ništetnost odredaba općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu kojima je bila ugovorena obveza primatelja leasinga platiti davatelju leasinga iznos ugovorenog ostatka vrijednosti utvrđena je u odlukama: Općinski sud u Samoboru, Povrv-1691/12 od 6. lipnja 2014. (neobjavljena); Trgovački sud u Zagrebu, P-481/2013 od 7. srpnja 2014. (neobjavljena); Županijski sud u Bjelovaru, Gž-2540/11-3 od 1. ožujka 2012., dostupno na: Portal IUS-INFO, < http://www.iusinfo.hr/>, 7. siječnja 2017.

njemačke sudske prakse i pravne književnosti, samo ako je davatelj leasinga jasno ukazao primatelju leasinga na to da primatelj leasinga snosi rizik unovčenja motornog vozila. Taj zahtjev transparentnosti ispunjen je samo ako je takva obveza primatelja leasinga naznačena i u ispravi ugovora o leasingu sklopljenog uz primjenu općih uvjeta poslovanja, i to na prednjoj strani isprave.[96]

Za razliku od njemačkog prava, načelo transparentnosti u hrvatskom pravu nije samostalni kriterij definiranja nepoštenosti ugovorne odredbe.[97] Međutim, transparentnost je jedna od temeljnih dužnosti koje za sastavljača ugovora proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja, pa će činjenica da određena ugovorna odredba nije jasna, razumljiva ili uočljiva utjecati na ocjenu je li ponašanje sastavljača ugovora bilo u skladu s načelom savjesnosti i poštenja.[98] Stoga bi i hrvatska sudska praksa, u odlukama u kojima bi ocjenjivala valjanost odredaba općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu kojima se rizik unovčenja objekta leasinga prenosi na primatelja leasinga, uz okolnost da primatelj leasinga ugovorom o operativnom leasingu redovito nije ovlašten na opciju kupnje objekta leasinga i druge relevantne okolnosti, trebala voditi računa i o tomu jesu li odredbe o obvezama primatelja leasinga u vezi s unovčenjem objekta leasinga bile primatelju leasinga lako uočljive.

3.2. Računovodstveni tretman ugovora s obračunom ostatka vrijednosti

U austrijskom i njemačkom pravu, motorno vozilo koje je objektom leasinga u ugovoru s obračunom ostatka vrijednosti bi se primjenom koncepta ekonomskog vlasništva imalo poreznopravno i računovodstveno pripisati davatelju leasinga kao ekonomskom vlasniku objekta leasinga.[99] Za računovodstveni tretman ugovora o leasingu u austrijskom i njemačkom pravu relevantni su prije svega nacionalni računovodstveni standardi, a ne MRS 17.[100] Ugovori s obračunom ostatka vrijednosti

96 Ovo stajalište izraženo je u njemačkoj sudskoj praksi u odlukama: OLG Karlsruhe, 6 U 139/84 od 23. travnja 1986., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017.; OLG Dresden, 8 U 339/00 od 28. lipnja 2000., dostupno na: Judicialis - Rechtsprechung, <http://www.judicialis.de/> (dalje u tekstu: Judicialis), 8. siječnja 2017.
U njemačkoj pravnoj književnosti vidi, primjerice: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 396.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 71., 228. i 257.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., op. cit. u bilj. 50, str. 542. - 543.; Stoffels, M. u: Staudinger, op. cit. u bilj. 3, str. 155.

97 Baretić, M. i Markovinović, H., u: Barbić, J. i Giunio, M., op. cit. u bilj. 48, str. 101.

98 Ibid.

99 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 70.; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 15. Iscrpno o pripisivanju objekta leasinga temeljem koncepta ekonomskog vlasništva u austrijskom i njemačkom pravu vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 1, str. 130. - 139.

100 MRS 17 uvriježena je kratica za "Međunarodni računovodstveni standard 17 - Najmovi" koji je mjerodavan računovodstveni standard za računovodstva najmova, a time i računovodstvo leasinga. Naime, računovodstveni pojam najam iz t. 4. MRS-a 17 znatno je širi od građanskopravnog pojma ugovora o najmu, a njime je osim ugovora o najmu, ugovora o zakupu i ugovora o leasingu kao pojedinih uobičajenih tipova ugovora o prijenosu prava uporabe obuhvaćen i čitav niz različitih drugih tipova ugovora koji se odnose na vremenski ograničeni naplatni prijenos prava uporabe nekog sredstva u ekonomskom smislu, i to neovisno o tomu je li prijenos prava uporabe nekog sredstva primarna svrha tog ugovora ili ugovor ima neku drugu

prema nacionalnim računovodstvenim standardima u austrijskom i njemačkom pravu imaju istovjetan računovodstveni tretman koji u sustavu MRS-a 17 imaju ugovori koji se razvrstavaju kao poslovni najmovi.[101]

Za razliku od austrijskog i njemačkog prava, u hrvatskom pravu je za računovodstvo leasinga ponajprije mjerodavan MRS 17.[102] Ugovori o operativnom leasingu se u hrvatskoj poslovnoj praksi redovito razvrstavaju kao poslovni najmovi u smislu MRS-a 17, neovisno o tomu je li rizik unovčenja objekta leasinga na davatelju leasinga (kao što je to slučaj u analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse koji je usporediv s ugovorom s obračunom kilometraže iz austrijske i njemačke poslovne prakse) ili je rizik unovčenja objeka leasinga na primatelju leasinga (kao što je to slučaj u analiziranom modelu ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse koji je usporediv s ugovorom s obračunom ostatka vrijednosti iz austrijske i njemačke poslovne prakse). Računovodstveni tretman ugovora o operativnom leasingu kao poslovnog najma u smislu MRS-a 17 u osnovi se svodi na to: (i) da se objekt leasinga prikazuje samo u bilanci davatelja leasinga, a ne i u bilanci primatelja leasinga; (ii) da amortizaciju koja predstavlja rashod obračunskog razdoblja obračunava davatelj leasinga; (iii) da u računu dobiti i gubitka primatelj leasinga iskazuje troškove razdoblja po osnovi plaćanja mjesečnih obroka naknade za leasing kao poslovne rashode, dok davatelj leasinga u računu dobiti i gubitka iskazuje financijske prihode te troškove amortizacije kao poslovne rashode.[103]

Ugovori o financijskom leasingu se u hrvatskoj poslovnoj praksi redovito razvrstavaju kao financijski najmovi u smislu MRS-a 17, a takav se računovodstveni tretman ugovora o financijskom leasingu u biti svodi na to: (i) da se objekt leasinga prikazuje i u bilanci primatelja leasinga (kao dugotrajna materijalna imovina i kao dugoročna obveza) i u bilanci davatelja leasinga (kao dugoročno potraživanje); (ii) da amortizaciju koja predstavlja rashod obračunskog razdoblja obračunava primatelj leasinga; (iii) da u računu dobiti i gubitka primatelj leasinga iskazuje troškove amortizacije kao poslovne rashode i troškove financiranja po osnovi plaćanja naknade za leasing kao financijske rashode, dok davatelj leasinga iskazuje financijske prihode.[104]

Ključni kriterij klasifikacije najmova na financijski i poslovni najam, prema t. 7. MRS-a 17, je opseg u kojemu rizike i koristi povezane s vlasništvom predmeta najma snosi najmodavac ili najmoprimac. Financijski najam definiran je t. 4. i 8. MRS-a 17, kao najam kojim se na najmoprimca prenose gotovo svi rizici i koristi povezani s vlasništvom, pri čemu eventualno može i ne mora doći do prijenosa prava vlasništva. Poslovni najam je, prema t. 4. i 8. MRS-a 17, svaki najam osim financijskog najma, odnosno najam kojim se na najmoprimca ne prenose gotovo svi rizici i koristi povezani s vlasništvom.

Ugovore o operativnom leasingu u kojima je rizik unovčenja objekta leasinga na davatelju leasingu u pravilu će biti opravdano klasificirati kao poslovne najmove u

svrhu za čije ostvarenje je potrebno i naplatno prenijeti pravo uporabe na nekom sredstvu.

101 Iscrpnije o ovome vidi u: Tot, I., op. cit. u bilj. 1, str. 139. - 148.

102 Ibid., str. 104. - 105.

103 Usp.: ibid., str. 123.

104 Usp.: ibid.

smislu MRS-a 17, jer oni prema svojim obilježjima ne odgovaraju detaljno razrađenim primjerima slučajeva koji prema odredbama t. 10. MRS-a 17 uobičajeno dovode do klasifikacije ugovora kao financijskog najma, ni pokazateljima slučajeva koji bi prema odredbama t. 11. MRS-a 17 mogli dovesti do klasifikacije ugovora kao financijskog najma. Za ugovore o operativnom leasingu u kojima je rizik unovčenja objekta leasinga na davatelju leasinga redovito je karakteristično: (i) da se vlasništvo nad objektom leasinga ne prenosi na primatelja leasinga po završetku razdoblja leasinga (t. 10.a MRS-a 17); (ii) da primatelj leasinga nema opciju kupnje objekta leasinga po cijeni koja je znatno niža od "fer" vrijednosti objekta leasinga na dan izvršenja opcije (t. 10.b MRS-a 17); (iii) da razdoblje leasinga ne pokriva veći dio ekonomskog vijeka objekta leasinga (t. 10.c MRS-a 17); (iv) da vrijednost minimalnih plaćanja leasinga na početku ugovora ne pokriva gotovo cjelokupnu "fer" vrijednost objekta leasinga (t. 10.d MRS-a 17); (v) da objekt leasinga nije takve posebne prirode da ga samo primatelj leasinga može koristiti bez većih preinaka (t. 10.e MRS-a 17); (vi) da primatelj leasinga može otkazati ugovor o leasingu bez obveze snošenja s time povezanim gubitaka davatelja leasinga (t. 11.a MRS-a 17); (vii) da se dobitci ili gubitci iz fluktuacija "fer" vrijednosti ostatka vrijednosti ne zaračunavaju primatelju leasinga (t. 11.b MRS-a 17); (viii) da primatelj leasinga nema opciju produženja ugovora o leasinga uz naknadu znatno nižu od tržišne (t. 11.c MRS-a 17).

S druge strane, upitna je opravdanost računovodstvenog tretmana ugovora o operativnom leasingu u kojima je rizik unovčenja objekta leasinga na primatelju leasinga kao poslovnih najmova u smislu MRS-a 17. U takvim ugovorima o operativnom leasingu "gubitke iz fluktuacija fer vrijednosti ostatka vrijednosti", u smislu t. 11.b MRS-a 17, obvezan je davatelju leasinga podmiriti primatelj leasinga, što upućuje na to da bi takav ugovor trebalo računovodstveno klasificirati kao financijski najam, a ne kao poslovni najam. Također, pojam minimalnih plaćanja najma iz t. 4. MRS-a 17 uključuje "za najmodavca, i bilo koji ostatak vrijednosti koji mu jamči najmoprimac ili s njime povezana strana ili strana koja nije povezana s najmodavcem". Stoga i prema testu nadoknade investicije iz t. 10.d MRS-a 17, prema kojemu bi ugovor u redovnom slučaju trebalo označiti financijskim najmom ako vrijednost minimalnih plaćanja najma na početku najma "pokriva gotovo cjelokupnu fer vrijednost iznajmljenog sredstva", proizlazi da bi ugovore o operativnom leasingu u kojima primatelj leasinga jamči za ostatak vrijednosti objekta leasinga trebalo početno razvrstati kao financijske najmove, a ne kao poslovne najmove.[105]

Štoviše, u hrvatskom pravu su posao operativnog i posao financijskog leasinga definirani odredbama čl. 5. st. 2. i 3. ZL-a na način da su kao njihova pojedina razlikovna ekonomska obilježja istaknuta pojedina razlikovna obilježja poslovnog i financijskog najma prema računovodstvenoj klasifikaciji najmova iz MRS-a 17.[106] To

105 Ibid., str. 300. - 301.

106 Prema odredbi čl. 5. st. 2. ZL-a, ključna ekonomska obilježja posla financijskog leasinga su da primatelj leasinga: (i) "u razdoblju korištenja objekta *leasinga* plaća davatelju *leasinga* naknadu koja uzima u obzir cjelokupnu vrijednost objekta *leasinga*"; (ii) "snosi troškove amortizacije tog objekta *leasinga*"; (iii) "opcijom kupnje može steći pravo vlasništva nad tim objektom *leasinga* po određenoj cijeni koja je u trenutku izvršenja te opcije manja od stvarne vrijednosti objekta *leasinga* u tom trenutku"; te da se na primatelja leasinga (iv) "rizici i koristi povezani s

je posebno vidljivo iz uporabe izraza "rizici i koristi povezani s vlasništvom na objektu leasinga" u tim odredbama, a što je računovodstveni termin koji rabi MRS 17, kao i iz preuzimanja kriterija opsega u kojem su rizici i koristi povezani s vlasništvom na objektu leasinga preneseni na najmoprimca kao temeljnog kriterija računovodstvene klasifikacije najmova iz MRS-a 17 na poslovni i financijski najam te prihvaćanja tog kriterija odredbama čl. 5. st. 2. i 3. ZL-a kao jednog od razlikovnih kriterija posla operativnog i posla financijskog leasinga.

Stoga upitna opravdanost računovodstvenog tretmana ugovora o operativnom leasingu u kojima je rizik unovčenja objekta leasinga na primatelju leasinga kao poslovnog najma u smislu MRS-a 17 stvara i dvojbe glede toga bi li u kontekstu hrvatskoga pozitivnog prava takve ugovore uopće bilo moguće pravno kvalificirati kao ugovore o operativnom leasingu.

4. UGOVOR O OPERATIVNOM LEASINGU MOTORNOG VOZILA S PROMJENOM METODE KONAČNOG OBRAČUNA

Pod nazivom ugovora o operativnom leasingu pronalaze se u hrvatskoj poslovnoj praksi i takvi ugovori o operativnom leasingu motornih vozila u kojima je davatelj leasinga nositelj rizika unovčenja motornog vozila samo u slučaju redovnog isteka ugovora, dok je u slučaju prijevremenog prestanka ugovora taj rizik na primatelju leasinga. Kako se u ovom ugovornom modelu konačni obračun u slučaju redovnog isteka ugovora vrši po metodi karakterističnoj za ugovore s obračunom kilometraže, dok se u slučaju prijevremenog isteka ugovora konačni obračun vrši po metodi karakterističnoj za ugovore s obračunom ostatka vrijednosti, taj se ugovorni model ugovora o operativnom leasingu motornog vozila u ovom radu naziva ugovorom o operativnom leasingu s promjenom metode konačnog obračuna.

Primjerice, odredbama općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu jednog hrvatskog leasing društva za slučaj redovnog isteka ugovora ugovorena su sljedeća prava i obveze ugovornih strana: (i) obveza primatelja leasinga vratiti objekt leasinga u ugovorenom stanju;[107] (ii) pravo davatelja leasinga pregledati objekt leasinga radi utvrđivanja stanja i oštećenja vraćenog objekta leasinga, te procjeniti troškove njihova uklanjanja;[108] (iii) obveza primatelja leasinga platiti davatelju leasinga naknadu za prekoračenje ugovorene kilometraže[109] te (iv) obveza primatelja leasinga platiti davatelju leasinga naknadu za smanjenje vrijednosti objekta

vlasništvom na objektu *leasinga* većim dijelom prenose".

Ključna ekonomska obilježja posla operativnog leasinga, prema odredbi čl. 5. st. 3. ZL-a, su: (i) "primatelj *leasinga* u razdoblju korištenja objekta *leasinga* plaća davatelju *leasinga* određenu naknadu koja ne mora uzimati u obzir cjelokupnu vrijednost objekta *leasinga*"; (ii) "davatelj *leasinga* snosi troškove amortizacije tog objekta *leasinga*"; (iii) "primatelj *leasinga* nema ugovorenu opciju kupnje" te (iv) "rizici i koristi povezani s vlasništvom na objektu *leasinga* većim dijelom ostaju na davatelju *leasinga*, odnosno ne prenose se na primatelja *leasinga*."

107 Odredbom čl. 20.1. OU PBZ-a primatelj leasinga se obvezuje objekt leasinga vratiti davatelju leasinga "u besprijekornom stanju sukladnom toč. 10. ovih uvjeta".

108 Prema odredbi čl. 20.2. OU PBZ.

109 Prema odredbi čl. 20.3. OU PBZ.

leasinga.[110] Među parametrima relevantnim za konačni obračun u slučaju redovnog isteka ugovora nije naznačen ni ostatak vrijednosti objekta leasinga niti iznos postignutom unovčenjem objekta leasinga poslije redovnog isteka ugovora.[111] Istim odredbama općih uvjeta poslovanja je za slučaj prijevremenog prestanka ugovora jednostranim raskidom izjavljenim od strane davatelja leasinga ugovorena metoda konačnog obračuna prema kojoj se nakon vraćanja objekta leasinga davatelju leasinga ne pristupa pregledu objekta leasinga radi utvrđenja njegova stanja i oštećenja, već se po ovlaštenom sudskom vještaku procjenjuje stvarna vrijednost objekta leasinga, tzv. "neto cijena po procjeni", a ako je ona "niža od ostatka vrijednosti uvećanog za glavnice u nedospjelim obrocima do ugovorenog isteka", za razliku se tereti primatelja leasinga.[112]

Iz analize odredaba tih općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu proizlazi da je u slučaju redovnog isteka ugovora o operativnom leasingu rizik unovčenja objekta leasinga na davatelju leasinga, dok je u slučaju prijevremenog isteka ugovora o operativnom leasingu rizik unovčenja objekta leasinga prenesen na primatelja leasinga koji jamči za ostatak vrijednosti objekta leasinga. Odredbe koje su u bitnome istovjetne ovdje analiziranim odredbama sadržane su i u općim uvjetima poslovanja za ugovore o operativnom leasingu većine hrvatskih leasing društava.[113]

Obilježja ovog ugovornog modela ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse dijelom su karakteristična obilježja ugovora s obračunom kilometraže, a dijelom su karakteristična obilježja ugovora s obračunom ostatka vrijednosti iz austrijske i njemačke poslovne prakse. Dijelom ovaj ugovorni model sadrži i bitna odstupanja i od obilježja koja su karakteristična za ugovore s obračunom kilometraže[114] i od obilježja koja su karakteristična za ugovore s obračunom ostatka vrijednosti u austrijskoj i njemačkoj poslovnoj praksi.[115]

---

110 Prema odredbi čl. 22.2. OU PBZ-a, u slučaju redovnog isteka ugovora o operativnom leasingu se "utvrđuju vidljivi nedostaci i oštećenja koja nisu pokrivena osiguranjem, te se za njih tereti primatelja leasinga", a jedan od elemenata konačnog obračuna su i "troškovi za otklanjanje vidljivih nedostataka i oštećenja".

111 Prema odredbi čl. 22.2. OU PBZ.

112 Prema odredbama čl. 22.3. OU PBZ.

113 Tako, primjerice, prema odredbama čl. 23.1.1. OU EL-a u konačni obračun u slučaju redovnog isteka ugovora ne ulazi ni ostatak vrijednosti objekta leasinga ni iznos ostvaren unovčenjem objekta leasinga, dok je za slučaj prijevremenog prestanka ugovora ugovoreno odredbom čl. 23.1.2. OU EL-a da će davatelj leasinga "prilikom izrade konačnog obračunskog dopisa u obračun uključiti i procijenjenu vrijednost Objekta leasinga iz članka 20. stavka 3. na način; da će ukupno dugovanje Primatelja leasinga koje se sastoji od svih troškova iz stavka 1. ovog članka, neotplaćenih nedospjelih Obroka leasinga umanjenih za kamatu sadržanu u njima (nenamirena vrijednost po Ugovoru), ugovorenog ostatka vrijednosti Objekta leasinga koji je dužan naplatiti od Primatelja leasinga temeljem Ugovora i ovih Uvjeta, umanjiti za iznos procijenjene vrijednosti Objekta leasinga".

114 Primjerice, ponegdje je odredbama općih uvjeta poslovanja za ugovore o operativnom leasingu hrvatskih leasing društava izričito isključeno bilo kakvo pravo primatelja leasinga u slučaju nedostizanja ugovorene kilometraže, pa tako i odredbama: čl. 25.5. OU-OL IL i čl. 25.5. OU-RWL IL.

115 Primjerice, općim uvjetima poslovanja za ugovore o operativnom leasingu hrvatskih leasing društava redovito nije ugovoreno pravo primatelja leasinga na udio u višku prihoda ostvarenih

Analizirana stajališta austrijske i njemačke sudske prakse i pravne književnosti koja se mogu primijeniti u kontekstu hrvatskoga prava na ugovor o operativnom leasingu motornog vozila u kojemu je davatelj leasinga nositelj rizika unovčenja motornog vozila i na ugovor o operativnom leasingu motornog vozila u kojemu je primatelj leasinga nositelj rizika unovčenja motornog vozila, mogu se na odgovarajući način primijeniti u kontekstu hrvatskoga prava i na ugovor o operativnom leasingu motornog vozila s promjenom metode konačnog obračuna. Valja upozoriti da je zbog kombinacije različitih metoda obračuna u istom ugovornom modelu moguće i da bi davatelji leasinga kumulativno isticali zahtjeve koji se međusobno isključuju. Primjerice, u slučaju prijevremenog prestanka ugovora o operativnom leasingu sklopljenog u modelu ugovora s promjenom metode konačnog obračuna, davatelj leasinga ne bi opravdano mogao, uz zahtjev za naknadu razlike između nižeg iznosa postignutom unovčenjem objekta leasinga i višeg iznosa ugovorenog ostatka vrijednosti, istaknuti primatelju i zahtjev za naknadom za prekoračenje ugovorene kilometraže - jer je smanjenje vrijednosti motornog vozila zbog prekoračenja ugovorene kilometraže davatelju leasinga nadoknađeno putem naknade razlike između navedenih iznosa.[116]

Posebno je pitanje može li se općim uvjetima poslovanja uopće valjano ugovoriti promjena metode obračuna za slučaj prijevremenog prestanka ugovora o operativnom leasingu motornog vozila. Prema stajalištu njemačke sudske prakse i pravne književnosti, ugovorna odredba sadržana u općim uvjetima poslovanja za ugovor s obračunom kilometraže temeljem koje se, u slučaju prijevremenog prestanka ugovora, metoda konačnog obračuna karakteristična za ugovor s ograničenjem kilometraže zamjenjuje s metodom konačnog obračuna karakterističnom za ugovor s obračunom ostatka vrijednosti, je neočekivana ugovorna odredba koja ne proizvodi pravne učinke.[117] I ovdje iz zahtjeva transparentnosti proizlazi da bi takva promjena metode obračuna bila valjana samo ako bi u ispravi ugovora o leasingu bila istaknuta jasna naznaka o promjeni metode obračuna u slučaju prijevremenog prestanka ugovora i obvezama primatelja leasinga u tom slučaju.[118] Tu bi okolnost trebala uzeti

prodajom objektom leasinga, a ponegdje je i izričito ugovoreno da je davatelj leasinga ovlašten zadržati cjelokupni iznos tog viška, pa tako i odredbama: čl. 12.6. OU SG.

116 U bitnome istovjetno je istaknuto i u odlukama iz njemačke sudske prakse: BGH, VIII ZR 208/00 od 9. svibnja 2001., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 30.; OLG Düsseldorf, I-24 U 111/11 od 15. prosinca 2011., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 47.

117 Ovo stajalište u njemačkoj sudskoj praksi izraženo je u odlukama: BGH, VIII ZR 319/85 od 15. listopada 1986., dostupno na: Jurion, 8. siječnja 2017., § 29.; BGH, VIII ZR 367/03 od 14. srpnja 2004., dostupno na: openJur, 8. siječanj 2017., § 28.; OLG Düsseldorf, I-24 U 44/05 od 22. studenog 2005., dostupno na: openJur, 8. siječanj 2017., § 43.; OLG Düsseldorf, I-24 U 208/08 od 29. lipnja 2009., dostupno na: openJur, 8. siječnja 2017., § 20. U austrijskoj i njemačkoj pravnoj književnosti istovjetno u: Berninghaus, J. u: Büschgen, H. E., op. cit. u bilj. 3, str. 397.; Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 283.; Godefroid, C., loc. cit. u bilj. 28; Koch, J. u: MünchKomm III, op. cit. u bilj. 3, Rn. 136.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., loc. cit. u bilj. 34; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92. i 98.; Schopper, A. i Skarics, F. u: Apathy, P. et al., op. cit. u bilj. 3, str. 98.; Zahn, H. u: Graf von Westphalen, F., op. cit. u bilj. 3, str. 947.

118 Usp.: Engel, J., op. cit. u bilj. 3, str. 75.; Martinek, M. i Wimmer-Leonhardt, S. u: Martinek et al., loc. cit. u bilj. 34; Peters, B. u: Peters, B. i Schmid-Burgk, K., op. cit. u bilj. 3, str. 92.

u obzir i hrvatska sudska praksa pri ispitivanju valjanosti odredaba o metodi konačnog obračuna u slučaju prijevremenoga prestanka ugovora o operativnom leasingu.

5. ZAKLJUČAK

Pod nazivom ugovora o operativnom leasingu motornog vozila pronalaze se u hrvatskoj poslovnoj praksi različiti modeli ugovora o operativnom leasingu koji se bitno razlikuju u pogledu metode konačnog obračuna nakon prestanka ugovora i s time povezanog pitanja raspodjele rizika unovčenja motornog vozila. Samo je za jedan od tih ugovornih modela, i to onaj u kojemu je rizik unovčenja motornog vozila isključivo na davatelju leasinga, sasvim neupitno da je riječ o ugovoru sklopljenom u okviru posla operativnog leasinga i u računovodstvenom i u obveznopravnom pogledu. Drugi ugovorni modeli ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse, u kojima je rizik unovčenja motornog vozila prenesen na primatelja leasinga bilo za slučaj prijevremenog prestanka ugovora, bilo i u slučaju redovnog isteka ugovora, pokazuju izvjesne sličnosti s ugovornim modelima ugovora o financijskom leasingu.

Pitanje raspodjele rizika unovčenja motornog vozila nakon prestanka ugovora o operativnom leasingu nije u hrvatskom pravu uređeno zakonom, a u objavljenoj hrvatskoj sudskoj praksi ne postoji stajalište o tom pitanju, niti je to pitanje bilo predmetom interesa hrvatske pravne književnosti. Stoga se u ovom radu nastojalo analizom različitih modela ugovora o operativnom leasingu iz hrvatske poslovne prakse te istraživanjem austrijskog i njemačkog prava ponuditi odgovore na pojedina obveznopravna pitanja koja se odnose na obveze primatelja leasinga prema davatelju leasinga nakon prestanka ugovora o operativnom leasingu motornog vozila i vraćanja motornog vozila davatelju leasinga. Ugovorni modeli ugovora o operativnom leasingu motornih vozila iz hrvatske poslovne prakse u znatnoj su mjeri prema svojim obilježjima usporedivi s dva najčešća ugovorna modela ugovora o leasingu motornih vozila iz austrijske i njemačke poslovne prakse. Utvrđena zajednička obilježja ugovornih modela i bliskost hrvatskoga obveznog prava austrijskom i njemačkom obveznom pravu, omogućavaju i opravdavaju da se pojedina rješenja ustanovljena u austrijskoj i njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj književnosti primijene na odgovarajući način na ugovore o operativnom leasingu motornih vozila i u okvirima hrvatskoga pozitivnog prava.

Rad se suzdržao od predlaganja promjena zakonodavnog uređenja prava i obveza ugovornih strana ugovora o operativnom leasingu *de lege ferenda*. Razlog tomu jest taj što se ocijenilo da se hrvatska poslovna praksa na tržištu leasinga još uvijek razvija te da se nisu svi pojavni oblici ugovora o leasingu ustalili i tipizirali u tolikoj mjeri da bi bilo svrhovito obveznopravne odnose među sudionicima posla leasinga i njegovih pojavnih oblika urediti zakonom u znatnijem opsegu u odnosu na postojeće pozitivnopravno uređenje. Na značajniju neravnotežu prava i obveza ugovornih strana ugovora o operativnom leasingu može se i bez zakonodavne intervencije reagirati putem sudskog mehanizma zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi.

LITERATURA

A. Knjige

1. Beckmann, Heiner i Scharff, Uwe, Leasingrecht - Rechtsprobleme beim Finanzierungsleasing, Verlag C.H. Beck, München, 2015.
2. Büschgen, Hans E. (ur.), Praxishandbuch Leasing, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998.
3. Egger, Anton i Krejci, Heinz (ur.), Das Leasinggeschäft - Zivil-, Bilanz- und Steuerrecht, Betriebswirtschaft und Praxis, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac, Wien, 1987.
4. Engel, Johanne, Handbuch Kraftfahrzeugleasing, Verlag C.H. Beck, München, 2015.
5. Fink, Claudia, Bewertungstheoretische Grundlagen der Leasingfinanzierung - Rechtliche Rahmenbedingungen in Österreich, Springer - Gabler, Wiesbaden, 1997.
6. Fischer-Czermak, Constanze, Mobilienleasing - Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1995.
7. Graf von Westphalen, Friedrich (ur.), Der Leasingvertrag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015.
8. Grundmann, Wolfgang, Leasing und Factoring - Formen, Rechtsgrundlagen, Verträge, Springer - Gabler, Wiesbaden, 2013.
9. Honal, Martin, Loss Given Default von Mobilien-Leasingverträgen, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2009.
10. Kaiser, Dagmar (red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuzch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse - Leasing (Leasingrecht) - Neubearbeitung 2014 von Markus Stoffels, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2014.
11. Kratzer, Jost i Kreuzmair, Benno, Leasing in Theorie und Praxis, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2002.
12. Martinek, Michael, Stoffels, Markus i Wimmer-Leonhardt, Susanne (ur.), Handbuch des Leasingrechts, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
13. Oechsler, Jürgen, Schuldrecht - Besonderer Teil - Vertragsrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2003.
14. Peters, Bernd i Schmid-Burgk, Klaus, Das Leasinggeschäft, Bank-Verlag Medien, Köln, 2011.
15. Schimmelschmidt, Uwe, Finanzierungsleasing: eine EDV-gestützte Vorteilhaftigkeitsanalyse, Gabler Verlag, Wiesbaden, 1994.
16. Tot, Ivan, Operativni leasing, doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2016.

B. Članci i poglavlja u knjizi

1. Baretić, Marko i Markovinović, Hrvoje, Nepoštene ugovorne odredbe - opće i posebna uređenja, u: Barbić, Jakša i Giunio, Miljenko (ur.), Zbornik 50. jubilarnog susreta pravnika Opatija 2012., Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2012., str. 57. - 132.
2. Godefroid, Christoph, Kraftfahrzeugleasingverträge mit Kilometerabrechnung und § 506 BGB, Straßenverkehrsrecht - die Zeitschrift für die Praxis des Verkehrsjuristen, vol. 13, 5/2013, str. 161. - 167.
3. Goldkamp, Tobias i Reimer, Nadine, Die leasingtypischen Ausgleichsansprüche bei Fahrzeugrückgabe im Rahmen eines Leasingvertrags, Juris - die Monatszeitschrift, vol. 1, 8-9/2014, str. 321. - 326.
4. Gonzales del Campo, Federico, Neue Vertragsformen als Rechtstransfer? Zum Topos der angloamerikanischen Provenienz des Leasing-Rechts, Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, vol. 7, 7/2005, str. 46. - 57.

5. Josipović, Tatjana, Financial leasing in Croatia, Uniform Law Review, vol. 16, 1-2/2011, str. 271. - 289.
6. Keglević, Ana, Ugovor o leasingu - novi imenovani ugovor hrvatskog prava, u: Gliha, Igor, Josipović, Tatjana, Belaj, Vladimir, Baretić, Marko, Nikšić, Saša, Ernst, Hano, Keglević, Ana i Matanovac, Romana (ur.), Liber amicorum Nikola Gavella - Građansko pravo u razvoju, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., str. 607. - 657.
7. Koch, Jens, Finanzierungsleasing, u: Krüger, Wolfgang i Westermann, Harm Peter (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 3 - Schuldrecht - Besonderer Teil - §§ 433 - 610, Verlag C. H. Beck, München, 2012., str. 980. - 1065.
8. Miladin, Petar, Razgraničenje između klauzula o ugovornoj kazni i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52, 2/2002, str. 385. - 421.
9. Parać, Zoran, Zakon o leasingu (ili što je to pjesnik stvarno htio reći), Pravo u gospodarstvu, vol. 46, 4/2007, str. 147. - 184.
10. Pešutić, Andrea, Ugovor o leasingu, u: Slakoper, Zvonimir (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 1007. - 1029.
11. Riedler, Andreas, Bestandvertrag, u: Apathy, Peter i Riedler, Andreas, Bürgerliches Recht - Band III - Schuldrecht - Besonderer Teil, Springer, Wien - New York, 2010., str. 70. - 126.
12. Schopper, Alexander i Skarics, Florian, Das Leasinggeschäft, u: Apathy, Peter, Iro, Gert i Koziol, Helmut (ur.), Österreichisches Bankvertragsrecht - Band VII: Leasing, Factoring und Forfaitierung, Verlag Österreich, Wien, 2015., str. 1. - 216.

C. Pravni akti

1. Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga, Pravilnik o sadržaju i obliku ugovora o leasingu te metodologiji izračuna efektivne kamatne stope, NN br. 66/14.
2. Zakon o leasingu, NN br. 135/06.
3. Zakon o *leasingu*, NN br. 141/13.
4. Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15.

D. Sudska praksa

D.1. Austrija, Republika

1. Oberster Gerichtshof, 8 Ob 38/90 od 17. siječnja 1991., dostupno na: Bundeskanzleramt - Rechtsinformationssystem, <https://www.ris.bka.gv.at/>, 8. siječanj 2017.
2. Oberster Gerichtshof, 7 Ob 230/08m od 13. svibnja 2009., dostupno na: Bundeskanzleramt - Rechtsinformationssystem, <https://www.ris.bka.gv.at/>, 8. siječanj 2017.

D.2. Hrvatska, Republika

1. Općinski sud u Samoboru, Povrv-1691/12 od 6. lipnja 2014. (neobjavljena)
2. Trgovački sud u Zagrebu, P-481/2013 od 7. srpnja 2014. (neobjavljena)
3. Županijski sud u Bjelovaru, Gž-2540/11-3 od 1. ožujka 2012., dostupno na: Portal IUS-INFO, < http://www.iusinfo.hr/>, 7. siječanj 2017.

D.3. Njemačka, Savezna Republika

1. Bundesgerichtshof, VIII ZR 148/84 od 12. lipnja 1985., dostupno na: Jurion - das Rechtsportal, < https://www.jurion.de/>, 8. siječanj 2017.
2. Bundesgerichtshof, VIII ZR 319/85 od 15. listopada 1986., dostupno na: Jurion - das Rechtsportal, < https://www.jurion.de/>, 8. siječanj 2017.
3. Bundesgerichtshof, VIII ZR 296/89 od 10. listopada 1990., dostupno na: Jurion - das Rechtsportal, < https://www.jurion.de/>, 8. siječanj 2017.
4. Bundesgerichtshof, VIII ZR 39/91 od 27. studenog 1991., dostupno na: Jurion - das Rechtsportal, < https://www.jurion.de/>, 8. siječanj 2017.
5. Bundesgerichtshof, BGH, VIII ZR 312/96 od 4. lipnja 1997., dostupno na: Jurion - das

Rechtsportal, < https://www.jurion.de/>, 8. siječanj 2017.
6. Bundesgerichtshof, VIII ZR 177/99 od 1. ožujka 2000., dostupno na: openJur, 8. siječanj 2017.
7. Bundesgerichtshof, VIII ZR 208/00 od 9. svibnja 2001., dostupno na: openJur, 8. siječanj 2017.
8. Bundesgerichtshof, VIII ZR 367/03 od 14. srpnja 2004., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
9. Bundesgerichtshof, VIII ZR 22/12 od 14. studenog 2012., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
10. Bundesgerichtshof, III ZR 265/12 od 24. travnja 2013., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
11. Bundesgerichtshof, VIII ZR 336/12 od 24. travnja 2013., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
12. Bundesgerichtshof, VIII ZR 334/12 od 17. srpnja 2013., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
13. Oberlandesgerichtshof Dresden, 8 U 339/00 od 28. lipnja 2000., dostupno na: Judicialis - Rechtsprechung, <http://www.judicialis.de/>, 8. siječanj 2017.
14. Oberlandesgerichtshof Düsseldorf, I-24 U 44/05 od 22. studenog 2005., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
15. Oberlandesgerichtshof Düsseldorf, I-24 U 208/08 od 29. lipnja 2009., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
16. Oberlandesgerichtshof Düsseldorf, -24 U 111/11 od 15. prosinca 2011., dostupno na: openJur - die freie juristische Datenbank, < https://openjur.de/>, 8. siječanj 2017.
17. Oberlandesgerichtshof Karlsruhe, 6 U 139/84 od 23. travnja 1986., dostupno na: Jurion - das Rechtsportal, < https://www.jurion.de/>, 8. siječanj 2017.

E) Poslovna praksa

1. ALD Automotive d.o.o., Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu od 16.01.2016., <http://www.aldautomotive.hr/Portals/croatia/adam/Content/xmOvRU3M8kOO9etV4_WtTA/Link_Url/GTB%20ALD%20Automotive%20Cro_2016_01%20Final.pdf>, 7. siječanj 2017.
2. ALD Automotive d.o.o., Upute za korisnika, <http://www.aldautomotive.hr/Portals/croatia/adam/Content/Bz6fDBAwPUyZW0TE7ZCkGg/Free_Text/UPUTA%20ZA%20KORISNIKE-1-2-3.pdf>, 7. siječanj 2017.
3. BKS - leasing Croatia d.o.o., Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu motornog vozila/pokretnine, 1.9.2016., <http://www.bks-leasing.hr/BKSWebp/BKS/Informationsobjekte/PDFs/HR_Leasing/AGB/Opci_uvjeti_OPERATIVNI_POKRETNINE.pdf>, 7. siječanj 2017.
4. Erste & Steiermärkische S-Leasing d.o.o., Opći uvjeti uz ugovore o operativnom leasingu broj OL-07000, 11.11.2015., <https://www.ersteleasing.hr/content/dam/hr/el/www.ersteleasing.hr/dokumentacija/opci-uvjeti-i-naknade/opci-uvjeti-uz-ugovore-o-operativnom-leasingu.pdf>, 7. siječanj 2017.
5. EUROLEASING d.o.o., Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu br. 01/15, studeni 2015., <http://www.euroleasing.hr/downloads.aspx>, 7. siječanj 2017.
6. HYPO - LEASING STEIERMARK d.o.o., Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu pokretnina 10/2011-IV, 1.10.2011., <http://leasing.hypobank.at/hr/pub/document/?id=237&doc=1756-20160122-121514-opci_uvjeti_ol_iv.pdf&typ=pdf>, 7. siječanj 2017.
7. IMPULS-LEASING d.o.o., Opći uvjeti poslovanja društva IMPULS - LEASING d.o.o. za sklapanje ugovora o operativnom leasingu OL 0115 07, <http://www.impuls-leasing.hr/UserDocsImages/dokumenti/Op%C4%87i%20uvjeti%20operativni%20leasing%

20verzija%2007.pdf>, 7. siječanj 2017.

8. IMPULS - LEASING d.o.o., Opći uvjeti poslovanja društva IMPULS - LEASING d.o.o. za sklapanje ugovora o operativnom leasingu s ugovorenom visinom ostatka vrijednosti RWL 0115 07, <http://www.impuls-leasing.hr/UserDocsImages/ dokumenti/Op%C4%87i%20uvjeti%20operativni%20leasing%20s%20ugovorenom%20visinom%20ostatka%20vrijednosti%20verzija%2007.pdf>, 7. siječanj 2017.
9. OTP Leasing d.d., Opći uvjeti ugovora o operativnom leasingu vozila, opreme i drugih pokretnina OL-POK-06, <http://www.otpleasing.hr/UserDocsImages/pdf/Op%C4%87i%20uvjeti%20ugovora%20o%20operativnom%20leasingu%20OL-POK-06.pdf>, 7. siječanj 2017.
10. Porsche leasing d.o.o., Potvrda o predaji vozila, <http://www.porscheleasing.com.hr/media/Kwc_Basic_DownloadTag_Component/285-10417-2651-10420-linkTag-child/default/12aaad1c/1477652764/pl_potvrda_predaja_vozila_20_10_2016.pdf>, 7. siječanj 2017.
11. PBZ-LEASING d.o.o., Opći uvjeti PBZL-a za ugovor o operativnom leasingu: v.16.04, 11.4.2016., <http://www.pbz-leasing.hr/media/1077/op_i_uvjeti_pbzl-a_za_ugovor_o_operativnom_leasingu__v_1604__vozilo__plovilo__oprema.pdf>, 7. siječanj 2017.
12. Raiffeisen Leasing d.o.o., Opći uvjeta ugovora o operativnom leasingu 02_16, 15.2.2016., <http://www.rl-hr.hr/UserDocsImages/OP%C4%86I%20UVJETI%20-%20OPERATIVNI%20LEASING.pdf>, 7. siječanj 2017.
13. SG Leasing d.o.o., Opći uvjeti operativnog leasinga, 28.7.2016., <http://www.sgleasing.hr/wp-content/uploads/2016/12/Opci-uvjeti-OL-2016-07-28-v2.pdf>, 7. siječanj 2017.

F) Ostalo

1. Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga, Godišnje izvješće 2015., <http://www.hanfa.hr/getfile/44255/Godisnje%20izvjesce%202015_web.pdf>, 7. siječanj 2017.
2. Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga, Mjesečni izvještaj - studeni 2016., <http://www.hanfa.hr/getfile/44380/mi%2012_16.xlsx>, 1. siječanj 2017.

Summary

RESIDUAL VALUE RISK IN AUTOMOTIVE OPERATING LEASE CONTRACTS

The subject of the research in this paper are automotive operating lease contracts in the Croatian business practice. The provisions of the general terms and conditions for operating lease contracts of the Croatian leasing companies are being analysed, particulary those relating to the rights and obligations of the parties to the contract after the operating lease contract was terminated and the motor vehicle returned to the lessor. The existence of three contractual models of the automotive operating lease contract in the Croatian business practice is established, which vary with regard to the assignment and the distribution of the residual value risk. Those contractual models are being compared with the two most common contractual models of automotive lease contracts in the Austrian and German business practice: the lease contract with the excess mileage adjustment and the lease contract with the terminal rent adjustment. On the basis of the results of this comparison, applicability of the legal solutions, developed in the Austrian and German jurisprudence and legal literature regarding the lease contract with the excess mileage adjustment and the lease contract with the terminal rent adjustment, to the automotive operating lease contract within the framework of Croatian law, is being examinded.

Keywords: *operating lease, automotive leasing, residual value risk, residual value, excess mileage adjustment, terminal rent adjustment.*

Zusammenfassung

VERWERTUNGSRISIKO IN DEN OPERATING-KRAFTFAHRZEUG-LEASINGVERTRÄGE

Der Gegenstand diese Arbeit sind Operating-Leasingverträge in der kroatischen Geschäftspraxis. Die Bestimmungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen für Operating-Leasingverträge der kroatischen Leasinggesellschaften werden analysiert, insbesondere in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Vertragspartner, nachdem der Operating-Leasingvertrag beendet wurde und das Kraftfahrzeug an den Leasinggeber zurückgesandt wurde. In der kroatischen Geschäftspraxis werden drei vertragliche Modelle des Kraftfahrzeug-Operating-Leasingvertrags festgelegt, die sich hinsichtlich der Zuordnung und der Verteilung des Restwertrisikos unterscheiden. Diese vertraglichen Modelle werden mit den beiden gängigsten Vertragsmodellen von Kraftfahrzeug-Leasingverträgen in der österreichischen und deutschen Geschäftspraxis verglichen: dem Kilometerabrechnungsvertrag und dem Restwertabrechnungsvertrag. Auf Basis der Ergebnisse dieses Vergleichs wird die Anwendbarkeit der in der österreichischen

und deutschen Rechtslehre und Rechtsliteratur erarbeiteten Rechtslösungen auf den Kilometerabrechnungsvertrag und den Restwertabrechnungsvertrag auf den Operating-Leasingvertrag für Kraftfahrzeuge angewendet im Rahmen des kroatischen Rechtes.

***Schlüsselwörter**: Operating-Leasing, Kraftfahrzeugleasing, Verwertungsrisiko, Restwert, Kilometerabrechnungsvertrag, Restwertabrechnungsvertrag.*

Riassunto

IL RISCHIO DELLA RISCOSSIONE DELL'OGGETTO DI *LEASING* NEL CONTRATTO DI *LEASING* OPERATIVO PER VEICOLI A MOTORE

Il lavoro si propone di esaminare il contratto di *leasing* operativo per veicoli a motore nella prassi commerciale croata. Si analizzano le disposizioni sulle condizioni generali del contratto di *leasing* operativo delle società croate di *leasing*, in particolare quelle che si riferiscono ai diritti ed ai doveri delle parti contrattuali al termine del contratto di *leasing* operativo e nel momento delle restituzione del veicolo a motore al concedente. Si constata l'esistenza di tre modelli di contratto di *leasing* operativo per veicoli a motore nella prassi commerciale croata, i quali si differenziano gli uni dagli altri in base al criterio di trasferimento e di ripartizione del rischio di riscossione del valore del veicolo a motore. Tali modelli contrattuali vengono confrontati con i due modelli contrattuali più frequenti di *leasing* per veicoli a motore nella prassi commerciale austriaca e tedesca: il contratto con il conteggio dei chilometri percorsi ed il contratto con il calcolo del valore residuo. Sulla base dei risultati di tale paragone, si pone la questione dell'applicabilità delle singole soluzioni giuridiche, sviluppate nella giurisprudenza austriaca e tedesca e nella dottrina relativa al contratto che conteggia i chilometri percorsi ed il contratto che calcola il valore residuo, al contratto di *leasing* operativo per veicoli a motore nell'ambito del diritto croato.

***Parole chiave:** leasing operativo, leasing per veicoli a motore, il rischio della riscossione, valore residuo, contratto con il conteggio dei chilometri percorsi, contratto con il calcolo del valore residuo.*

DOPRINOS RASPRAVI O NAČELU JEDNAKOSTI PROCESNIH SREDSTAVA*

Dr. sc. Dejan Bodul, docent
Dr. sc. Sanja Grbić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK 347.9:341.231.14(4)
Ur.: 20. siječnja 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Načelo jednakosti procesnih sredstava zahtijeva postojanje razumne mogućnosti obaju stranaka da izlože činjenice i podupru ih svojim dokazima, tako da niti jednu stranku ne stavljaju u bitno lošiji položaj u odnosu na suprotnu stranku (predmet LB INTERFINANZ A.G. protiv Hrvatske, presuda, 27.03.2008., zahtjev br. 29549/04.). U smislu procesne ravnoteže među strankama navedeno čini jedan od bitnih konstitutivnih elemenata prava na pošteno suđenje. Ipak, donošenjem (novog) Stečajnog zakona (NN, 71/15. dalje SZ) pitanje jednakosti procesnih sredstava ponovno se aktualizira. Naime, SZ je zadržao rješenje po kojem je vjerovnik u mogućnosti pokretati stečajni postupak ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i postojanje stečajnog razloga, s tim da je zadržano i osporeno rješenje po kojem vjerojatnost postojanja tražbine vjerovnik može dokazivati temeljem nepravomoćne sudske ili upravne odluke. Kako postoje različita rješenja po pitanju navedenih pretpostavki, autori će se ograničiti na opće konstatacije zasnovane na poredbenim iskustvima, bez detaljnog razmatranja brojnih i raznolikih specifičnih usporednih rješenja. U radu se razmatraju i praktičke, ali i teorijske implikacije pozitivno-pravnog rješenja posebno analizirajući praksu Europskog suda za ljudska prava u postupcima prema čl. 6. (Pravo na pošteno suđenje) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, jer polaze od pretpostavke da saznanja o tomu mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada. Pokušava se odgovoriti i na pitanje zahtijevaju li sveukupno loši indikatori stečajnog postupka, koji su rezultat strukturalnih problema, "strože" postupovne mjere radi razrješenja takve situacije. Predmet analize bit će i nomotehnička dimenzija ovog pitanja, budući da je za isto rješenje u starom Stečajnom zakonu (NN, 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 45/13.) pred Ustavnim sudom RH pokrenut postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom te je do donošenja konačne odluke privremeno obustavljeno izvršenje svih pojedinačnih akata i radnji koje se poduzimaju na temelju osporene zakonske odredbe.

Ključne riječi: *stečaj, vjerovnik, pokretanje postupka, vjerojatnost tražbine, dokazivanje.*

* Ovaj rad je nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta 6558 Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtednes.

1. O NAČELU JEDNAKOSTI PROCESNIH SREDSTAVA U KONTEKSTU PRAVA NA POŠTENO SUĐENJE

Članak 6., stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda[1] određuje da radi utvrđivanja građanskih prava i obveza svatko ima pravo da njegov slučaj ispita zakonom ustanovljeni, nezavisni i nepristrani sud u javnom i pravičnom postupku te u razumnom roku. On govori o pravu na pošteno suđenje te je jedna od najznačajnijih odredbi koja je detaljno razrađena u praksi Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP). Stoga, je u odnosu za ovaj članak podneseno najviše zahtjeva i doneseno najviše presuda kojima je ESLJP proširio tekst čl. 6. EKLJP-a tumačeći postojeća i stvarajući nova prava i načela. Načelo jednakosti oružja i kontradiktornost postupka nisu izričito navedena u tekstu EKLJP-a, međutim ona su jedna od važnijih načela stvorenih praksom ESLJP-a i čine neizostavni dio prava na pošteno suđenje. Prema čl. 6. načelo jednakosti oružja (ravnopravnosti stranaka) omogućava pravičnu ravnotežu među strankama u (kaznenim i) građanskim postupcima.[2] Ono podrazumijeva da svaka stranka u postupku treba imati jednaku mogućnost izložiti svoj predmet, kao i iznositi dokaze koje ona smatra potrebnim, a sve to u okolnostima koje jednu stranku ne stavljaju u nepovoljniji položaj u odnosu na drugu u konkretnom postupku. Dakle, tako postavljeno načelo jednakosti oružja predstavlja u judikaturi ESLJP-a osnovni element prava na pošteni postupak.[3] Međutim, ESLJP nije dao njegovu točnu definiciju jer je riječ o "kvalifikaciji ili pravnom predočenju" koje se neprestano razvija njegovom sudskom praksom. Njegov značaj za ostvarivanje prava na pošteno suđenje, istaknut je najprije u mišljenju Komisije 1959. u građanskom postupku[4] u kojemu su pozivanjem na načelo jednakosti oružja, proširena prava na pošteno suđenje.[5]

---

1 EKLJP, NN – MU, 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.
1. Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.

2 *Feldbrugge protiv Nizozemske*, presuda, 27. srpnja 1987., br. 8562/79.

3 Vidi Reid, K., A Practitioner´s guide to European Convention on Human Rights, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2012., str. 143.

4 *Szwabowic protiv Švedske*, odluka, 30. lipnja 1959., br. 434/58.

5 Prvi predmeti u kojima je ESLJP istaknuo važnost načela jednakosti oružja bili su *Neumeister protiv Austrije (*presuda, 27. lipnja 1968., br. 1936/63.), *Delcourt protiv Belgije (*presuda, 17. siječnja 1970., br. 2689/65.) i *Bonisch protiv Austrije (*presuda, 2. lipnja 1986., br. 8658/79.). Podrobnije, Stavros, S., The guarantees for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights, An Analysis of the Application of the Convention and a comparison with Other Instruments, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993., str. 52. Iako su se navedeni predmeti odnosili na kaznene postupke načelo jednakosti oružja postalo je jednako priznato i važno u građanskim postupcima. Detaljnije, Grbić, S., Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu čl. 6., st. 1. Europske konvencije o ljudskim

2. DEFINIRANJE PROBLEMA

Stečajni zakoni većine zemalja predviđaju da su i vjerovnici aktivno legitimirane osobe za pokretanje stečajnog postupka. Praksa provođenja stečajnih postupaka u Republici Hrvatskoj, međutim dokazuje da krajnji cilj vjerovnika kao predlagatelja nije otvaranje stečajnog postupka kao generalne ovrhe nad imovinom dužnika, već je cilj ovrhom namiriti se od dužnika prije samog otvaranja stečaja tako da mu dužnik isplati potraživanje iz prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, a nakon čega će sud obustaviti postupak utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka. Prvotno, problem se javio kada je čl. 13., st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN, 133/12. od 03.12.2012.) redefinirao pretpostavke za pokretanje

pravima, Pravni fakultet, Rijeka, 2014., str. 92. *et seq*. Budući da je pravična ravnoteža među strankama više "narušena" prirodom kaznenog postupka, veći broj predmeta iz sudske prakse ESLJP-a odnosio se na kaznene postupke. To je zbog toga što se u građanskom postupku vodi spor između dviju jednakih stranaka pred nezavisnim sudom, dok u kaznenom postupku veliku ulogu ima postupanje tijela kaznenog postupka koje je nadležno za poduzimanje represivnih radnji i mjera protiv gonjene osobe, tj. optuženika prema čl. 6. Podrobnije, Ivičević Karas, E., Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 57, 2007., br. 4 -5, str. 761 – 778. Međutim, ESLJP je zbog velike važnosti koju u poštenom postupku ima načelo jednakosti oružja, kriterije stvorene sudskom praksom u kaznenim predmetima proširio i na građanske predmete *(Guigue i SGEN-CFDT protiv Francuske*, odluka, 6. siječnja 2004., br. 59821/00.). Tako se u poštenom postupku nastoje uskladiti položaji stranaka ostvarenjem različitih postupovnih načela, a jednakost oružja jedno je od njih (Gomien, D., Europska konvencija o ljudskim pravima, Rijeka, Naklada, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007., str. 99.). U predmetu *Dombo Beheer protiv Nizozemske* (presuda, 27. listopada 1993., br. 14448/88.) ESLJP je istaknuo: ″Objema strankama u postupku mora biti dana razumna mogućnost za izlaganje svojeg predmeta uključujući i iznošenje dokaza pod uvjetima koji ih ne stavljaju u znatno podređeni položaj u odnosu na protivnika.″ U *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke* (presuda, 9. prosinca 1994., br. 13427/87.) ESLJP je također utvrdio povredu načela jednakosti oružja jer je u Grčkoj bio usvojen zakon kojemu je cilj bio osigurati neuspjeh podnositelja u postupku pred nacionalnim sudom. U *De Haes i Gijsels protiv Belgije* (presuda, 24. veljače 1997., br. 19983/92.) ESLJP je ustanovio povredu načela jednakosti oružja jer je jedna od stranaka u postupku bila u povoljnijem položaju zbog posla kojeg je obavljala te je zbog toga nacionalni sud onemogućio protivnoj strani izjašnjavanje o iznesenim dokazima kao i podnošenje dokaza koji su za nju bili relevantni u konkretnom predmetu. Vidi Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe, 2013., dostupno na mrežnim stranicama: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide _Art_6_ENG.pdf (20.11.2016.). ESLJP je utvrdio i da načelo jednakosti stranaka pred sudom podrazumijeva da stranke moraju imati jednak pristup spisima i drugim dokumentima, barem u onoj mjeri u kojoj je to bitno radi donošenja odluke suda koji odlučuje o tom predmetu *(McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 24. veljače 1995., br. 16424/90.). U presudi *F. R. protiv Švicarske* presuda 28. lipnja 2001., br. 37292/97 i *Ferreira Alves protiv Portugala*, presuda, 21. lipnja 2007., br. 25053/05 iznio je: ″(…) koncept poštenog suđenja podrazumijeva također, u načelu i pravo stranaka da u postupku budu upoznate sa dokazima, ta da imaju mogućnost iznijeti svoje argumente o izvedenim dokazima ili izjavama koje se nalaze u spisu predmeta. (…). Ono što je ovdje od posebnog značaja je povjerenje stranaka u sporu u funkcioniranje pravde, koje se zasniva, *inter alia*, na spoznaji da su imali priliku iskazati svoje mišljenje o svakom dokumentu koji se nalazi u spisu predmeta.″ Vidi Dutertre, G., Izvodi iz sudske prakse – Evropski sud za ljudska prava, IMTEC, Sarajevo, 2002., str. 178. *et seq.*

stečajnog postupka odnosno prijedlog za otvaranje stečajnog postupka koji podnosi vjerovnik. Naime, zakonodavac je uz postojeću odredbu čl. 39., st. 2. starog Stečajnog zakona *vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i kojega od stečajnih razloga* dodao rečenicu koja glasi: *Smatrat će se da je vjerovnik učinio vjerojatnim postojanje svoje tražbine ako njezino postojanje temelji na ovršnoj ispravi ili nepravomoćnoj sudskoj ili upravnoj odluci*. Dakle, dopunom SZ-a uvela se *presumpcija* postojanja vjerojatnosti vjerovnikove tražbine u slučajevima u kojima vjerovnik raspolaže određenim ispravama radi otklanjanja uočenog različitog tumačenja, odnosno opsega i značenja tog pravnog standarda od sudova. Članak 39., stavak 2. starog Stečajnog zakona nakon navedene izmjene glasi: *Vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i kojega od stečajnih razloga. Smatrat će se da je vjerovnik učinio vjerojatnim postojanje svoje tražbine ako njezino postojanje temelji na ovršnoj ispravi ili nepravomoćnoj sudskoj ili upravnoj odluci*.[6]

6 Zanimljivo je i pogledati pravnu genezu ovog rješenja do donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN, 133/12. od 03.12.2012.). Temeljem Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji (NN, 54/94.) vjerovnik je, kao predlagatelj otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom, nadležnom trgovačkom sudu morao dokazati: 1.) trajniju nesposobnost za plaćanje dužnika (tzv. insolventnost) (čl. 2.) te 2.) predočiti isprave o postojanju svoga novčanog potraživanja koje nije mogao ni prisilnim izvršenjem naplatiti od dužnika (čl. 72.). To znači da je vjerovnicima praktički bilo onemogućeno uspjeti u pokušaju otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom. S druge strane, Stečajni zakon koji je stupio na snagu 01. siječnja 1997. (NN, 44/96.), uvodi puno blaže kriterije koje vjerovnik mora ispuniti kao predlagatelj otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom. Vjerovnik je, po novom ovlašten podnijeti prijedlog ako učini vjerojatnim: 1.) postojanje svoje tražbine i 2.) kojega od stečajnih razloga (nesposobnost za plaćanje i prezaduženost) (čl. 39., st. 2. SZ). Vjerojatnost postojanja svoje tražbine odnosno aktivnu legitimaciju ne mora dokazati pravomoćnom presudom, a niti je bitno je li tražbina dospjela. Visina tražbine nije važna za ovlaštenje za pokretanje stečajnog postupka, a nije bitno niti to ima li dužnik više vjerovnika ili nema. Vjerojatnost postojanja kojega od stečajnih razloga iz čl. 4. starog Stečajnog zakona dokazivala se različito: 1.) protiv dužnika podnesen je veći broj tužbi, 2.) blokada žiro računa dužnika evidentirana je kod ovlaštene organizacije za platni promet (na temelju Izvješća Zavoda za platni promet u skladu s čl. 70. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN, 129/00.), 3.) poslovanje dužnika preko druge tvrtke i 4.) zatvaranje poslovnih prostorija dužnika i dr.

U nedostatku zakonskog uređenja, tumačenje ovoga pojma bilo je prepušteno pravnoj teoriji i sudskoj praksi. Stoga su trgovački sudovi i Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (dalje: VTS RH) imali puno diskrecijsko pravo tumačiti neregulirani pojam vjerojatnosti. U odluci VTS RH, br. Pž-4746/08 od 30. rujna 2008. ističe se: "Kad je uvjerenje suda o relevantnoj činjenici takvo da isključuje svaku razumnu sumnju u njegovu pravilnost i istinitost, prihvaća se kako je određena teza potpuno dokazana, kako postoji izvjesnost o postojanju (ili nepostojanju) i sadržaju određene činjenice. U tom je slučaju riječ o sudskom uvjerenju ili o tzv. "sudskoj istini". U određenim slučajevima – kao kod odlučivanja o postojanju predlagateljeve legitimacije za pokretanje stečajnog postupka – stečajnim sucima je kod izvođenja zaključaka u tom pravcu dano ovlaštenje reducirati svoja uvjerenja sa stupnja izvjesnosti na stupanj vjerojatnosti. Dakle, vjerojatnost je slabiji stupanj uvjerenja o postojanju određene činjenice od izvjesnosti o njenom postojanju. Ona dopušta već i samo utvrđenje mogućnosti da se uvjerenje poklapa sa stvarnošću. U konkretnom slučaju to znači da stečajni sudac nije mogao ulaziti u ispitivanje osnovanosti predlagateljeve tražbine, niti uopće u procjenu međusobnih odnosa

U predmetu pred Trgovačkim sudom u Zagrebu br. St-67/13 od 28.02.2013. pokrenut je stečajni postupak odnosno postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka. Prije ročišta radi izjašnjenja o prijedlogu za otvaranje stečajnog postupka, punomoćnik dužnika je Ustavnom sudu podnio: 1.) prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 13., st. 1. ZID SZ-a te 2.) prijedlog za privremenu obustavu izvršenja rješenja Trgovačkog suda u Zagrebu br. St-67/13 od 28. veljače 2013. do donošenja konačne odluke Ustavnog suda o prijedlogu za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 13., st. 1. ZID SZ-a. U odnosu na prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti, punomoćnik dužnika, u bitnom smatra da osporena odredba, time što propisuje zakonsku *presumpciju* da je vjerovnik učinio vjerojatnim postojanje svoje tražbine ako njezino postojanje temelji na nepravomoćnoj odluci, nije suglasna s čl. 3., 18., st. 1. i 29., st. 1. Ustava RH.[7] Nadalje, na temelju prvostupanjske nepravomoćne odluke ne može se uzeti da postoje nečije građanske obveze pa se sukladno tomu vjerovnika koji raspolaže takvom presudom ne smije priznati kao vjerovnika u stečajnom postupku. U odnosu na prijedlog za privremenu mjeru obustave, punomoćnik dužnika smatra da bi otvaranjem stečajnog postupka za njegovu stranku nastale teške i nepopravljive posljedice, između ostalog otpuštanjem radnika, rasprodajom imovine i dr.

Ustavni sud je donio Rješenje U-I/1457/2013. od 11.04.2013. (NN, 45/13.) koje glasi: ”I. Pokreće se postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 13. stavka 1. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN, 133/12.). II. Na temelju čl. 45. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN, 99/99., 29/02. i

predlagatelja i dužnika. Nesporna činjenica da je predlagatelj dužniku ispostavio račun za odvjetničke usluge u sporu u kojem ga je doista zastupao, i za ovaj sud su dovoljne za uvjerenje o vjerojatnosti predlagateljeve tražbine, a time i postojanje njegove legitimacije za pokretanje stečajnog postupka nad dužnikom. Sam dužnik ove činjenice nije doveo u pitanje, a njegove tvrdnje o nepravilnostima u zastupanju, šteti itd., moguće je raspraviti samo u redovnoj parnici, a ne u stečajnom (izvanparničnom) postupku, kako je to pravilno naveo i stečajni sudac u obrazloženju pobijanog rješenja.” U odluci VTS RH br. Pž-4331/09-3 od 30. srpnja 2009. ističe se, između ostalog i ovo: “...Pri tome se polazi od utvrđenja o postojanju više argumenata koji govore u prilog uvjerenju o postojanju relevantnih činjenica nego onih koji govore protiv. Međutim, pri tome broj argumenata na jednoj strani sam po sebi ne mora biti odlučan, već je odlučan sadržaj, odnosno snaga tih argumenata”.

Iz obrazloženja Odluke Ustavnog suda RH (dalje: Ustavni sud), br. U-III-4963/2008. od 30. ožujka 2011., jasno proizlazi da Ustavni sud prihvaća načelno stajalište VTS RH da snaga ukupnih argumenata koji govore u prilog uvjerenju o postojanju relevantnih činjenica znači onu odlučnu činjenicu koja će činiti razliku između izvjesnosti odnosno vjerojatnosti postojanja tražbine u stečajnom postupku. Nadalje, Ustavni sud smatra da bez aktivne legitimacije i postojanja stečajnog razloga u trenutku donošenja odluke o otvaranju stečajnog postupka nema zakonske osnove za otvaranje stečajnog postupka. Konačno, vrlo je bitno naglasiti i ovo zapažanje Ustavnog suda iz obrazloženja navedene Odluke: “Stečajnim zakonom propisana “vjerojatnost postojanja tražbine” je pravni standard, čiji su opseg i značenje trgovački sudovi tijekom svoje prakse sami stvarali i tumačili. Nije, stoga, na Ustavnom sudu da tumači mjerodavno pravo”. Tako i podrobnije, Bodul, D., Vuković, A., Pouzdanost kriterija za pokretanje stečajnog postupka, Pravni portal: IUS-INFO, 2016. Dostupno na mrežnim stranicama http://www. iusinfo.hr/ (25.12.2016.).

7 NN, 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.

49/02. – pročišćeni tekst), II. Do donošenja konačne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske o suglasnosti s Ustavom čl. 13., st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz točke I. ove izreke, privremeno se obustavlja izvršenje svih pojedinačnih akata i radnji koje se poduzimaju na temelju osporene zakonske odredbe. III. Do donošenja konačne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske primjenjuje se čl. 39., st. 2. Stečajnog zakona (NN, 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10. i 25/12.). IV. Ovo rješenje objavit će se u "Narodnim novinama".[8]

Možda i najvećoj zanimljivosti ovog uratka, pridonosi činjenica da je ubrzo nakon ove odluke Ustavnog suda implementiran novi Stečajni zakon (NN, 71/15. stupio na snagu 01. rujna 2015.) dalje: SZ, koji je ponovno implementirao osporenu zakonsku odredbu, dakle odredbu istovjetnu onoj koju je kao spornu odredio Ustavni sud RH, čak suspendiranu od primjene.[9] Dakle, čl. 109., st. 2. novog SZ-a određuje "Vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i stečajnoga razloga. Smatrat će se da je vjerovnik učinio vjerojatnim postojanje svoje tražbine ako njezino postojanje temelji na ovršnoj ispravi ili nepravomoćnoj sudskoj ili upravnoj odluci".[10], [11]

8 Zanimljiv je i rad, Smerdel, B., Znanost, struka i politika: ustavne promjene, Informator, 2009., br. 5812, str. 1-2.

9 Godine 2016. izvršena je velika reforma insolvencijskog zakonodavstva. Ponajprije zbog novih modela reorganizacije implementiran je SZ. Na počelima financijskog oporavka implementiran je i Zakon o stečaju potrošača (NN, 100/15.) s pratećim propisima. Radi usklađivanja s odredbama SZ-a i Zakona o radu (NN, 93/14), po hitnom postupku noveliran je i Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (NN, 86/08., 80/13. i 82/15.). Radi redefiniranja ovlaštenja i odgovornosti stečajnog upravitelja u SZ-u bilo je, prema shvaćanju zakonodavca, nužno i nomotehnički urediti pitanje nagrade operativnih tijela stečajnog postupka, stečajnog upravitelja, novom Uredbom o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrade stečajnim upraviteljima (NN, 105/15.). Bitno je spomenuti i Uredbu o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga u predstečajnom i stečajnom postupku (NN, 122/15.), budući da je ista dio iznimno detaljnog i složenog sustava pravila o državnim potporama. Iako domet novog stečajnog zakonodavstva još uvijek nije moguće procijeniti, autori smatraju kako problemi koji onemogućavaju učinkovitiji stečajni postupak nisu načelno vezani uz tekst SZ-a i pratećih propisa, već se u većem dijelu nalaze u primjeni i/ili izvan samoga stečajnog okvira. Dakle, reforma nije bila višestrana, a to se potvrđuje činjenicom kako zakonodavac nije predvidio učinke i posljedice koje će zakonske izmjene proizvesti te zbog toga nije niti pripremio (pravosudni) sustav da ih spremno dočeka. Podrobnije, Bodul, D., Vuković, A., Institucionalni okvir za primjenu stečajnog zakonodavstva – otvorena pitanja, Informator, 2017., br. 6452, str. 1-4.

10 Problematika je analizirana u radu Bodul, D., Vuković, A., Pouzdanost kriterija … *cit*.

11 Spuštajući se na praktičnu i empirijsku razinu stečajnog postupka, vidimo kako je stečaj poseban izvanparnični postupak, *in extremis*, u kojem je vrijeme jedan od najznačajnijih elemenata. Stoga mogućnost koju ima sud, ako utvrdi da pojedina odredba SZ-a nije suglasna s Ustavom, da zastane s postupkom i da podnese Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu suglasnosti tog zakona, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom, tzv. *exceptio illegalitatis* (čl. 37. UZUS) iako pravno bitna, za poslovanje subjekta predstavlja otežavajući čimbenik jer činjenica pokretanja stečajnog postupka ima negativne poslovne posljedice, primjerice, otežano sudjelovanje u postupcima javne nabave (vidi čl. 254., st. 1., t. 2. Zakona o javnoj nabavi, NN, 120/16). Također, bitno je istaknuti kako bi Ustavni sud trebao donijeti konačnu odluku, temeljem čl. 33. UZUS-a, u roku od jedne godine. Ipak budući da postupanje Ustavnog suda izvan navedenog roka nije ni do sada bilo vezano ni uz kakve posljedice o odlučivanju, prema stajalištu vladajuće

3. POREDBENO-PRAVNI OSVRT

Prijedlog vjerovnika za otvaranje stečajnog postupka možemo analizirati s njegova materijalnog i procesno-pravnog aspekta. Pod materijalno-pravnim aspektom doktrina podrazumijeva, prije svega, uvjete koje vjerovnik mora ispuniti kako bi njegov prijedlog bio uredan. Oni se tiču: a) broja vjerovnika; b) samog potraživanja (minimalan iznos potraživanja, radi li se o neosiguranom potraživanju, o neuvjetovanom potraživanju, o dospjelom potraživanju, o određenom potraživanju, o neosporenom potraživanju) te c) koji su dokazi da je ispunjen uvjet za otvaranje stečaja (stečajni razlog). Kada govorimo o procesno-pravnom aspektu, svaki prijedlog koji se podnosi sudu u pisanoj formi mora imati odgovarajuću formu i sadržaj.[12] Ipak pitanje pokretanja stečajnog postupka od strane vjerovnika nije jedinstveno uređeno u praksi, tj. kriteriji kojima se utvrđuje postojanje vjerovnikove tražbine kao i postojanje stečajnog razloga se razlikuju među zakonodavstvima.[13] Štoviše, niti OECD,[14] Međunarodni monetarni fond (MMF),[15] Svjetska banka,[16] UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*),[17] ALI (*American Law Institute*) ili UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*)[18] koji se bave i stečajnom regulativom, nemaju jasno stajalište koji je model najprimjereniji za praktičnu primjenu. Stoga suočene s istim problemima u području funkcionalizacije stečajno-pravne zaštite te sličnim pravno-političkim zahtjevima, države su krenule različitim putem pri reformi materijalnih i procesno-pravnih pretpostavki koje vjerovnik mora ispuniti kako bi njegov prijedlog bio dopušten.[19]

Zakon o stečaju Republike Srbije određuje kako vjerovnik podnosi prijedlog za

doktrine, radi se o instruktivnom roku. Vidi Crnić, J., Komentar Ustavnoga zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 77-78. Također, pri podnošenju takvog zahtjeva treba imati na umu stajalište Ustavnog suda koje naznačuje da aktivitet suda, kada se obraća Ustavnom sudu u postupku ocjene ustavnosti pravnih normi, jest aktivitet tijela državne vlasti (institucionalni kriterij) koje pred Ustavnim sudom mora predstavljati predsjednik suda kao najviše tijelo sudske uprave u sudu, a sam zahtjev mora sadržavati i njegov potpis i pečat suda (odluka Ustavnog suda, br. U-I-4175/2013-PP od 27. kolovoza 2013., NN, 108/13.).

12 Radović, V., Prijedlog vjerovnika za pokretanje stečaja (nevoljni stečaj), Pravo i privreda, 2002., br. 9-12, str. 161-174.

13 *Id.,* Stečajni razlog, Pravo i privreda, 2003., br. 5-8, str. 1028-1042.

14 Vidi, OECD, Creditor Rights in Insolvency Procedure, Sydney, 1999.

15 Vidi, IMF, Orderly and Effective Insolvency Procedures, Washington, DC, 1999.

16 Vidi, World Bank, Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, Washington, 2001.

17 Vidi, UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2004.

18 Vidi, AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), Transnational Insolvency Project, Principal of Cooperation in International Insolvency Cases among members of the North America Free Trade Agreement, Report to ALI, 2012.

19 S obzirom na to da stečajni zakoni svih zemalja omogućavaju vjerovnicima podnošenje prijedloga za pokretanje stečajnog postupka, jasno je da to pravo može biti zlouporabljeno. Kada su uvjeti koje vjerovnik treba ispuniti manji, to je veća mogućnost zloupotreba. Iz tog razloga usporedna zakonodavstva predviđaju čitav niz zaštitnih odredaba, čiji je cilj da sa jedne strane, zaštite dužnika, a sa druge strane, da kazne nesavjesnog vjerovnika. Tako i detaljnije, Radović, V., *op. cit.,* str. 170. *et seq*.

pokretanje stečajnog postupka u slučaju postojanja trajnije nesposobnosti plaćanja, ne postupanja po usvojenom planu reorganizacije i ako je plan reorganizacije isposlovan na prijevaran ili nezakonit način.[20] U njihovoj sudskoj praksi postavilo se pitanje može li stečajni vjerovnik čije je potraživanje sporno biti ovlašteni podnositelj prijedloga za otvaranje stečajnog postupka. To je bitno pitanje jer po podnošenju prijedloga i utvrđivanju postojanja stečajnog razloga, kada je stečajni postupak otvoren odlukom suda, daljnji postupak sprovodi sud *ex offo*. Stoga, više nema mogućnosti da se isti obustavi i ako se nakon toga pokaže da je potraživanje vjerovnika koji je podnio prijedlog za otvaranje stečajnog postupka neosnovano. Nerješavanje ovog pitanja dovodilo je do raznih zloupotreba. Sudska praksa zauzela je stajalište da samo vjerovnici čija su potraživanja nesporna ili vjerovnici čija su potraživanja sporna, ali se učine vjerojatnim (podnošenjem dokumentacije uz prijedlog) i tu vjerojatnoću prihvati stečajni sudac, mogu podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka.[21]

Zakon o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine određuje kako vjerovnik može pokrenuti stečajni postupak, a pritom je vjerovnik dužan u prijedlogu prilaganjem odgovarajuće dokumentacije učiniti vjerojatnim svoje potraživanje i platežnu nesposobnost stečajnog dužnika.[22] Kako se navedeno rješenje u praksi pokazalo spornim u prijedlogu novog Stečajnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine iz 2016.[23] našlo se rješenje identično hrvatskom? Naime, čl. 58., st. 3. Prijedloga Stečajnog zakona određuje kako je "Povjerilac dužan u prijedlogu za otvaranje stečajnog postupka, prilaganjem odgovarajuće dokumentacije, učiniti vjerojatnim svoje potraživanje i platežnu nesposobnost stečajnog dužnika. Smatrat će se da je povjerilac učinio vjerojatnim postojanje svoga potraživanja ako njegovo postojanje temelji na izvršnoj ispravi ili na nepravomoćnoj sudskoj ili upravnoj odluci." Ovo pokazuje kako prijedlozi zakona, koji se ne temelje na homogenom, u praksi ispitanom osnovnom sustavu, ipak su najčešće i zakoni s kojima se ni u drugim pravnim sustavima nema iskustva. Naime, takva su iskustva posebice bitna za BiH koja je pod vremenskim i političkim pritiskom implementirati i revidirati niz zakona jer su u tijeku sveobuhvatne reforma propisa uvjetovane ponajprije postupkom usklađivanja s propisima EU-a.[24]

Ipak pitanje nespornosti potraživanja, po shvaćanju doktrine, najdetaljnije je razrađeno u engleskom pravu. Ono se odnosi na institut *statutory demand*, kao jedan od osnovnih uvjeta koje vjerovnik koji pokreće stečajni postupak, a nema ovršnu ispravu mora ispuniti. Načelno, radi se o zahtjevu kojim se traži od dužnika da dospjelo potraživanje isplati ili osigura odnosno da za nedospjelo potraživanje učini vjerojatnim mogućnost isplate o dospjelosti. Ako protekne određeno kraće razdoblje (zakonski rok) od podnošenja zahtjeva, a dužnik ne isplati, ne osigura

20 Sl. glasnik Republike Srbije, 104/09., 99/11., 71/12. i 83/14., čl. 55.

21 Podrobnije, Ajnšpiler Popović, G., Poverioci kao podnosioci predloga za pokretanje stečajnog postupka, Pravo i privreda, 2011., br. 4-6, str. 303-314.

22 Sl. novine Federacije Bosne i Hercegovine, 29/03, 33/04, 47/06., čl. 4., st. 1.

23 Vidi Prijedlog zakona o stečajnom postupku na mrežnim stranicama: http://www.upfbih.ba/attachments /article/556/ Zakon %20o%20ste%C4%8Daju.pdf (27.12.2016.).

24 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, čl. 70. i 78. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www. dei.gov.ba/bihieu/ssp/default.asp x?id=1172&langTag=bs-BA (12.01.2017.).

ili ne učini vjerojatnim isplatu, vjerovnik može podnijeti prijedlog za pokretanje stečajnog postupka. Naravno, on mora dokazati i postojanje stečajnog razloga, što nije problematično, a kao opći i najčešći razlog za pokretanje stečajnog postupka uzima se dužnikova trajnija nesposobnost za plaćanje koja se odražava u njegovoj obustavi plaćanja dospjelih tražbina. S druge strane, dužnik koji inicira spor protiveći se takovom zahtjevu podnosi *application to set aside statutory demand*, a pritom postoje četiri osnove na kojima dužnik može temeljiti svoj prigovor.[25]

Zanemarujući problematiku definiranja stečajnog razloga, kratka poredbeno pravna analiza kao i doktrina ukazuju kako vjerovnici dužnika koji žele pokrenuti stečajni postupak moraju imati potraživanje koje je određeno i nesporno.[26]

4. OSVRT NA PRAKSU ESLJP-A O PODNOŠENJU I IZVOĐENJU DOKAZA U KONTEKSTU PRAVA NA POŠTENO SUĐENJE

U praksi i u doktrini stvoren je dojam da su hrvatske reforme insolvencijskog prava stvorile pravnu konfuziju, pa i po pitanju pravne kvalitete prijedloga za pokretanje stečajnog postupka koji je podnio vjerovnik. Čini se da je ključ prevladavanja nekih ustaljenih stajališta u analizi jurisprudencije ESLJP-a, pogotovo jer je ESLJP svojom praksom utvrdio kako i stečajni postupci potpadaju pod građanske predmete.[27] U tom smislu, činjenica je da se u postupku stečaja, u pravilu, ne "utvrđuju prava i obveze građanskopravne prirode", već se ona prinudno izvršavaju.[28] To bi trebala biti ideja vodilja pri formiranju preduvjeta za pokretanje stečajnog postupka koji je pokrenuo vjerovnik. To ne znači da je postupak stečaja tehničkog karaktera, jer je stečajni postupak bez sumnje "upad" u imovinskopravnu sferu dužnika i vjerovnika, što zahtijeva visok stupanj pravne sigurnosti i transparentnosti. Stoga, sasvim je legitimno, a s praktičnog aspekta uglavnom opravdano i korisno analizirati praksu

25 Čl. 268. Insolvency Act c. 45. Tako Radović, V., *op. cit.,* str. 168. *et seq.*

26 Za podrobnije bi trebalo pogledati izvješće o pokretanju insolvencijskih postupaka za 20 zemalja, Faber, D., Vermunt, N., Kilborn, J., Richter, T. (eds.), Commencement of Insolvency Proceedings, Oxford – International and Comparative Insolvency Law series, Oxford, 2012., str. 1-952.

27 Naime, u odluci u predmetu *Ismeta Bačić protiv Hrvatske*, presuda, 19. lipnja 2008., br. 43595/06. istaknuo je kako je primjenjivost čl. 6. na stečajni postupak neupitna, (*S.p.r.l. ANCA i ostali protiv Belgije,* odluka, 10. prosinca 1984., br. 10259/83, *Interfina and Christian della Faille d'Huysse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987., br. 11101/84, *Bassani protiv Italije*, presuda, 11. prosinca 2003., br. 47778/99, *Capital Bank AD protiv Bugarske*, presuda, 24. studeni 2005., br. 49429/99 i *Sukobljević protiv Hrvatske*, presuda, 2. studeni 2006., br. 5129/03.) pa je i u stečajnim postupcima potrebno voditi računa o pravu na pošteno suđenje prema čl. 6. EKLJP-a kao i relevantnoj praksi ESLJP.

28 Stečajni postupak je po svojoj pravnoj prirodi izvanparnični postupak, pa u okviru takvog postupka nije moguće dokazivanje niti raspravljanje o spornim činjenicama. Sve ono što stečajni vjerovnik tvrdi u žalbi na rješenje kojim je upućen u parnicu, može dokazivati u parnici na koju je upućen. Stečajnom vjerovniku time nije uskraćena pravna zaštita. Radi se samo o tomu da je zakonom propisana druga metoda pravne zaštite, tj. on može dokazivati postojanje osporene tražbine u parnici na koju je upućen i koju je dužan pokrenuti u zakonom propisanom prekluzivnom roku. Predmet: St-257/13 od 21. lipnja 2013. potvrđeno rješenjem Pž-7146/13 od 24. rujna 2013.

ESLJP-a u pitanjima dokazivanja. Namjera je da se analizom dugogodišnje prakse dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja ESLJP-a te uvidi predstavlja li dokazivanje vjerojatnosti tražbine na temelju nepravomoćne sudske i upravne odluke povredu načela jednakosti sredstava.[29]

Pravo na pošteno suđenje prema čl. 6. ne propisuje pravila o podnošenju, izvođenju i procjenjivanju dokaza pred nacionalnim sudovima u građanskim postupcima. Svaka država za sebe treba donijeti takve propise.[30] Također, ni ESLJP nije u svojoj sudskoj praksi postavio nova načela koja bi u dokaznom postupku morale poštovati države članice EKLJP-a. Ovdje je uzeo u obzir velike razlike u nacionalnim pravnim sustavima u pogledu podnošenja i izvođenja dokaza te posebice činjenicu da *common law* sustavi strogo propisuju ta pravila, a *civil law* sustavi imaju vrlo malo ograničenja u tom području. Međutim, ESLJP je ovdje postavio određene kriterije kojima ispituje navedena pravila utvrđena u nacionalnim sustavima država članica.[31] U predmetu *Schenk protiv Švicarske*[32] u pogledu nezakonito pribavljenih dokaza, ESLJP opisao je svoj pristup određivanja poštenog suđenja gdje naglašava da njegova ocjena predstavlja dio cjelokupnog pristupa: ″Iako čl. 6. EKLJP sadrži pravo na pošteno suđenje, on ne propisuje nikakva pravila o prihvaćanju dokaza kao takvih, iz čega slijedi da je to materija koju prvenstveno reguliraju države svojim zakonima. Uloga ESLJP-a nije da odluči … primjerice, mogu li se podnijeti određeni dokazi… ESLJP odlučuje je li cjelokupan postupak, uključujući i provođenje dokaznog postupka, gledan u cijelosti bio pošten.″ U predmetu *Elsholz protiv Njemačke*[33] potvrdio je to svoje stajalište navodeći: ″zadatak ESLJP-a prema EKLJP je utvrditi je li cjelokupan postupak bio pošten, uključujući i izvođenje dokaza.″ U *Blücher protiv Češke*[34] je istaknuo: ″… mora se utvrditi je li dokazni postupak proveden tako da jamči poštenost postupka u cijelosti prema čl. 6.″ Dužnost nacionalnih sudova je da osiguraju pravilno podnošenje i izvođenje dokaza koje su predložile stranke u postupku.[35] Dakle, uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinog predmeta o kojemu odlučuje, ESLJP će odlučiti je li pošteno proveden dokazni postupak, uvažavajući ravnopravnost stranaka te je li to dovelo do povrede prava na pošteno suđenje prema čl. 6. ili nije.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Juristička matematika nalaže kako zakonodavcu nije dopušteno ponovno donijeti, kroz drugi normativni akt, identično zakonsko rješenje koje je ranije stavio izvan snage Ustavni sud, ako su relevantne činjenice i okolnosti ostale

29 Vidjeti, Omejec, J., Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 59, 2009., no. 5, str. 873-979.
30 Vidi, *Schenk protiv Švicarske,* presuda, 12. srpnja 1988., br. 10862/84.
31 Harris, D. J., *et al.,* Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 256-257.
32 *Schenk protiv Švicarske,* presuda, 12. srpnja 1988., br. 10862/84.
33 *Elsholz protiv Njemačke*, presuda, 13. srpnja 2000., br. 25735/94.
34 *Blücher protiv Češke*, presuda, 11. siječnja 2005., br. 58580/00.
35 Harris, D. J., *et al*., *op. cit.,* str. 258.

neizmijenjene.[36] Nomotehnički pristup kojim se rješenje koje je stavljeno izvan snage ponovno implementira u novi SZ, prema stajalištu autora, ali i vladajuće doktrine, otvara niz procesnih i materijalno pravnih te, u konačnici, i ustavnopravnih pitanja. Ono na što smo se fokusirali u radu je procesno pitanje tereta dokazivanja tražbine. Naime, polazeći od činjenice da se u stečajnom postupku odgovarajuće primjenjuju pravila parničnog postupka (čl. 10. SZ), čl. 109., st. 2. SZ-a ulazi u područje dokaznog postupka i pravila o teretu dokazivanja u parničnom postupku. Kako se vjerojatnost tražbine dokazuje podnošenjem prijedloga temeljenog na nepravomoćnoj odluci, to može rezultirati "bankrotom" dužnika čak i ako se pravomoćno utvrdi kako ne postoji nikakva tražbina vjerovnika prema dužniku.[37] Time se dovodi u pitanje i jednakost stranaka budući da je vjerovnik u povoljnijem položaju jer svoju tražbinu može temeljiti na nepravomoćnoj sudskoj ili upravnoj odluci. Time se dužnik stavlja u procesno lošiji položaj u odnosu na suprotnu stranku pa je i opravdano pitanje tko je odgovoran kada se nad dužnikom otvori i provede stečajni postupak, a tražbina stečajnog vjerovnika, prema postojećem načelu vjerojatnosti utvrđena nepravomoćnom presudom, kasnije pravomoćnom presudom, bude utvrđena nepostojećom?[38] Prema mišljenju autora, odgovornost je na državi. Tu se može postaviti zanimljivo (političko pravno) pitanje - može li se postupovna neravnopravnost stranaka u stečajnom postupku opravdati političkom potrebom za funkcionalizacijom stečajnog postupka. U predmetu *Guincho protiv Portugala*[39] gdje je podnositelj pokrenuo postupak pred ESLJP-a zbog povrede čl. 6., st. 1. tužena država je istaknula kako su u to vrijeme u Portugalu bile izvanredne okolnosti. ESLJP je to prihvatio i utvrdio da "privremena preopterećenost sudova ne predstavlja, odmah, međunarodnu odgovornost države prema EKLJP, ako država odmah poduzme učinkovite mjere za uklanjanje takve situacije." Iako je poduzeto nekoliko mjera kako bi pravosudni sustav bio učinkovit i kako bi postupci bili pravični, ESLJP je zaključio kako su one bile nedovoljne i provedene sa zakašnjenjem te je utvrdio povredu čl. 6. U odnosu na problematiku rada norma i judikatura pokazuju da u pravnom poretku Republike Hrvatske ne postoje pravni mehanizmi kojima bi se Hrvatski sabor ili Vlada Republike Hrvatske prisilili na izvršenje odluka Ustavnog suda kojima se ukidaju zakoni ili drugi propisi, odnosno pojedine njihove odredbe, zbog nesuglasnosti s Ustavom.[40] Dakle, ostaje dojam kako se usvojenim propisima u domeni stečajnog zakonodavstva formalno ne mogu uputiti bitnije primjedbe, već je odsustvo kolektivne strategije vjerojatno uzrok da oko reforme nije bilo moguće okupiti djelotvorne reformske snage.

36 Ustavno sudstvo (odgovori na postavljena pitanja) - Funkcioniranje i odnos sa drugim tijelima javne vlasti i odgovori Ustavnog suda Republike Hrvatske, dostupno na mrežnim stranicama (12.12.2016.).

37 Tako i podrobnije Šernhorst, N., Postojanje tražbine kao uvjet dopuštenosti prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, Pravo i porezi, 2015., br. 4, str. 31-33., *id*., Pravna nesigurnost u primjeni novog Stečajnog zakona, Informator, 2016., br. 6401, str. 20-21. Više o dokazivanju, Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 480-532.

38 Šernhorst, N., Postojanje tražbine kao uvjet dopuštenosti… *cit.,* str. 31-33.

39 *Guincho protiv Portugala*, presuda, 10. srpnja 1984., Serija A., br. 81.

40 Ustavno sudstvo (odgovori na postavljena pitanja), *op. cit.*

U konačnici, smatramo da je hrvatski zakonodavac pogriješio kada je implementirao čl. 13., st. 1. ZID-a starog Stečajnog zakona (NN, 133/12.) te kada je postupio istovjetno s odredbom čl. 109., st. 2. SZ-a (NN, 71/15.). U oba puta nepotrebno je intervenirao u odredbu "vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i kojega od stečajnih razloga". Dio te odredbe "vjerojatnost postojanja tražbine" predstavlja pravni standard, čiji su opseg i značenje trgovački sudovi tijekom svoje višegodišnje prakse sami stvorili i tumačili te što u konačnici nije bilo sporno. Legitimaciju za pokretanje stečajnog postupka vjerovnik nije morao dokazati postojanjem tražbine, a niti je morao dokazati da je postojanje te tražbine utvrđeno presudom, već je bilo dostatno da učini vjerojatnim postojanje tražbine. Općenito uzevši, sucima je kod izvođenja zaključaka u tom pravcu dano ovlaštenje reducirati svoja uvjerenja sa stupnja izvjesnosti na stupanj vjerojatnosti. Pritom se polazi od utvrđenja o postojanju više argumenata koji govore u prilog uvjerenja o postojanju relevantnih činjenica nego onih koji govore protiv. Međutim, pritom broj argumenta na jednoj strani sam po sebi ne mora biti odlučan, već je odlučan sadržaj, odnosno snaga tih argumenata.[41] To potvrđuje i obrazloženje Odluke Ustavnog suda br. U-III-4963/2008 od 30.03.2011. u kojem se naglašava da na Ustavnom sudu "nije tumačiti mjerodavno pravo", ali se skreće i pozornost na pravo dužnika na očitovanje o relevantnim činjenicama, a kojima bi mogao otkloniti pokretanje odnosno otvaranje stečajnog postupka sukladno sa zahtjevima čl. 29., st. 1. Ustava RH.

U cjelini gledano, kada je riječ o procjeni "pravičnosti" u postupku dokazivanja u smislu čl. 6., st. 1. EKLJP-a, smatramo kako su odredbama čl. 109., st. 2. novog SZ-a (ponovno) prekršena autonomna načela "pravičnosti" u značenju čl. 6. EKLJP-a od kojih je bitno načelo "jednakosti procesnih sredstava".

LITERATURA

Ajnšpiler Popović, G., Poverioci kao podnosioci predloga za pokretanje stečajnog postupka, Pravo i privreda, 2011., br. 4-6.

AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), Transnational Insolvency Project, Principal of Cooperation in International Insolvency Cases among members of the North America Free Trade Agreement, Report to ALI, 2012.

Bodul, D., Vuković, A., Institucionalni okvir za primjenu stečajnog zakonodavstva – otvorena pitanja, Informator, 2017., br. 6452.

Bodul, D., Vuković, A., Pouzdanost kriterija za pokretanje stečajnog postupka, Pravni portal: IUS-INFO, 2016. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www. iusinfo.hr/ (12.12.2016.).

Crnić, J., Komentar Ustavnoga zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, Narodne novine, Zagreb, 2002.

Dutertre, G., Izvodi iz sudske prakse – Evropski sud za ljudska prava, IMTEC, Sarajevo, 2002.

Faber, D., Vermunt, N., Kilborn, J., Richter, T. (eds.), Commencement of Insolvency Proceedings, Oxford – International and Comparative Insolvency Law series, Oxford, 2012.

41 Predmet St-1571/11 od 11. veljače 2013. potvrđeno rješenjem Pž-3560/13 od 05. lipnja 2013.

Gomien, D., Europska konvencija o ljudskim pravima, Rijeka, Naklada, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007.

Grbić, S., Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu čl. 6., st. 1. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravni fakultet, Rijeka, 2014.

Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe, 2013., dostupno na mrežnim stranicama: http://www.echr.coe.int/ Documents/Guide _Art_6_ENG.pdf (20.11.2016.).

Harris, D. J.*, et al.,* Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014.

IMF, Orderly and Effective Insolvency Procedures, Washington, DC, 1999.

Ivičević Karas, E., Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 57, 2007., br. 4 -5.

OECD, Creditor Rights in Insolvency Procedure, Sydney, 1999.

Omejec, J., Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 59, 2009., no. 5.

Radović, V., Prijedlog vjerovnika za pokretanje stečaja (nevoljni stečaj), Pravo i privreda, 2002., br. 9-12.

Radović, V., Stečajni razlog, Pravo i privreda, 2003., br. 5-8.

Reid, K., A Practitioner´s guide to European Convention on Human Rights, London, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2012.

Smerdel, B., Znanost, struka i politika: ustavne promjene, Informator, 2009., br. 5812.

Stavros, S., The guarantees for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights, An Analysis of the Application of the Convention and a comparison with Other Instruments, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1993.

Šernhorst, N., Postojanje tražbine kao uvjet dopuštenosti prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, Pravo i porezi, 2015., br. 4.

Šernhorst, N., Pravna nesigurnost u primjeni novog Stečajnog zakona, Informator, 2016., br. 6401

Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004.

UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2004.

Ustavno sudstvo (odgovori na postavljena pitanja) - Funkcioniranje i odnos sa drugim tijelima javne vlasti i odgovori Ustavnog suda Republike Hrvatske, dostupno na mrežnim stranicama (12.12.2016.).

World Bank, Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, Washington, 2001.

Insolvency Act c. 45.

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN – MU, 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.

Prijedlog Stečajnog zakona na mrežnim stranicama http://www.upfbih.ba/attachments/ article/556/ Zakon %20o%20ste%C4%8Daju.pdf. (27.12.2016.).

Stečajni zakon, NN, 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 45/13.

Stečajni zakon, NN, 71/15.

Uredba o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrade stečajnim upraviteljima, NN, 105/15.

Uredba o uvjetima, načinu i postupku raspolaganja tražbinama s naslova poreznog duga u predstečajnom i stečajnom postupku, NN, 122/15.

Ustav RH, NN, 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10., 85/10., 05/14.

Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, NN, 99/99., 29/02. i 49/02.

Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, NN, 86/08., 80/13. i 82/15.

Zakon o radu, NN, 93/14.
Zakon o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine Sl. novine Federacije Bosne i Hercegovine, 29/03., 33/04., 47/06.
Zakon o stečaju potrošača, NN, 100/15.
Zakon o stečaju Republike Srbije, Sl. glasnik Republike Srbije, 104/09., 99/11., 71/12. i 83/14.
Zakon o javnoj nabavi, NN, 120/16.
Bassani protiv Italije, presuda, 11. prosinca 2003., br. 47778/99.
Blücher protiv Češke, presuda, 11. siječnja 2005., br. 58580/00.
*Bonisch protiv Austrije (*presuda, 2. lipnja 1986., br. 8658/79.
Capital Bank AD protiv Bugarske, presuda, 24. studeni 2005., br. 49429/99.
De Haes i Gijsels protiv Belgije (presuda, 24. veljače 1997., br. 19983/92.
*Delcourt protiv Belgije (*presuda, 17. siječnja 1970., br. 2689/65.
Dombo Beheer protiv Nizozemske (presuda, 27. listopada 1993., br. 14448/88.
Elsholz protiv Njemačke, presuda,13. srpnja 2000., br. 25735/94.
F. R. protiv Švicarske presuda 28. lipnja 2001., br. 37292/97.
Feldbrugge protiv Nizozemske, presuda, 27. srpnja 1987., br. 8562/79.
Ferreira Alves protiv Portugala, presuda, 21. lipnja 2007., br. 25053/05.
Guigue i SGEN-CFDT protiv Francuske, odluka, 6. siječnja 2004., br. 59821/00.
Guincho protiv Portugala, presuda, 10. srpnja 1984., Serija A., br. 81.
Interfina and Christian della Faille d'Huysse protiv Belgije, odluka, 4. svibnja 1987., br. 11101/84.
Ismeta Bačić protiv Hrvatske, presuda, 19. lipnja 2008., br. 43595/06.
LB INTERFINANZ A.G. protiv Hrvatske, presuda, 27.03.2008., zahtjev br. 29549/04.
McMichael protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda, 24. veljače 1995., br. 16424/90.
*Neumeister protiv Austrije (*presuda, 27. lipnja 1968., br. 1936/63.
S.p.r.l. ANCA i ostali protiv Belgije, odluka, 10. prosinca 1984., br. 10259/83.
Schenk protiv Švicarske, presuda, 12. srpnja 1988., br. 10862/84.
Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke, presuda, 9. prosinca 1994., br. 13427/87.
Sukobljević protiv Hrvatske, presuda, 2. studeni 2006., br. 5129/03.
Szwabowic protiv Švedske, odluka, 30. lipnja 1959., br. 434/58.
Odluka Visokog trgovačkog suda RH, br. Pž-4746/08 od 30.09.2008.
Odluka Visokog trgovačkog suda RH, br. Pž-4331/09-3 od 30.07.2009.
Odluke Ustavnog suda RH, br. U-III-4963/2008. od 30.03.2011.
Odluka Trgovačkog suda, St-1571/11 od 11.02.2013. potvrđeno rješenjem Pž-3560/13 od 05.06.2013.
Odluka Trgovačkog suda, br. St-67/13 od 28.02.2013
Rješenje Ustavnog suda RH, U-I/1457/2013. od 11.04.2013., NN, 45/13.
Odluka Trgovačkog suda, St-257/13 od 21.06.2013. potvrđeno rješenjem Pž-7146/13 od 24.09.2013.
Odluka Ustavnog suda, br. U-I-4175/2013-PP od 27.08.2013., NN, 108/13.

Summary

CONTRIBUTION TO THE DEBATE ON THE PRINCIPLE OF *EQUALITY OF ARMS*

The principle of *equality of arms* requires that each party to the proceedings should have equal opportunity to present facts and support them with their evidence without of putting any party in a substantial disadvantage. (Case LB INTERFINANZ AG against Croatian, judgment, 27.03.2008 ., application no. 29549/04.). In terms of the procedural balance between the parties, this principle constitutes one of the essential elements of the right to a fair trial. However, the question of equality of arms is again raised in Bankruptcy Act (Official Gazette, 71/15. hereinafter: BA). BA has kept solution in which the creditor is able to initiate bankruptcy proceedings if he makes the existence of its claims likely possible and the existence of the reasons for bankruptcy. However, the legislator has retained the disputed solution in which the probability of the existence of the creditor claim can be proven by non-final judicial or non-final administrative decisions.

As there are different solutions in terms of the above mentioned assumptions, the authors will focus on general statements based on comparative experiences, without detail consideration of the numerous and specific comparative solutions. This paper discusses the practical, but also theoretical implications of positive legal solutions specifically analysing the law of the European Court of Human Rights (ECtHR) in proceedings according to Art. 6 (right to a fair trial) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), because we assume that these information play key role in the understanding of the issue concerned. In addition, authors are trying to get the answer on the question will overall unsatisfied indicators of bankruptcy proceedings, which are the result of structural problems, need "stringent" procedural measures to resolve that situation. The subject of the paper is also a nomotehnical dimension of this issue, because the same solution was in the old Bankruptcy Act (Official Gazette, 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, and 45/13.) which suspended the Constitutional Court.

Keywords: *bankruptcy, the institution of proceedings, creditor, the likelihood of a claim, proof.*

Zusammenfassung

BEITRAG ZUR DEBATTE ÜBER DEN GRUNDSATZ DER VERFAHRENSMITTEL

Der Grundsatz der Verfahrensmittel sieht vor, dass jeder Verfahrensbeteiligte die Möglichkeit hat, Tatsachen vorzulegen und sie mit ihren Beweismitteln zu unterstützen,

ohne dass eine Partei einen erheblichen Nachteil erleidet. (Rechtsverfahren LB INTERFINANZ AG gegen Kroatien, Urteil vom 27 März 2008, Antrag Nr. 29549/04). In Bezug auf das prozessuale Gleichgewicht zwischen den Parteien ist dieses Prinzip eines der wesentlichen Elemente des Rechts auf ein faires Verfahren. Jedoch wird die Frage der Gleichheit der Verfahrensmittel wieder im Konkursgesetz (Amtsblatt, 71/15, nachfolgend: KG) erhoben. KG hält sich an der Urteil, dass der Gläubiger in der Lage ist, ein Insolvenzverfahren einzuleiten, wenn er die Existenz seiner Ansprüche die Existenz der Gründe für den Konkurs wahrscheinlich machen kann. Der Gesetzgeber hat jedoch die streitige Lösung beibehalten, in der die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens des Gläubigeranspruchs durch nicht endgültige gerichtliche oder nicht abschließende Verwaltungsentscheidungen nachgewiesen werden kann.

Da es im Hinblick auf die oben genannten Annahmen unterschiedliche Lösungen gibt, konzentrieren sich die Autoren auf allgemeine Aussagen, die auf vergleichenden Erfahrungen basiert sind, ohne in Detail die zahlreichen und spezifischen Vergleichslösungen zu betrachten. In diesem Beitrag werden praktische aber auch theoretische Implikationen positiver Rechtslösungen mit einem Schwerpunkt auf die Analyse der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGH) in Verfahren nach Art. 6 (Recht auf ein faires Verfahren) der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) diskutiert, da wir davon ausgehen, dass diese Informationen für das Verständnis der betreffenden Frage von zentraler Bedeutung sind. Darüber hinaus werden die Autoren versuchen, die Frage zu beantworten, ob die insgesamt schlechten Indikatoren des Insolvenzverfahrens, die das Ergebnis der strukturellen Probleme sind, "strenge" Verfahrensmaßnahmen fordern, um diese Situation zu lösen. Der Gegenstand des Artikels ist auch die nomographische Dimension dieser Frage, da die gleiche Lösung im alten Insolvenzgesetz (Amtsblatt, 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 und 45/13) vor dem Verfassungsgerichtshof der Republik Kroatien die Klage über die Übereinstimmung mit der Verfassung erhoben wurde und deswegen eine endgültige Ausführung einzelner Handlungen und Maßnahmen auf der Grundlage der umstrittenen gesetzlichen Bestimmungen suspendiert wurde.

***Schlüsselwörter**: Insolvenz, Gläubiger, Wahrscheinlichkeit eines Anspruchs, Beweis.*

Riassunto

CONTRIBUTO AL DIBATTITO SUL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA DEI MEZZI PROCESSUALI

Il principio di eguaglianza dei mezzi processuali presuppone l'esistenza di una ragionevole possibilità in capo ad entrambe le parti di esporre e comprovare i fatti, in un modo che non metta alcuna delle parti in posizione sfavorevole rispetto alla controparte (caso LB INTERFINANZ A.G. v. Croazia, sentenza del 27.03.2008,

riscorso n. 29549/04.). Un tanto rappresenta, nella sua espressione di equilibrio tra le parti processuali, uno degli elementi costitutivi del diritto ad un giusto processo. Tuttavia, con l'entrata in vigore della (nuova) legge fallimentare (GU, n. 71/15. in avanti LF) la questione dell'eguaglianza sul piano processuale diviene nuovamente di attualità. Precisamene, la LF ha mantenuto una soluzione in base alla quale il creditore ha la possibilità di instaurare il procedimento fallimentare qualora renda probabile l'esistenza del proprio credito e la sussistenza del fondamento fallimentare così che è trattenuto ed eccepito il provvedimento in base al quale la probabilità della sussistenza del credito non può venire dimostrata dal creditore sulla base di una decisione dell'autorità giudiziale o amministrativa che non sia passata in giudicato.

Posto che esistono diverse soluzioni con riguardo alle questioni illustrate, gli autori si limiteranno a delle constatazioni di carattere generale sulla base di esperienze comparate, senza una dettagliata disamina delle variegate e peculiari soluzioni giuridiche straniere. Nel lavoro si disaminano sia le implicazioni pratiche che quelle teoriche della soluzione giuridica di diritto positivo, analizzando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nei procedimenti in base all'art. 6 (*diritto ad un giusto processo)* della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, poiché partiamo dal presupposto che le conoscenze sul punto possono essere fondamentali per la comprensione dell'oggetto dell'indagine condotta nel lavoro. Altresì, si tenta di rispondere all'interrogativo se gli indicatori negativi del procedimento fallimentare, che derivano da problemi di carattere strutturale, non richiedano misure processualistiche più "severe" al fine di risolvere tale situazione. Sarà oggetto di analisi anche la dimensione che riguarda la tecnica normativa, visto che per la stessa soluzione nella vecchia legge fallimentare (GU, 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 e 45/13) dinnanzi alla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia venne instaurato un procedimento per la valutazione della legittimità costituzionale e che fino alla decisione della Corte è stata provvisoriamente sospesa l'esecuzione di qualsiasi atto posto in essere in base alla disposizione di legge oggetto di ricorso.

Parole chiave: *fallimento, creditore, instaurazione del procedimento, sussistenza del credito, prova.*

ODNOS REDOVNOG SUDSKOG I USTAVNOSUDSKOG POSTUPKA U USTAVNIM TUŽBAMA

Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Sudac u mirovini
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.91/.95
Ur.: 9. siječnja 2017.
Pr.: 10. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Ovaj rad tematizira odnos redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka u ustavnim tužbama. Ustavna zaštita protiv pojedinačnih akata nadležnih tijela državne vlasti (pretežito protiv odluka redovnih sudova) je supsidijarna, tj. građani i pravne osobe se Ustavnom sudu RH mogu obratiti tek nakon što su prethodno iscrpili sve mehanizme redovnog rješavanja. Ustavni postupak novi je postupak, ali ne može i ne smije biti toliko nov da ne slijedi pravila redovnog sudskog postupka. U tom je smislu ustavni postupak pred Ustavnim sudom i "nov" i "star". Nov utoliko što Ustavni sud ima pravo na svoje određene i specifične norme postupanja, a star u tomu što slijedi pravila redovnog postupanja iz kojeg je ustavni spor proizašao i bez čijeg poznavanja ni pravilna ustavnosudska konkluzija nije moguća.

Ključne riječi: *Ustavni sud, ustavni postupak, ustavna tužba, redovni sudovi, redovni sudski postupak, ustavno postupovno pravo, suci, Ustav RH, Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH, Poslovnik Ustavnog suda RH.*

1. UVOD

Ovaj je rad rezultat prakse i iskustva autora rada kao suca Ustavnog suda Republike Hrvatske.[1] Napisani tekst nije izraz osobno-kritičkih, napose ne nekakvih "osvetničkih" razloga kojih uostalom niti ne smije biti u djelu koje pledira na atribut znanstvenosti.

Ustavni sud RH (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) u proteklom je razdoblju, bez obzira na uglavnom lošu opću i stručno-znanstvenu percepciju, sasvim sigurno dao značajan (pozitivan) doprinos razvoju relevantne ustavnopravne misli i prakse i to je činjenica koju može provjeriti i utvrditi svaka ozbiljna znanstvena analiza.

Ovaj će rad stoga, s jedne strane, ukazati na sve poboljšice u strukturi postupanja Ustavnog suda, ali će i s druge ukazati na potrebne izmjene te prakse kako bi u većoj mjeri bila ostvarena Ustavom Republike Hrvatske[2] (dalje u tekstu: Ustav) zamišljena

1 Mandatno razdoblje 2007.-2016. godine.
2 Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10

koncepcija tog suda.

U nekom najširem smislu riječi ovaj rad "gravitira" ustavnom postupovnom pravu (po analogiji s građanskim, kaznenim i upravnim postupovnim pravom).

Iznenađujuća je konstatacija da "ustavno postupovno (procesno) pravo" kao siguran pravni pojam ni u praksi ni u znanosti (još) nije standardiziran, nije imenovan i gotovo kao da ne postoji.[3]

Intrigantna je i primjedba[4] da se konstrukciji instituta "ustavnog postupovnog prava" najviše opiru suci ustavnih sudova. Navodno u ime pravnog razvoja "ustavnosudskog aktivizma" koji je, međutim (kako nam se čini), u ozbiljnoj opreci s važnim ustavnim načelom predvidljivosti primjene prava.

Bez jasnih, sigurnih i unaprijed najavljenim pravilima postupanja, ustavni sudovi "klize" neminovno, prije ili kasnije, više ili manje u pravno neprihvatljive i opasne zone improvizacije i voluntarizma.

U udžbenicima ustavnog prava (ni u našim, pa čak niti u stranim) nećemo naći puno o ustavnom postupovnom pravu ili ćemo (u najboljem slučaju) naći tek neke natuknice o tomu.[5] Slično vrijedi i za nastavne programe na našim pravnim fakultetima.[6]

Svako postupovno pravo (ustavno, građansko, kazneno, upravno) doprinos je pravnoj sigurnosti. To nisu "kočnice" razvoju društva nego uvjeti slobode, brane protiv opasnih proizvoljnosti koje uvijek prijete. To je pravo i značajno jamstvo dostojanstva suda koji vodeći konkretan postupak razrješava određeni sporni pravni odnos.[7]

Stranke u sporu imaju pravo unaprijed znati po kojim će i kakvim pravilima postupati sud koji će odlučivati o njihovoj stvari i moraju moći znati kakve će biti posljedice njihovih ovakvih ili onakvih postupovnih napora (npr. u parničnom

(pročišćeni tekst), 05/14.

3 Još donedavno je npr. sudac i predsjednik Ustavnog suda Republike Italije Gustavo Zagrebelsky pisao (s upitnikom): Diritto processuole costituzionale?, Milano, 1990.

4 G. Zagrebelsky, op. cit., str. 26.

5 U međuvremenu situacija se ipak ponešto promijenila. Na nekim pravnim fakultetima (npr. Rim, Napulj) postoji na razini diplomskog studija kolegij ustavnog postupovnog prava ("diritto processuale costituzionale"), a ima i vrlo ozbiljnih znanstvenih radova o tome – npr. A. Ruggeri, Alla ricerca dell' identita' del diritto processuale costituzionale, Bologna, 2009. U Njemačkoj koja nas na ovom planu više zanima (jer smo preuzeli njihov model ustavnih tužbi) situacija je još bolja, da navedemo samo dva recentnija rada: Bendo/Klein/Bendo: Verfassungsprozessrecht, C.F. Mueller, 2011. i Hillgruber/Gross: Verfassungsprozesssrecht, C.F. Mueller, 2015. Nešto prije toga zapazili smo dva posebna rada: C. Pestalozza, Die echte Verfassungsbeschwerde, Berlin, 2006. i M. Sachs, Verfassungsprozessrecht, Tuebingen, 2010.

6 Koliko nam je poznato ni na jednom od pravnih fakulteta u RH nije predviđen nastavni predmet "Ustavno postupovno (procesno) pravo". U temeljnom udžbeniku domaćeg ustavnog prava (Smerdel-Sokol, Ustavno pravo, Zagreb, 2006.) ustavno postupovno (procesno) pravo kao zaseban pojam se ne navodi. Određen osvrt na to daje, međutim, temeljni udžbenik građanskog postupovnog prava (Triva-Dika, Zagreb, 2004., str. 67-79). "Proceduralne elemente ustavnog nadzora" posebno je obradio D. Krapac (Postupak pred Ustavnim sudom RH – ustrojstvo i proceduralni elementi nadzora, Zagreb, 2014.).

7 Aspekt dostojanstva suda kao rezultat poštovanja propisane forme posebno se navodi u ključnom djelu građanskog postupovnog prava (Triva-Dika, op.cit., str. 33.). Nema dvojbe da i ustavni sudovi moraju graditi svoje dostojanstvo i inzistirati na njemu.

postupku i tužitelj i tuženik moraju znati za posljedice njihova nedolaska na uredno zakazano ročište, a u ustavnosudskom postupku mora biti jasno što će se dogoditi ako ustavna tužba bude posve laički i nerazumljivo napisana).

Ustavna tužba kojom se pokreće postupak pred Ustavnim sudom protiv nekog pojedinačnog akta nadležne državne vlasti (u pravilu redovnih sudova) vremenski uvijek slijedi, "naslanja se" na prethodno donesene akte redovne sudske vlasti.

S time u svezi, nužna je analiza koliko (i je li uopće) redovni sudski i ustavnosudski postupak čine jednu koherentnu cjelinu ili je (moguće) ustavnosudski postupak nešto sasvim drugo, potpuno novo i nema dodirnih veza s redovnim sudskim postupkom.

Čini nam se da je u praksi ova druga linija prevladavajuća, ali ona, po našoj ocjeni, nije pravilna i valja uložiti ozbiljne napore da se ona napusti.

Stav da je ustavnosudski postupak u ustavnim tužbama nešto "novo" u odnosu na redovan sudski postupak dobar je uvod upravo u ono što Ustavni sud mora izbjeći - da se, naime, na ustavnosudskoj razini pravni problem rješava nepravnim (u pravilu političkim ili, što bi bilo još manje prihvatljivo, klijentelističko-interesnim) sredstvima.

Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske[8] (dalje u tekstu: UZUS) sadrži važno pravilo (čl. 34.) da se, ako Ustavnim zakonom nije propisano drukčije, Ustavni sud u postupku podredno smisleno primjenjuje odredbe odgovarajućih postupovnih zakona (dakle, Zakona o parničnom postupku, Zakona o kaznenom postupku, Zakona o upravnom postupku).

Hrvatski ustavotvorac ovime je uputio na nužan koneksitet redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka u ustavnim tužbama pa je upravo (i prije svega) zbog toga nejasna uglavnom prevladavajuća praksa koja ide u suprotnom smjeru.

Ni u Hrvatskoj, a niti drugdje u Europi suci ustavnih sudova ne dolaze samo iz redova sudaca, a veza (svih) ustavnih sudaca sa svijetom redovnog sudskog prava kontrolabilna je kod nas samo do pravno elementarne razine:[9] da je kandidat za suca Ustavnog suda diplomirani pravnik i da ima radni staž od petnaest godina (za doktorat znanosti dvanaest godina) (čl. 5. st. 1. i 2. UZUS) .[10]

To (i načelno i konkretno) može ozbiljno otežavati primjenu koncepcije povezanosti redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka u ustavnim tužbama. Mogućnost da u rješavanju ustavne tužbe sudjeluju ustavni suci koji ne poznaju redovan sudski postupak u kakvom je donesen ustavnom tužbom napadnuti pravorijek

8 Narodne novine, br. 99/99, 29/02, 49/02 (pročišćeni tekst).

9 Poznato je da je upravo Ustavni sud vodio jedan postupak zbog prigovora na pravilnost izbora sudaca Ustavnog suda (predmet M. Juričić iz 2009., Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-443/2009 od 30. travnja 2009. i dva izdvojena mišljenja, objavljena u Narodnim novinama, br. 65/09). Ustavni sud nije išao u kontrolu ocjene koliko je izabrani (osporeni) kandidat "istaknuti pravnik", tu su kvalifikaciju dali organi biranja (Hrvatski sabor u konačnici), a zadiranje u kvalitetu kandidata bilo bi moguće samo kada bi postojali evidentni razlozi da kandidat nije "istaknuti pravnik".

10 Neke aspekte bi možda ipak bilo moguće kontrolirati u ustavnosudskom sporu povodom izbora sudaca Ustavnog suda. Bilo bi npr. jedino logično da sudac Vrhovnog suda ima predmet pred sucem općinskog suda, a kada je riječ o "profesorima fakulteta" valja znati da asistenti i docenti nisu profesori (arg. iz st. 1. čl. 126. Ustava).

objektivno (zakonomjerno) vodi negiranju ili barem slabljenju povezanosti redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka.

Naš je stav da bez poznavanja (u činjeničnom i pravnom dijelu) redovnog sudskog pravorijeka nije moguća pravilna ustavnosudska konkluzija. Poznavanje predmeta redovnog suda je, dakle, *condicio sine qua non*, istinska *praemissa minor* pravilnog ustavnosudskog zaključka.

Sudac Ustavnog suda mora i kod odlučivanja o ustavnim tužbama razmišljati drukčije nego sudac redovnog suda, on iz "ptičje perspektive" promatra rad suca redovnog suda i ima pravo i obvezu "uzdignuti se" iznad obzora suca redovnog suda, ići ispred tog suca i ispred zakona, ali ne bez redovnog suca i ne bez zakona.

Odlučivanje Ustavnog suda koje u tom smislu mora predstavljati kvalitativan iskorak, nužno zahtijeva i određen iskorak u formi postupanja. Tu i takvu formu, međutim, valja graditi na kontinuitetu postupanja u odnosu na redovni sud, a ne na distanciranju i napose ne na radikalnom prekidu s onim kako je postupao redovni sud.

Ustavni sud u postupcima povodom ustavnih tužbi štiti građane i pravne osobe od "povreda ljudskih prava i temeljnih sloboda" (arg. iz al. 4. čl. 129. Ustava), štiti dakle Ustav RH koji regulira ova prava i slobode. Redovni sudovi, međutim, također primjenjuju Ustav (st. 3 čl. 118. Ustava), pa to mora biti bitna dodirna točka koja i materijalnopravno i postupovnopravno povezuje redovne sudove i Ustavni sud RH.

2. USTAVNOSUDSKE I PRAVNOPOLITIČKE PRETPOSTAVKE USTAVNOSUDSKOG RJEŠAVANJA USTAVNIH TUŽBI

Temeljem Ustava i Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, Ustavni sud ima dvije temeljne zadaće: kontrolu ustavnosti i zakonitosti propisa (tzv. apstraktna kontrola) i rješavanje ustavnih tužbi podnesenih protiv pojedinačnih akata mjerodavnih tijela državne vlasti (ustavne tužbe).

Premda nema dvojbe oko primarnog značaja apstraktne kontrole propisa, isto je tako izvjesno da su ustavne tužbe po svom pravnopolitičkom značaju odmah do toga.

U prilog takva zaključka govori i činjenica da u strukturi ukupno zaprimljenih predmeta u Ustavnom sudu ustavne tužbe čine čak od 80 do 90 % svih predmeta.[11]

Tim podacima dodajmo još i ove:

- od ovoga velikog broja ustavnih tužbi najviše (opet od 80 do 90 %) je iz područja građansko-trgovačkog prava,
- 70 % od ukupnog broja zaprimljenih ustavnih tužbi rješava se tzv. meritornim odbacivanjem (formulom da se "neće uzeti u razmatranje"),
- od preostalih 30 % koliko se uzima u meritorno rješavanje usvaja se (ukidanjem pobijenog pojedinačnog akta) negdje oko 3 %.

Ovi podatci daju temelje za višestruku analizu problema ustavnih tužbi.

Poznato je, prvo, kako se sustavno plasira teza o tomu da Ustavni sud "nije redovni sud" i da intervenira "samo kada su u pitanju povrede Ustava". Takva

11 Statistički podatci koji se ovdje iznose dostupni su autoru do kojih je došao tijekom obnašanja dužnosti ustavnog suca. Općenito o statistici Ustavnog suda vidjeti detaljnije na: https://www.usud.hr/hr/statistika (posjećeno 21.1.2017.).

percepcija, mada sadrži i mnoge točne odrednice, zapravo šteti samom Ustavnom sudu jer ga hoće smjestiti u pravni prostor izvan redovnog pravnog sustava države.

Suprotna je pozicija da je Ustavni sud nekakav najviši, gotovo super - sud i ta pozicija gura ustavno suđenje u opći prostor redovnog sudskog odlučivanja što ima za neposrednu posljedicu to da je Ustavni sud doslovno zapljusnut ogromnim brojem ustavnih tužbi koje tako prijete paraliziranjem ukupnog djelovanja Ustavnog suda.

Ustavni sud treba biti jedna kreativna sinteza jednog i drugog, u konačnici jedan *sui generis* državni organ koji štiti ustavni sustav zemlje.

Jedno ipak mora biti sigurno - Ustavni sud nije i ne smije biti "politički sud".

Ma koliko način biranja sudaca Ustavnog suda, način na koji se taj izbor provodi pa i kadrovski sastav Suda u proteklih 27 godina daju dosta razloga za visokopolitički značaj Ustavnog suda, Sud jednostavno ne smije biti politički sud.[12]

Ovdje valja podsjetiti da je u modernoj, demokratskoj pravnoj državi jedina nepravna (politička) intervencija koju u sferu pravnih odnosa dopušta ustavni poredak institut pomilovanja.[13] To je u RH ovlast predsjednika Republike (al. 4. čl. 98. Ustava) koji pomilovanje daje nevezano za važeći pravni poredak.

"Ulaz" politike u pravo nije inače nepoznat problem. Čak se i ustavno pravo nekad zvalo "državno pravo". Razine "napada" politike na pravni poredak najčešće su vrlo sofisticirane, naizgled nevidljive, ali ima i takvih koje su grubo nametnute i očigledne. Na ovim našim prostorima toga je pogotovo bilo dosta.[14]

Jedna od efikasnijih brana protiv politizacije Ustavnog suda može i mora biti i visokorazvijena, pravno sofisticirana i stručno-znanstveno kontrolabilna forma postupanja Ustavnog suda.

Takva bi forma ujedno sprječavala i to da oblik i način postupanja Suda u visokoj mjeri zavisi o osobama (i osobnosti) sudaca i predsjednika suda.[15]

---

12 Posljednji izbor sudaca Ustavnog suda baš ne ohrabruje u tom pravcu. Vrlo je, npr. nezgodno da su izabrani upravo oni kandidati čija su imena (i fotografije) u pisanim medijima objavljena čak mnogo prije formalnog početka kandidiranja i izbora. Političke stranke (koje dakako imaju legitiman utjecaj na izbor ustavnih sudaca kroz mehanizam parlamentarnog odlučivanja) moguće su ipak išle ponešto predaleko u kandidiranju i delegiranju čak i članova svog užeg političkog rukovodstva. Poznato je da je predsjednik saborskog Odbora za Ustav, poslovnik i politički sustav po obavljenom izboru novih (10) sudaca Ustavnog suda izjavio da će Ustavni sud s obzirom na ishod izbora "teško biti sud". Nadajmo se ipak da političnost neće biti dominantna smjernica novog saziva Ustavnog suda.

13 Poznate su misli velikana opće i pravne povijesti o tome (Kant, Beccaria, Radbruch). Sve je to, dajući i svoj doprinos, posebno sintetizirao Radbruch (1878.-1949.) - vidjeti novo izdanje njegova djela Rechtspfilosophie, Heidelberg, 2003. Pomilovanje je, dakle, akt državnog poglavara isključivo temeljem milosti (*ex caritate*) uopće ne temeljem prava. Čista politička odluka. Na bivšem federalnom prostoru dan je korektan prijevod glavnog Radbruchovog djela (G. Radbruch, Filozofija prava, Nolit, Beograd, 1980.; dio koji obrađuje pomilovanje je na str. 222.-226.).

14 Sjetimo se samo npr. sudova udruženog rada u vrijeme bivše države i bivšeg sustava. Političnost je tu i načelno (pravno propisano) dominirala nad pravom. Ti su sudovi od 1974. (1976.) do 1989. godine u potpunosti sudili sporove iz radnih odnosa ("udruženog rada").

15 Nije teško zamijetiti da npr. kazneni predmeti nisu bili posebno zanimljivi dok u Ustavni sud RH nije došao sudac koji se specijalizirano bavi kaznenim pravom. Ili da konvencijsko pravo dobiva na poletu dolaskom sudaca koji su bliži tome. Opseg odluka (od 4 stranica do 100

Činjenica da od ukupnog velikog broja ustavnih tužbi čak od 80 do 90 % otpada na građansko-trgovačko područje, ozbiljno upućuje da nešto nije u redu u sferi redovnog sudskog odlučivanja u ovom području. Tu ima puno stvari koje npr. uopće nisu prošle kroz Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Vrhovni sud). Valja ozbiljno razmisliti o tomu da sporno pravna stvar ne može pred Ustavni sud, a da prethodno nije bila na Vrhovnom sudu kao "najvišem sudu" (st. 1. čl. 119. Ustava). Ustavni sud bez toga zapravo nema pred sobom stav redovne sudske vlasti.

Pažnju zaslužuje i daljnja činjenica da se (čak) 70 % ustavnih tužbi "meritorno odbacuje" (čl. 71. UZUS).[16]

To nije i ne smije biti "diskrecijsko pravo odbačaja"[17] nego mora biti rezultat prethodno izvršene i dobre pravne analize stvari. Ni u obrazloženju takve odluke Ustavni sud nije oslobođen objašnjenja zašto je tako odlučio, premda je objektivno prihvatljivo da takvo obrazloženje ipak bude ponešto jednostavnije.

Podatak da se ustavne tužbe i u Hrvatskoj i inozemstvu usvajaju vrlo rijetko (oko 3 %, a negdje npr. Njemačkoj i manje) ozbiljno upućuje čak i na propitivanje o samom smislu ustavnih tužbi pred Ustavnim sudom. To su razine statističke pogreške i doista je pitanje treba li zbog toga angažirati složen aparat Ustavnog suda.[18]

I naš je stav da nadležnost Ustavnog suda u ustavnim tužbama ima svoje opravdanje. Niska razina usvajajućih odluka dobar je znak za funkcioniranje ukupnog pravnog poretka, baš kao što bi za suprotno stanje bio opravdan poziv na nužnu pravnopolitičku intervenciju. U tom smislu, dakle, ovakva "supsidijarna" uloga Ustavnog suda ima svoje ustavno-političko opravdanje.

Mi smo u području ustavnih tužbi preuzeli njemački model da je ustavna tužba moguća protiv svih mjera javne vlasti. Mnoge države (npr. Austrija, Italija) ustavne tužbe reduciraju na odluke upravnih vlasti, dakle ne i protiv sudskih odluka.

Ne možemo zanemariti činjenicu da je naš njemački uzor mnogo veća i u svakom pogledu moćnija zemlja koja ima i posebne razloge za ustavnu ulogu Saveznog ustavnog suda o ustavnim tužbama.

Čini nam se da to ipak ne otklanja potrebu istovrsnog ustavnog rješenja u RH, mada uz našu obvezu pažnje da ovako postavljena uloga Ustavnog suda ne "zagušuje" već i onako kompliciran domaći pravni sustav.

Ustavna tužba je i jezično i pravo u različitim državama poznata pod različitim nazivima (engl. *constitutional complaint*, njem. *Verfassungsbeschwerde*, tal. *ricorso costituzionale*, ustavna žalba). S obzirom na to da nam njemačko pravo služi kao

stranica u sličnim stvarima) također je bio značajno određen osobnostima sudaca i predsjednika Suda. To, međutim, nije sustav.

16 Izraz "meritorno odbacivanje" kolokvijalni je izraz, jedan jezično-pravni oksimoron. Iako o tome odlučuje vijeće od tri suca, rizik sumarnog pristupa tim predmetima nije bez temelja. Pravo obrazloženje (ne bitno dugo, ali sažeto i dobro, koje napose pokazuje razumijevanje stvari) jedino otklanja prigovor sumarnosti.

17 Tako npr. ističe D. Sinović (Ustavna žalba - teorijsko pravni okvir, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2012., str. 205.). Meritorni odbačaj, naprotiv, mora biti pravno vezan i dokumentiran kao svaka meritorna odluka.

18 Kritičari djela i prakse Ustavnog suda, uglavnom kroz medijski prostor, posebno prigovaraju da je postotak usvajajućih ustavnih tužbi (čak i do 60 %) mnogo veći kod tzv. VIP-predmeta (poznate osobe ili događaji). O takvim primjedbama Ustavni sud mora voditi računa.

model - uzor bio bi ispravniji naziv "ustavna žalba".[19]

"Ustavna tužba" upućuje na nekakav novi pravni početak, a "ustavna žalba" produljuje postupovni kontinuitet s redovnog sudskog na ustavnosudski postupak.

Njemačko objašnjenje je suprotno, tj. naglašava kontinuitet između ova dva postupka.[20] I rješenja iz njemačkog Ustavnog zakona su na toj liniji.[21]

Ovakva "lutanja" u pitanju (dis)kontinuiteta između redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka imaju i svoje neposredne posljedice.

Ustavni sud kroz ustavne tužbe daje građanima i pravnim osobama zaštitu kada su povrijeđena njihova "ljudska prava i temeljne slobode" (al. 4. čl. 129. Ustava). To zvuči vrlo obećavajuće, ali nije pravno najbesprjekornije.

Ne samo da ne postoji čvrst i jasan "popis" tih ljudskih prava i temeljnih sloboda nego ne postoje niti jasni kriteriji za njihovo pobliže određivanje.

Navest ćemo u tom smislu samo nekoliko primjera. Mnoge je ustavne tužbe Ustavni sud usvojio po čl. 14. Ustava (povreda jednakosti građana). Međutim, napose u civilu, različit ishod u istim ili sličnim stvarima može biti sasvim legitiman (zakonit) ishod postupka.[22]

Slično je i sa zaštitom prava vlasništva. Tu čl. 48. Ustava štiti nepovredivost prava vlasništva, daje zaštitu od zadiranja javnih vlasti (redarstvenih, sanitarnih, vatrogasnih, vojnih itd.), a ne vlasništvo u njegovu građanskopravnom smislu.[23]

Pravo na "pravičnu odluku" (arg. iz st. 1. čl. 29. Ustava) također jako varira između materijalnopravnog i postupovnopravnog poimanja toga prava.[24]

U meritornom smislu po Ustavnom zakonu o ustavnom sudu Republike Hrvatske, Ustavni sud usvaja ili odbija ustavnu tužbu (st. 2. čl. 73.). Mogućnost preinačenja pobijane odluke samo je u sferi teorije.[25] U tom smislu valja ipak već sada

19 Na njemačkom jeziku imenica "Beschwerde" znači "žalba" (tako Uroić-Hurm, Njemačko-hrvatski rječnik, Zagreb, 2004., str. 102.).

20 Tako navodi i M. Sachs, op. cit., str. 14.

21 Njemački Ustavni zakon o Ustavnom sudu (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, od 12. ožujka 1951., pročišćeni tekst od 11. kolovoza 1993., BGBl. I S. 1473., zadnje mijenjan člankom 8. Uredbe od 31. kolovoza 2015., BGBl. I S. 1474) posebno određuje da u svakom od dva senata Saveznog Ustavnog suda mora biti po tri (ukupno, dakle, šest u Sudu) suca koji su prethodno bili (najmanje tri godine) suci nekog (ima ih šest) Saveznog vrhovnog suda (čl. 94.). M. Sachs, op. cit., str. 11. i 14. o ovakvom rješenju govori vrlo pozitivno.

22 U parničnom postupku npr. sud ispituje samo tvrdnje koje su stranke istaknule i izvodi samo dokaze koje su one predložile. Moguće je tako da u dvije posve slične stvari tužitelj A predloži svih pet mogućih dokaza (i tako dobije spor), a tužitelj B predloži samo dva dokaza i izgubi spor. Obje su odluke zakonite. Ustavni sud, osim toga, u pravilu nema pred sobom obje ove (različite) odluke pa se može dogoditi da ukine upravo onu "dobru", a ona "loša" je već pravomoćna i definitivna te se ne može promijeniti.

23 Ovako pogrešna projekcija ustavne zaštite prava vlasništva nepotrebno i bez valjane osnove vodi Ustavni sud u ispitivanje vlasničkih tužbi, stjecanje i gubitka prava vlasništva, zemljišnoknjižnog prava itd.

24 Redovni sudovi odlučuju po pravičnosti samo kada im Zakon to izrijekom dopušta (npr. Zakon o obveznim odnosima čini to na više mjesta). Izvan toga takvo suđenje nije moguće, pa tu ovlast nema ni Ustavni sud. U postupovnom smislu redovni sudovi također postupaju po načelu legaliteta, a ne po načelu pravičnosti.

25 M. Sachs, op. cit., str. 33. U našim uvjetima čini se da ovo pitanje nije aktualno.

razmišljati o mogućnosti preinačenja ako je npr. povreda materijalnog ustavnog prava nedvojbena.

Valja razmisliti i o drugim mogućnostima ishoda ustavnosudskog postupka, npr. da Ustavni sud samo deklarira povredu ustavnog prava. Tu bi Ustavni sud slijedio Europski sud za ljudska prava. Zbog dokaza pribavljenog na nezakonit način (st. 4. čl. 29. Ustava), ali koji nije odlučan za ocjenu o krivnji i kaznenoj odgovornosti pred Ustavnim sudom pobijana kaznena presuda ne bi se mogla ukidati, a deklaracija učinjene povrede prava tijekom kaznenog postupka služila bi kao temelj odštetnom zahtjevu osuđenika.[26]

3. ANALIZA KONKRETNIH OBLIKA POSTUPANJA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE U USTAVNIM TUŽBAMA

Ovaj dio rada ima za cilj prethodno izrečene ocjene provjeriti kroz neke konkretne oblike djelovanja Ustavnog suda, bez pretenzije da takva analiza zahvati sve aspekte ustavnosudskog postupanja. Predmet zahvata dodirne su točke sličnosti i razlika između redovne sudske i ustavnosudske kompetencije.

3.1. Sastav i sadržaj ustavne tužbe

Ustavnu tužbu može podnijeti svaka fizička i pravna osoba koja smatra da joj je nekim pojedinačnim aktom nadležnog tijela državne vlasti povrijeđeno neko ljudsko pravo (st. 1. čl. 62. UZUS).

Bez obzira na ovu širinu mogućnosti podnošenja ("svatko"), ovo nije nikakva *actio popularis* (popularna tužba), jer se podnosi protiv točno određenog akta i, gotovo se samo po sebi razumije, podnosi ju osoba koja je sudionik tog postupka i koja ulaganjem ustavne tužbe ostvaruje određen pravni interes.

UZUS traži određen sadržaj ustavne tužbe (čl. 65.) i posebno navodi da će Ustavni sud ispitati samo one povrede ustavnih prava koje su istaknute u ustavnoj tužbi (st. 1. čl. 71.). Prelazi li ustavna tužba granice nerazumljivosti, moguć je odbačaj (čl. 72.).

Na podnesenu ustavnu tužbu ne plaćaju se biljezi, a podnositelj u slučaju neuspjeha samo iznimno snosi troškove (čl. 80.).[27]

26 Deklaraciju Ustavnog suda (a slično bi vrijedilo i za deklaraciju Europskog suda za ljudska prava) *ipso facto* napose ne treba uzimati kao temelj za ponavljanje redovnog sudskog postupka. Ponavljanje postupka se, načelno gledano, dopušta samo zbog novokreiranog činjeničnog stanja ili zbog najtežih povreda postupka, što deklaracija počinjene, ali nebitne povrede ustavnog prava u svakom slučaju nije. U trenutku pisanja ovog rada (studeni/prosinac 2016.) medijski su aktualizirani kazneni postupci u kojima je Europski sud za ljudska prava (ESLJP) utvrdio povredu prava zbog, rekli bismo, površno odobrenog prisluškivanja osumnjičenih osoba ("šprance"). Nezgoda je u tomu što su to ključni dokazi za djela koja su vrlo teška (trgovina drogom).

27 U praksi nismo zabilježili slučaj da se podnositelju ustavne tužbe nalaže snošenje troškova. Ustavna pravda u RH je, dakle, besplatna. To je i europsko pravilo. D. Krapac upućuje (op. cit., str. 263.) na rješenje njemačkog Zakona o Saveznom ustavnom sudu gdje je Ustavni sud ovlašten izreći novčanu kaznu od 100 do 1500 eura kada je podnesena "potpuno bezizgledna"

Uvjeti iz čl. 65. svakako su dosta niži u odnosu na postupanje pred redovnim sudovima, i to u više pravaca:

- redovni sudski postupak u pravilu je mnogo skuplji (prije svega parnični),
- u redovnom sudskom postupku (opet, prije svega parničnom) nužno je stavljanje određenog tužbenog zahtjeva,
- neki aspekti forme mnogo su jači pred redovnim sudom (npr. zastupanje za reviziju),[28]
- izlaganje pravne osnove[29] nije obveza u redovnom sudskom, a u ustavnosudskom postupku čini se da je ipak donekle potrebno.

Valjalo bi pristupiti znanstvenoj sociološko-pravnoj analizi predmetne ustavnosudske regulacije. Čini se da doprinosi već uočenoj pojavi "špranciranja" ustavnih tužbi, što nije dobar proces i vodi bagateliziranju ustavnih tužbi.

Čl. 65. UZUS-a (za razliku od npr. čl. 106. i 186. ZPP-a) nema odredbe o tome da ustavna tužba sadrži oznaku "stranaka". Upadljivo u UZUS-u nedostaje oznaka pasivno legitimirane strane.

Pitanje o tomu tko je stvarno ta pasivna strana u ustavnosudskom postupku nadilazi pretenzije ovog rada. U svakom slučaju dvojba je samo između toga je li to protivna strana iz redovnog sudskog postupka ili je to jedan novi subjekt – država.[30]

Stranka podnosi ustavnu tužbu sama ili preko punomoćnika (st. 1. čl. 24. UZUS). Tu se slijedi logika redovnih sudskih postupaka. Punomoć iz parnice važi i za ovrhu, djelomično (šest mjeseci) i za ponavljanje postupka,[31] ali za podnošenje ustavne tužbe

ustavna tužba. U redovnom sudskom postupku, naravno, redovito se plaćaju biljezi i snosi troškove, u civilu prije svega.

28 Po izmjeni Zakona o parničnom postupku od 1. listopada 2008. godine, Narodne novine, br. 84/08, prema st. 1. čl. 91.a stranka može podnijeti reviziju preko punomoćnika koji je odvjetnik. Sama, dakle, ne može, a ne može ni preko punomoćnika koji nije odvjetnik (iznimno je da je samo stranka pravnik, odnosno ima pravosudni ispit, ali to je vrlo iznimna situacija). S obzirom na to da je revizija (u civilnim stvarima), u određenom smislu "predstadij" ustavne tužbe, u projekciji kontinuiteta između ovih dvaju postupaka bilo bi razložno predviđati da ustavnosudski postupak zadržava ili čak pojačava formu zastupanja. Sadašnje rješenje je, međutim, obrnuto.

29 St. 3. čl. 186. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, dalje u tekstu: ZPP) određuje da pravna osnova nije obvezatan sastavni dio tužbe, a parnični sud nije vezan navedenom pravnom osnovom u tužbi. Čl. 65. UZUS-a, čini se, ipak inzistira na navođenju pravne osnove ustavnosudskog spora. Traži "naznaku ustavnog prava za koje se tvrdi da je povrijeđeno" i naznaku "mjerodavne odredbe Ustava koje to pravo jamče". To je zapravo pravna osnova ustavnog spora i načelno je dobro da se pitanje pravne osnove spora u ustavnosudskom postupku diže na višu razinu. S tim, međutim, nije spojiva kreirana situacija da ne postoji obveza zastupanja po profesionalnim punomoćnicima. Takva obveza npr. postoji u Austriji (st. 2. čl. 17. Zakona o Ustavnom sudu Republike Austrije, Verfassungsgerichtshofgesetz, BGBl. Nr. 85/1953, zadnja izmjena BGBl. I. Nr. 24/2017).

30 RH npr. ima posebnog zastupnika u postupcima pred ESLJP-om (čl. 2. Uredbe o Uredu zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava od 9. veljače 2012. godine, Narodne novine, br. 18/12). S obzirom na nedvojbenu razinu sličnosti kompetencija Ustavnog suda i ESLJP-a bilo bi jedino pravilno rješenje da sličan zastupnik zastupa RH u ustavnosudskim postupcima pred Ustavnim sudom.

31 Parnična punomoć vrijedi i za reviziju (arg. iz čl. 95. ZPP), samo s time da za ulaganje revizije

traži se posebna punomoć (st. 2. čl. 24 UZUS). Ovo rješenje UZUS-a nije na liniji kontinuiteta između redovnog sudskog i ustavnosudskog postupka, upravo razbija taj kontinuitet.

Pravni interes nije veći problem ako je stranci neko njeno pravo već povrijeđeno.[32]

3.2. Odgovor na ustavnu tužbu

Ovo je možda najsuspektnije pitanje u aktualnom načinu postupanja Ustavnog suda.

Redovni sudski postupak (civilni, kazneni, upravni) nije gotovo moguće ni zamisliti bez davanja podnesenog pravozaštitnog zahtjeva na odgovor protivnoj strani.

Ustavna i konvencijska pravila o "pravičnosti" i "jednakosti oružja" u postupanju isto bi tako *eo ipso* trebala nametati takvu logiku i praksu postupanja.

Domaća ustavna praksa ipak nije takva. Ona je određena nekim praktičnim razlozima (otežava postupanje i produžava trajanje postupka), ali i nekim načelima, pravno dvojbenim pa i pogrešnim gledanjem na ova pitanja.

Već smo naveli da se u domaćem ustavnosudskom postupku zna tko je "druga strana" kojoj bi ustavnu tužbu dostavili na odgovor.

UZUS ne govori o dostavi ustavne tužbe "tuženiku" na odgovor, ali sadrži pravilo (koje se odnosi na dostavu donesene odluke) da se prijepis odluke dostavlja "tijelu koje je donijelo osporeni akt te osobi koju je Ustavni sud pozvao (valjda: bio pozvao) da se izjasni" (st. 2. čl. 78.).

Ako, dakle, odluku koja je donesena treba dostaviti nadležnom državnom tijelu i osobi koja je bila pozvana "da se izjasni", onda je jedino logično da su te osobe bile i prije toga upoznate s ustavnom tužbom, tj. da im je ta ustavna tužba bila dostavljena na odgovor.

Postojeća praksa može se (i to samo donekle) pravdati tamo gdje dolazi do "meritornog odbacivanja" (a to je čak 70 % tužbi). Tu je ustavna tužba eliminirana na samom početku postupka pa onda time ni ne treba "uznemiravati" protivnu stranu.

U svemu ostalome, nužno je davati ustavnu tužbu na odgovor "drugoj strani", bez obzira kada ćemo, npr. zvati tužitelja ili tuženika u parnici koji je izgubio redovni spor.

Doista je teško shvatljivo da je vjerovnik kao tužitelj pravomoćno (i revizijski) dobio spor, pokrenuo ovrhu i naplatio tražbinu, a tuženik je pokrenuo ustavni spor za koji isti vjerovnik uopće ne zna niti se o njemu može izjasniti.

---

punomoćnik u pravilu mora biti odvjetnik.

32 D. Krapac (op. cit., str. 112.) s pravom primjećuje da je pravni interes podnositelja ustavne tužbe stvoren već samim time što se podnosi protiv pojedinačnog akta kojim je već povrijeđeno neko ustavno pravo. Taj interes može biti imovinski, ali i neimovinski. Ovaj drugi može napose biti zanimljiv u kaznenoj oblasti gdje se npr. ustavna tužba podnosi protiv odluke da se optužba odbija zbog zastare, a podnositelj traži "puno oslobođenje" ("assoluzione a formula piena"). U Sloveniji je to nedavno bio slučaj s bivšim premijerom Janšom. U RH to bi išlo dosta teško jer naš Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, dalje u tekstu: ZKP) ne predviđa oslobađajuću presudu takvog tipa.

U kaznenom pravu situacija je još dramatičnija. Tu državni odvjetnik ne može podnijeti ustavnu tužbu,[33] a niti ustavnu tužbu koju je podnio optuženik ne dobiva na odgovor. Na sudbinu svoje optužbe pred Ustavnim sudom državni odvjetnik uopće ne može djelovati.

3.3. Vođenje ustavnosudskog postupka

Poznato je da se svi redovni sudski postupci vode uz poštovanje pravila postupovne kontradiktornosti, usmenosti i pismenosti (pisanosti).

Ustavnosudski postupak po ustavnim tužbama bitno odstupa od toga. Zapravo, kada već nema pravog pristupa pitanju odgovora na ustavnu tužbu, nema ga ni za kasniji slijed vođenja postupka.

Ovakvo je stanje D. Krapac[34] previše eufemistički opisao kao "ograničeno načelo kontradiktornosti".

UZUS (čl. 50.) poznaje institut "javne rasprave", tzv. savjetodavne rasprave,[35] ali ne i institut "rasprave" u smislu ročišta i ročišnog usmenog raspravljanja.

Slično vrijedi i za pisanu komunikaciju sudionika postupka. Njih se ne može spriječiti da Ustavnom sudu šalju pisane podneske, ali Ustavni sud ih sam na to nije dužan pozivati (u pravilu to ni ne čini).

Problem ipak nije nerješiv ni uz ovu manjkavu ustavnosudsku regulaciju.

Kvalitetan izlaz iz problema u aktivnijoj je primjeni uloge suca-izvjestitelja čije su nadležnosti značajne (čl. 69. UZUS, čl. 30.-35. Poslovnika Ustavnog suda,[36] dalje u tekstu: Poslovnik). Upravo je ova njegova istraživačko-pripremna uloga značajan stadij ukupnog ustavnosudskog postupka u kojem se mogu riješiti i pitanja odgovora na ustavnu tužbu i podići razinu usmenosti i pisanosti ustavnosudskog postupka.[37]

Takvo bi ponašanje suca-izvjestitelja na neki način kompenziralo inače manjkavu ustavnosudsku regulaciju o kontradiktornosti ustavnosudskog postupka i bitno održalo kontinuitet postupanja s redovnim sudom koji je donio akt kojeg ispituje Ustavni sud.

Sucima Ustavnog suda pomažu ustavnosudski savjetnici (čl. 74.-86. Poslovnika).

---

33 Državni odvjetnik nema aktivnu legitimaciju (ne priznaje mu se) za podnošenje ustavne tužbe u kaznenim stvarima. Izraz je to kod nas općeprihvaćenog stava da on predstavlja državu, a država ne može sama sebi povrijediti ustavna (ljudska) prava. Ovo pitanje ne bi smjelo biti dovršeno. Aktivna ustavna legitimacija javnopravnih osoba je kako kaže prof. C. Pestalozza (op. cit., str. 8.) "ein unsicheres Terrain" (nesiguran teren) i tu valja otvoriti mogućnost dodatnih znanstvenih istraživanja. Osim toga, zašto ne bi Državnom odvjetniku aktivna legitimacija bila priznata zbog načela vladavine prava kao vrhunske vrednote ustavnopravnog poretka (čl. 3. Ustava)? Stanje stvari je za državnog odvjetnika i još gore od toga - on ni ne zna da je optuženik ustavnom tužbom napao pravomoćni kazneni pravorijek niti se o tome obavještava.

34 D. Krapac, op. cit., str. 79.

35 Ustavni sud dosta rijetko prakticira "savjetodavne rasprave" (svega tri u ukupnom proteklom razdoblju).

36 Narodne novine, br. 83/14 (pročišćeni tekst).

37 Kvaliteta pripremljenog materijala kojeg prikuplja sudac-izvjestitelj odlučujuće određuje efikasnost (brzinu), ali i pravnu vrijednost odluke koja će se donijeti. Nešto slično ulozi istrage u pripremi rasprave u kaznenom postupku.

Njihova je uloga (pa i njihov status) drukčija od uloge sudskih savjetnika pri redovnim sudovima. Ustavnosudski savjetnici, naime, u pravilu predstavljaju pravne stručnjake više razine spremnosti, a dragocjeni su suradnici i pomoćnici sudaca Ustavnog suda. Posebno moraju biti važni kada specijalizirano pokrivaju neko posebno područje prava.[38]

Suci Ustavnog suda tijekom postupka imaju i mogućnost koju nemaju suci redovnih sudova - da o određenim pravnim pitanjima zatraže stručno mišljenje od pravnih stručnjaka i znanstvenika koji se time specijalizirano bave. Poslovnik (t. 4. st.1. čl. 31.) ove suradnike Suda naziva "znanstveni savjetnici Ustavnog suda".

U proteklih 27 godina Ustavni sud je dosta koristio mogućnost traženja stručnog mišljenja (u 2431 predmetu).

Stručno-znanstveni značaj ovih "stručnih mišljenja" je vrlo upitan.

Suci Ustavnog suda su *per definitionem* "istaknuti pravnici" i ne zvuči uvjerljivo da suci takve razine pravne spreme traže "pomoć" koja se svodi na vještačenje o pravnim pitanjima.[39]

3.4. Donošenje odluka

O ustavnim tužbama se u Ustavnom sudu meritorno odlučuje u dva vijeća. Na plenumsko odlučivanje ide se kada u Vijeću nema suglasnosti ili je stvar od "šireg značaja" (st. 4. čl. 68. UZUS).

Sastav Ustavnog suda samo se iznimno može uzdržati od glasovanja (čl. 53. Poslovnika), onda ako je sudjelovao u donošenju odluke koja je predmet ustavnog pobijanja.

Kad se odlučuje na sjednici Ustavnog suda odluka se donosi većinom glasova svih sudaca (st. 1. čl. 27. UZUS i st. 1. čl. 45. Poslovnika).[40]

---

38 Aktualna organizacija u Ustavnom sudu je sada (od svibnja 2016. godine) takva da svaki sudac ima na raspolaganju po dva savjetnika. Ranije je dugo vladalo načelo "svi za sve suce" što je bilo dosta nekvalitetno. Novi model je svakako bolji, napose stoga što u većoj mjeri ističe primarnu ulogu suca-izvjestitelja. Treći je mogući model da se ustavnosudski savjetnici grupiraju po specijalnosti (građansko, kazneno, upravno, radno pravo). Takav model, npr. postoji u Sloveniji i njegova je prednost što onda ustavne suce opslužuju savjetnici većeg stupnja specijalnosti.

39 Njemački Savezni ustavni sud je npr. pred nekoliko godina slavio 60-godišnjicu postojanja pa je u prigodnom povijesnom pregledu svog rada između ostalog naveo i uporabu stručnih mišljenja, rekavši da se Sud u čitavoj svojoj povijesti time poslužio samo dva puta i da žali što je to učinio. Takva mogućnost u njemačkom pravu više ne postoji (M. Sachs, op. cit., str. 171.). Teško je i inače braniti tezu da suci redovnih sudova (u pravilu pravnici niže spreme i iskustva) nemaju blagodat traženja znanstvenih "stručnih mišljenja" (nego ih nemilosrdno prati fikcija "iura novit curia"), a da pravo na "jocker zovi" imaju "istaknuti pravnici" u Ustavnom sudu. Potrebnu (i nužnu) vezu sa strukom i znanosti suci Ustavnog suda moraju održavati na drugi način - praćenjem domaće i inozemne stručne i znanstvene literature. Poslovnik US (čl. 85.) predviđa postojanje knjižnice koja bi trebala pomoći u tom smislu.

40 Kod plenumskog odlučivanja većinom se može dogoditi i to da npr. u manjini ostanu sudac-izvjestitelj i predsjednik Ustavnog suda koji supotpisuju donesenu odluku (st. 4. čl. 55. Poslovnika). S obzirom na to da, po naravi stvari, oni i pišu odluku, može nastati vrlo izazovna situacija koju ni UZUS ni Poslovnik ne rješavaju. Do sada se u Ustavnom sudu tako nešto nije dogodilo.

Ni UZUS ni Poslovnik ne sadrže poznato pravilo redovnih sudskih postupaka (npr. st. 1. čl. 334. ZPP) da je Sud za svoju odluku vezan od trenutka otpreme.

Između donošenja i otpreme odluke moguće su situacije koje razumno nalažu određenu promjenu odluke. Na civilnoj redovnoj sudskoj razini to se rješava ponovnim otvaranjem rasprave (čl. 305. ZPP), ali na ustavnoj posebnog rješenja nema pa bi po čl. 34. UZUS-a trebalo koristiti postupovne radnje redovnih sudova.

Meritorna odluka po ustavnoj tužbi je ili odbijajuća (čl. 75. UZUS) ili usvajajuća (čl. 74., st. 1. čl. 75. UZUS).

Razlozi odbijanja su jasni ("ne postoje razlozi zbog kojih se akt osporava"), ali razlozi mogućeg ukidanja pobijenog akta nisu jasno postavljeni.

"Obrnutim" čitanjem čl. 75. UZUS-a dalo bi se zaključiti da će ukidna odluka uslijediti kada postoje razlozi zbog kojih se akt pobija.

Takva situacija nije dobra i ona otvara mogućnosti nepredvidljivog zadiranja u akte (odluke) redovne sudske vlasti.

Redovni sudovi u okviru svojih nadležnosti (viši i najviši sud) ukidaju pravorijek suda nižeg stupnja samo iz točno određenih razloga - zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog stanja ili i zbog počinjene povrede postupka (relativno ili apsolutno bitne). Na toj razini pojmovno ne ide ukidanje zbog pogrešne primjene materijalnog prava (tada se preinačuje pobijena odluka).

Tijek vremena po naravi jača redovan sudski pravorijek i pobijani akt se može ukinuti na ustavnoj razini zbog povrede postupka samo zbog težih povreda u odnosu na one zbog kojih se može ukinuti u žalbenom postupku, odnosno revizijskom postupku. U protivnom ruši se konzistentnost ukupnoga pravnog sustava.[41]

Iz opisa traženog sadržaja ustavne tužbe (čl. 65. UZUS) proizlazilo bi da se redovno sudski utvrđene činjenice ne bi mogle pobijati pred Ustavnim sudom.

U ovom radu već je spomenuto pitanje načelne postupovne nespojivosti ukidanja akta redovnog suda zbog pogrešne primjene materijalnog ustavnog prava. Teško je braniti rješenje UZUS-a da se i onda ukida pobijeni akt.

O svim relevantnim pitanjima sudac Ustavnog suda se kod odlučivanja izjašnjava o tomu podržava li prijedlog odluke ili ne.

Pritom ima zapravo dvije, čak tri mogućnosti: da glasuje "protiv", da pisano obrazloži svoje suprotno glasovanje ako to nije usmeno iznosio (st. 5. čl. 27. UZUS, čl. 52. Poslovnika) i da daje "izdvojeno mišljenje" (st. 4. čl. 27. UZUS, čl. 50. Poslovnika).

Ova treća situacija posebno je zanimljiva. "Izdvojeno mišljenje" (njem. *Sondervotum*, engl. *dissenting vote* ili *dissenting opinion*, tal. *opinione diversa* ili *opinione separata*) je pravo (mogućnost) ustavnog suca da kada glasuje protiv većinski usvojene odluke, uz izjavljeno protivljenje, može dodatno u pisanom obliku obrazložiti svoje neslaganje koje se objavljuje zajedno s većinski donesenom odlukom.

Ideja i praksa "izdvojenih mišljenja" inače su "uvezene" iz anglosaksonskoga

41 Ovo je zasigurno jedno od težih pitanja ustavnosudskog postupka po ustavnim tužbama. Jednostavno rečeno - ne bi smjelo na Ustavnom sudu pobijana odluka biti ukinuta ako su razlozi takvi da ukidanje nije moguće ni u revizijskom ni u žalbenom postupku. Pred Ustavnim sudom razlozi ukidanja moraju biti mnogo teži.

pravnog područja. Europa je prema tom institutu načelno dosta rezervirana. Njemačka, npr. tek od 1963. poznaje *Sondervotum*, a Austrija ga ne poznaje.[42]

U redovnom sudstvu takva mogućnost ne postoji, pa se može reći da mogućnost davanja "izdvojenog mišljenja" danas postoji samo kod ustavnih sudova (također i kod nekih međunarodnih sudova).

Kritičari "izdvojenih mišljenja" tvrde da to slabi i relativizira autoritet donesene (tj. većinski donesene) sudske odluke. Po njima to "zbunjuje" građane koji uz važeću odluku vide i suprotnu "odluku" drukčijeg sadržaja (koju je napisao sudac najvišeg stupnja stručnosti).

U prilog "izdvojenih mišljenja" može se, s druge strane, navesti da ona pokazuju povećani angažman svih sudaca, da se time svaki pojedini sudac specifično profilira i opće i profesionalno (na što građani imaju pravo i što očekuju od Ustavnog suda) i da u ukupnosti podižu razinu ustavnosudskog odlučivanja kao najviše razine stručno-znanstvenog i ustavno-sudsko etičkog razmišljanja o određenim pravnim pitanjima.

Čini se da pretežu razlozi u korist postojanja instituta "izdvojenog mišljenja", pa je dobro što suci Ustavnog suda imaju to pravo i mogućnost.

Nema razloga da slično pravo nemaju i suci redovnih sudova. U prva dva stupnja suđenje već prevladava monokratski sustav suđenja (i tu onda problem ni ne postoji), ali na višim razinama redovnog suđenja (napose na najvišoj razini, na Vrhovnom sudu) pitanje ostaje otvoreno i nema razloga da se blagodat "izdvojenog mišljenja" ne priznaje i sucima redovnih sudova.

"Izdvojeno mišljenje" se u pravilu i najčešće odnosi na izreku većinski donesene odluke, ali se može odnositi i samo na obrazloženje, naravno može i na jedno i na drugo (st. 1. čl. 50. Poslovnika).

U praksi (u ovih 27 godina postojanja samostalne i neovisne države) suci Ustavnog suda rijetko koriste pravo na "izdvojeno mišljenje".

3.5. Pravomoćnost odluka Ustavnog suda

U postupanju redovnih sudova postoje uglavnom jasni standardi ključnih komponenti pitanja pravomoćnosti sudskih odluka (subjektivni, objektivni i vremenski aspekt pravomoćnosti).

Na ovome mjestu posebno nas zanima formalni aspekt pravomoćnosti, tzv. "formalna pravomoćnost" (*ne bis in idem*).

Na razini apstraktne kontrole ustavnosti propisa potpuno je jasno da se o tim pitanjima može ponovno raspravljati i odlučivati (čl. 54. UZUS).

Na razini ustavnosudskog odlučivanja po ustavnim tužbama stvari su nešto složenije.

D. Krapac govori o "promjeni pravnih stajališta u odlukama Ustavnog suda" i to ilustrira primjerom (odlukom) u primjeni Zakona o Hrvatskoj akademiji znanosti i

42 Jedan od većih protivnika "izdvojenog mišljenja" posebno je predsjednik austrijskog Ustavnog suda Gerhard Holzinger. Rasprava o tome se ipak povremeno otvara (Die Presse, 1.8.2016.), ali s malim šansama da austrijsko ustavno sudstvo prihvati ovaj institut.

umjetnosti.[43] Praktički rečeno Ustavni sud po ovome može činjenično i pravno slične predmete različito rješavati i nije vezan odlukom ranije donesenoj u sličnim stvarima.[44]

U predmetu denacionalizacije (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-5694/2013 od 1. ožujka 2016.)[45] Ustavni sud je išao još dalje - promijenio je pravno stajalište, ali je benefit te promjene priznao i svim podnositeljima ustavne tužbe koji su ranije bili odbijeni (bilo im je odbačena ustavna tužba zbog nepravovremenog podnošenja).

Slično bi npr. bilo kada bi Vrhovni sud o nekom pitanju promijenio pravno stajalište (npr. da nešto što je ranije odbijano u buduće predstavlja relevantnu neimovinsku štetu koja se popravlja novcem) i da u odluci pozove sve ranije tužitelje koji su bili odbijeni na podnošenje nove tužbe koja neće biti odbačena zbog mogućeg prigovora presuđenosti.

Čini se da u redovnoj sudskoj praksi tako nešto nije moguće, vjerojatno nije ni zamislivo.

Ustavnom sudu mora se priznati pravo na "korak više", ali je – s obzirom na opisana dva konkretna slučaja - pitanje do koje granice može ići taj ustavnosudski aktivizam. Mora se pritom, naime voditi računa i o nekim materijalnopravnim aspektima pravomoćnosti (npr. da stranka koja je dobila i ustavni spor maksimalno slobodno raspolaže svojom stvari ili pravom, bez rizika da će itko to naknadno opozvati).

4. ZAKLJUČAK

Ustavni sudovi su, povijesno gledano, relativno novija institucija državne vlasti. Još je kasnija i njihova nadležnost u rješavanju ustavnih tužbi, što je u različitim državama i vrlo različito organizirano.

Mi smo prihvatili njemački model dopustivosti ustavne tužbe protiv odluke svake državne vlasti, jasno uz pretpostavku da su prethodno iscrpljene redovne sudske (redovne pravne) mogućnosti. Time se ustavnosudska zaštita u području ustavnih tužbi ukazuje kao supsidijarna pravna zaštita.

Ograničen, čak vrlo ograničen postotak usvajanja ustavnih tužbi (od 1 do 3 % na europskoj razini, oko 1 % u Njemačkoj, oko 3 % u Hrvatskoj) napose ima priličnu sociološko-pravnu vrijednost jer omogućuje Ustavnom sudu vrlo relevantnu ocjenu o ukupnom funkcioniranju pravnog poretka.[46]

---

43 D. Krapac, op. cit., str. 106.-107.

44 U slučaju HAZU-a (Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-III/4947/2008 od 7. srpnja 2010.) mogu se ipak primijetiti dva teoretski (a i praktično) važna problema: prvo - što se pravo na punu tržišnu (komercijalnu) cijenu za nacionalizirane zgrade priznaje samo jednom subjektu (HAZU) i drugo, što se obveza nadoplate nalaže subjektu koji nije sudjelovao u redovnom sudskom sporu (Državi). Nije bez dvojbe ni stav da se promjena pravnog stajališta temelji na primjeni konvencijskih pravila o "pravu na mirno uživanje vlasništva" (ta su pravila bila na snazi i poznata i u vrijeme odlučivanja u ranijim sličnim predmetima gdje su svi podnositelji ustavne tužbe bili odbijeni).

45 Narodne novine, br. 27/16.

46 C. Pestalozza (op. cit., str. 33.) ističe da ograničeni ("die geringe") broj uspješno uloženih ustavnih

Razlog je to od takva značaja da opravdava daljnje napore na konstrukciji "ustavnog postupovnog prava" kao neophodne karike tog ukupnog lanca ustavnopravne zaštite.

Čini se da postoje svi razlozi da se instituti "ustavnog postupovnog prava" smisleno nadovežu na one koje već postoje u redovnom sudskom pravu[47] i da tek potom ide u sferu nužne i posebne specijalnosti i specifičnosti.

Raspravu o Ustavnom sudu (i ustavnom sudstvu općenito) treba s medijske i političke scene preusmjeriti na stručno-znanstvenu scenu koja je do sada bila nekako najtiša.

To bi ujedno bio dragocjen doprinos podizanju stručno-znanstvene kompetencije Ustavnog suda, ali također i prilog povećanju njegova ugleda kao dostojanstvenog zaštitnika ustavnih prava građana.

Ovaj je rad skromna pomoć nastojanjima da se ustavnosudska nadležnost u ustavnim tužbama podigne na višu znanstveno-stručnu razinu. Postojeća već skoro trodecenijska praksa Ustavnog suda daje razloga za kritiku, ali daje u isto vrijeme i mnogo razloga za ohrabrujuću ocjenu da su pomaci mogući i da će oni u budućnosti biti još veći.

Odlučivanje Ustavnog suda po ustavnim tužbama nije nekakva pričuvna (rezervna) opcija ustavnog suđenja i nije statističko opravdanje angažiranja povećeg broja sudaca i njihovih suradnika, nego mora biti pravi vrh piramide zaštite ustavnih prava građana.

U tom smislu valjalo bi krajnje ozbiljno pristupiti promjeni temeljnih projekcija vezanih za nadležnost Ustavnog suda u ustavnim tužbama, a neke bi stvari već i sada trebalo riješiti ili ispraviti.[48]

LITERATURA

1. Bin, R., Pitruzella G., Diritto costituzionale, Torino, 2000.
2. Krapac, D., Postupak pred ustavnim sudom RH, Ustrojstvo i proceduralni elementi nadzora, Zagreb, 2014.
3. Pestalozza, C., Die echte Verfassungsbeschwerde, Berlin,2006.
4. Sachs, M., Verfassungsprozessrecht, Tübingen, 2010.
5. Sinović, D., Ustavna žalba, teorijsko-pravni okvir, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.1/2012.

tužbi pokazuje dobro funkcioniranje pravnog poretka (".. das der oben Verfassungsgerichten vorgeschaltete Rechtsweg sinvoll ist und das funktioniert").

47 Zanimljivo je da supsidijarnu primjenu pravila redovnog sudskog postupka u ustavnosudskom postupku predviđa i npr. austrijsko pravo i to tako što predviđa supsidijarnu primjenu pravila parničnog postupka. U jednom od značajnih udžbenika austrijskog ustavnog prava (Walter/Mayer/Kucsko-Stademayer, Bundesverfossungsrecht, Wien, 2007., str. 505.-506.) ovo se rješenje kritizira kao vrlo problematično ("problematisch") jer da produžuje važenje sasvim drugih pravila postupka.

48 To se npr. odnosi na odredbu UZUS-a (al. 1. čl. 79.) da se postupak pokrenut ustavnom tužbom obustavlja "kada podnositelj ustavne tužbe umre". U građanskom pravu (odakle je i najviše ustavnih tužbi) subjektivna su prava načelno, pretežno prenosiva i samo su iznimno neprenosiva. Smrt stranke razlog je samo za prekid postupka, kako je u parnici (al. 1. čl. 212. ZPP), tako treba biti i u ustavnom postupku.

6. Smerdel, B., Sokol, S., Ustavno pravo, Zagreb, 2006.
7. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004.
8. Walter/Mayer-Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, Wien, 2007.
9. Zagrebelsky, G., Diritto processuale costituzionale?, Milano, 1990.

Summary

RELATION BETWEEN ORDINARY AND CONSTITUTIONAL JUDICIAL PROCEDURES IN CONSTITUTIONAL COMPLAINTS

This paper deals with relation between ordinary and constitutional judicial procedures in constitutional complaint. Constitutional protection against individual decisions of competent state authorities (mostly against decisions of ordinary courts) has supplementary nature. Citizens and legal entities may initiate procedure before the Constitutional Court only after exhaustion of ordinary legal remedies. Constitutional procedure is new judicial procedure, but it must take into account previous ordinary judicial procedures. It is new procedure because the Constitutional Court has the right to implement its specific procedural rules. On the other hand, this procedure is old one. From previous ordinary judicial procedure originates the constitutional dispute and its proper settlement is not possible without conversance of this previous judicial procedure.

Keywords: *Constitutional Court, constitutional procedure, constitutional complaint, ordinary courts, ordinary judicial procedure, constitutional procedural law, judges, Constitution of the Republic of Croatia, Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Croatia.*

Zusammenfassung

ZUSAMMENHANG ZWISCHEN ORDENTLICHEM UND VERFASSUNGSRECHTLICHEM VERFAHREN IN VERFASSUNGSBESCHWERDEN

Diese Arbeit befasst sich die Beziehung zwischen ordentlichen und verfassungsrechtlichen Verfahren in Verfassungsbeschwerden. Der Verfassungsschutz gegen einzelne Akte der zuständigen staatlichen Organe, vor allem gegen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte, ist subsidiär, d.h. Bürger und juristische Personen können ihre Beschwerden einreichen, nachdem sie andere rechtlichen Möglichkeiten im ordentlichen Verfahren ausgeschöpft haben. Der Verfassungsgerichtsprozess ist zwar ein neues Verfahren, kann aber nicht so neu sein, dass es sich auf die Grundlagen des ordentlichen Gerichtsverfahrens nicht bezieht.

In diesem Sinne ist der Verfassungsprozess vor dem Verfassungsgericht sowohl "neu" als auch "alt", d.h. neu soweit das Verfassungsgericht das Recht auf seine besondere und spezifische Standardbehandlung hat, und alt im Sinne, dass er sich nach denjenigen Regeln der regelmäßigen Behandlung richtet, aus

denen der Verfassungsstreit entstanden ist und ohne dessen Kenntnis ein korrekter verfassungsrechtlicher Abschluss nicht möglich wäre.

***Schlüsselwörter**: Verfassungsgericht, Verfassungsgerischtswesen, Verfassungsprozess, Verfassungsbeschwerde, ordentliche Gerichte, regelmäßiges Gerichtsverfahren, der Verfassungsprozessrecht (Verfahrensrecht), Richter der Verfassungsgerichte, Richter der ordentlichen Gerichte, Verfassung der Republik Kroatien, Verfassungsgesetz über das Verfassungsgericht der Republik Kroatien, Verfassungsgericht der Republik Kroatien.*

Riassunto

IL RAPPORTO TRA IL PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO ORDINARIO ED IL PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO COSTITUZIONALE NEI RICORSI COSTITUZIONALI

Il presente lavoro tratta del rapporto tra il procedimento giudiziario ordinario ed il procedimento giudiziario costituzionale nei ricorsi costituzionali.

La tutela costituzionale avverso gli atti degli organi competenti del potere statale (in particolare avverso le decisioni dei tribunali ordinari) ha carattere sussidiario: i cittadini e le persone giuridiche possono adire la Corte costituzionale della Repubblica di Croazia soltanto dopo avere esaurito tutti gli strumenti volti a risolvere in via ordinaria una controversia.

Il procedimento costituzionale è un procedimento nuovo, ma non può e non deve essere nuovo a tale punto da non seguire le regole del procedimento giudiziario ordinario.

In tale senso il procedimento costituzionale dinnanzi alla Corte costituzionale è sia "nuovo", che "vecchio"; nuovo in quanto la Corte costituzionale ha diritto a proprie norme procedurali determinate e specifiche; vecchio in quanto segue le regole della procedura ordinaria dalle quale è poi derivato il contenzioso costituzionale ed in difetto della conoscenza delle medesime non sarebbe possibile una regolare conclusione del procedimento costituzionale.

***Parole chiave:** Corte costituzionale, giustizia costituzionale, procedimento costituzionale, ricorso costituzionale, tribunali ordinari, procedimento giudiziario ordinario, diritto processuale costituzionale, giudici delle corti costituzionali, giudici delle corti ordinarie, Costituzione della Repubblica di Croazia, Legge costituzionale sulla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, Regolamento della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia.*

LIGHTS AND SHADOWS ON THE IMPLEMENTATION OF THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) SYSTEM IN THE ITALIAN AND CROATIAN TAX TRIAL[1]

Marco Greggi, full professor
Department of Law, University of Ferrara
Nataša Žunić Kovačević, full professor
Faculty of Law University of Rijeka

UDK: 336.22(497.5)(450)
Ur.: 13. siječnja 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Summary

This paper discusses the ADR systems in tax matters as set forth in the Italian and Croatian doctrine and legislature. The first part focuses on the Italian experiences and the second part discusses the Croatian developments. Both parts are involving the doctrines and throughout the chapters emphasizes the historical and theoretical aspects, as well as the practical implications of the doctrine of public law on the emergence and development of ADR's in the comparative surveys of Italian and Croatian current situation of tax disputes resolutions.

Keywords*: tax disputes, alternative dispute resolution mechanisms, Italian experiences, Croatian developments.*

1. UNDERSTANDING ITALIAN TAX COURTS: SPECIAL JUDGES MANAGING A SPECIAL TRIAL

The Italian Judiciary system crafted in the Post-war Constitution (1948) was inspired by ideals and principles that were obviously opposite to those which characterized the previous regime. Even now, right after some amendments that affected the relevant provisions in the Fundamental Charter, those pillars still inspire the Italian trials both in Civil and Criminal law. The judiciary is fully independent from any other constitutional power, self-governing, accountable only to itself. The law regulates the career of the judges, their economic status and their prerogatives as well[2]. On the top of this, another cornerstone idea in the Italian legal order was that any special judge has to be progressively removed and substituted by the ordinary judge, capable of deciding on every case and situation[3]. The Fascist regime made an

1 This paper has been supported in part by the Croatian Science Foundation project no. 9366 "Legal Aspects of Corporate Acquisitions and Knowledge Driven Companies' Restructuring" and in part by the University of Rijeka project no. 13.08.1.2.01 "Protection of beneficiary on the Croatian and European financial services market".

2 Constitution, Article 102.

3 Article 102, § 2 and Transitional and Final Provisions to the Constitution, Article VI.

impressive use of Special judges appointed to deal with qualified cases and under the scrutiny of the executive power. The Republican democratic experience, on the opposite, wanted the system to be built on Civil judges, Criminal Judges Administrative ones (the so-called natural judges as defined by the law[4]). All the others would have repealed or abolished progressively, and they actually had been, with one remarkable exception: Tax judges.[5]

Today, the tax litigation in front of the Court is still decided by special, part-time, judges whose jurisdiction is actually limited to taxes (both national and local)[6] an consistently with a specific law regulating the trial (see § 2).

In a number of cases, the Italian Constitutional Court has confirmed the fact that the current situation is consistent with the Fundamental Charter[7], considering the long standing tradition of the Special Tax judges and, in particular the workload they are supposed to deal with[8]. Even if in these days a number of draft bills are pending in the Parliament and are trying to change the way in which tax justice is delivered, eventually replacing the current, part-time judges, it is more than unlikely that one of them will be actually passed[9].

The reasons are that despite the current lacks, failures and alleged qualitative inefficiencies of the Tax Judiciary, a little more than 6000 part-time judges are actually taking care of all the tax litigation in Italy. If we compare the time-to-decision by the tax judges in the Country, it is possible to discover that it is more than three times quicker that the equivalent in Civil law[10]. It's well known that, as a matter of principle, Tax Trial is not covered by Article 6 European Convention on Human Rights as Civil Trial is[11], but even if it were, no serious litigation would emerge in Strasbourg due to excessive length of the tax process.

In other words, and in a quantitative perspective, Italian Tax Judiciary is capable of delivering on time while respecting the principles of impartiality, independency, and justice as they are carved in the European Convention on Human rights and in the Italian Constitution[12].

However, the wind of change that blown on the Civil Trial in recent years played a role also in the latest amendments to the tax one. This was also due to the fact that the overall situation was considered to be unsatisfactory by the Italian Revenue

4 Constitution, Article 108

5 Simone, A., Il giudice tributario, passato, presente e future, Milan: Ordine dei Dottori Commercialisti,2014, pp. 1–21.

6 Article 1, Legislative decree December 31st 1992, n. 546.

7 Very recently this position has been maintained with the decision ten on October 20th 2016, n. 227

8 Greggi, M., Una riforma pericolosa per la giustizia tributaria, 2015, rretrieved: January 7, 2017, from http://www.lavoce.info/archives/42084/una-riforma-pericolosa-per-la-giustizia-tributaria/

9 See § 3 below.

10 See the data retrieved in the article cited at footnote 8.

11 Greggi, M., The protection of Human Rights and the Right to a Fair Tax Trial in the Light of the Jussila case, Intertax, 2007.

12 Article 111.

Service (the Tax Agency, or Tax Office[13]) that was (and somehow still is) concerned by the excessive amount of cases decided in front of the Tax Courts.

It's not relevant, so far, to assess how influent the foreign experiences have been in terms of ADR implementation in Civil Trial, but it's important to remember that starting from 2010[14] ADR has been made available to Civil Trial too, and on some circumstances it has been made compulsory before the decision of the case.

ADR is actually a very comprehensive concept that hardly fits in the Italian Trial experience. It actually might cover a number of institutes, ways and means to settle disputes without the ordinary access to Civil litigation (Legal actions, Summons, etc.). Broadly understood, arbitration procedure might as well fall into one of the ADR schemes.

For the purposes of this paper and in the Italian perspective, ADR is to be intended in a narrow way, basically as the instrument introduced by the Act passed on 2010[15] empowering the plaintiff-to-be to summon his counterpart in front of a Special body authorized by the law to deliver this qualified service, in the attempt to solve the dispute according to a simplified process. This option is made compulsory in some situations decided by the law, while in others is still elective[16], and if no settlement is reached at this point, nonetheless the Judges will consider the behaviour of the parties during this phase, the documents delivered and the positions taken.

It's all in all a way to gently persuade parties to settle the dispute without accessing an engulfed Civil litigation.

The (discussed) success of this instrument persuaded the legislator to extend it also to Tax Trial, in the attempt to furtherly reduce the number of cases filed every year in front of the Tax Court, but the very different nature of tax litigation, including the identity of the counterpart (Tax office) made some changes compulsory. In order to understand better the implementation of the ADR system in tax law it is necessary to outline briefly the way in which justice is delivered in tax Trial and the essentials on (Italian) tax Litigation.

1.1. Understanding the Italian Tax Trial: its Nature, Rules, the Role of the Parties

The Italian Tax Trial is hybrid in its very nature[17] and its complexity stems out

13 The reference is made to the Italian "Agenzia delle Entrate" that can be translated in various ways, including Tax Agency, Tax Office, Revenue Service. For the scope of this paper, the three definitions have to be considered equivalent.

14 This change has been made consistently with the provisions set forth by Directive 2008/52/CE, art. 1, §1.

15 Legislative decree n. 28 approved on March 4th 2010, article 5, § 1 *bis*. The impact of this provision on the Italian Civil Procedure has been clarified in the decision by the Italia Supreme Court n° 24629 issued on October 7th 2015.

16 The EU directives on consumers protection make this possibility elective, depending on the choice by the latter (see directive 2013/11/EU)

17 For further details covering the various theories on the topic see Tesauro, F., Manuale del processo tributario (2nd ed.), Turin, Giappichelli, 2014.

of the difficulty to understand completely the tax as obligation under law and from the theory of taxation as is has been developed in the last decades by the mainstream literature.[18]

Italian academics took in the past different positions[19] on what had to be considered the source of the duty to pay taxes: the law itself or the order issued by the Public authority (that is, the reassessment decision by the Revenue service) addressing the taxpayer. The supporters of the first position argued that the law is clear in this respect and according to the text of the Constitution the duty to pay taxes is imposed on the taxpayers by the law and under the law (articles 3 and 53 of the Constitution). The supporters of the second theory observed on the other side that the literal provisions of the law were to be intended as addressing the Public authority, empowering the latter to ask for the payment of taxes. Such a request is sound and can be actually pursued only if it is entirely consistent with the law.

This theoretical distinction, that does not attract the attention of the modern literature any more, played a significant role in shaping the nature of the Trial in taxation and of the power of the judge in deciding cases. If the second position is considered to be prevalent, then the judicial control on the reassessment and audit activity would be considered as a judicial review as it is currently intended, for instance, in Common law countries. The Judge in this case would be called either to validate the decision taken by the Tax office or alternatively to consider it null and deprived on any affect due to a violation of the law or lack of fundamental, formal, requisites of the decision taken by the Tax office.

On the other side, if the first position is taken, the judge would also have the power to change the findings of the reassessment decision, virtually amending any part of it as far as it is consistent with the law applicable. The judiciary would assess the duty to pay the tax, calculating the exact amount of it, virtually overriding the tax return by the taxpayer and the tax reassessment by the Office.

Despite the different positions in literature, and the sophisticated arguments used to support both of the position, Tax Courts these days are currently acting consistently with the second of the positions summarized above. They claim they have the power to change, edit, amend the decision of reassessment issued by the Office as it is challenged by the taxpayer, and within the limits according to which it has been brought to the attention of the Court. In other words, if the taxpayer challenges the reassessment on three points of law, the Court can't consider the audit as null and deprived of any effect on a fourth ground that has not been brought to the attention of the judges by the plaintiff before.

The Constitutional duty to pay taxes played also an important role in shaping tax trial and in limiting for years the actual implementation of any ADR mechanism in the Country. In the past, mainstream literature always considered the duty to pay taxes in the amount prescribed by the law (or imposed by the decision of the authority if the first of the two theoretical positions is taken) as non-disposable and non-negotiable by the Tax Office.

18 Fregni, M. C., Obbligazione tributaria e Codice civile, Turin, Giappichelli, 1998.

19 Selicato, P., L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo, Milan, Giuffrè, 2014.

Literally, tax administration has no power to negotiate with the taxpayer the amount of the tax to be paid if some discrepancies had emerged between the amount reported by the latter and the amount due, upon a preliminary investigation by the Office. Academic doctrine argues that there's a complete lack of discretionality by the Tax administration in the enforcement of taxes.[20]

Obviously if this restrictive position is taken, there would be no leeway in the system for any ADR mechanism, inspired as it commonly is by justice, reasonability, and equity too.

This restrictive position was considered unsatisfactory by the Revenue service as well, since all the controversies had to be remitted to the judiciary to be solved, including those that would have been very simple to settle with the rule of reason and in a way of an informal negotiation (consistent with the public interest). Tax judiciary was at that time jammed by a number of cases were a solution would have been possible even outside the halls of justice if this option would have been made legally feasible.

In 1997 the Italian Tax legislator implemented the first remarkable change in the legal system legally allowing the tax Office to negotiate the amount of the tax due with the taxpayer in doubtful situations, particularly in those were the Courts and the literature have no unanimous positions and where the result of a tax litigation would be unpredictable[21]. In practice this would be the case concerning the possibility for a business to deduct some advertisement expenses considered to be excessive, disproportionate and unreasonable (thus irrelevant for tax purposes), by the tax Office. In a situation like this, the Office is more than willing to admit the possibility to deduct advertisement costs only *in parte qua*, to be determined after a kind of negotiation (plea bargaining, in a way) with the taxpayer.

That decision would not open the floor to ADR, but was crucial in piercing the *Mayan veil* that surrounded the duty to pay tax for decades: the tax as a legal obligation and the non-negotiability of this duty. Once the legislator opened the floor to this possibility, the actual implementation of a modern ADR system would be only a matter of time.

1.2. ADR inside and outside the Trial: Dispute Settlement made easy

The current Italian tax system is characterized by a significant number of provisions empowering the Tax office to make deals on the tax actually due and, more than that, on the fines to be applicable for the alleged violation of the law, and possibly tax evasion. This is made possible despite the strong and well established theoretical foundations concerning the non-negotiability of the tax obligation, as it has been mentioned above.

Amongst the various legal instruments, the Consensual audit (in Italian *accertamento con adesione*) is perhaps the most important one considering its effects, the advantages granted and the capacity to settle a number of potential legal cases

20 De Mita, E., Interesse fiscale e tutela del contribuente, Milan, Giuffrè, 2006.

21 Legislative decree n. 218 passed on June 19th 1997.

before going to court[22]. It has been so far the most successful legal instruments aimed at reducing the activity of the Court even if it can't be considered as an ADR mechanism *stricto sensu* understood.

The Italian *Consensual Audit* allows the Tax office to negotiate with the taxpayer the amount of payment actually due in the framework of an adversarial procedure, which is loosely regulated by the law.

It can be applicable to income taxes, VAT and on other qualified indirect taxes, such as inheritance and registration ones, etc. In all these occasion the taxpayer may ask for a Consensual audit as soon as preliminary investigations are initiated till as late as the final reassessment decision is communicated to him. There is actual contrast between the final decision by the Office and the possibility (still made available) to negotiate on it. In that case the taxpayer would actually have two options made available to him: (1) File an appeal to the tax judge challenging the final reassessment under points of law fact or either; (2) formally try submit to the Tax office a request for a negotiation. On its side, Tax office may decline it (with a motivated decision) or proceed negotiating.

Irrespectively of the final outcome of the decision, its submission has one very important effect: it delays by 90 days the deadline for submitting an appeal to the Tax Court against the reassessment (or the audit) communicated. In According to domestic law, once a reassessment decision is notified, taxpayers have 60 days to challenge it if front of the Tax Court. If a formal request for negotiation is submitted, the deadline practically climbs up to 150 days.

The negotiation is not fully regulated by the law, neither in terms of number of meetings or formalities attached to them, nor in terms of possible amount of the tax that might be forfeited by the Tax office in the discussion with the taxpayer. Considering the formalistic nature of the Italian legal system, and the over-cautious approach of the legislator in many fields, is it quite surprisingly to note in this respect that the Tax office has got an impressive, discretionary power in determining how much of the tax requested can be waived. Local offices of the Revenue Service in this respect are assisted by internal regulations and strict Code of conduct in order to prevent unreasonable discriminatory approaches and decision on case-by-case basis, that in the past gave rise to cases of possible malpractices too.

Once the agreement is reached on the tax and therefore on the fines due for the violation, the final decision is signed by both the parties (taxpayer and manager of the local Tax office) and becomes binding on both under law. The advantages for the taxpayer are considerable: fines are reduced to 1/3 of the minimum, criminal sanctions (if applicable) are cut by 50% (so any imprisonment for the most serious cases of tax fraud is drastically reduced) and eventually any accessory fines (revocation of business license, for instance) are removed.

Just like any other reassessment, even the one issued with the consensus of the taxpayer needs to be motivated and the Tax Office has to justify the reason why it decided to make a deal according to the conditions of the case. This clause is crucial in terms of possible internal audit by the Tax Office.

22 See footnote 20 above.

Complex as it is, the Consensual audit should not be considered as an ADR mechanism, in the narrow sense of the concept, for a number of reasons. Even if the adversarial procedure is imposed during the negotiation, including the duty on the office to answer accurately to the objections raised by the taxpayer, it is clear that the whole legal mechanism is managed and operated by the very same office (and in most of the occasions by the very same individuals) who drafted the reassessment (or carried on the audit or the inspection).

Impartiality and neutrality are therefore absolutely missing throughout the process and during the negotiation. On one side the taxpayer negotiates to enjoy a reduction of the tax and of the fines, while on the other side the Tax office negotiates basically to get the money quicker, prevent the need to defend its position in the Court and eventually to speed up the collection process of the tax. There are therefore good reasons on both sides to reach a deal, and that helps in understanding the success of the formula, even if at the same time some criticism arose trough years, and very recently.

Most of the criticism relies on the extreme discretionality of the office in reaching arrangements, and the complete lack of publicity to them. Accessing a negotiated audit is still today a random walk for most of the taxpayer engaged. On the other side many observed the disproportionality between the tax (allegedly) evaded together with the fines (unreasonably high) imposed and the possibility to end up the inspection, enjoying the remarkable discount offered by the law.

In other words, it might happen that the tax office would aim high both in terms of tax allegedly evaded and of fines (potentially) applicable just to begin the negotiation on higher ground.

In order to solve this situation and considering the (increasing) success of the ADR system in Civil law litigation, the legislator intervened in 2011 and 2015[23] on the reassessment procedure in order to inoculate in the mechanisms those aspects of impartiality and neutrality that actually were missing during the negotiation describe above.

Yet it had to strike a balance between this needs and the jealousy of the Revenue service in managing an alternative to tax trial in defining a tax controversy.

1.3. ADR within the Trial: introducing Mediation (Technical Aspect of the 2011 – 2015 Reforms)

In order to address the flaws and inefficiencies of the Consensual audit, the Italian legislator, for the first time in recent history, enacted an ADR mechanism[24] in taxation in 2011 that was progressively extended to a wider number of cases in 2015.

For all the controversies whose valour does not exceed € 20.000 the appeal to

23 Decree – law July 6th 2011, n. 98, Article 39, § 9 that introduced the new art.17 *bis* to the Legislative decree December 31st 1992, n. 546 (this latter decree is to be considered the Code of the Tax Trial, in a way). Legislative decree September 24th 2015, n. 156 that amended article 17 *bis*, extending the number of cases falling into the Mediation procedure.

24 Or a *quasi*-ADR mechanism, for the reasons expressed below.

the tax Court is considered, under law a petition opening a separate session outside the control of the judiciary: the Mediation. This session is in a way between the procedure and the process, and its aim is to try and bring the parties to an agreement which was not possible to achieve earlier. Its complexity derives from the fact that the formal appeal to the Court by the taxpayer has a sort of dual capacity under law: it has the effect of an appeal and (before than that) of a mediation attempt.

This is a crucial aspect not to be underestimated also under a practical perspective, since Italian Tax lawyers have to draft legal papers in a way to make them consistent with both the formal conditions. More precisely, they should write down on paper and in advance the amount their client would be ready to pay – if this condition occurs – to settle the case before proceeding to the Court.

In this way, the Italian system implemented a solution that is at the borderline between an attempt to review the reassessment (the audit), and offer a possibility for mediation even before the litigation in the Court actually begins.[25]

The most delicate aspect of the Mediation / ADR system is the one concerning the legal entity empowered to proceed consistently with the proposal by the taxpayer and review the reassessment issued by the Tax office. The legislator decided to grant this power to the very same Tax Administration: more precisely to an "*ad hoc*" bureau inside of it.

It turns out that while tax reassessments are issued by the Tax office, *Inspections Bureau*, the Mediation and the attempt to solve the potential dispute is given to the Tax Office, *Mediation Bureau*: the same structure, the same legal entity, although different people.

On one side, this can be considered a remarkable improvement if compared to the situation recorded in the past, where negotiation has to be carried on with the very persons who drafted the reassessment and were less than incline to accept a mediation (considering that this would be considered as an implicit admission that some errors were made during inspection). On the other side, there's no need to stress the absolute lack of impartiality on the body empowered to resolve the dispute.

No authors in the past advocated the necessity to appoint third, neutral bodies for this kind of activity like it usually happens in Civil law allowing the Tax Office to keep a kind of monopoly on the tax procedures, compliances and, very recently, collection of taxes too.

The theoretical reason for this conclusion, and for the choice by the Italian legislator to allow the Tax office to rule and take control of the ADR too, is arguably to be found on substantive aspects of the tax obligation. It was stressed in § 1 that the Italian tax system is still remarkably inspired by a theory that dates back to the first years of the latest century, and has been developed right after the implementation of the constitution.

Tax Law is considered part of Public law: thus regulated by principles and provisions of the latter. The Public nature of the discipline covers both substantive

25 This latter statement is not entirely accurate, since the litigation is formally considered as 'pending' when the mediation proposal is delivered, even if in that moment it can't be processed by the Court and is, in a way, frozen.

and procedural aspects of it, limiting the possibility to apply Private law to the tax obligation and preventing private bodies to play a central role in the compliance activities. The only remarkable exception in this sense till 2016 was *Equitalia spa*, a private company empowered to collect taxes: but is was controlled by the Tax office anyway.

Even if in a legal perspective it is possible to attribute public functions to private entities[26], the decision taken in the Country, due to the very specific, delicate and cornerstone position of tax reassessment, was to attribute it to Agencies, just like the Italian Revenue Service, that can be considered as an equivalent of the Commissioner in Common law countries. The Agency (Tax office) is not part of the Ministry of Finance, although is under the control of the latter, and acts consistently with a contract signed with the government, with a proper budget and adequate resources.

There is therefore no leeway for the activity of other independent bodes in tax dispute resolution, since the Agency acts as a sort of "impartial part" of the procedure and of the litigation.

1.4. Assessing the Effects of the Reform and the Constitutionality Test

The brief analysis carried on at § 1.3. above, draws the attention to qualified aspects of the Italian ADR system. First of all, '*Alternative Dispute Resolution*' is not used in taxation and arguably won't be in the next future: the term preferred is '*Mediation*'. The nature of the obligation involved (a tax) its public nature and the over-cautious approach that the Italian administration has while dealing with it.

On the other side, it could be theoretically argued, that the two definitions do not overlap, and there are remarkable differences between them starting from the way in which they interact with the trial. The ADR system is inspired to offer a complete alternative to the trial in the traditional sense of the world, and is aimed at delivering a comprehensive and impartial analysis of the situation. The whole process is operated by a third, neutral body. Equity may be used, but the law plays an important role.

Mediation is a similar process in the aim pursued (making ordinary access to justice unnecessary), yet with a different approach. The goal in this case is to strike a balance between the position manifested by the parties, in the attempt to focus their attention on trigger point that satisfies both of them.

Equity is used, a *bona fides* approach takes the lead and priority is to settle the various positions. Apparently, ADR would fit better in taxation law rather than Mediation, but this is not the Italian situation.

In a way, the Italian *Mediation* is much closer to ADR than other Mediations (in the classical sense of the word) are, since the whole phase is managed in the respect of the law (and equity should not be considered, at least, as a driving factor in taking the decision). There's however a subtle connection between Mediation and Trial that it is not possible to record elsewhere. According to the law, ADR / Mediation is made compulsory for qualified cases and the appeal to Mediation is the very same appeal that introduces the trial. In a purely legal perspective, the paper lodged by the

26 Napolitano, G., Pubblico e provato nel diritto amministrativo, Milan, Giuffrè, 2003.

taxpayer's advocate has a sort of dual capacity.

The point that make mediation different from ADR as applied elsewhere in Europe is the nature of the legal entity managing it. It is true, on one side, that the Tax Office incorporated special (*ad hoc*) offices to receive the mediation request and to re-consider audit. But even if internal regulations are quite strict on this respect in granting absolute independency of the *Mediation Bureau* within the Tax office from the influence of the audit and investigation ones, it is evident the absolute lack of impartiality and neutrality. In this respect, data made available are discordant. The Italian Tax Office emphasises the success of Mediation and encourages the legislator to furtherly extend it, while the Barrister association and the Guild of accountants hold a different position.[27]

2. AN OVERVIEW OF CROATIAN TAX LITIGATION SYSTEM WITH HISTORICAL PERSPECTIVE

Tax disputes were governed in Croatian law as the 1-tier judicial review of tax decisions until the time it was in force the Administrative Disputes Act as from 1991.[28] It is interesting to mention that this was the Act of taking over the Administrative Disputes Act, meaning that 1991 Act takes over the Administrative Disputes Act of former Yugoslavia[29] as the republican law. This Act has not been changed for several decades and to this 1990-days was considered in many issues as enough or quite good legislative framework. The act that changed it was the new Administrative Disputes Act, form 2010 year,[30] in force as of January 1st, 2012 and significantly changed the former concept of the administrative judiciary. Instead of the single Administrative Court of the Republic of Croatia, the Act has introduced four administrative courts, in Zagreb, Split, Rijeka and Osijek and the High Administrative Court seated in Zagreb.

Administrative disputes are in principle adjudicated in two instances, the High Administrative Court decides on appeals against decisions of the administrative courts. Procedural rules prescribe the obligation of the administrative courts to conduct an oral hearing in the first instance. [31] Such procedural solution allows the court to independently determine the facts and the parties' right to appeal against decisions of the administrative courts should assure higher legal certainty and better protection.

There are opinions that former model of administrative disputes resulted in long lasting procedures and great number of unsolved cases, so the aim of administrative judiciary reform in 2010 were in higher legal certainty, better protection and improved quality with speed of adjudications and some kind of harmonizing with the EU legal

27 Siciliotti, C., Per una vera mediazione serve terzietà, 2010, retrieved: January 7, 2017 at: http://www.cndcec.it/Portal/News/NewsDetail.aspx?id=1e002899-1a06-4ebf-b74f-ff4f99f25bc6.

28 Published in the Official Gazette of the Republic of Croatia ("Narodne novine") No. 53/91, corrections OG 9/92. i 77/92).

29 Official Gazette of SFRY, no. 4/77

30 Published in the official gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine" No.20/10 (OG 20/10)

31 Exceptional cases are defined by law.

standards.

An historical overview gives us a base to conclude that almost the only purpose of tax dispute before the court - administrative dispute purpose was the control of the tax act legality, still remain unchanged. It is to say, that the assessment of the tax act's legality is still the dominant way of resolving tax disputes while still lacking addressing the rights and obligations.

Such an approach, dominant in tax matter from the beginning of the reform of the Croatian administrative judiciary, remains unchanged to the present day.

Academic literature properly claim that resolving tax disputes and cases through mere review of the legality of the tax act means not only a longer and more difficult road to a lawful decision, but at the same time creates the possibility that the Administrative Court decides on the same subject and case several times. There is no doubt that such an approach and solution makes administrative courts less effective, and overburdened with tax cases, since the tax administration leaves to the courts a resolving of complex cases.[32]

Despite the fact that an administrative dispute court settlement in tax matters for a long time was reduced to a dispute about the legality of an administrative tax act, recent times records that tax cases are sometimes before administrative courts handled as full jurisdiction disputes, in which the court decides on the facts that court has found and determined. This is especially important finding considering that an administrative dispute as full jurisdiction dispute is in accordance with the guaranteed judicial protection of the taxpayer's rights. The administrative courts facilitating and achieving the effective legal protection of citizens in matters of taxation are the aim that provoke as necessary thoughts on the development of a new and additional instruments or mechanisms of tax disputes resolutions.

Indeed, it is obvious that the development of society creates new and changes the existing rules and regulations, leads to the development of new branches of law, and consequently uses a new "models of justice". As a consequence, today administrative dispute involves a large number of legal areas. Such a large number and variety of legal areas and issues that derive from them led to further specialization and development of special administrative courts, such as the financial courts, tax courts, labour courts, etc. At the same time, this development is present and represents a constituent part or component of an "European process" characterized by the movement towards a common European model of administrative justice. In this sense, it is possible to conclude on the inevitability of further development and the organization of special administrative courts and even extra-judicial mechanisms for the resolution of administrative, including tax disputes.

The last few years amendments of Croatian tax procedural code, General Tax Act (hereinafter: GTA)[33] provide some new aspects of contracting and agreements

32 See, more, Pičuljan, Z., Britvić-Vetma, B., Primjena i evolucija upavnog spora pune jurisdikcije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010, p. 59.

33 Opći porezni zakon [General Tax Act: GTA], Official Gazette Nos. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15 and 44/16. New GTA, in force form January 2017, published in Official Gazette No..115/16. did not bring amendments in this field. The paper was written before amendments.

between tax payers and tax authorities, still under the tax procedure, where while preserving the legality, reduce the need for administrative court dispute resolution and taxpayer's protection.

It is known that the Council of Europe Recommendation[34] of 2001 proposes a number of different instruments, such as conciliation, mediation, arbitration and communication, with the aim of facilitating the administrative judiciary.[35] The current dysfunction in the relationship between tax authorities and taxpayers might be an additional reason for proposing a different model of resolving tax disputes.[36]

Subsequent fragment of the paper presents short overview of present procedural instruments and mechanisms of Croatian tax procedural rules with the same aim – facilitating the administrative judiciary and reducing the tax disputes. In other words, following chapter brings short overview of preventing mechanism.

2.1. Selected tax procedural instruments and reducing tax disputes: ruling system, tax audit's final interview, tax settlement, horizontal monitoring, taxpayer's special status agreement

The literature[37] distinguishes between pre-filing measures to avoid disputes and avoiding conflicts during audits. Avoiding disputes before filing a tax return relates to interpretation of tax laws. Such a mechanism is rulings system. Croatian tax law has adopted institute of advance tax rulings through the GTA amendments in 2015, after a previous failed attempt in 2009. Advance tax rulings are important element of modern tax systems that aims are the protection of taxpayers' rights and achieving the predictability of tax authorities' actions with avoiding or reducing tax litigations.[38] The Croatian GTA[39] sets out that rulings may be requested for determining taxable supplies for dividing input VAT purposes, tax treatments of investment projects of value over EUR 2.66 million, determining corporate tax base in mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares, implementation of tax treaties and tax treatment of business activities which for their features cannot be comparable or usual with business activities performed in Croatia.[40] The cost of ruling depends on the taxpayers' earnings. Rulings are binding on tax administration. Ever since Croatian tax system has just recently introduced advance tax rulings it is not possible to determine any practice or effectiveness.

34 Rec(2001), from September 5, 2001.

35 Koprić, I., Europski standardi i modernizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Zagreb: Institut za javnu upravu, 2014, p. 12-34.

36 An illustrative example: the taxpayers debt in 2014 was 51 billion HRK or 14.95 GDP. See, in Rogić Lugarić, Tereza and Čičin-Šain, Nevia, Alternativno rješavanje sporova u poreznom pravu: utopija ili rješenje? Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 64(3), 2014, p. 348.

37 See, Thuronyi, Victor and Espejo, Isabel, How can an Excessive Volume of Tax Disputes Be Dealt With? Tax Law Note, IMF, 2013, p. 6.

38 del Campo, Carolina, Dispute resolution procedures in international tax matters. Cahiers de Droit Fiscal, 101a., 2016, p. 33.

39 GTA, Article 9a (new GTA, Art. 10).

40 Cipek, K. and Houška, M. Obvezujuća mišljenja – novost u praksi Porezne uprave, Porezni vjesnik, 9, 2016, p. 48-55.

The final interview as part of audit procedure is regulated by Art. 111 GTA also might be a kind of mechanism that serve to the same goal: avoidance or reduce disputes in very early stage, with the goal of informing the taxpayer with the result of audit procedure prior to the issuance of minutes and to discuss all disputable facts, legal assessments, conclusions and their effects on the assessment of tax liability and make a note for the file thereof. Tax administration on that occasion should provide the taxpayer with the opportunity to learn from tax inspector about the evaluation of business records. Also should be provided with the possibility to present his standpoint and through the dialog and discussion clear any vagueness.[41] However, in practice[42] this instrument merely allows the taxpayer to express his views to the tax inspector, without providing a mechanism to resolve any disagreement arising from the final interview. Taxpayers complain about the lack of coherent approach in proceedings by tax officials and interpretation of the laws so such treatment leads to mistrust in tax administration. The final interview should not be purely formal but efficient and economic model of communication.[43] Both parties of the final interview should contribute to determining facts and the progress will be made if both parties agree on matters they previously disagreed on and any disputes which may arise in the future is avoided.

Tax administration and taxpayers may agree on tax settlement for newly determined obligations during audit. Tax settlement relates to amount of tax due in procedures where tax was estimated, deadline for payment of taxes, reduction of interests and waiver from processing tax offence. In order to reduce uncertainties which may occur during an audit, this instrument was introduced to help parties reach an agreement about the tax liabilities. The taxpayer accepts the tax liability and waives the right to use legal remedies while the tax administration allows the reduction of the amount of tax due and more successfully collects the taxes due. As well, the duration of tax procedure is reduced, taxpayers are encouraged to voluntarily comply to the tax obligations and hence reduce any dispute that may occur.

The precondition for a tax settlement is to accept newly determined tax liabilities by the taxpayer and his renunciation from using remedies. The tax settlement must be in the written form and may not be against the regulations, the public order or the rights of a third party. It may also not be used if the case has elements of a criminal act.[44]

The horizontal monitoring is seen as a new form of tax audit and control based on the mutual trust between tax administration and taxpayers but horizontal monitoring or horizontal supervision as system of quality control, based on mutual trust, understanding and transparency of taxpayers and tax authorities in dealing with tax risks has preventive function and might reduce tax disputes.[45] Croatian tax

41 Vukšić, Z., Zaključni razgovor u poreznim nadzoru, 22 Porezni vjesnik 2,2013, p. 91-102.

42 T. Rogić Lugarić, N. Čičin-Šain, Alternativno rješavanje sporova u poreznom pravu: utopija ili rješenje?, 64 Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 3, 2014.

43 Vukšić, p. 101.

44 See, GTA.

45 Vukšić, Zdravko, Provedba horizontalnog praćenja u velikih poreznih obveznika, Porezni vjesnik, no. 5, 2012, p. 84.

administration just began with the application of this institute so experiences are still not known.

The 2016 Ordinance on the methods of granting and the abolition of the special status of the taxpayer for the purpose of promoting voluntary compliance (hereinafter: Ordinance), sets out the legal framework for conclusion of the Agreement on the voluntary fulfillment of tax obligations and granting the special status for taxpayers. The number of these special agreements between tax administration and the taxpayer is restricted on 30 per year. As it is a new institute in Croatian tax law it is not possible to conclude on the efficiency of such instrument in the reducing the number of tax disputes.[46]

2.2. Background of the appearance of ADR's in tax matters

Changing the taxation paradigms is seen as the consequence of trend in modern societies that goes from a concept that taxation is based on the power, which is given to the authorities and based on principles and legal rules to a new, more intensive, stronger but enhanced relationship whose foundations are not in power or force but in the correct or fair-play approach. Such a new approach stems from a kind of voluntarism and voluntary compliance of taxpayers.[47]

The fundamental approach that is experiencing change is based on the concept of public law in which the relationship between taxpayers and tax authorities is based on the realization of a power to tax. This concept is mostly derived from the German 19th century public legal doctrines, according to which it is a relationship in which is realized the power to tax. Hence the understanding that the tax payment is a tax obligation created and originated by the public authorities. This power to tax is legalized and is grounded in law, so the principle of legality as a rule is of the fundamental importance according to which there is no taxation without representation. In other words, the realization and implementation of such power and right of the state to impose taxes, provides tax administrations with such administrative powers as part of public authority's power of taxation. This supremacy of public and tax authorities is through tax procedural rules specifically emphasized. The other, the private legal concept influences that relationship indeed, changing the nature of that relationship and balances it, so the participants of this relationship are becoming closer to the relationship of creditors and debtors. However, unlike private-debt relationship in which the creditor can give up its claims, in the tax law relationship as public law relationship, the principle of legality and equality does not give the right to public/ tax authority to withdraw from its requirements but on the contrary, it has a duty to insist

46 Žunić Kovačević,N., Gadžo, S., Klemenčić, I., Flexible Multi-Tier Dispute Resolution, Working paper /under publication process, IBFD.

47 Similar, see: Soler Roch, M., *Tax administration vs. Taxpayer. A new deal?*, available at: : http://www.eatlp.org/uploads/public/Reports%20Rotterdam/Moessner%20lecture.pdf., (1.5.2012.)., see also, Part I. The Concept of Tax in EU Member States Draft 06 05 2005 − General Introduction and Comparative Analysis, available at : http://www.eatlp.org/uploads/public/part_I_concept_of_tax_in_eu_member_states_05_05_09.pdf (20.12.2016.)

on its request to the debtor - taxpayer to pay a tax.[48]

A comparative point of view shows that the tax systems of European countries in the last decade experienced key changes. The relationship between taxpayers and tax authorities is more and more based on the concept of fair play, mutual cooperation and even emphasized voluntarism. The OECD's 2012[49] study brings the so-called models of stronger cooperation and enhanced relationship models that should result in the new relationship of the taxpayer and the tax authorities based and maintained on mutual trust.

The complexity of the Croatian tax system and its frequent changes has become common reason for increasing incidence of tax litigations before administrative courts. In the same time legal security of tax payers is seriously compromised with frequent interferences in tax laws that have become almost a practice. Serious interventions into the rights of taxpayers should be done with consultations, not only with experts but also with taxpayers and other stakeholders who have an interest to be involved and should precede to the legislative interventions into the fundamental rights of taxpayers. Incidence of tax disputes before administrative courts is a clear indicator of the inevitable considerations on the issue of alternative forms of resolving tax disputes.[50]

3. CONCLUDING REMARKS: TOWARDS A MORE EFFICIENT (AND IMPARTIAL) ADR MECHANISM IN ITALY AND CROATIAN PERSPECTIVE

The Italian Mediation procedure can hardly fit in the traditional concept of ADR. According to the mainstream literature, the Alternative dispute resolution systems may be vary, but have a common background: the impartiality of the entity managing the conflict.

The Italian solution is completely lacking of this feature, and this absence makes the whole mechanism both inefficient and inadequate to match the constitutional standard required by our fundamental charter that are compulsory in the Court, but nonetheless should inspire procedure as well (right to a fair procedure).

There are, at the moment, some draft bills proposals pending at the Italian parliament and finalized at changing article 17 *bis* mentioned above, introducing truly impartial bodies. One of these proposal has been actually submitted by the Government[51] but the current complex political situation in the country makes it impossible to have forecasts, even in the short run.

48 Lončarić – Horvat, O., Zastara u poreznom pravu, Pravo i porezi, br. 6/2003.,p.4., See, also, Žunić Kovačević, Nataša, "Europeizacija" hrvatskog poreznog postupovnog prava - o dosadašnjim ne/uspjesima kroz prizmu zadanih i imperativnih promjena, Godišnjak Akdemije pravnih znanosti Hrvatske, vol V, No..1., 2014., p. 78-91.

49 OECD Tax Intermediaries Study - Working Paper, No.6 – The Enhanced Relationship, available at: http://www.oecd.org/tax/administration/39003880.pdf (12/12/2016).

50 Žunić Kovačević, Nataša, Upravnosudska kontrola u poreznim stvarima, Hrestmatija Upravno sudovanje, Nacionalni i usporedni aspekti, Split/Paris, 2016, p. 381-400.

51 See the draft text available and released on October 19th 2016.

The changes in the paradigm of taxation makes it clear that the state is responsible for creating mechanisms for the dialogue as preventing or reducing tax disputes and litigations instrument. As expected, a certain number of tax disputes is inevitable. But, it is of the great importance to mention the right to the effective judicial protection in tax matters as a guarantee is one of the grounds of the rule of law.

As Croatian legislator still do not offer solution for new mechanism of tax dispute settlements, considering an increasing number of such disputes, it is useful to follow foreign experiences. It seems pragmatically to propose a mandatory mechanism, following the Italian practices. Such, a piece of legislation would significantly increase the achievement of legal security and the efficiency of tax law. For the meantime, there is a still room for additionally build up a new, preventing measures and to improve the same, above described prevailing preventing measures.

BIBLIOGRAPHY

Cipek, K. and Houška, M. Obvezujuća mišljenja – novost u praksi Porezne uprave, Porezni vjesnik, 9, 2016.
De Mita, E., Interesse fiscale e tutela del contribuente. Milan: Giuffrè, 2006.
Decree – law July 6th 2011, n. 98
del Campo, Carolina, Dispute resolution procedures in international tax matters. Cahiers de Droit Fiscal, 101a., 2016.
Directive 2013/11/EU
Fregni, M. C., Obbligazione tributaria e Codice civile. Turin: Giappichelli, 1998.
Greggi, M., The protection of Human Rights and the Right to a Fair Tax Trial in the Light of the Jussila case, Intertax, 2007.
Greggi, M., Una riforma pericolosa per la giustizia tributaria | M. Greggi., retrieved January 7, 2017, from http://www.lavoce.info/archives/42084/una-riforma-pericolosa-per-la-giustizia-tributaria/.
Koprić, I., Europski standardi i modernizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Zagreb : Institut za javnu upravu, 2014.
Legislative decree December 31st 1992, n. 546
Legislative decree December 31st 1992, n. 546.
Legislative decree n. 218 passed on June 19th 1997.
Legislative decree September 24th 2015, n. 156.
Lončarić – Horvat, O., Zastara u poreznom pravu, Pravo i porezi, br. 6/2003.
Napolitano, G., Pubblico e provato nel diritto amministrativo. Milan: Giuffrè, 2003.
OECD Tax Intermediaries Study - Working Paper 6 – The Enhanced Relationship, according to: http://www.oecd.org/tax/administration/39003880.pdf (25/04/2012/).
Official gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine" No.20/10.
Official Gazette of the Republic of Croatia ("Narodne novine") No. 53/91, corrections OG 9/92. i 77/92.
Official Gazette of SFRY, no. 4/77.
Opći porezni zakon [General Tax Act], Official Gazette Nos. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15 and 44/16.
Part I. The Concept of Tax in EU Member States Draft 06 05 2005 − General Introduction and Comparative Analysis, available at : http://www.eatlp.org/uploads/public/part_I_concept_of_tax_in_eu_member_states_05_05_09.pdf (20.12.2016.)
Pičuljan, Z., Britvić-Vetma,B., Primjena i evolucija upavnog spora pune jurisdikcije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010.
Rogić Lugarić, Tereza and Čičin-Šain, Nevia, Alternativno rješavanje sporova u poreznom pravu:

utopija ili rješenje? Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 64(3), 2014, p. 348.
Selicato, P., L'attuazione del tributo nel procedimento amministrativo. Milan: Giuffrè, 2001.
Siciliotti, C., Per una vera mediazione serve terzietà, 2010., retrieved January 7, 2017, from http://www.cndcec.it/Portal/News/NewsDetail.aspx?id=1e002899-1a06-4ebf-b74f-ff4f99f25bc6.
Simone, A., Il giudice tributario, passato, presente e futuro, Milan: Ordine dei Dottori Commercialisti, 2014.
Soler Roch, M., *Tax administration vs. Taxpayer. A new deal?*, dostupno na: http://www.eatlp.org/uploads/public/Reports%20Rotterdam/Moessner%20lecture.pdf., (1.5.2012.).
Tesauro, F., Manuale del processo tributario (2nd ed.). Turin: Giappichelli, 2014.
Thuronyi, Victor and Espejo, Isabel, How can an Excessive Volume of Tax Disputes Be Dealt With? Tax Law Note, IMF, 2013.
Vukšić, Z., Zaključni razgovor u poreznim nadzoru, 22 Porezni vjesnik 2,2013.
Vukšić, Z., Provedba horizontalnog praćenja u velikih poreznih obveznika, Porezni vjesnik, no. 5, 2012.
Žunić Kovačević, N., Upravnosudska kontrola u poreznim stvarima, Hrestmatija Upravno sudovanje, Nacionalni i usporedni aspekti, Split/Paris, 2016.
Žunić Kovačević, N., "Europeizacija" hrvatskog poreznog postupovnog prava - o dosadašnjim ne/uspjesima kroz prizmu zadanih i imperativnih promjena, Godišnjak Akdemije pravnih znanosti Hrvatske, vol V, No..1., 2014.
Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., Klemenčić, I., Flexible Multi-Tier Dispute Resolution, Working paper /under publication process, IBFD.

Sažetak

USPONI I PADOVI U IMPLEMENTACIJI SUSTAVA ALTERNATIVNOG RJEŠAVANJA SPOROVA U TALIJANSKOM I HRVATSKOM POREZNOM SUDOVANJU

Autori u radu daju prikaz sustava alternativnog rješavanja sporova (ADR - Alternative Dispute Resolution) u poreznim stvarima, kroz komparativnopravnu prizmu, odnosno u svjetlu talijanske i hrvatske pravne doktrine i zakonodavstva. U prvom dijelu rada fokus je na talijanskim iskustvima implementacije ADR sustava. Drugi dio rada prikazuje razvoj hrvatskoga pravnog okvira u pokušajima izgradnje ADR mehanizama. Rad u oba dva dijela sadrži prikaz doktrinarnih stajališta, a u poglavljima se naglašava povijesni i teorijski aspekt tematizirane problematike. Autori raspravljaju i prikazuju, na komparativnoj razini i provedbene implikacije. Utjecaj doktrine javnog prava na pojavnost i razvoj ADR sustava naglašen je u komparativnom izlaganju recentne prakse talijanskog i hrvatskog sustava rješavanja poreznih sporova.

Ključne riječi: *porezni sporovi, mehanizmi alternativnog rješavanja sporova, talijanska iskustva, razvoj hrvatskoga sustava.*

Zusammenfassung

HÖHEN UND TIEFEN IN DER UMSETZUNG DER ALTERNATIVEN STREITBEILEGUNG (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*) IN DER ITALIENISCHEN UND KROATISCHEN STEUERERKLÄRUNG

Diese Arbeit diskutiert die alternative Streitbeilegung *(ADR - Alternative Dispute Resolution)* in Steuerangelegenheiten, wie sie in der italienischen und kroatischen Doktrin und Legislatur dargestellt ist. Der erste Teil befasst sich mit den italienischen Erfahrungen und der zweite Teil diskutiert die kroatischen Entwicklungen. Beide Teile befassen sich mit den Doktrinen und in den Kapiteln betont die historischen und theoretischen Aspekte sowie praktische Auswirkungen der Doktrin des öffentlichen Rechts auf die Entstehung und Entwicklung von ADR anhand einer vergleichenden Darstellung der italienischen und kroatischen aktuellen Situation der Steuerstreitigkeiten Resolutionen.

Schlüsselwörter*: Steuerstreitigkeiten, ADR-Mechanismen, italienische Erfahrungen, kroatische Entwicklungen.*

Riassunto

LUCI ED OMBRE NELL'ATTUAZIONE DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE NEL CONTENZIOSO TRIBUTARIO ITALIANO ED IN QUELLO CROATO

Nel lavoro gli autori esaminano il sistema della risoluzione alternativa delle controversie (ADR - *Alternative Dispute Resolution*) nelle questioni fiscali in un'ottica comparatistica, ovvero alla luce delle legislazioni e delle dottrine italiana e croata. Nella prima parte del lavoro l'attenzione è rivolta all'esperienza italiana di attuazione del sistema ADR; mentre la seconda parte del lavoro è dedicata all'evoluzione del quadro normativo croato nei tentativi di costruzione di meccanismi di ADR. Il lavoro in entrambe le sue parti contiene una rassegna degli orientamenti dottrinali e attraverso i vari capitoli si sottolinea l'aspetto storico e teorico della questione esaminata. Gli autori dibattono ed espongono sul piano comparatistico anche le implicazioni dell'attuazione del sistema in esame; mentre l'influenza della dottrina di diritto pubblico sulla comparsa e lo sviluppo del sistema ADR viene evidenziata mediante l'esposizione della recente prassi italiana e croata del sistema di risoluzione dei contenziosi tributari.

Parole chiave: *conteziosi tributari, meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, esperienza italiana, evoluzione del sistema croato.*

EKONOMSKI GUBITCI KAO ŠTETA U HRVATSKOM ODŠTETNOM PRAVU NAKON PRENOŠENJA DIREKTIVE 2014/104/EU

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.5.05::061.1EU
Ur.: 30. siječnja 2017.
Pr.: 7. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Krajem 2014. godine usvojena je Direktiva 2014/104/EU koja bi trebala olakšati ostvarivanje prava na naknadu štete subjektima koji štetu pretrpe zbog povreda prava tržišnog natjecanja. U radu se upozorava na neka od spornih pitanja o odgovornosti za štetu koja su pri njenom donošenju prepoznata kao takva, ali ih europski zakonodavac nije uspio usuglasiti. Rad se detaljnije bavi samim pojmom štete, odnosno gubitcima za koje Direktiva od država članica očekuje da u postupcima za naknadu štete pred svojim sudovima osiguraju učinkovito ostvarivanje prava na njihovu naknadu. Zbog same prirode štetnih radnji kojima se narušava tržišna utakmica (zabranjenih sporazuma i zlouporabe vladajućeg položaja), upozorava se da bi provođenje usvojenih rješenja u praksi moglo biti vrlo kompliciranо. Posebno se ističu problemi prigovora prenošenja prekomjernih cijena, priznavanja pravnog interesa neizravnim kupcima, priznavanja učinka zaštitne cijene te izračunavanja iznosa naknade štete koju bi oštećenicima trebalo dosuditi. U radu se prikazuju odredbe nacrta prijedloga zakona kojim bi Direktiva trebala biti prenesena u naše zakonodavstvo, a koje se odnose na u radu obrađena pitanja.

***Ključne riječi**: tržišno natjecanje, popravljanje štete, imovinska šteta, neimovinska šteta.*

1. UVOD

Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. godine o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije[1] u nacionalna zakonodavstva trebala je biti prenesena do 27. prosinca 2016. godine. Tri su osnovna cilja koja se Direktivom nastoje postići: da svatko tko je pretrpio štetu prouzročenu povredom prava tržišnog natjecanja može učinkovito ostvariti pravo na naknadu iste od štetnika, da se u cijeloj Uniji osigura jednakovrijedna

1 Službeni list Europske unije, L 349/1, 5.12.2014., dalje: Direktiva.

zaštita oštećenika te da se koordiniraju javnopravna i privatnopravna provedba pravila tržišnog natjecanja.[2] Rad na samoj Direktivi dugo je trajao, oko nekih temeljnih pitanja nije se uspjela postići suglasnost, pa su ili potpuno izostavljena ili su rješenja iz Direktive rezultat kompromisa i kao takva će vjerojatno izazvati teškoće u primjeni. U vrijeme pisanja ovoga rada u tijeku je javno savjetovanje[3] o nacrtu Prijedloga Zakona o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja,[4] koji se donosi u svrhu prenošenja Direktive u naše zakonodavstvo i za koji se predlaže donošenje po hitnom postupku. Iako je Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja[5] u čl. 69.a[6] izričito propisana odgovornost poduzetnika za štetu prouzročenu povredom odredaba toga zakona i čl. 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU),

2 Vidi čl. 1. Direktive. Komisija EU je još 2005. g donijela Zelenu knjigu za naknadu štete zbog povreda pravila tržišnog natjecanja (Green Paper, damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 672 final, 19.12.2005., dalje: Zelena knjiga) i objavila studiju o naknadi te štete. Zelenom knjigom su kao osnovne prepreke u ostvarivanju prava na naknadu štete istaknuti: ograničena mogućnost postavljanja kolektivnih zahtjeva za naknadu štete, pravila o teretu dokaza krivnje i općih pretpostavki odgovornosti, pravila o prikupljanju i izvođenju dokaza te dokaznoj snazi odluka regulatornih agencija, opseg priznatih šteta i metode utvrđivanja iznosa u kojem su pretrpljene, dopuštenost prigovora prijenosa štete, kratki rokovi zastare, visoki troškovi postupka i pravila o mjerodavnom pravu (Zelena knjiga, str. 12.-14.). U travnju 2008. godine Komisija je objavila Bijelu knjigu (White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules COM(2008) 165, 2.4.2008.) i dvije iznimno iscrpne popratne studije koje detaljno obrazlažu očekivane učinke reforme (Commission Staff working paper SEC(2008) 404, 2.4.2008. i Impact Assessment Report SEC(2008) 405, 2.4.2008.)

3 http://www.aztn.hr/pripremljen-zakon-o-postupcima-za-naknade-stete-zbog-povreda-prava-trzisnog-natjecanja/ (27.01.2017.)

4 Nacrt Prijedloga Zakona o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja. Predlagatelj je Ministarstvo gospodarstva, a tekst prijedloga je od 9. studenog 2016. godine, dalje u tekstu: Prijedlog.

5 Narodne novine 79/09, 80/13, dalje: ZZTN.

6 Članak 69.a:
(1) O naknadama štete zbog povreda ovoga Zakona ili članka 101. ili 102. UFEU odlučuju nadležni trgovački sudovi.
(2) Poduzetnici koji su povrijedili odredbe ovoga Zakona ili članka 101. ili 102. UFEU odgovorni su za naknadu štete nastalu tim povredama.
(3) Nadležni trgovački sud će pri donošenju odluke o naknadi štete iz stavka 1. ovoga članka osobito uzeti u obzir pravomoćno rješenje Agencije kojim je utvrđena povreda ovoga Zakona ili članka 101. ili 102. UFEU, odnosno konačnu odluku Europske komisije u slučaju kada je Europska komisija utvrdila povredu članka 101. ili 102. UFEU. Navedeno ne dovodi u pitanje prava i obveze iz članka 267. UFEU.
(4) Ako je postupak utvrđivanja povrede članka 101. ili 102. UFEU u tijeku pred Agencijom ili Europskom komisijom, nadležni trgovački sud može procijeniti je li svrhovito nastaviti ili zastati s postupkom do donošenja pravomoćnog rješenja Agencije ili konačne odluke Europske komisije.
(5) Nadležni trgovački sud dužan je bez odgađanja obavijestiti Agenciju o podnesenoj tužbi radi utvrđivanja prava na naknadu štete nastale povredom odredbi ovoga Zakona ili članka 101. ili 102. UFEU.
(6) Tijek zastare za podnošenje tužbe radi ostvarivanja prava na naknadu štete iz stavka 1. ovoga članka prekida se od dana pokretanja postupka u nadležnosti Agencije ili Europske komisije do dana okončanja tih postupaka.".

dakle, nacionalnog i europskog prava tržišnog natjecanja, oštećenici takve sporove pred našim sudovima uglavnom ne pokreću.[7] Direktiva bi se trebala primjenjivati samo na slučajeve povrede europskog prava tržišnog natjecanja (čl. 101. i 102. UFEU) i slučajeve povrede nacionalnog prava tržišnog natjecanja kada se ono primjenjuje usporedno s europskim,[8] odnosno ne bi trebala utjecati na postupke za naknadu štete zbog kršenja nacionalnog prava tržišnog natjecanja koja ne utječu na trgovinu među državama članicama u smislu čl. 101. i 102. UFEU-a.[9] Međutim, kako je i bilo za očekivati, pri prenošenju Direktive, nacionalni su se zakonodavci (i naš predlagatelj[10]) odlučili za jedinstvenu primjenu novih pravila i na postupke za naknadu štete zbog povrede europskog i one zbog povrede nacionalnog prava tržišnog natjecanja.[11] Do prenošenja Direktive na tu se štetu, odnosno odgovornost za istu, primjenjuju opća pravila o odgovornosti. Hoće li posebna pravila, trenutno u Prijedlogu, a uskoro

7 Izostanak tužbi za naknadu štete prouzročene povredama pravila tržišnog natjecanja nije karakterističan samo za našu državu, već predstavlja jedan od osnovnih motiva za donošenja Direktive. Samo se u tri europske države u nešto većem broju pokreću postupci za naknadu štete: Velikoj Britaniji, Njemačkoj i Nizozemskoj, i to oni postupci koji slijede nakon odluka Komisije ili nacionalnih tijela nadležnih za tržišno natjecanje da je došlo do povrede. Analize nekih karakteristika takvih postupaka (prema njihovom broju, visini upravnih kazni…) vidi kod: Friederiszick, Hans, W., Rauber, Michael, A Fleet Without a Captain? Taking Stock of European Antitrust Litigation Post EU Directive, CPI Antitrust Cronicle, January, 2015 (1), www.competitionpolicyinternational.com (27.01.2017.).
Tražeći odgovor na pitanje zašto oštećenici ne podižu tužbe za naknadu štete, Komisija je 2004. godine pokrenula komparativno istraživanje nacionalnih pretpostavki za ostvarivanje prava na naknadu štete radi povreda pravila nacionalnog i europskog prava tržišnog natjecanja. Rezultati istraživanja sadržani su u *Ashurst* izvješću (Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative report, 31.08.2004., dostupan na:
http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf).
I prije dodavanja čl. 69.a u ZZTN (dodan je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2013. godine, Narodne novine, broj 80/13 i na snazi je od 1. srpnja 2013. godine), osnova odgovornosti za te štete u našem se pravu mogla pronaći u općoj zabrani nanošenja štete iz čl. 8. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15, dalje: ZOO). Vidi: Bukovac Puvača, Maja, Butorac, Vlatka, Izvanugovorna odgovornost za štetu prouzročenu povredom pravila tržišnog natjecanja, Hrvatska pravna revija, br. 12, 2008., str. 34.

8 Na temelju čl. 3. st. 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003. od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o osnivanju EZ-a (Službeni list L, 4.1.2003.).

9 Preambula Direktive, recital 10.

10 Vidi čl. 3. t. 1. Prijedloga.

11 Jedinstvenim pristupom sprječava se daljnja fragmentacija odnosnih pravila. Pojednostavljuje se i vođenje postupka kada se tijekom istog zaključi da nije bilo učinka na trgovinu među članicama pa ne dolazi do primjene europskog prava tržišnog natjecanja ili kada se radi o višestrukim povredama kod kojih neke imaju, a neke ne europsku dimenziju. Sprečavaju se i zloupotrebe pozivanja na europsko pravo tržišnog natjecanja kako bi se izazvala ili spriječila primjena pojedinog procesnog pravila. Truli, Emmanuela, Will Its provision Serve Its Goals? Directive 2014/104/EU on Certain Rules Governing Actions for Damages for Competition Law Infringements, Jouranl of European Competition Law & Practice, 2016., vol. 7., br. 5, str. 301.

u zakonu, bez obzira u kojem konačnom obliku, zaista potaknuti oštećenike da pretrpljene štete počnu utuživati, tek predstoji da vidjeti.[12] Nacrt Prijedloga sadrži neka posebna pravila o odgovornosti za štetu prouzročenu povredom pravila tržišnog natjecanja[13] kojima se značajno odstupa od općih pravila našeg odštetnog prava i bit će zanimljivo pratiti u kojem će obliku ista biti konačno prihvaćena i hoće li se i kako primjenjivati u praksi.

Ako uzmemo u obzir činjenicu da o nekim temeljnim pitanjima o odgovornosti pri donošenju Direktive nije postignuta suglasnost i ona njome nisu uređena, jasno je da se mogu očekivati teškoće u primjeni općih pravila nacionalnih sustava, odnosno u njihovu "suživotu" s posebnim pravilima donesenim zbog obveze prenošenja Direktive. Sva nacionalna pravila koja uređuju pravo na naknadu štete prouzročene povredom europskog prava tržišnog natjecanja, uključivo ona koja se odnose na pitanja koja nisu uređena Direktivom,[14] moraju se pridržavati načela učinkovitosti i jednakovrijednosti.[15]

Potrebno je naglasiti iznimnu složenost nekih pitanja o odgovornosti za štetu koja se Direktivom, odnosno Prijedlogom nastoje, tj. trebala bi biti riješena, prije svega, priznatih gubitaka (štete), pretpostavki i vrsta odgovornosti za iste i zastare tužbenih zahtjeva. Svako od njih zaslužuje detaljnu analizu, a u ovom ćemo se radu zadržati na pojmu priznatih gubitaka (štete) koji su posljedica povreda prava tržišnog natjecanja i čije učinkovito popravljanje države članice moraju osigurati pred svojim sudovima. Iako se Prijedlogom po pitanju pojma štete na prvi pogled u našem pravu ništa ne mijenja, jer bi prema čl. 3. toč. 9. imovinska šteta, obična šteta, izmakla korist i neimovinska šteta trebale imati značenje određeno općim propisom obveznog prava, tj. ZOO-om, primjena predloženog propisa u praksi bi u naše pravo trebala donijeti određene promjene.

Smatramo nemogućim da šteta prouzročena povredom pravila tržišnog natjecanja u praksi zadrži isto značenje koje joj daje ZOO kao opći propis. Ako će pravila iz Prijedloga (kasnije zakona) primjenjivati u skladu s ciljevima Direktive i pravnom stečevinom Unije, suci trgovačkih sudova moraju se suočiti s problemom

12 Rasprave o tomu hoće li Direktiva uspjeti ostvariti postavljene ciljeve vidi kod: Peyer, Sebastian, Compensation and the Damage Ditrective, European Competition Journal, 2016., vol. 12., br. 1., str. 87-112., isti: The European Damages Directive fails to deliver, but can it be fixed?, https://competitionpolicy.wordpress.com/2015/03/03/the-european-damages-directive-fails-to-deliver-but-can-it-be-fixed; Truli, op. cit., str. 299.-312.

13 U Prijedlogu prevladavaju odredbe postupovne i prekršajne prirode, odnosno odredbe kojima se uređuje pitanja otkrivanja dokaza i zaštite povjerljivih informacija te novčanih kazni za nepoštovanje istih, učinak odluka tijela nadležnih za zaštitu tržišnog natjecanja, zastoj postupka, tereta dokaza, sporazumnog rješavanja sporova, dakle, niz pitanja drugih pravnih područja (izvan odštetnog prava) te je bilo za očekivati da Prijedlog, odnosno budući zakon izazove puno veći interes šire znanstvene i stručne zajednice.

14 Kao jedno od najspornijih pitanje je uzročne veze između povrede prava tržišnog natjecanja i štete. Na uzročnoj se vezi "lomi" većina postupaka za naknadu štete u našem i poredbenom pravu. Iako se pravila o njoj razlikuju u nacionalnim sustavima, opće je prihvaćen stav da upravo uzročna veza predstavlja branu neograničenom širenju odgovornosti. Više o uzročnoj vezi kod povreda prava tržišnog natjecanja vidi *infra,* 2.3.

15 Preambula Direktive, recital 11.

širenja odgovornosti za štetu izvan do sada u našem poretku prihvaćenih granica. Po samoj svojoj prirodi, radnje kojima se narušava tržišna utakmica nisu neposredno usmjerene na imovinska dobra niti prava osobnosti pojedinih pravnih i fizičkih osoba, već na samo stanje na tržištu. Stoga se uzročna veza kod ovih štetnih radnji mora vrlo elastično tumačiti, jer prema europskom pravu odgovornost štetnika treba dosezati do svih subjekata koji su zbog te radnje pretrpjeli neki gubitak (što nije slučaj kod drugih štetnih radnji). Naime, pravo na naknadu priznaje se svim fizičkim i pravnim osobama (potrošačima, poduzetnicima, tijelima javne vlasti) i to bez obzira jesu li sa štetnikom u ugovornom odnosu i je li tijelo nadležno za tržišno natjecanje prethodno već utvrdilo postojanje povrede pravila tržišnog natjecanja.[16] Imovinska bi šteta, dakle, morala u određenoj mjeri izbjeći "kontroli" koju nad njom imaju opća pravila o odgovornosti, ponajprije ona o protupravnosti i uzročnoj vezi.

Direktiva nije propisala pravo na naknadu neimovinske štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja, pa je naš predlagatelj zakona, predvidjevši isto u čl. 5. Prijedloga Zakona u zaštiti oštećenika otišao puno dalje. I dok se imovinski gubitci, bez obzira na njihovu "udaljenost" od štetne radnje, ipak mogu konkretizirati kao povećanje cijena i troškova, gubitak zarade i sl., kako se narušavanjem tržišne utakmice nanosi neimovinska šteta, za sada je, zbog izostanka sudske prakse, zaista teško reći.

2. POVREDA PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA KAO ŠTETNA RADNJA I OBJEKT TE POVREDE

Povreda prava tržišnog natjecanja kao štetna radnja predstavlja radnju poduzetnika zabranjenu propisima o tržišnom natjecanju kojom je drugim subjektima nanesena šteta. Dvije su osnovne kategorije takvih radnji: zabranjeni sporazumi (čl. 101. UFEU, čl. 8. ZZTN) i zlouporabe vladajućeg položaja (čl. 102. UFEU, čl. 13. ZZTN). One se javljaju u različitim oblicima, od kartelskih sporazuma o cijenama i/ili podjeli tržišta, do različitih ponašanja poduzetnika koji koristeći svoj vladajući položaj na tržištu nanosi štetu drugim sudionicima istog (nametanjem nepravednih prodajnih ili kupovnih cijena, drugih nepravednih trgovinskih uvjeta, ograničavanjem proizvodnje, uvjetovanjem zaključenja ugovora nekim drugim, dodatnim obvezama nevezanim za predmet ugovora i sl.). Zbog povreda prava tržišnog natjecanja narušena je tržišna utakmica, a posljedice toga su nekonkurentne cijene proizvoda i usluga, smanjeni izbor i kvaliteta istih i sl. koje pogađaju potrošače kao krajnje korisnike. Za same sudionike (bilo samog tržišta na kojem je došlo do poremećaja ili njime povezanih tržišta na koja se štetne posljedice često prelijevaju) posljedice koje nastaju očituju se kao nemogućnost pristupa određenom tržištu, prisilno povlačenje s istog, nemogućnost ili otežanost ostvarivanja očekivane dobiti i poslovnog uspjeha i sl.[17]

16 Preambula Direktive, recitali 3. i 13.
Čl. 3. st. 1.: "Države članice osiguravaju da svaka fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu prouzročenu kršenjem prava tržišnog natjecanja može zahtijevati i dobiti potpunu naknadu za tu štetu."

17 Više o povredama pravila tržišnog natjecanja kao štetnim radnjama vidi: Vidi: Bukovac Puvača,

Kada je za to nadležno tijelo donijelo odluku da je izvršena povreda prava tržišnog natjecanja, za potrebe postupka naknade štete to se, prema Prijedlogu smatra nepobitno dokazanim pravomoćnom odlukom Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja[18] ili odlukom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (čl. 11. st. 1. Prijedloga), odnosno takve odluke tijela i sudova druge države članice obvezuju sud (čl. 11. st. 2. Prijedloga). U postupku se, dakle, ne može više raspravljati o protupravnosti djelovanja štetnika i kvalifikacija tijela nadležnih za zaštitu tržišnog natjecanja obvezujuća je za sud koji odlučuje o pravu na naknadu štete. Ovdje se radi o tzv. *follow on action*, postupcima za naknadu štete koji se vode nakon što je povreda utvrđena od za to nadležnog tijela,[19] dok će u tzv. *stand-alone action*, samostalnim postupcima kojima ne prethode odluke regulatornih tijela, sudovi sami morati utvrditi protupravnost ponašanja poduzetnika, odnosno povredu prava tržišnog natjecanja. U državama u kojima se do sada već razvila praksa utuživanja ovih šteta, oštećenici se ipak ne upuštaju u samostalne postupke.[20] Vjerujemo da će se i kod nas, ako se oštećenici potaknu na utuživanje ove vrste šteta, ponajviše pokretati postupci kojima će prethoditi odluka tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja.

Budući da se štetne radnje mogu izvršiti na osobama, stvarima, činidbama i stanjima, a njima prouzročena šteta reflektira se na pravima i interesima pravnih subjekata,[21] štete prouzročene povredama prava tržišnog natjecanja predstavljaju klasičan primjer šteta na stanjima. Da bi stanje moglo biti objektom štetne radnje, potrebno je da je ono zaštićeno pravom, što za konkurentnu strukturu tržišta nije sporno, jer je zaštićena europskim i nacionalnim propisima o tržišnom natjecanju. Objekt štetne radnje poduzetnika nije neposredno neko imovinsko ili neimovinsko dobro oštećenika, već samo tržište, odnosno utakmica na istom. Gubitci koje određeni subjekti trpe su posljedice poremećene strukture tržišta, a ne neposredno konkretnih zabranjenih radnji štetnika. Upravo je ta činjenica glavni izvor teškoća u primjeni nacionalnih pravila o odgovornosti na te gubitke. Oni prema europskom pravu moraju biti naknadivi iako to prema nacionalnim pravilima o odgovornosti za štetu u velikom dijelu ne bi bili.

3. PRAVO NA POTPUNU NAKNADU ŠTETE PROUZROČENE POVREDOM PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

3.1. Gubitci koji se mogu kvalificirati kao šteta

3.1.1. O šteti u nacionalnim odštetnopravnim poredcima, PETL-u i DCFR-u

Osnovno pitanje koje se nameće je koji će gubitci, nastali kao posljedica povrede tržišne utakmice biti naknadivi, odnosno priznati kao šteta. Odgovor na pitanje što je

Maja, Butorac, Vlatka, Izvanugovorna odgovornost za štetu prouzročenu povredom pravila tržišnog natjecanja, Hrvatska pravna revija, 12., 2008., str. 38.-39.

18 Dalje: Agencija.

19 Vidi opširnije ibid., str. 39. i tamo citiranu literaturu.

20 Vidi: Friederiszick, Rauber, loc. cit.

21 Klarić, Petar, Vedriš, Martin, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 588.

šteta u određenom nacionalnom pravnom poretku ovisi o tomu kojim je sve pravima i interesima taj poredak pružio zaštitu i od kojih sve oblika gubitaka. Najopćenitije rečeno, šteta predstavlja pravno priznati gubitak, onaj za koji određeni pravni poredak oštećeniku priznaje pravo na njegovo popravljanje. Kao pojam, šteta izmiče mogućnosti jednostavnog i preciznog definiranja. Definiciju štete u nacionalnim poredcima uglavnom ne nalazimo u propisima, a i tamo gdje postoje te su definicije dovoljno općenite da sudska praksa pod njih podvodi različite gubitke. Stoga odgovor na pitanje što je šteta u određenom pravnom poretku može dati samo sudska praksa, jer šteta u njoj dobiva svoj konačan sadržaj. Iako je načelo potpune naknade štete široko prihvaćeno, svaki poredak daje mu svoj opseg, ovisan o primjeni drugih pravila o odgovornosti, posebno onih o protupravnosti i uzročnoj vezi kao općim pretpostavkama odgovornosti za štetu. Bez obzira na izostanak zakonskih definicija, i sudovi, i pravna teorija poredbenog prava šteti pristupaju slično, kao pojmu čije je značenje vrlo široko i njegovo precizno definiranje nije niti moguće niti poželjno.[22]

Stoga ne čudi da je vrlo sličan pristup pojmu štete prisutan i u dva teksta koji predstavljaju *soft law* harmonizaciju pravila odštetnog prava:[23] Načelima europskog odštetnog prava[24] i VI. knjizi Nacrta Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo.[25] PETL definiraju štetu kao materijalnu ili nematerijalnu povredu pravno zaštićenog interesa.[26] Opseg zaštite određenog interesa ovisi o njegovoj prirodi: što je viša njegova vrijednost, preciznija definicija i veća očitost, opseg njegove zaštite je širi. Najširu zaštitu uživaju život, tjelesni i psihički integritet, ljudsko dostojanstvo i sloboda. Stvarna prava također uživaju široku zaštitu, dok je zaštita strogo ekonomskih prava i ugovornih odnosa nešto užeg opsega i kod njihove se povrede posebna pažnja posvećuje stupnju povezanosti između štetnika i oštećene osobe ili činjenici je li štetnik bio svjestan toga da će prouzročiti štetu. Na opseg zaštite može utjecati i priroda odgovornosti, pa interes može biti jače zaštićen od namjernih povreda. Kod određivanja opsega zaštite treba razmotriti i interese samog štetnika, njegovu slobodu djelovanja i vršenja prava i javni interes.[27]

I DCFR šteti pristupa kao pojmu vrlo širokog značenja. Govori o "pravno relevantnoj šteti" (engl. *legally relevant damage*),[28] dakle o gubitcima koji su kao

22 Magnus, Ulrich, Comparative Report on the Law of Damages, u: Unification of Tort Law: Damages, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001., str. 190.

23 O harmonizaciji odštetnog prava i navedenim tekstovima vidi: Petrić, Silvija, Usklađivanje europskog odštetnog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7., Mostar, 2009., str. 121.-139., ista: Načela europskog odštetnog prava (PETL), Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 10., Mostar, 2012., str. 63.-77., ista: Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009., str. 473.-513.

24 Principles of European Tort Law (PETL).

25 Draft Common Frame of Reference (DCFR).

26 PETL, Art. 2:101. Compensable damage: Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest (http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf) (27.01.2017.)

27 Vidi PETL, Art. 2:102. Protected interests.

28 Chapter 2, Legallv relevant damage, sec. I, VI:-2:101, Meaning of legally relevant damage.

takvi pravno bitni, odnosno priznati. Ekonomski ili neekonomski gubitak ili povreda pravno relevantan je ako tako određuje neko od pravila toga poglavlja, rezultat je povrede priznatog prava ili je rezultat povrede interesa koji zaslužuje pravnu zaštitu (2:101 (1)). U ova dva posljednja slučaja (kada nije samim DCFR-om određen kao pravno relevantan), gubitak ili povreda je pravno relevantna samo ako bi bilo pravično i razumno da postoji pravo na njeno popravljanje ili prevenciju. U razmatranju je li pravično da postoji pravo na popravak ili prevenciju treba obratiti pažnju na temelj odgovornosti, prirodu i blizinu štete ili prijeteće štete, razumna očekivanja osobe koja trpi ili će pretrpjeti štetu i pitanje općeg interesa (2:101 (2) i (3)). Ekonomski gubitak uključuje gubitak prihoda ili zarade, opterećenje i umanjenje vrijednosti imovine, dok neekonomski gubitak uključuje bol i patnju i pogoršanje kvalitete života (2:101 (4)).

3.1.2. Šteta prema Direktivi

Direktiva potvrđuje pravnu stečevinu Unije u pogledu prava na naknadu štete prouzročene povredama prava tržišnog natjecanja Unije, posebno one o procesnoj legitimaciji i definiciji štete iz sudske prakse Suda, "te se unaprijed ne određuje nikakav daljnji razvoj te pravne stečevine."[29] Prema čl. 3. Direktive države moraju osigurati da svaka fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu prouzročenu povredom prava tržišnog natjecanja može zahtijevati i dobiti potpunu naknadu za tu štetu.[30] Takva, potpuna naknada, mora staviti tu osobu u položaj u kojem bi bila da nije došlo do povrede prava tržišnog natjecanja i stoga uključuje pravo na naknadu za stvarni gubitak, izmaklu dobit i isplatu kamata.[31] Potpuna naknada ne smije dovesti do prekomjerne naknade putem odštete radi kažnjavanja, višestruke ili druge vrste odštete.[32]

Oštećenik dokazuje da mu je šteta nastala i u kojem iznosu. Za kartele se predmnijeva da je njima nastala šteta, a štetnik ima pravo dokazivati suprotno (čl. 17. st. 2. Direktive, čl. 5. st. 3. Prijedloga[33]).[34] Za zloupotrebe vladajućeg položaja nije propisana takva predmnjeva.

Direktiva potpunom naknadom smatra onu koja uključuje stvarni gubitak (lat. *damnum emergens*), izmaklu dobit (lat. *lucrum cessans*) i kamate i to bez obzira

29 Preambula Direktive, recital 12. To su Presuda od 20. rujna 2001., *Courage i Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, t. 25. i 26., Presuda od 13. srpnja 2006., *Manfredi i dr.*, C-295/04 do C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, t. 60. i 61., Presuda od 14. lipnja 2011., *Pfleiderer*, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, t. 28., Presuda od 6. studenog 2012., *Otis i dr.*, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, t. 41. i 43. i Presuda od 6. lipnja 2013., *Donau Chemie i dr.*, C -536/11, ECLI:EU:C:2013:366, t. 21.

30 Vidi: *Courage i Crehan*, C-453/99, t. 25. i 26.

31 Vidi: *Manfredi i dr.,* C-295/04 do C-298/04, t. 60. i 61.

32 Vidi čl. 3. Direktive.

33 Čl. 5. st. 3. Prijedloga: *Predmnijeva se da je zbog povrede prava tržišnog natjecanja počinjene u obliku kartela nastala šteta, osim ako štetnik na dokaže suprotno*.

34 Čl. 5. st. 4. Prijedloga glasi: *Za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja u obliku kartela smatra se da je prouzročena tim kartelom, osim ako se dokaže da taj kartel nije bio uzrok štete.* Nije nam potpuno jasan odnos ova dva citirana stavka članka 5. Prijedloga, odnosno očekuje li se i koja je razlika kod njihove primjene u praksi.

utvrđuju li se te kategorije nacionalnim pravom odvojeno ili u kombinaciji. Ističe se da su kamate bitna komponenta naknade i da bi se trebale plaćati od trenutka kada je nastala šteta do trenutka kada se naknada isplati, bez obzira na to kako su u nacionalnom pravu kvalificirane, kao kompenzacijske ili zatezne, odvojena kategorija ili sastavni dio stvarnog gubitka ili izmakle dobiti. Države članice moraju utvrditi pravila koja će se primjenjivati u tu svrhu.[35]

Što je viša vrijednost nekog interesa on ima širu zaštitu, što su autori PETL-a prepoznali kao načelo zajedničko europskim odštetnopravnim sustavima, vrijedi i za pravnu stečevinu o naknadi štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja, ali ovdje su tržišna utakmica i ekonomski interesi koji se njome ostvaruju na prvom mjestu i njihova je zaštita primarna. Zaštita prava i interesa pojedinih subjekata kojima se pravo na naknadu jamči, samo je posljedica zaštite tržišta odnosno njegove konkurentne strukture, temeljnog dobra koje pravo tržišnog natjecanja štiti. Gubitci koji su u pravnoj stečevini kvalificirani kao šteta i na naknadu koje je pravnim subjektima priznato pravo, nisu to zbog svoje prirode, već isključivo zbog vrste štetne radnje čija su posljedica, odnosno objekta iste, tržišne utakmice.

Stoga, iako se kao prvi cilj Direktive navodi onaj da svatko tko pretrpi štetu učinkovito ostvari pravo na naknadu iste, teško se oteti dojmu da je osnovni cilj iste odvratiti potencijalne štetnike od zabranjenih ponašanja na tržištu. Tom našem dojmu pridonosi činjenica da niz prepreka oštećenika u ostvarivanju prava na naknadu Direktiva svojim rješenjima nije uspjela ni ukloniti niti ublažiti (npr. problem troškova postupka i pravo na kolektivnu pravnu zaštitu[36]), a nekim je pravilima o privatnopravnoj provedbi ugrozila učinkovitost javnopravne provedbe prava tržišnog natjecanja (npr. pravilima o otkrivanju dokaza[37]). Ako je zaista osnovni cilj da svaki oštećenik dobije naknadu za pretrpljenu štetu, za njegovo ostvarenje bi se trebao naći neki drugi, jednostavniji mehanizam naknađivanja od ovog na kojem se ustraje, uz svu svijest o teškoćama u njegovoj primjeni.

35 Preambula Direktive, recital 12.

36 Zbog svoje prirode, štete koje nastaju zbog povreda tržišnog natjecanja relativno jednostavno se s jednog oštećenika prebacuju na druge. Konkurenti štetnika i subjekti koji su s njima u neposrednoj vezi, gubitke koje pretrpe prebacuju na svoje klijente, oni na svoje i najbrojniji oštećenici su krajnji korisnici roba i usluga na koje se prevali najveći dio štete. Direktiva, međutim, pitanje mogućnosti zaštite tih najbrojnijih oštećenika (putem nekog o mehanizama kolektivne pravne zaštite) nije uspjela riješiti. Iako zajedno pretrpe najveći dio štete, pojedinačne štete koje trpe malih su iznosa i oni nisu motivirani pokretati skupe postupke i riskirati neuspjeh u njima.

37 Većinu postupaka utvrđivanja povreda prava tržišnog natjecanja u obliku kartela u posljednjih je nekoliko godina Komisija pokrenula na temelju dojava i suradnje uz nagodbe s pokajnicima. Otkrivanje dokaza, tj. dokumenata kojima se pokajnici izlažu građanskopravnoj odgovornosti, sigurno ne djeluje kao poticaj pokajnicima na suradnju s tijelima javnopravne provedbe prava tržišnog natjecanja. Stoga je praksa Komisije bila da odbijanje dostave dokaza iz pokajničkog programa (ne otkriva pokajnika da ga ne bi izložila građanskopravnoj odgovornosti). Međutim, Sud je u predmetima *Pfleiderer*, C360/09, t. 33. i *Donau Chemie*, C-536/11, t. 53. odbacio ideju da bi trebala postojati generalna zabrana otkrivanja tih dokaza, istaknuvši da zaštićeni interesi trebaju biti "izvagani" u svakom posebnom slučaju. Stoga su rješenja iz Direktive kompromis koji će biti komplicirano primjenjivati.

3.1.3. Šteta prema Prijedlogu

Kako je uvodno navedeno, prema čl. 3. toč. 9. Prijedloga: *Imovinska šteta, obična šteta, izmakla korist, neimovinska šteta*: imaju značenje određeno općim propisom obveznog prava. Pojmovi imovinska i neimovinska šteta u tom se tekstu spominju još samo jednom, u odredbi čl. 5. st. 1. Prijedloga: *Oštećenik ima pravo na potpunu naknadu imovinske štete i na popravljanje neimovinske štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja*, dok se pojam izmakle koristi spominje još samo kod obrane prenošenjem prekomjernih cijena (čl. 15. st. 1. Prijedloga). Uz formulaciju čl. 5. st. 1. Prijedloga (ako bude usvojena u ovom obliku), može se u primjeni postaviti pitanje jesu li, budući da se spominje samo naknada imovinske štete, isključeni drugi oblici njezina popravljanja, dok su, istovremeno, za neimovinsku štetu priznati svi oblici njezina popravljanja, a ne samo pravična novčana naknada? [38]

Prijedlog ne spominje pravo oštećenika na kamate. Vjerujemo da je razlog tomu činjenica što prema ZOO-u, kao i prema Direktivi, oštećenik ima pravo na potpunu naknadu. Sud dosuđuje naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u stanje u kojem bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja (čl. 1090. ZOO). Dužan je stoga uzeti u obzir i sve okolnosti koje su nastupile nakon prouzročenja štete. Visina naknade štete određuje se prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, osim ako bi zakon određivao što drugo (čl. 1089. st. 2. ZOO). Obveza naknade štete smatra se dospjelom od trenutka nastanka štete (čl. 1086. ZOO), a od pada u zakašnjenje s isplatom naknade, štetnik oštećeniku duguje i zatezne kamate (čl. 29.-31. ZOO). Načelo potpune naknade štete kao opće načelo našeg odštetnog prava primjenjuje se uz određene iznimke,[39] za koje smatramo da nema mjesta primjeni kod šteta prouzročenih povredom tržišnog natjecanja. Ono što bi moglo (zapravo, moralo) predstavljati novinu u našem pravu je to da se na imovinsku štetu (i stvarni gubitak i izmaklu korist) ne mogu primjenjivati neka pravila koja je, u općem odštetnopravnom režimu «drže» u određenim granicama.

Prema definiciji ZOO-a, obična je šteta umanjenje nečije imovine (čl. 1046. st. 1. ZOO), što bi u konkretnim slučajevima povreda prava tržišnog natjecanja predstavljala sva povećana materijalna davanja koja oštećenik ne bi imao da do povrede nije došlo. Običnu štetu bi, pojednostavljeno rečeno, predstavljala razlika u cijeni i drugim troškovima koje je oštećenik stvarno imao i one koje bi bio imao

38 ZOO popravljanje štete uređuje u svom Odsjeku 7. u kojem se čl. 1085.-1098. odnose na popravljanje imovinske, a čl. 1099.-1106. na popravljanje neimovinske štete. Imovinska se šteta osim novčanom naknadom može popravljati i povratom u prijašnje stanje, dok se neimovinska, osim pravičnom naknadom, može popravljati i neimovinskim oblicima popravljanja (objava presude, ispravka, povlačenjem izjave ili bilo čim drugim što može postići svrhu popravljanja). O popravljanju štete vidi više: Bukovac, Puvača, Maja, Slakoper, Zvonimir, Belanić, Loris, Obvezno pravo, Posebni dio II. Izvanugovorni odnosi, Novi informator, Zagreb, 2015., str. 228.-250.

39 Opći su izuzetci tzv. afekcijska cijena (čl. 1089. st. 4. ZOO), sniženje naknade (čl. 1091. ZOO), doprinos oštećenika (čl. 1092. st. 1. i 2. ZOO), dok u posebne spadaju štete nastale pri obavljanju općekorisne djelatnosti (čl. 1047. st. 3. i 4. ZOO) te slučajevi u kojima je propisan maksimalni ili minimalni iznos naknade. O načelu potpune naknade i izuzetcima vidi: ibid., str. 229.-235.

na "zdravom" tržištu, na kojem povrede nije bilo. Izmakla korist je, prema definiciji ZOO-a, sprječavanje povećanja imovine (čl. 1046. st. 1. ZOO). Njeno detaljnije zakonsko određenje daje odredba čl. 1089. st. 3. ZOO-a, prema kojoj se pri ocjeni visine izmakle koristi uzima u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem. Osnovanost očekivanja dobiti, pitanje je koje se procjenjuje s obzirom na sve okolnosti slučaja. I kod, uvjetno rečeno jednostavnih slučajeva, nije lako odrediti je li bilo osnovano očekivati tu dobit na strani oštećenika i ako je, koliko ona iznosi. Uvijek se radi o utvrđivanju vjerojatnosti da bi se nešto dogodilo i pitanje se u osnovi postavlja kao "što bi bilo da nije bilo štetne radnje". To je scenarij koji ostaje u domeni nagađanja, jer apsolutno provjerljivog odgovora nema.

3.2. Obrana prenošenjem prekomjernih cijena i neizravni kupci kao oštećenici

Povrede prava tržišnog natjecanja, odnosno njihove posljedice, negativno utječu ne samo na sudionike tržišnog natjecanja na tržištu na kojem su neposredno izvršene, već i na sudionike na s njime povezanim tržištima. Ova šteta pokazuje iznimnu sklonost da se "prelijeva", na susjedna tržišta, tržišta komplementarnih proizvoda i da zahvati različite razine lanca opskrbe. Stoga ju je, bez obzira na to o kojem se njenom obliku radi, teško izračunati.

Kod zabranjenih sporazuma, npr. kartelskih sporazuma o cijenama, izravni kupci štetnika (članova zabranjenih sporazuma), budući da su sa štetnicima u ugovornom odnosu, nemaju većih problema u dokazivanju uzročne veze između štetne radnje i štete koju su pretrpjeli. Neizravni kupci, oni koji kupuju proizvode i usluge ne od samih članova kartelskih sporazuma već od njihovih kupaca, u bitno su težem položaju. Njihova šteta ne nastaje neposredno, samom povredom pravila tržišnog natjecanja, već tako što kupci članova kartela štetu koju sami pretrpe ili njen dio prenesu na njih. Stoga se pri radu na Direktivi kao ključno postavilo pitanje treba li štetniku dopustiti prigovor da je njegov izravni kupac prenio štetu ili njen dio na svoje kupce te neizravnim kupcima priznati pravni interes i aktivnu legitimaciju. Naime, trebalo je spriječiti mogućnost da štetnik uopće ne odgovara ako uspije dokazati da je tužitelj štetu prenio dalje, ali i mogućnost da za istu štetu štetnik višestruko odgovara (i izravnom i neizravnom kupcu).

Direktiva je dopustila da štetnik ističe prigovor prenošenja stvarnog gubitka (razlike u cijeni koju je oštećenik stvarno platio i one koju bi bio platio da nije bilo povrede), odnosno da može dokazivati da je oštećenik dio ili sav svoj stvarni gubitak prenio na svoje kupce (pa to zapravo više nije njegova šteta i nema pravo na naknadu iste). Međutim, kako u takvim slučajevima prenošenja gubitaka može doći i do smanjene prodaje (zbog povećane cijene zbog prenošenja gubitka na kupce), oštećenik zadržava pravo tražiti naknadu za izmaklu dobit zbog te smanjene prodaje.[40] U skladu s tim, čl. 15. st. 1. Prijedloga propisuje: Štetnik u postupku naknade štete

40 Preambula Direktive, recitali 39. i 40., čl. 12. i 13. Direktive.

može kao obranu navesti činjenicu da je oštećenik u cijelosti ili djelomično prenio prekomjernu cijenu dalje niz lanac opskrbe te na taj način umanjio iznos obične štete koju je pretrpio. Takvo umanjenje ne dovodi u pitanje pravo na potpunu naknadu štete uključujući i pravo na izmaklu korist zbog potpunog ili djelomičnog prenošenja prekomjernih cijena.

Teret dokaza da je oštećenik prekomjernu cijenu prenio i u kojem opsegu, je na štetniku, koji u tu svrhu može tražiti otkrivanje dokaza od oštećenika i trećih osoba (čl. 13. Direktive, čl. 15. st. 2. Prijedloga). Omogućavanje korištenja navedenog prigovora (obrane) usko je povezano s pitanjem aktivne legitimacije neizravnih kupaca (onih na koje su izravni kupci štetnika prenijeli prekomjernu cijenu u cijelosti ili djelomično). Na oštećeniku neizravnom kupcu teret je dokaza da je na njega šteta prenesena i u kojoj mjeri. Smatra se da je dokazao da je prijenos izvršen ako dokaže da je štetnik izvršio povredu prava tržišnog natjecanja, da je ona dovela do prekomjerne cijene za izravnog kupca štetnika i da je on kupio robe i/ili usluge koje su bile predmetom povrede, iz njih su izvedene ili ih sadrže (čl. 14. Direktive, čl. 15. st. 3. Prijedloga). Postupci za naknadu štete s različitih razina lanca opskrbe ne smiju dovesti do višestruke odgovornosti štetnika niti do nepostojanja njegove odgovornosti. Naknada za običnu štetu na bilo kojoj razini lanca opskrbe ne smije premašiti štetu pretrpljenu od prekomjerne cijene na toj razini (čl. 12. st. 2. Direktive, čl. 16. st. 1. i 2. Prijedloga).

Ova se pravila odnose samo na konkretnu, "matematičku konstrukciju" pojedinog postupka za naknadu štete. Kao pravila o odgovornosti pojedinog štetnika za jednom štetnom radnjom ukupno prouzročenu štetu potpuno su neodrživa, odnosno neprimjenjiva.[41]

3.3. Šteta prouzročena učinkom zaštitne cijene (engl. umbrella effects, umbrella pricing)

Uz pitanje (ne)dopuštenosti obrane prenesenih prekomjernih cijena i aktivne legitimacije neizravnih kupaca, vrlo sporno pitanje naknade štete prouzročene povredom tržišnog natjecanja pitanje je proteže li se odgovornost štetnika i na štetu koju su pretrpjele osobe koje nisu njihovi kupci, već su kupci onih subjekata koji su, iako nisu sudjelovali u zabranjenom sporazumu podigli svoje cijene, koristeći učinke zabranjenog sporazuma.

Odgovor na to pitanje Sud je dao u slučaju *Kone*,[42] povodom zahtjeva za

41 Budući da je moguće da se povodom iste štetne radnje vodi niz postupaka, pred različitim sudovima jedne i više država članica, koji će od njih odlučiti koliko iznosi ukupna šteta na određenoj razini lanca opskrbe? Sve što je matematički točno istovremeno nije i pravno provedivo, te je, bez obzira na navedena pravila jasno da su štetnici ipak izloženi mogućnosti da odgovaraju i za više iznose štete no što su je u određenoj razini opskrbe prouzročili.

42 Presuda od 5. lipnja 2014., *Kone*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317. Kone AG i druge sudionike zabranjenog sporazuma o podjeli tržišta dizala i pokretnih stepenica koji je primjenjivan više od dvadeset godina u nekoliko država članica, za naknadu štete u Austriji tužio je njihov klijent, koji je bio i klijent poduzetnika koji nije sudjelovao u tom zabranjenom sporazumu, ali je, prema mišljenju tužitelja, koristeći učinak zabranjenog sporazuma formirao cijene u višem iznosu nego bi to u normalnim tržišnim uvjetima bilo za očekivati. Prema austrijskom nacionalnom

prethodnu odluku koji mu je uputio austrijski Vrhovni sud. Zbog primarnosti prava Unije austrijski Vrhovni sud pitao je, je li odbijanje prava na naknadu u ovakvom slučaju spojivo s načelom učinkovitosti. Sud je odlučio: Članak 101. UFEU-*a treba tumačiti na način da se protivi tumačenju i primjeni unutarnjeg prava države članice koje se sastoji u kategoričkom isključivanju, zbog razloga pravne prirode, građanske odgovornosti poduzetnika koji sudjeluju u zabranjenom sporazumu za štetu prouzročenu cijenama koje poduzetnik koji ne sudjeluje u tom sporazumu odredi, uzimajući u obzir djelovanje spomenutog sporazuma, u višem iznosu od onog koji bi primijenio da taj sporazum ne postoji.*[43]

Budući da se radi o uzročnoj vezi, ključnom pitanju odgovornosti za štetu, ne samo u području tržišnog natjecanja, potrebno je istaknuti neke navode iz Mišljenja nezavisne odvjetnice[44] u ovom slučaju. Prema austrijskom pravu, sudionicima zabranjenog sporazuma ne može se pripisati šteta od učinka zaštitne cijene, jer s jedne strane nedostaje potrebna odgovarajuća uzročna veza, a s druge zaštitni cilj pravila tržišnog natjecanja ne obuhvaća navodnu štetu. Nezavisna odvjetnica prvo detaljno obrazlaže zašto je odgovornost za učinak zaštitne cijene pitanje prava Unije, a ne nacionalnog prava,[45] a nakon toga iznosi i obrazlaže zahtjeve prava Unije za utvrđivanje uzročne veze. Ističe da bi bilo neprimjereno suziti krug potencijalnih ovlaštenika prava na naknadu na ugovorne partnere sudionika zabranjenih sporazuma ili njihove izravne ili neizravne kupce, jer time ne bi bila zajamčena potpuna učinkovitost zabrane takvih sporazuma.[46] Poziva se na u sudskoj praksi postavljen zahtjev za *dovoljno izravnom uzročnom vezom* između štetnog ponašanja i navodne štete kod izvanugovorne odgovornosti institucija Unije prema čl. 340. st. 2. UFEU-a, koji je zbog koherentnosti potrebno prenijeti na sve druge slučajeve odgovornosti zbog povreda prava Unije.[47]

Što se podrazumijeva pod dovoljno izravnom uzročnom vezom? Kao prvo, izravna uzročna veza ne smije biti izjednačena s jedinom uzročnom vezom. To što je poduzetnik višu cijenu formirao na temelju slobodne poslovne odluke, ne znači da na to nisu utjecali sudionici zabranjenih sporazuma, dovoljno je da su oni barem doprinijeli formiranju zaštitne cijene. I kod prenošenja prekomjernih cijena na neizravne kupce poslovnu odluku donosi izravni kupac. Sadržajno kriterij dovoljne izravne uzročne veze mora osigurati da štetnik odgovara samo za one štete koje je mogao razumno predvidjeti i čija je naknada u skladu s postavljenim ciljevima povrijeđenog pravnog pravila.[48] U tom smislu se za sudionike zabranjenih sporazuma odbija mogućnost da

pravu taj bi dio tužbenog zahtjeva trebalo odbiti jer se sudionicima zabranjenog sporazuma ne bi mogao pripisati učinak zaštitne cijene, pa bi štetnici odgovarali samo za prekomjernu cijenu dizala koja je tužitelj od njih kupio, ne i onih koje je kupio od poduzetnika koji nije sudionik njihova sporazuma.

43 *Kone*, C-557/12, t. 38.

44 Mišljenje nezavisne odvjetnice Juliane Kokott od 30. siječnja 2014., ECLI:EU:C:2014:45 (dalje. Mišljenje).

45 Vidi Mišljenje, t. 21.-30.

46 Mišljenje, t. 32.

47 Mišljenje, t. 34.

48 Mišljenje, t. 36.-40.

bi im učinak zaštitne cijene bio nepredvidljiv, a neuvjerljivim ili neosnovanim svi prigovori koji negiraju da njegovo naknađivanje nije u cilju pravila kojima su takvi sporazumi zabranjeni.[49]

Neki autori iz analize slučaja *Kone* izvode zaključak da bi upravo privatnopravna provedba prava tržišnog natjecanja koja je posljednjih godina postala popularna mogla postati "izvrstan laboratorij za vrstu hibridne harmonizacije kroz legislativu (direktive) i sudsku praksu temeljenu na zajedničkim načelima koja se primjenjuju u državama članicama."[50]

3.4. Određivanje visine iznosa štete

Određivanje visine naknade štete[51] jedno je od najsloženijih pitanja odštetnoga prava, bez obzira na to o kojoj se vrsti štete radi. Kod izgubljene dobiti kao oblika imovinske štete utvrđivanje da bi dobit bila ostvarena u domeni je vjerojatnosti. Kada postane (dovoljno) vjerojatno da bi oštećenik ostvario neku dobit, slijedi najteži dio, tj. izračun (procjena) koliko bi ona bila iznosila. Iako je pogrešno neki spor ocijeniti kao jednostavan, iz sudske prakse smo izdvojili dva slučaja koji bi, prema našoj procjeni, u odnosu na one zbog povreda prava tržišnog natjecanja, trebali biti puno jednostavniji, a sve radi ilustracije složenosti pojma i teškoća pri izračunu izmakle dobiti. U oba se slučaja radi o šteti nastaloj zbog raskida ugovora, a gdje su određene neke polazne vrijednosti, odnosno parametri koje treba uzeti u obzir (količina i cijena robe, količina i cijena sati rada… itd.).

U svojoj odluci Pž 3707/05 od 11. ožujka 2008. godine[52] Visoki trgovački sud

49 Vidi Mišljenje, t. 41.-82.

50 Stuyck, Jules, Damages for Loss Caused by a Cartel: The Causal Link Comments on the Kone Judgment of the Court of Justice of the EU, European Rewiew of Private Law, 2015., vol. 23., br. 3., str. 459.-470.

51 Problem prevođenja nije tema ovoga rada, ali ipak smatramo potrebnim napomenuti da se u Prijedlogu i njegovom obrazloženju na nekim mjestima uspješno izbjeglo korištenje u našem pravu neuobičajenih termina. Naziv Poglavlja V., odnosno čl. 17. Direktive preveden je kao Kvantifikacija štete. U Prijedlogu se ipak koristi u našem odštetnom pravu uobičajeni, opisni izraz određivanje visine iznosa štete, što smatramo boljim rješenjem. Predlagatelj nije u tekst Prijedloga prenio za naše odštetno pravo nepoznat pojam "relativne odgovornosti" iz čl. 11. st. 5. i 6. Direktive, već govori o udjelu pojedinog solidarno odgovornog štetnika u ukupnoj šteti. U obrazloženju Prijedloga uz čl. 5. govori se o krivnji kao uvjetu odgovornosti, odnosno o dodatnim uvjetima za traženje naknade štete. Uvjet je u građanskom pravu buduća i neizvjesna okolnost, a kada zakonodavac propiše pod kojim se "uvjetima" odgovara, ti uvjeti postaju pretpostavke. Stoga krivnja nije uvjet već pretpostavka odgovornosti, ali budući da se odlučio ne tražiti krivnju kao pretpostavku odgovornosti, takvo određenje iste nije ušlo u tekst Prijedloga.

52 U ovom je slučaju tuženik-protutužitelj imao s trećim osobama zaključene ugovore o proizvodnji i isporuci akumulatora (tri ugovora s određenom količinom i određenom vrijednošću), koje su raskinule te treće osobe, inozemni kupci, jer tuženik nije izvršio svoju obvezu. Prema nalazu i mišljenju vještaka financijske struke u prvostupanjskom postupku je utvrđeno da izmakla dobit tuženika-protutužitelja iznosi 633.538,68 kn. Do tog iznosa je vještak došao uzimajući u obzir količinu akumulatora i prodajnu cijenu ugovorenu sa svakim od inozemnih kupaca, te uzimajući u obzir odbitak prema kalkulaciji troškova proizvodnje tako da izmakla dobit predstavlja razliku u cijeni, to jest očekivani profit koji je tuženiku izostao zbog raskida

Republike Hrvatske (VTS) ističe: "Financijski vještak je visinu štete odnosno izmaklu dobit izračunao samo na temelju kalkulacije troškova. Za utvrđenje mogućnosti ostvarenja dobiti i visine dobiti potrebno je poznavanje tržišta, ponude i potražnje u odnosu na akumulatore u kritično vrijeme. Zbog toga je osnovana žaliteljeva primjedba o stručnosti vještaka. Tužitelj-protutuženik morao bi biti isključivo odgovoran što dobit nije ostvarena, a da je tuženik kod toga postupao savjesno, odnosno poduzeo sve što je mogao da bi ovu štetu umanjio odnosno otklonio. Naime, vještak nije obrazložio svoj nalaz i mišljenje, i na te okolnosti, nego je visinu štete utvrdio samo na temelju kalkulacije troškova." (…) "Pod izgubljenom dobiti podrazumijeva se samo ona dobit za koju je sigurno da bi je naručitelj, odnosno tuženik, dobio prema redovnom tijeku stvari ako bi izvođač, tj. tužitelj, ispunio svoju obvezu."

U odluci Pž 809/05 od 12. listopada 2005. godine[53] VTS ističe: "Iz vještačkog nalaza je vidljivo da je vještak svoj nalaz i mišljenje utemeljio na podacima o smanjenju broja zaposlenika koji su obavljali poslove kontrole, te da je vještak primijenio tu kontrolu. Vještak navodi da bi se isti rezultat dobio i da se uzme količina kontrolirane nafte i utrošeni broj sati, te cijena iz ugovora (…) Vještak u svom dopunskom nalazu (…) osvrće se i na alternativno prikazanu izmaklu dobit (…), te ukazuje da izmakla dobit u ovom iznosu je rezultat prihoda koji nisu samo rezultat broj osoba koje obavljaju tu kontrolu, već broja sati kontrole i količine nafte koja se kontrolira. Iz ovakvoga nalaza vještaka proizlazi, da se način utvrđivanja izgubljene zarade može utvrđivati i drugom metodom - broj sati kontrole i količina nafte koja se kontrolira. Upravo iz razloga, što je vještak tijekom postupka vještačenja prezentirao različite visine iznose pretrpljene štete, te što je svoj nalaz bazirao na broju izvršitelja, ovaj sud nalazi da je potrebno u nastavku postupka izvršiti dopunsko vještačenje te izračunati izgubljenu zaradu na bazi broja sati obavljane kontrole, obzirom na količinu, a na što tuženik osnovano ukazuje u žalbi."

Ako se kod ugovorima definiranih iznosa koje oštećenik zbog štetnikove radnje nije ostvario javljaju teškoće pri njihovu kvalificiranju kao izmakle koristi, jasno je da su kod povreda tržišnog natjecanja te teškoće mnogo veće. Isto tako, pristup da se pod izgubljenom dobiti podrazumijeva samo ona dobit za koju je sigurno da bi je oštećenik ostvario doveo bi do toga da oštećenik gotovo nikad ne uspije s tužbenim zahtjevom, jer sigurnosti kod ove vrste gubitaka nema i ne može biti, samo veće ili manje vjerojatnosti.

Kao pomoć sudovima u složenom zadatku određivanja visine iznosa naknade na koju oštećenik ima pravo, Komisija je izradila Praktični vodič kvantifikacija štete u tužbama za naknadu štete temeljenima na povredi članka 101. ili 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.[54] On je informativan i ne obvezuje nacionalne sudove. Sadrži niz informacija o samoj šteti koja nastaje povredom europskog prava tržišnog

navedena tri ugovora. Odluka dostupna na: http://www.sudacka-mreza.hr/sudska-praksa.aspx (27.01.2017.).

53 U ovom je slučaju bila sporna visina izmakle koristi koju je tužitelj pretrpio zbog jednostranog raskida dijela Ugovora o obavljanju poslova kvantitativne i kvalitativne kontrole sirove nafte. Odluka dostupna na: http://www.sudacka-mreza.hr/sudska-praksa.aspx (27.01.2017.).

54 Na hrvatskom jeziku dostupan na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification _guide_hr.pdf (25.01.2017.).

natjecanja te o brojnim metodama i tehnikama izračuna iste koje se mogu primijeniti u konkretnim slučajevima. Iako se odnosi na štetu prouzročenu povredom europskog prava tržišnog natjecanja, prikazane metode i tehnike mogu biti vrlo korisne i kod drugih povreda kod kojih se javlja potreba procjene što bi bilo da nije bilo određene štetne radnje.

Temeljno pitanje određivanja visine pretrpljene štete određivanje je što bi se dogodilo, kakvo bi stanje na tržištu bilo da nije bilo povrede pravila tržišnog natjecanja. Iz takvog se hipotetskog scenarija ("protučinjenični scenarij", engl. *counterfactual scenario*) predviđa kakav bi bio položaj oštećenika i uspoređuje se s onim kakav je on sada. Ta se analiza naziva "analizom no - zbog" (engl. *but-for analysis*).[55] Ovisno o obliku štete za koju je tužitelj postavio zahtjev za naknadu, izabiru se ekonomske varijable koje će se uzeti u obzir (npr. cijena, količina prodaje, dobit, tržišni udio…). Sve te varijable ovise o nizu faktora na tržištu i njihovom međudjelovanju, složenoj interakciji sudionika tržišta i nemoguće je sa sigurnošću tvrditi kako bi se stanje na tržištu odvijalo da do povrede nije došlo. Stoga se hipotetski scenarij temelji na velikom broju pretpostavki, čemu u praksi jako puno doprinosi i nedostupnost potrebnih podataka. Nemoguće je odrediti precizan, onaj "pravi" iznos pretrpljene štete, već više ili manje preciznu procjenu istog.[56]

Zbog svijesti o velikim poteškoćama koje se kod izračuna šteta zbog povrede prava tržišnog natjecanja mogu javiti, Direktiva je ostavila mogućnost da se iznos štete procijeni prema slobodnoj ocjeni suda. Države članice moraju osigurati da standard dokazivanja potrebnog za izračunavanje štete ne čini pravo na naknadu štete praktički nemogućim ili pretjerano teškim, te stoga nacionalni sudovi moraju imati ovlast, u skladu s nacionalnim postupcima, procijeniti iznos štete ako je utvrđeno da ju je tužitelj pretrpio, ali je praktički nemoguće ili pretjerano teško točno je kvantificirati na temelju raspoloživih dokaza (čl. 17. st. 1. Direktive). To je propisano u čl. 17. st. 1. Prijedloga.[57] Države članice moraju osigurati da na zahtjev nacionalnog suda, nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje može pomoći sudu u određivanju iznosa naknade štete kada to tijelo takvu pomoć smatra primjerenom (čl. 17. st. 3. Direktive). Prijedlog je tu mogućnost propisao u čl. 17. st. 2.[58], ali je izostavljena procjena primjerenosti takve pomoći nadležnog tijela za tržišno natjecanje. Hoće li se i u kom smjeru razvijati suradnja trgovačkih sudova i Agencije, po pitanju procjene iznosa štete, tek predstoji vidjeti.

Uz svu pomoć koji Praktični vodič može pružiti sucima, odnosno vještacima (teško da će se suci sami upuštati u izračune, bez obzira koliko im primjenjivih metoda i tehnika bilo objašnjeno), zadatak izračuna visine naknade na koju oštećenik ima pravo, nama se i dalje čini iznimno teškim. Stoga mogućnost da se na kraju iznos štete procijeni prema slobodnoj ocjeni suda, uz pomoć tijela nadležnog za tržišno

55 Vidi t. 11. i 12. Praktičnog vodiča, str. 9.-10.

56 Vidi t. 15.-17. Praktičnog vodiča, str. 10.

57 Čl. 17. st. 1. Prijedloga: *Ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, ali se na temelju raspoloživih dokaza visina iznosa pretrpljene štete ne može utvrditi ili bi se mogla utvrditi samo s nerazmjernim teškoćama, sud će procijeniti iznos štete prema slobodnoj ocjeni.*

58 Čl. 17. st. 2. Prijedloga: *Kod određivanja iznosa naknade štete sud može zatražiti stručnu pomoć tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja.*

natjecanje, svakako treba pozdraviti, iako se tek treba vidjeti u kojim će se slučajevima ona koristiti, tj. kada će se smatrati da je praktički nemoguće ili pretjerano teško na temelju raspoloživih dokaza odrediti visinu te naknade.

4. NEIMOVINSKA ŠTETA (POVREDE PRAVA OSOBNOSTI PROUZROČENE POVREDOM PRAVILA TRŽIŠNOG NATJECANJA)

Člankom 5. Prijedloga propisano je da uz pravo na potpunu naknadu imovinske štete, oštećenik ima pravo i na popravljanje neimovinske štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja. Ovim je naš predlagatelj zakona u zaštiti oštećenika išao dalje od propisanog Direktivom, budući da se u njoj ne spominje neimovinska šteta. To ne čudi, jer su po samoj svojoj prirodi štetne radnje o kojima je riječ ponajprije usmjerene na stanje na tržištu i posljedice istih su gubitci ekonomske prirode. Osim toga, po pitanju prava na popravljanje neimovinske štete pravnim osobama, nacionalni pravni sustavi jako se razlikuju i još uvijek prevladava restriktivan pristup, odnosno nepriznavanje pravnim osobama prava na naknadu te vrste štete.

Kao radnja usmjerena na stanje na tržištu, povreda prava tržišnog natjecanja neimovinska dobra pravnih subjekata moći će "zahvatiti" isključivo posredno. Za neimovinske štete koje nastanu posredno, tj. iz štetnih radnji čiji objekt nije neposredno neimovinsko dobro oštećenika, naš pravni poredak je do sada priznavao pravo na naknadu samo iznimno, kada je posebno propisana, kao u slučaju smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe.[59] Uskoro ćemo, dakle, u našem poretku imati još jedan takav slučaj priznavanja prava na naknadu za neimovinsku štetu, kada je ista prouzročena povredom prava tržišnog natjecanja.

Za neka prava osobnosti pravnih osoba[60] može se tvrditi da se mogu povrijediti narušenom tržišnom utakmicom (npr. poduzetnik mora promijeniti dosadašnji način poslovanja što utječe na ugled i dobar glas koji je do sada imao ili potpuno prestati djelovati na tržištu čime je povrijeđena njegova sloboda privređivanja i sl.). Ipak, smatramo potrebnim naglasiti kako su to posredne povrede koje nastaju uz imovinsku štetu, ili kao posljedica iste, a nikada samostalno. Ako se za imovinsku štetu ističe da je određivanje visine naknade koju oštećenik treba dobiti zbog povrede pravila tržišnog natjecanja teško, ono je kod neimovinske štete višestruko teže. U poredbenim pravnim sustavima u kojima se u sudskoj praksi priznaje pravo na novčanu naknadu za neimovinsku štetu pravnih osoba,[61] često se ističe da se ona zapravo koristi kada

59 Čl. 1101. ZOO. Tako, npr. pravo na naknadu neimovinske štete nije priznato dječaku čiji je kućni ljubimac ubijen pred njegovim očima, jer radnja nije bila usmjerena na njegov život i zdravlje, iako je u postupku dokazano da je zbog iste imao zdravstvenih problema i trpio posljedice (ŽS u Varaždinu, Gž-1113/12-2., od 11. prosinca 2013., Portal IUS-INFO, http://www.iusinfo.hr).

60 U čl. 19. ZOO-a navodi se primjerice prava osobnosti fizičkih i pravnih osoba, pri čemu pravne osobe imaju sva prava osobnosti kao i fizičke, osim onih koja su vezana uz biološku bit fizičkih osoba, "a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr." (čl. 19. st. 3. ZOO).

61 O neimovinskoj šteti pravnih osoba u poredbenom pravu vidi: Klarić, Petar, Nematerijalna šteta pravne osobe, u: Odštetno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 325.-346.

je teško ili nemoguće izračunati imovinsku štetu koju pravna osoba pretrpi. Budući da je Prijedlogom predviđeno izričito priznavanje prava na popravljanje neimovinske štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja, pravična novčana naknada za neimovinsku štetu pravnih osoba, i u našem bi pravu mogla oštećenicima poslužiti u tu svrhu, "popravljanja" imovinske štete za koju je izvjesno da su je pretrpjeli, ali se ne može precizno odrediti, odnosno izračunati visina naknade. Hoće li u tom smjeru krenuti naša sudska praksa, teško je za predvidjeti, posebno stoga jer su odluke o pravičnoj naknadi zbog povrede prava osobnosti pravne osobe iznimno rijetke.

Fizičke osobe iz ovih štetnih radnji trpe ponajprije imovinsku štetu (u pravilu plaćaju više cijene). Stoga, kada se razmatra fizička osoba kao potencijalni oštećenik, subjekt kojem je povredom prava tržišnog natjecanja povrijeđeno neko pravo osobnosti, još nam je teže predvidjeti u kom bi smjeru sudska praksa mogla krenuti, no što je to kod oštećenika koji su pravne osobe.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iako to prema izričitom tekstu predloženog zakona ne bi trebalo biti tako, pojam imovinske štete, u oba njezina oblika (stvarne štete i izmakle koristi), u našem bi pravu mogao doživjeti velike promjene. Iz izričito propisanih ciljeva Direktive, te sudske prakse europskih sudova koja je prethodila njenom donošenju, proizlazi da bi mnogi ekonomski gubitci, za koje je prema našoj dosadašnjoj sudskoj praksi bilo teško očekivati da osoba koja ih pretrpi dobije naknadu, trebali postati naknadivi, tj. dobiti kvalifikaciju štete. Odgovor na to hoće li se to i dogoditi ovisi o tomu hoće li nova pravila potaknuti oštećenike da štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja zaista i utužuju. To bi trebalo vrijediti samo za gubitke koji su posljedica tih vrsta povreda, ali je teško zamisliti da to ne bi utjecalo i na "opći" pojam imovinske štete, odnosno štete nastale zbog drugih štetnih radnji.

Sva dosadašnja parcijalna ujednačavanja pravila o odgovornosti, izdvajanjem pojedinih područja koja se ujednačavaju bez obzira na nemogućnost usuglašavanja nekih temeljnih općih pravila, povlače za sobom i određene negativne posljedice. Radi osiguravanja jedinstvene primjene propisa i jednakosti na području Unije, otvara se mogućnost nejednakosti u nacionalnom poretku. Ne vidimo opravdanja da se oštećenici koji pretrpe istu vrstu gubitaka različito tretiraju, odnosno da oni koji pretrpe štetu zbog povrede prava tržišnog natjecanja budu u boljem položaju u odnosu na druge oštećenike. Smatramo da tumačenje pojma stvarne štete i izmakle dobiti kao posljedice povrede prava tržišnog natjecanja, treba biti jednako onom koje je posljedica neke druge štetne radnje. Što je šteta, više od bilo koje zakonske definicije govori doseg odgovornosti za istu, a taj je u pravu tržišnog natjecanja mnogo širi nego u drugim područjima građanskopravne odgovornosti u našem pravu (i nacionalnim pravima većine država članica).

Olakšavanje položaja oštećenika, kojem je Direktiva djelomično pridonijela vjerojatno će moći iskoristiti samo "veliki" igrači na tržištu, koji si mogu priuštiti troškove postupka i rizik koji taj postupak sa sobom nosi. Mali poduzetnici i pojedinci (potrošači) na koje se na kraju prelije većina štete vjerojatno će ipak ostati bez naknade.

Ideja da će Direktiva uspjeti ostvariti jedan od ciljeva, da potpuna naknada bude dostupna svim oštećenima, teško će se ostvariti bez dodatnih zakonodavnih aktivnosti europskog i nacionalnih zakonodavaca. Bez kolektivne pravne zaštite i rješavanja pitanja troškova postupka, teško je očekivati njeno ostvarenje. Smatramo da bi se ideja obeštećenja svih oštećenih subjekata (posebno malih poduzetnika i potrošača) lakše ostvarila kroz neke druge mehanizme, izvan građanskopravnih postupaka za naknadu štete (npr. tijela za provedbu prava tržišnog natjecanja, budući da imaju pristup potrebnim informacijama i dokazima i mogućnost procjene okvirnog iznosa ukupne štete koje je određena takva povreda prouzročila, mogla bi obvezati štetnike na uplatu u neku vrstu fonda iz kojeg bi se oštećenicima naknađivali procijenjeni iznosi).

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Bukovac Puvača, Maja, Butorac, Vlatka, Izvanugovorna odgovornost za štetu prouzročenu povredom pravila tržišnog natjecanja, Hrvatska pravna revija, 12, 2008., str. 32.-54.
2. Bukovac, Puvača, Maja, Slakoper, Zvonimir, Belanić, Loris, Obvezno pravo, Posebni dio II. Izvanugovorni odnosi, Novi informator, Zagreb, 2015.
3. Friederiszick, Hans, W., Rauber, Michael, A Fleet Without a Captain? Taking Stock of European Antitrust Litigation Post EU Directive, CPI Antitrust Cronicle, January, 2015 (1), www.competitionpolicyinternational.com
4. Klarić, Petar, Vedriš, Martin, Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2014.
5. Magnus, Ulrich, Comparative Report on the Law of Damages, u: Unification of Tort Law: Damages, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001., str. 185.-217.
6. Petrić, Silvija, Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009., str. 473.-513.
7. Petrić, Silvija, Načela europskog odštetnog prava (PETL), Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 10., Mostar, 2012., str. 63.-77.
8. Petrić, Silvija, Usklađivanje europskog odštetnog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7., Mostar, 2009., str. 121.-139.
9. Peyer, Sebastian, Compensation and the Damage Ditrective, European Competition Journal, 2016, Vol. 12, no. 1., str. 87-112.
10. Peyer, Sebastian, The European Damages Directive fails to deliver, but can it be fixed?, https://competitionpolicy.wordpress.com/2015/03/03/the-european-damages-directive-fails-to-deliver-but-can-it-be-fixed
11. Stuyck, Jules, Damages for Loss Caused by a Cartel: The Causal Link Comments on the Kone Judgment of the Court of Justice of the EU, European Rewiew of Private Law, 2015., Vol. 23, 3., str. 459.-470.
12. Truli, Emmanuela, Will Its provision Serve Its Goals? Directive 2014/104/EU on Certain Rules Governing Actions for Damages for Competition Law Infringements, Jouranl of European Competition Law & Practice, 2016, Vol. 7., no 5, str. 299.-312.

Pravni izvori:

1. Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. godine o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije, Službeni list Europske unije, L 349/1, 5.12.2014.
2. Green Paper, damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 672 final, 19.12.2005.
3. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules COM(2008) 165, 2.4.2008.
4. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, broj 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15
5. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine 79/09, 80/13
6. Principles of European Tort Law (PETL)
7. Draft Common Frame of Reference (DCFR)
8. Praktični vodič kvantifikacija štete u tužbama za naknadu štete temeljenima na povredi članka 101. ili 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification _guide_hr.pdf

Sudska praksa:

Presuda od 20. rujna 2001., Courage i Crehan, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465
Presuda od 13. srpnja 2006., Manfredi i dr., C-295/04 do C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461
Presuda od 14. lipnja 2011., Pfleiderer, C- 360/09, ECLI:EU:C:2011:389
Presuda od 6. studenog 2012., Otis i dr., C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684
Presuda od 6. lipnja 2013., Donau Chemie i dr., C -536/11, ECLI:EU:C:2013:366
Presuda od 5. lipnja 2014., Kone, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317
Mišljenje nezavisne odvjetnice Juliane Kokott od 30. siječnja 2014., ECLI:EU:C:2014:45
ŽS u Varaždinu, Gž-1113/12-2., od 11. prosinca 2013., Portal IUS-INFO, http://www.iusinfo.hr
VTS, Pž 3707/05 od 11. ožujka 2008. godine
VTS, Pž 809/05 od 12. listopada 2005. godine

Summary

ECONOMIC LOSSES AS DAMAGE IN CROATIAN TORT LAW AFTER IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE 2014/104/EU

Directive 2014/104/EU, which should facilitate the exercise of the right to compensation for damage caused by an infringement of competition law, has entered into force at the end of 2014. In this paper author draws attention to some issues of liability for damages recognized as disputable during the process of its adoption, but failed to regulate by European legislator. In more detail is analysed the notion of damage, for which Directive endeavour to ensure effective exercise the right to claim full compensation in the national courts of the EU Member States. Due to the nature of acts, which represent the infringements of competition law (anti-competitive agreements and abuse of dominance); application of adopted rules seems to be very complicated in practice. Particularly complex issues are passing-on defence, the indirect purchasers' right to claim, the recognition of the impact of protective prices ("umbrella effects") and quantification of damage. The paper presents the provisions of draft bill by which Directive should be transposed in Croatian legislation, related to the discussed issues.

Keywords: *competition, compensation, material damage, non-pecuniary damage*

Zusammenfassung

WIRTSCHAFTLICHE VERLUSTE ALS SCHADEN IM KROATISCHEN DELIKTSRECHT NACH DER UMSETZUNG DER RICHTLINIE 2014/104/EU

Die Richtlinie 2014/104/EU, welche die Ausübung des Anspruchs auf Schadenersatz wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts erleichtern sollte, ist Ende 2014 in Kraft getreten. In diesem Artikel setzt sich die Autorin mit der Frage der Schadensersatzhaftung auseinander, die im Prozess seiner Annahme als strittig erkannt aber nicht vom europäischen Gesetzgeber reguliert wurde. Im Einzelnen wird der Begriff des Schadens analysiert, für den sich die Richtlinie bemüht, eine wirksame Ausübung des Anspruchs auf volle Entschädigung in den nationalen Gerichten der EU-Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Aufgrund der Art der Schadenshandlungen, welche die Verletzung des Wettbewerbsrechts (wettbewerbswidrige Vereinbarungen und Missbrauch von Beherrschung) darstellen, scheint die Anwendung der verabschiedeten Regeln in der Praxis sehr kompliziert zu sein. Besonders komplex sind die Fragen der Verteidigung, des Anspruchs der indirekten Einkäufer, der Anerkennung der Auswirkungen von Schutzpreisen ("Umbrella-Effekte") und der Quantifizierung von

Schäden. Dieser Artikel enthält die Bestimmungen des Gesetzentwurfs, durch welche die Richtlinie in kroatischem Recht im Zusammenhang mit den diskutierten Fragen umgesetzt werden sollte.

***Schlüsselwörter**: Wettbewerb, Schadenersatz, Sachschaden, Vermögensschaden.*

Riassunto

LE PERDITE ECONOMICHE QUALI DANNI NEL DIRITTO RISARCITORIO CROATO DOPO L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/104/UE

Alla fine dell'anno 2014 è stata varata la Direttiva 2014/104/UE, la quale dovrebbe facilitare la realizzazione del diritto al risarcimento del danno ai soggetti che subiscano un danno a causa della violazione del diritto della concorrenza. Il lavoro invita a prestare attenzione ad alcune delle questioni dibattute circa la responsabilità per i danni, le quali in occasione dell'emanazione della direttiva furono riconosciute come tali, benché il legislatore europeo non sia riuscito a dirimerle. Il lavoro tratta nel dettaglio del concetto di danno in sé, ovvero di quelle perdite a fronte delle quali la Direttiva si aspetta che i singoli stati membri nei relativi procedimenti per il risarcimento dei danni dinnanzi ai propri tribunali garantiscano un'efficace realizzazione del diritto al risarcimento degli stessi. In ragione della natura stessa dei fatti dannosi che inficiano la concorrenza (accordi vietati ed abuso di posizione dominante), si avverte che l'applicazione pratica delle soluzioni adottate potrebbe risultare assai complessa. In particolare si rilevano le questioni riguardanti l'obiezione del trasferimento transfrontaliero dei prezzi, il riconoscimento dell'interesse giuridico in capo ai compratori indiretti, il riconoscimento degli effetti del prezzo tutelato ed il calcolo dell'importo del risarcimento del danno che andrebbe riconosciuto in capo ai danneggiati. Nel lavoro si commentano le disposizioni della proposta di legge con la quale la Direttiva dovrebbe trovare attuazione nel nostro ordinamento, con particolare attenzione per quelle disposizioni che si riferiscono alle questioni oggetti del presente lavoro.

***Parole chiave:** concorrenza, ristoro del danno, danno patrimoniale, danno non patrimoniale.*

ODRŽIVA JAVNA NABAVA

Dr. sc. Marko Šikić, izvanredni profesor
Dr. sc. Marko Turudić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 35.073.3
Ur.: 9. siječnja 2017.
Pr.: 22. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira koncept održive javne nabave; teorijska podloga, razvoj implementacije u inozemne pravne sustave, pravo Europske unije i Republike Hrvatske. Nakon uvodnog postavljanja teorijskih okvira i prepoznavanja potrebe za uvođenjem promicanja ciljeva održivog razvoja u javnonabavni pravni okvir, opisuje se razvoj koncepta u inozemnim pravnim sustavima. Nakon toga, prikazuje se postupni razvoj elemenata održivosti u javnoj nabavi u pravu Europske unije, kroz praksu Suda Europske unije i dva posljednja javnonabavna regulatorna okvira. U sljedećem dijelu rada analizira se sadašnji pravni sustav javne nabave u Republici Hrvatskoj radi utvrđivanja postojanja elemenata održivog razvoja, kao i praksa domaćih naručitelja u implementaciji elemenata održivosti u postupke javne nabave. Rad završava analizom kako će na domaći pravni sustav utjecati značajno širenje koncepta održive javne nabave u novom regulatornom okviru Europske unije.

Ključne riječi*: upravno pravo, javna nabava, održivi razvoj, Europska unija.*

1. UVOD

Pravo javne nabave važan je dio pravnog sustava svake države. Postupcima javne nabave država osigurava obavljanje gotovo svih svojih javnih funkcija, nabavljajući dobra, radove i usluge od važnosti za svoje djelovanje. Javnom nabavom koristi se značajan dio proračunskih sredstava države, čime ona predstavlja velik dio državne potrošnje, ali i značajan dio opće gospodarske djelatnosti u svakoj državi. Tako postoje procjene da javne nabave čine oko 19 posto BDP-a Europske unije[1] (u nastavku rada: EU), dok je u Republici Hrvatskoj taj postupak nešto niži i čini oko 12 posto BDP-a.[2] Upravo činjenica da država kroz postupke javne nabave čini

1 Izjava Povjerenika za unutarnje tržište i usluge Barniera povodom usvajanja novog regulatornog okvira za javnu nabavu, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-18_en.htm?locale=en, pristupljeno 15. prosinca 2015.

2 Godine 2013. vrijednost javne nabave u Republici Hrvatskoj bila je 12,08 % BDP-a, *Statističko izvješće o javnoj nabavi u Republici Hrvatskoj za 2013. godinu Uprave za sustav javne nabave ministarstva gospodarstva*, http://www.javnanabava.hr/userdocsimages/userfiles/file/Statisti%C4%8Dka%20izvje%C5%A1%C4%87a/Godi%C5%A1nja/Statisticko_izvjesce_JN-2013.pdf, str. 10. (15. prosinca 2015.).

tako značajan dio gospodarstva, daje državi dodatnu moć i mogućnosti utjecaja na tržišna zbivanja. Kako su privatni poduzetnici vrlo zainteresirani za postupke javne nabave i mogućnosti koje pruža poslovanje s državom, državi se otvara mogućnost ostvarivanja i sekundarnih ciljeva, koji nikako nisu manje važni od primarnih ciljeva koji se ostvaruju postupcima javne nabave.

Ako kao primarne ciljeve odredimo učinkovito raspolaganje s javnim sredstvima, dobivanje najbolje moguće usluge, radova ili dobara uz najmanju moguću cijenu te zaštitu tržišnog natjecanja, kao sekundarne ciljeve možemo odrediti ostvarivanje određenih socijalnih i okolišnih ciljeva.[3] Pod socijalnim ciljevima mislimo na ciljeve kao što su promicanje socijalno odgovornog poslovanja zapošljavanjem socijalno ugroženih i marginaliziranih skupina društva, poštovanje radničkih prava, dok bi okolišni ciljevi bili poticanje ekološki osviještenog poslovanja i korištenje proizvodnih i poslovnih procesa koji imaju minimalno štetan učinak na okoliš. Okvirni naziv za postupke javne nabave koji uvažavaju i ostvarenje takvih ciljeva je održiva javna nabava. Uvrštavanjem socijalnih i okolišnih kriterija kao uvjeta u postupcima javne nabave država može značajno poticati odgovorno poslovanje i unaprjeđivati dobrobit svojih građana, te ostvarivati ciljeve koji nisu nužno izravno vezani primarnim ciljevima javne nabave.

Takva razmišljanja u pravnoj teoriji i praksi javne nabave postoje već duže vrijeme. Praktične začetke održive javne nabave možemo pratiti od 19. stoljeća u Ujedinjenom Kraljevstvu (u nastavku rada: UK) i Sjedinjenim Američkim Državama (u nastavku rada: SAD). Tako je 1840. Predsjednik SAD-a Martin Van Buren izdao izvršnu naredbu kojom uspostavlja desetosatni radni dan za radnike koji rade na određenim državnim (javnonabavnim) ugovorima, dok je 1891. Parlament UK-a donio rezoluciju o pravičnim plaćama za radnike koji rade na državnim (javnonabavnim) ugovorima.[4]

U okviru prava EU-a održiva javna nabava javlja se u nekoliko javnonabavnih regulatornih okvira. Značajniji početci primjećuju se u regulatornom okviru iz 2004.[5], dok snažan proboj dolazi tek u najnovijem regulatornom okviru iz 2014. godine.[6] Ipak, koncept održive javne nabave ima i svoje nedostatke. Tako se u teoriji opravdano postavljaju pitanja koliko elementi održivosti u postupcima javne nabave utječu

3 Za sličnu podjelu vidi i Thai, K. V., *Public procurement re-examined*, Journal of public procurement, Volume 1, br. 1, 2001., str. 27.

4 McCrudden, C., *Using public procurement to actieve social outcomes*, Natural Resources Forum, vol. 28., br.4., 2004., str. 258.

5 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama i Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/17/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga.

6 Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, i Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji.

na učinkovito trošenje proračunskih sredstava. Može se zaključiti i kako uvođenje elemenata održivosti kao uvjeta za ocjenu ponuda u postupcima javne nabave dodatno komplicira već ionako vrlo složen postupak i smanjuje transparentnost postupaka javnih nabava. Također, uspješnost ostvarivanja primarnih ciljeva javne nabave vrlo je lako empirijski utvrditi. Ali vrlo je teško učinkovito provjeriti koliko postupci održive javne nabave pozitivno utječu na ostvarenje upravo tih sekundarnih socijalnih i ekoloških ciljeva. Rad ćemo započeti definiranjem glavnih elemenata održive javne nabave i ciljeva koji se njome ostvaruju i povijesnim razvojem održive javne nabave u komparativnom pravu. U nastavku ćemo analizirati odredbe o održivoj javnoj nabavi iz javnonabavnih regulatornih okvira EU-a iz 2004. i 2014., te dostupnu praksu Suda Europske unije (u nastavku rada: CEU). Rad ćemo završiti analizom održive javne nabave u hrvatskom pravnom sustavu, usklađenosti s novim regulatornim okvirom EU-a i prijedlozima za unaprjeđenje.

2. DEFINIRANJE ODRŽIVE JAVNE NABAVE

Održiva javna nabava razvila se kroz praktične pokušaje uvođenja elemenata održivog razvoja u postupke javne nabave. Iako početci takvog razmišljanja postoje već čitavo stoljeće, o značajnom zamahu održivog razvoja u okviru javne nabave možemo govoriti tek u zadnjih tridesetak godina. Tako je nužno spomenuti važno Brundtland izvješće Svjetske komisije o okolišu i razvoju iz 1987., Konferenciju Ujedinjenih naroda o okolišu i razvoju iz 1992., koja je izazvala svjetske lidere da ponovno osmisle ekonomski razvoj na način da se spriječi uništavanje okoliša, ali i da se uzmu u obzir socijalni problemi.[7]

Održivu javnu nabavu može se definirati kao postupak u kojem ovlašteni naručitelji nabavljaju dobra, radove ili usluge pritom uzimajući u obzir: kriterije najbolje vrijednosti za novac kao cijena, kvaliteta, dostupnost, funkcionalnost, okolišne aspekte ("zelena javna nabava": učinci na okoliš koje proizvod ili usluga imaju tijekom postojanja ili pružanja), socijalni aspekti: učinci na iskorjenjivanje siromaštva, jednakost u distribuciji resursa, uvjeti rada i ljudska prava.[8] Uzevši u obzir da primarni cilj svakog postupka javne nabave mora biti najbolja vrijednost za novac i racionalno trošenje proračunskih sredstava, ciljeve održivog razvoja možemo karakterizirati kao sekundarne ciljeve postupaka održive javne nabave. Ispunjenju tih sekundarnih ciljeva održiva javna nabava može doprinijeti izravno izvršenjem ugovora (kada ponuditelj smanji emisije ugljičnog dioksida vezane za proizvodnju ili dostavu proizvoda ili usluge ili ako zaposli pripadnike socijalno ugroženih skupina), ili neizravno, potičući gospodarske subjekte da promijene svoju poslovnu praksu u

7 Fisher, E., *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*, European procurement and public private partnership review, vol. 8., br. 1., 2013., str. 2.

8 McCrudden, C., Legal aspects of sustainable public procurement, https://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjF1dih7OLJAhXDEHIKHbADDzsQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fmasterpublicprocurement.itcilo.org%2Fprivate-area%2Flibrary%2Fdocuments%2Flegal-aspects-of-sustainable-public-procurement%2Fat_download%2FAttachmentFile&usg=AFQjCNHAiqBhg2-JlvDXC-2KfR0uFZL-SQ&sig2=CIF7h0xZSX68FAS2TiPx9A, (17. prosinca 2015.), str. 3.

tom smislu.[9]

Kako načela održivog razvoja postaju sve važnija, pa tako i neizbježna odrednica ekonomskog razvoja zemalja, ona ne smiju biti upitna. Gospodarska moć države i njen sveobuhvatni utjecaj na tržište postupcima javne nabave dobra je podloga za ostvarivanje održivog razvoja. Implementiranjem načela održivog razvoja u kriterije za odabir najpovoljnije ponude posredno se utječe na usklađivanje poslovanja gospodarskih subjekata s načelima održivog razvoja. Ipak, implementiranje načela održivog razvoja u postupke javne nabave, pa makar i kao sekundarna načela, nailazi na kritike u teoriji i u praksi. Nekoliko je glavnih prigovora. Navodi se kako održiva javna nabava dodatno komplicira ionako složen postupak javne nabave, poskupljuje postupke javne nabave i otežava učinkovito trošenje proračunskih sredstava.[10] Postoji i bojazan da održiva javna nabava dovodi do diferencijalnog tretmana domaćih i stranih ponuditelja u specifikacijama natječaja (npr. naglašavajući važnost recikliranog sadržaja u nabavi papira, a znajući da domaći proizvođači uglavnom papir proizvode recikliranjem, mogu se u nepovoljniji položaj dovesti inozemni ponuđači koji u proizvodnji papira koriste uglavnom nereciklirane sirovine).[11] Naglasak na potvrdama o održivom poslovanju kao uvjetima pristupanja natječaju može imati diskriminatorni učinak na ponuditelje koji nemaju takve potvrde te oslanjanje na ekološke oznake za proizvode može imati isti učinak.[12]

3. RAZVOJ ODRŽIVE JAVNE NABAVE U KOMPARATIVNOM PRAVU I PRAVU EU-A

Početci uvođenja elemenata održivog razvoja u postupke javne nabave primjećuju se već krajem 19. stoljeća. U početku je naglasak bio isključivo na socijalnom aspektu koncepta održivosti. Tako u 19. stoljeću zamjećujemo početke vezivanja javne nabave i polako razvijajuće socijalne politike koja se očituje u brizi za nezaposlene i radnika općenito. U mnogo zemalja to je rezultiralo korištenjem javnih radova, nekad financiranih postupcima javne nabave, kao sredstva za borbu protiv nezaposlenosti.[13] U nekim zemljama javna nabava i javni ugovori korišteni su kako bi se propisala minimalna plaća. Tako je Davis-Bacon zakonom iz 1931. u SAD-u propisana minimalna plaća za radnike u projektima gradnje u kojima je SAD ili okrug Columbia bio stranka u ugovoru.[14] Od 1960-ih do danas, svjedočimo ekspanziji antidiskriminacijskog prava pod utjecajem prava SAD-a. Tako se zaštita raznih društvenih manjina od diskriminacije počela provoditi i putem postupaka

9 Semple, A., *The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?,* u *Sustainable public procurement under EU law: New perspectives on the state as stakeholder*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015., str. 2.

10 Conway, D. M., *Sustainable Procurement Policies and Practices at the State and Local Government Level*, Greening local government, K. Hirokawa & P. Salkin, eds., 2012., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2095576, pristupljeno 1. prosinca 2016., str. 48.

11 *Ibid.* str. 6.

12 *Ibid.*

13 McCruden, *op. cit.* (bilj. 4.), str. 258.

14 *Ibid.*

javne nabave.[15] To je posebice naglašeno u pravu SAD-a. Tako održivi elementi javne nabave u pravu SAD-a poglavito naglasak stavljaju na izbjegavanje diskriminacije i pružanje jednakih prilika svima u postupcima javne nabave.[16] Takve su se ideje ostvarile kroz savezne propise koji su poticali sklapanje javnonabavnih ugovora s ponuditeljima čiji su vlasnici žene ili predstavnici manjina, s posebnim naglaskom na američke Indijance.[17] U skladu s time, vlada SAD-a, uspostavila je i pravne uvjete za nabavu od dobavljača u vlasništvu pripadnika manjina za kompanije koje žele sudjelovati u javnonabavnim postupcima, u čijem provođenju sudjeluje i posebna agencija, Agencija za razvoj poslovanja manjina (Minority Business Development Agency, MBDA).[18]

Navedene politike SAD je koristio i kao alat za zabranu nabave iz zemalja koje su tom trenutku imale, prema sudu SAD-a, socijalno neprihvatljivo ponašanje prema dijelu svoje vlastite populacije. Tako je SAD u vlastitim javnonabavnim postupcima isključivao ponuditelje iz Sjeverne Irske ili Južnoafričke Republike, kako bi lokalnim vlastima ukazao na neprihvatljivost religijske (Sjeverna Irska) ili rasne (Južnoafrička Republika) nesnošljivosti.[19]

Ideje održive javne nabave iz SAD-a proširile su se i na zemlje sa SAD-u pravno bliskim sustavima, kao što su Kanada, Australija i Novi Zeland. U Kanadi je, tako, 1986. usvojen Savezni program za ugovaratelje (Federal Contractors Programme), koji je propisao obvezu javnim naručiteljima na saveznoj i lokalnoj razini da u postupke javne nabave uključe obveze jednakog zapošljavanja.[20] Nastavak takvog razvoja vidimo i u usvajanju Javnonabavne strategije za poduzeća u vlasništvu Aboridžina (Procurement strategy for Aboriginal Business)[21] u Kanadi, kojom se potiče odabir ponuditelja u vlasništvu kanadskih Aboridžina u postupcima javne nabave. Također, postoji i čitav niz sličnih strategija na razini saveznih država.[22]

Australija i Novi Zeland donijeli su zajednički Vladin okvir za održivu javnu nabavu (Australian and New Zealand Government framework for Sustainable Procurement)[23], čiji je glavni cilj uspostaviti seriju nacionalnih načela koja bi pomogla

15 *Ibid.*

16 Brammer, S., Walker, H. L., Sustainable procurement practice in the public sector: An international comparative study, University of Bath Working Paper 2007, http://opus.bath.ac.uk/281/1/2007-16.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016., str. 12.

17 *Ibid.*

18 Worthington, I., Ram, M., Shah, M., Boyal, H., Drivers of and barriers to supplier diversity initiatives: a cross-national study, http://www.crrconference.org/Previous_conferences/downloads/worthington.pdf, pristupljeno 5. prosinc 2016., str. 4. i 5.

19 Brammer, Walker, op. cit. (bilj. 16), str. 12.

20 Barraket, J., Keast, R., Furneaux, C., *Social procurement and new public governance*, Routlege, New York 2016., str. 35.

21 Procurement Strategy for Aboriginal Business, http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100032802/1100100032803, pristupljeno 5. prosinca 2016.

22 Dragicevic, N., Ditta, S., Community benefits and social procurement policies - A jurisdictional review, https://mowatcentre.ca/wp-content/uploads/publications/121_community_benefits_and_social_procurement_policies.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016., str. 7.

23 Australian and New Zealand Government Framework for Sustainable Procurement, http://www.apcc.gov.au/ALLAPCC/APCC%20PUB_ANZ%20Government%20Framework%20for%20Sustainable%20Procurement%20-%20Sept%202007.pdf, pristupljeno 5. prosinca

javnim tijelima u implementiranju načela održivog razvoja u nabavu roba, usluga i radova.[24]

Nadležnost EU-a da regulira javnu nabavu proizlazi iz odredbi Ugovora o funkcioniranju Europske unije koje uređuju osnivanje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Kao i u drugim područjima, svrhovito tumačenje relevantnih odredbi proširilo je doseg reguliranja izvan mjera nužno potrebnih za osiguranje slobodnog kretanja dobara, usluga, ljudi i kapitala.[25] Arrowsmith i Kunzlik identificiraju tri načina na koje je javnonabavni regulatorni okvir EU razvijao unutarnje tržište: zabrana diskriminacije, osiguranje transparentnosti i uklanjanje nerazmjernih ograničenja pristupa tržištu.[26]

Održiva javna nabava u pravni poredak EU-a počela se probijati od 1980-ih godina. Glavnu ulogu u implementiranju održivih načela u javnu nabavu imao je CEU, i tu primjećujemo određeni obrnuti pristup. Umjesto standardnog puta donošenja direktiva koje bi slijedila praksa CEU-a, u području održive javne nabave praksa CEU-a dovela je do implementacije načela održive javne nabave u kasnije direktive. U svojim odlukama, CEU je naglašavao kako glavni cilj EU prava o javnoj nabavi mora biti otvaranje javnih tržišta država članica konkurenciji i osiguravanje slobodnog kretanja dobara i usluga u cijeloj EU. Ipak, u nizu odluka CEU je naveo kako i drugi ciljevi mogu biti ostvarivani u postupcima javne nabave osim strogo ekonomskih, kao što su socijalni i okolišni.[27] Najvažniji predmeti za uvođenje održive javne nabave u pravni predak EU-a su *Bentjees*[28], *Nord-Pas de Calais*[29] , *Concordia*[30] i *Wienstrom*[31]. U prva dva predmeta riječ je o ostvarivanju socijalnih ciljeva, dok je u druga dva predmeta riječ o ostvarivanju okolišnih ciljeva.

U predmetu Bentjees tužitelj je tvrdio da je odluka o odabiru u postupku javne nabave kojim je njegova ponuda odbijena, iako je bila najniža protivna tada važećoj Direktivi 70/305/EEC jer je naručitelj od ponuditelja tražio dokaz da će moći zaposliti dugoročno nezaposlene osobe. CEU je odlučio kako je navedeni uvjet u skladu s Direktivom pod uvjetom da nema izravni ili neizravni diskriminatorni učinak na ponuditelje iz drugih država članica, i da je takav uvjet spomenut u natječajnoj dokumentaciji.[32]

2016.

24 Australian and New Zealand Government Framework for Sustainable Procurement, http://www.apcc.gov.au/ALLAPCC/APCC%20PUB_ANZ%20Government%20Framework%20for%20Sustainable%20Procurement%20-%20Sept%202007.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016., str. 2.

25 Semple, A., *Reform of the EU procurement Directives and WTO GPA: forward steps for sustainability?*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089357, pristupljeno 20. prosinca 2016., str. 9.

26 *Ibid.*

27 Dragos, D. C., Neamtu, B., *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*, u *Modernising public procurement: the new Directive*, DJOF Publishing, Copenhhagen 2014., str. 302.

28 C-31/87 *Gebroeders Bentjees BV protiv Nizozemske* (1988) ECR 4635.

29 C-225/98 *Komisija protiv Francuske* (2000) ECR I-7445.

30 C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213.

31 C-448/01 *EVN i Wienstrom* (2003) ECR I-14527.

32 C-31/87 *Gebroeders Bentjees BV protiv Nizozemske* (1988) ECR 4635, točka 2. presude.

Na navedeni predmet stranke su se pozivale i u predmetu *Nord-Pas de Calais*. U tom predmetu naručitelj je naveo promicanje zapošljavanja kao jedan od kriterija za dodjeljivanje ugovora. Europska komisija tumačila je Bentjees na način da se promicanje zapošljavanja može koristiti samo kao uvjet za ispunjenje upravnog ugovora o javnoj nabavi, a da kriteriji za odabir mogu biti samo najniža cijena ili ekonomski najpovoljnija ponuda. CEU se nije složio s takvim tumačenjem i naveo je kako naručitelj kao kriterij odabira ponuditelja može koristiti najnižu cijenu ili ekonomski najpovoljniju ponudu. Ukoliko se odluči za ekonomski najpovoljniju ponudu, može koristiti podkriterije kao cijenu, vremenski rok izvršenja, tekuće troškove, profitabilnost i tehničku stručnost.[33] Kriterij promicanja zapošljavanja može se koristiti u takvom postupku javne nabave pod uvjetom da je u skladu s temeljnim načelima prava Zajednice, posebice načelima zabrane diskriminacije koje proizlazi iz odredbi Ugovora o funkcioniranju Europske unije o pravu slobodnog nastana i slobodi pružanja usluga.[34] Nadalje, iako je taj kriterij u skladu s Direktivom 93/37, CEU zaključuje kako se mora primjenjivati u skladu sa svim postupovnim pravilima koja određuje ta direktiva, osobito s pravilima o oglašavanju, što znači da kriterij poticanja zapošljavanja mora biti izričito spomenut u obavijesti o tom konkretnom javnonabavnom natječaju.[35]

U predmetu *Concordia* grad Helsinki raspisao je natječaj za usluge autobusnog prijevoza. Kao glavni kriterij izabrao je ekonomski najpovoljniju ponudu, i u sklopu toga se oslanjao na tri podkriterija: cijenu, kvalitetu autobusa i kvalitetu i ekološko djelovanje ponuditelja. Sukladno drugom podkriteriju preferirani su autobusi s manjim štetnim emisijama i bukom, a sukladno trećem podkriteriju dodatne bodove dobivali su ponuditelji koji su imali certificiran program zaštite okoliša.[36] Ponuditelj Concordia Bus nije dobio ugovor iako je ponudio najnižu cijenu, te su pred sudom tvrdili da je drugi podkriterij bio diskriminatoran. CEU u presudi ponavlja neke od uvjeta već izrečenih u *Nord-Pas de Calais* presudi, kao što su nužnost suglasnosti sa postupovnim pravilima Direktive 93/37 (u smislu oglašavanja), kao i usklađenosti s temeljnim načelima prava Zajednice.[37] Također, CEU navodi da ako naručitelj odluči dodijeliti javnonabavni ugovor ponuditelju koji podnese ekonomski najpovoljniju ponudu, može uzeti u obzir kriterije koji se odnose na zaštitu okoliša. Takvi uvjeti moraju biti povezani s predmetom ugovora, ne smiju davati naručitelju neograničenu slobodu izbora ponuditelja, moraju biti izričito spomenuti u dokumentaciji za nadmetanje i obavijesti o natječaju te moraju biti u skladu s temeljnim načelima prava Zajednice, ponajprije načelom zabrane diskriminacije.[38] Dalje, potrebno je bilo utvrditi jesu li ekološki kriteriji u konkretnom slučaju direktno vezani za predmet ugovora i daju li naručitelju neograničenu slobodu izbora ponuditelja. CEU smatra kako se kriteriji povezani s razinom dušikova oksida i razine buke autobusa, koje je naručitelj naveo, moraju smatrati izravno povezanim s predmetom ugovora, koji se odnosio

33 C-225/98 *Komisija protiv Francuske* (2000) ECR I-7445., paragraf 49.
34 C-225/98 *Komisija protiv Francuske* (2000) ECR I-7445., paragraf 50.
35 C-225/98 *Komisija protiv Francuske* (2000) ECR I-7445., paragraf 51.
36 C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213., paragraf 21 i 22.
37 C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213., paragraf 62 i 63.
38 C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213., paragraf 64.

na nabavu autobusa za javni prijevoz.[39] Također, CEU je zaključio kako kriterij u kojem se dodatni bodovi dodjeljuju ponuditeljima koji zadovolje određene specifične i objektivno odredive okolišne kriterije nisu takvi da daju naručitelju neograničenu slobodu izbora ponuditelja.[40]

U predmetu *Wiestrom*, dokumentacijom za nadmetanje zahtijeva se od ponuditelja da energiju nabavljaju iz obnovljivih izvora. Kako bi se kvalificirali, ponuditelji moraju dokazati kako mogu pružiti energije iz obnovljivih izvora minimalno u iznosu procijenjene godišnje potrošnje ureda državnih tijela Republike Austrije, te je uveden i kriterij za dodjelu koji je činio 45% ocjene, a kojim su se dodjeljivali dodatni bodovi za energiju iz obnovljivih izvora iznad propisanog minimuma[41] CEU je odlučio kako je dopustivo da naručitelj, ako se odlučio za ekonomski najpovoljniju ponudu kao kriterij, koristi kriterij energije proizvedene iz obnovljivih izvora energije. Taj kriterij, kao i u prethodno prikazanim presudama, mora biti povezan s predmetom ugovora, ne smije davati naručitelju neograničenu slobodu izbora ponuditelja, mora biti izričito spomenut u dokumentaciji za nadmetanje i obavijesti o natječaju te mora biti u skladu s temeljnim načelima prava Zajednice, posebice načelom zabrane diskriminacije.[42] Također, CEU navodi kako je dopustivo koristiti uvjet od 45 % energije iz obnovljivih izvora energije kao kriterije odabira, iako oni ne predstavljaju izravnu ekonomsku korist za naručitelja i može im se dati značajna važnost i postupku odabira ponuditelja.[43] Ipak, nije dopustivo koristiti takav kriterija ako ga ne prate uvjeti koji omogućavaju provjeru točnosti takvih podataka u ponudama, i ako se od ponuditelja zahtijeva da navedu koliko električne energije mogu isporučiti iz obnovljivih izvora energije neodređenoj skupini potrošača, i dodjeljuje maksimalni broj bodova ponuditelju koji navede najviši iznos, i gdje se količina isporuke uzima u obzir samo toliko da premašuje količinu potrošnje koja se očekuje u kontekstu predmeta nabave.[44]

Navedena praksa CEU-a poslužila je kao podloga u donošenju javnonabavnog regulatornog okvira EU-a iz 2004., u kojem se usvajaju elementi održive javne nabave. Takvi se elementi primjećuju i u drugim propisima. Tako je Direktivom 2009/33/EC[45] propisano kako naručitelji kod nabave vozila moraju uzimati u obzir njihovu potrošnju i štetne emisije, dok je Energy Star uredbom[46] propisano kako državna tijela moraju kupovati samo onu informatičku opremu koja zadovoljava minimum energetske učinkovitosti.

39 C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213., paragraf 65.
40 C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213., paragraph 66.
41 C-448/01 *EVN i Wienstrom* (2003) ECR I-14527., paragraf 18.
42 C-448/01 *EVN i Wienstrom* (2003) ECR I-14527., paragraf 34.
43 C-448/01 *EVN i Wienstrom* (2003) ECR I-14527., paragraf 72.
44 C-448/01 *EVN i Wienstrom* (2003) ECR I-14527., paragraf 72.
45 Direktiva 2009/33/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o poticanju čistih i energetski učinkovitih cestovnih vozila.
46 Uredba (EC) br. 106/2008 o zajedničkom programu oznaka o energetskoj učinkovitosti za uredsku opremuI ONDA LEGAL ORDER EU IZ PRIRUČNIKAetnog sustava praćenja, jako je teško precizno utvrditi učinak navedenih postupaka.nu inkluzi

4. REGULATORNI OKVIR IZ 2004. GODINE

Javnonabavnim regulatornim okvirom EU-a iz 2004. načela održive javne nabave po prvi put dolaze u direktive. Navedeni regulatorni okvir čine direktive 2004/18/EZ[47] i 2004/17/EZ[48]. Kako se Direktivom 2004/17/EZ uređuju javnonabavne specifičnosti kada je naručitelj iz specifičnih sektora vodoopskrbe, energije, transporta i poštanskih usluga, načela održive javne nabave prezentirat ćemo iz opće Direktive 2004/18/EZ. Također, Direktiva 2004/17/EZ ima praktički identične odredbe o održivoj javnoj nabavi kao i opća Direktiva 2004/18/EZ. Bitno je naglasiti kako su te direktive, u smislu održive javne nabave, imale vrlo ograničen doseg. Neposredno s njima, razvijao se čitav sustav sekundarnog prava EU-a čije su mjere u određenom obliku nametale nabavu s okolišnim elementima i (u manjoj mjeri) sa socijalnim elementima.[49]

U uvodnim odredbama Direktive 2004/18/EZ navodi se kako se temelji na sudskoj praksi CEU-a, posebno sudskoj praksi koja se odnosi na kriterije dodjele, koja pojašnjava mogućnosti da javni naručitelji udovolje potrebama javnosti koja je u pitanju, uključujući i ekološko i/ili socijalno područje pod uvjetom da su takvi kriteriji povezani sa sadržajem ugovora, ne daju neograničenu slobodu izbora javnim naručiteljima, izričito su spomenuti i zadovoljavaju temeljna načela.[50] Navedenim paragrafom potvrđuje se važnost prakse CEU-a za donošenje ove Direktive, i potvrđuje se kako su rješenja iz prakse CEU-a izravno u njoj uobličena. Dalje, zahtjevi za zaštitom okoliša moraju se integrirati u definiciju i provedbu politike i aktivnosti EU-a, posebno radi promicanja održivog razvoja. Ova Direktiva, prema tomu, pojašnjava kako javni naručitelji mogu doprinijeti zaštiti okoliša i promicanju održivog razvoja, ujedno osiguravajući mogućnost dobivanja najbolje vrijednosti za novac za svoje ugovore.[51] Također, ništa u ovoj Direktivi ne bi trebalo spriječiti nametanje ili provedbu mjera nužnih za zaštitu javne politike, javnog morala, javne sigurnosti, zdravlja, ljudskog života i životinjskog svijeta ili očuvanje biljnog svijeta, posebno kako bi se osigurao održivi razvoj, pod uvjetom da su te mjere u skladu s Ugovorom.[52] Ovim odredbama Direktive uspostavljaju se načela zaštite okoliša i održivog razvoja kao sekundarna načela koja se ostvaruju u postupku javne nabave, budući da se navodi kako se

47 Direktiva Europskog parlamenta i VijećaI ONDA LEGAL ORDER EU IZ PRIRUČNIKAetnog sustava praćenja, jako je teško precizno utvrditi učinak navedenih postupaka.nu inkluzi 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama.

48 Direktiva Europskog parlamenta i VijećaI ONDA LEGAL ORDER EU IZ PRIRUČNIKAetnog sustava praćenja, jako je teško precizno utvrditi učinak navedenih postupaka.nu inkluzi 2004/17/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga.I ONDA LEGAL ORDER EU IZ PRIRUČNIKAetnog sustava praćenja, jako je teško precizno utvrditi učinak navedenih postupaka.nu inkluzi

49 Caranta, R., *Sustainable public procurement in the EU*, The law of green and sustainable procurement in Europe, DJOF Publishing, 2010., str. 18.

50 Paragraf 1. Direktive 2004/18/EZ.

51 Paragraf 5. Direktive 2004/18/EZ.

52 Paragraf 6. Direktive 2004/18/EZ.

ujedno mora osigurati dobivanje najbolje vrijednosti za novac. Također, naglašava se kako odredbe Direktive ne smije sprječavati ostvarivanje socijalnih i ekoloških ciljeva. Paragrafom 33. propisano je kako su uvjeti izvršenja ugovora sukladni s ovom Direktivom pod uvjetom da nisu izravno ili neizravno diskriminirajući i da su navedeni u pozivu na nadmetanje ili u ugovornim dokumentima. Oni mogu posebno biti namijenjeni da daju prednost strukovnoj izobrazbi na radnom mjestu, zapošljavanju ljudi koji imaju osobitih teškoća u postizanju integracije, borbi protiv nezaposlenosti ili zaštiti okoliša. Socijalni i okolišni ciljevi tako mogu biti dio uvjeta izvršenja ugovora o javnoj nabavi ako nisu diskriminirajući i ako su pravovremeno objavljeni.

Jedan od bitnih socijalnih elemenata Direktive 2004/18/EZ su i rezervirani ugovori. Tako se državama članicama daje mogućnost rezerviranja prava na sudjelovanje u postupcima nabave zaštitnim radionicama ili omogućavanja da se takvi ugovori izvršavaju u kontekstu zaštićenih programa zapošljavanja ako je većina zaposlenih osobe s invaliditetom koje zbog prirode ozbiljnosti svojeg invaliditeta ne mogu obavljati zanimanja u redovitim uvjetima.[53]

U člancima Direktive 2004/18/EZ održiva javna nabava spominje se i u okviru propisivanja tehničkih specifikacija. Tako se navodi da kada javni naručitelj utvrdi karakteristike koje se odnose na okoliš u obliku izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva može se služiti detaljnim specifikacijama, ili, ako je potrebno, njihovim dijelovima, kako je definirano europskim ili (više)nacionalnim ekološkim oznakama ili bilo kojom drugom ekološkom oznakom, pod određenim uvjetima.[54]

Također, javni naručitelji mogu odrediti posebne uvjete vezane za izvršenje ugovora, pod uvjetom da su oni sukladni s pravom Zajednice i da su navedeni u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama. Uvjeti kojima se uređuje izvršenje ugovora mogu se, posebno, odnositi na socijalne i okolišne aspekte.[55] Navedeni uvjeti moraju biti usko vezani za predmet javnonabavnog natječaja. Stoga, ako javni naručitelj želi da u izvršenju ugovora sudjeluju pripadnici ugroženih manjina ili da se pri izvršavanju ugovora zadrže radnici starije dobi, takav zahtjev mora biti povezan s predmetom nabave.[56]

Javni naručitelj može navesti u ugovornim dokumentima, ili država članica može od njega tražiti da navede, tijelo ili tijela od kojih natjecatelj ili ponuditelj može dobiti odgovarajuću informaciju o obvezama vezanim uz poreze, zaštitu okoliša, odredbe o zaštiti radnog mjesta i radne uvjete koje su na snazi u državi članici, regiji ili mjestu u kojemu će se izvoditi radovi ili pružati usluge i koje će biti primjenjive na radove koji se izvode na gradilištu ili na usluge koje se pružaju tijekom izvršenja ugovora.[57]

53 Članak 19. Direktive 2004/18/EZ.

54 "Da su te specifikacije prikladne za definiranje značajki robe ili usluga koje su predmet ugovora, da su zahtjevi za oznaku sastavljeni na temelju znanstvenih podataka, da su ekološke oznake donesene u postupku u kojem mogu sudjelovati sve zainteresirane strane kao što su državna tijela, potrošači, proizvođači, distributeri i organizacije za zaštitu okoliša, i da su dostupne svim zainteresiranim stranama", članak 23. stavak 6. Direktive 2004/18/EZ.

55 Članak 26. Direktive 2004/18/EZ.

56 Poulsen, S. T., Jakobsen, P. S., Kalsmose-Hjelmborg S. E., *EU public procurement law*, DJOF Publishing, 2012., str. 309.

57 Članak 27. Direktive 2004/18/EZ.

Ako javni naručitelji zahtijevaju prilaganje potvrda o sukladnosti gospodarskog subjekta s određenim normama za upravljanje okolišem koje izdaju neovisna tijela za potvrđivanje sukladnosti, moraju uputiti na Sustav Zajednice za upravljanje okolišem (EMAS) ili na norme upravljanja okolišem utemeljene na relevantnim europskim ili međunarodnim normama koje su potvrdila tijela koja udovoljavaju pravu Zajednice ili relevantnim europskim ili međunarodnim normama koje se odnose na potvrđivanje.[58] Moraju priznati jednakovrijedne potvrde tijela osnovanih u drugim državama članicama. Također moraju prihvatiti druge dokaze koji potvrđuju da gospodarski subjekt primjenjuje jednakovrijedne mjere upravljanja okolišem.[59]

Direktiva razlikuje ekonomski najpovoljniju ponudu i najnižu cijenu kao dvije glavne vrste kriterija za odabir ponude. Ako naručitelj odabere ekonomski najpovoljniju ponudu kao kriterij za odabir ponude, tada kao jedan od podkriterija može odabrati i ekološke osobine radova, dobara ili usluga.[60] Sukladno navedenome, ako se naručitelj odluči za kriterij najniže cijene, tada se u postupku odabira ne može uzeti u obzir nijedan kriterij osim finalne cijene dobara, radova ili usluga. Ekonomski najpovoljnija ponuda predstavlja "najbolju vrijednost za novac", što se tumači tako da se podupire ostvarenje okolišnih ciljeva. Države članice ne moraju dodjeljivati javnonabavne ugovore na temelju najniže cijene, već mogu ugovore dodjeljivati i na temelju ekonomski najpovoljnije ponude, koja dopušta korištenje širih kriterija, koji nužno nemaju direktne veze s cijenom, kao što su okolišni ciljevi.[61] To potvrđuje stajalište iz prijašnjih presuda CEU-a gdje je zaključeno kako termin "ekonomski korisno" može obuhvaćati i neekonomske faktore kao što je održivi razvoj.[62] Bitno je napomenuti kako navedeni članak kao podkriterij ne navodi socijalne osobine, što bitno smanjuje mogućnost vođenja održivih postupaka javne nabave. Također, strogo inzistiranje na povezanosti sa predmetom nabave značajno smanjuje mogućnost ostvarenja socijalnih ciljeva nasuprot ostvarenju okolišnih ciljeva.[63] Važno je i napomenuti kako naručitelji, sukladno javnonabavnom regulatornom okviru EU-a iz 2004., nisu obvezni implementirati elemente održivosti u postupke javne nabave. Uvođenje održivih elemenata ostavljeno je samo kao mogućnost o kojoj će naručitelji diskrecijski odlučivati od slučaja do slučaja, što je zasigurno doprinijelo rijetkom korištenju elemenata održivosti u većini država članica EU-a, pa tako i u Republici Hrvatskoj.

58 Članak 50. Direktive 2004/18/EZ.

59 Članak 50. Direktive 2004/18/EZ.

60 Članak 53. stavak 1. točka a) Direktive 2004/18/EZ.

61 Ganley, S. D., *"Green product" procurement polici in the European union: treatment of life cycle carbon analysis and enviromental ppn restriction*s, https://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjbh8_jlInMAhUDkywKHU4oA8cQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Facademiccommons.columbia.edu%2Fdownload%2Ffedora_content%2Fdownload%2Fac%3A187221%2FCONTENT%2Fganley_eu_product_procurement.pdf&usg=AFQjCNF7yUe7D74YNReQIdjok80ptoBjyg&sig2=vVcf6aP_PHESlNQYEQzDXg, pristupljeno 20. prosinca 2016., str. 3.

62 *Ibid.*

63 Burgi, M., Brandmeier, B., *Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law*, European procurement and public partnership law review, vol. 9., br. 1., 2014., str. 15.

5. NOVI REGULATORNI OKVIR

Novi javnonabavni okvir EU-a čine tri direktive. Direktiva 2014/24/EU[64] je opća javnonabavna direktiva, dok se Direktivom 2014/25/EU[65] uređuje nabava sektorskih naručitelja. Direktivom 2014/23/EU[66] prvi puta se zasebno uređuje materija koncesija. Jedan od glavnih ciljeva novog regulatornog okvira omogućavanje je veće razine strateškog korištenja javne nabave, posebice u vidu ostvarivanja okolišnih, socijalnih i ekonomskih ciljeva. Mogućnosti naručitelja da ostvaruju održive ciljeve u postupcima javne nabave oprezno su balansirane s obzirom na imperative učinkovitog tržišnog natjecanja i transparentnosti.[67] Reforma javne nabave u okviru EU sadrži nekoliko suprotstavljenih ciljeva: jačanje unutarnjeg tržišta, želja za korištenjem javne nabave kako bi se ostvarili određeni politički ciljevi, želja za održanjem već poznatog postupka i imperativ ispunjavanja obveza iz međunarodnih ugovora kao što je WTO sporazum o državnoj nabavi (u nastavku rada: GPA).[68] GPA je najvažniji međunarodni pravni instrument za javnu nabavu. Kako je EU stranka potpisnica, obvezna je svim odredbama sporazuma, i ta je činjenica morala biti uzeta u obzir kod sastavljanje i javnonabavnog regulatornog okvira iz 2004., ali i najnovijega iz 2014., jer su izmjene GPA stupile na snagu 2012. godine.

GPA navodi općenita načela zabrane diskriminacije i transparentnosti i propisuje posebna pravila za tehničke specifikacije, izbor ponuditelja i procjenu ponuda.[69] Što se tiče održive javne nabave, sadrži odredbe o mogućnosti uključivanja okolišnih elemenata u tehničke specifikacije i kriterije za odabir. Nažalost, GPA se ne očituje o socijalnim aspektima, što ipak ne znači da ih je nemoguće uvrstiti ako zadovoljavaju uvjete proizašle iz općih načela GPA.[70]

Vjerojatno najvažnije novine (u nizu novina koje se tiču održive javne nabave) novog regulatornog okvira koje podržavaju održivu javnu nabavu su odredbe koje se odnose na tehničke specifikacije, kriterije odabira ponude, uvjete za izvršenje ugovora, troškove životnog vijeka i ekološke oznake. Navedenim novinama ćemo i posvetiti najviše pažnje u nastavku rada. Koncentrirat ćemo se na Direktivu 2014/24/EU, kao najvažniju i opću javnonabavnu direktivu.

5.1. Tehničke specifikacije

Tehničke specifikacije uređuju se člankom 42. Direktive 2014/24/EU. Navedenim člankom propisano je kako se tehničkim specifikacijama utvrđuju značajke

64 Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ.

65 Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ.

66 Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji.

67 Semple, *op. cit*. (bilj. 9.), str. 4.

68 *Ibid.*

69 Dragos, Neamtu, *op. cit.* (bilj. 27.), str. 10.

70 *Ibid*., str. 11.

koje se traže za radove, usluge ili robu koji su predmet postupka javne nabave. One se mogu odnositi i na određen proces ili metodu proizvodnje ili izvedbe zatraženih radova, nabave robe ili pružanja usluga ili na određeni proces neke druge faze njihova životnog vijeka čak i ako ti čimbenici nisu sastavni dio njihova materijalnog sadržaja pod uvjetom da su povezani s predmetom ugovora i razmjerni njegovoj vrijednosti i ciljevima.[71] Također, ne dovodeći u pitanje obvezna nacionalna tehnička pravila, u onoj mjeri u kojoj su usklađena s pravom Unije, tehničke se specifikacije formuliraju (između ostalog): u smislu izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva, uključujući okolišne značajke, pod uvjetom da su ti parametri dovoljno precizni kako bi ponuditelji mogli odrediti predmet ugovora, a javnim naručiteljima omogućiti dodjelu ugovora.[72] Navedenim člankom određeno je kako se značajke koje se odnose na predmet nabave mogu odnositi i na način proizvodnje ili izvedbe predmeta nabave neovisno o fazi životnog vijeka proizvoda te se izričito navode okolišne značajke predmeta javne nabave kao element tehničkih značajki predmeta javne nabave.

5.2. Kriteriji za odabir ponude, isključenje ponuditelja

Kriteriji za odabir ponude određeni su člankom 67. Direktive 2014/24/EU. Naručitelji temelje dodjelu ugovora o javnoj nabavi na ekonomski najpovoljnijoj ponudi. Ekonomski najpovoljnija ponuda sa stajališta javnog naručitelja utvrđuje se na temelju cijene ili troška, primjenom pristupa isplativosti, kao što je trošak životnog vijeka te može uključivati najbolji omjer između cijene i kvalitete, koji se ocjenjuje na temelju kriterija. Ti kriteriji uključuju kvalitativne, okolišne i/ili socijalne aspekte, povezane s predmetom dotičnog javnog ugovora. Ti kriteriji mogu obuhvaćati, između ostalog i socijalne i okolišne značajke.[73] Ključan uvjet za pravilnu primjenu kriterija za odabir ponude je da korišteni kriteriji imaju vezu s predmetom postupka javne nabave. Tako se smatra da su kriteriji za odabir ponude povezani s predmetom javnog ugovora ako se odnose na radove, robu ili usluge koje se pružaju u okviru tog ugovora u bilo kojem aspektu i u bilo kojoj fazi njihova životnog vijeka, uključujući čimbenike obuhvaćene u: određenom postupku proizvodnje, nabave ili trgovine tim radovima, robom ili uslugama; ili određenom postupku za drugu fazu njihova životnog vijeka i onda kada takvi čimbenici nisu dio njihova materijalnog sadržaja.[74]

Potreba povezanosti kriterija odabira i predmeta postupka javne nabave u Direktivu je implementirana iz Concordia predmeta CEU-a. Okolišne kriterije za odabir ponude tako mogu činiti eksternalije povezane s potrošnjom (emisije ugljičnog dioksida), eksternalije povezane s proizvodnjom (korištenje obnovljivih izvora energije kod proizvodnje), trošak životnog vijeka (korištenje, održavanje, troškovi i učinak otpisa).[75]

Vezano uz socijalne kriterije, iako je prije bilo sumnji u zakonitost njihova korištenja jer su uglavnom vezani za ponašanje ponuditelja, a ne za sam predmet

71 Članak 42. točka 1. Direktive 2014/24/EU.
72 Članak 42. točka 3. Direktive 2014/24/EU.
73 Članak 67. stavak 2. Direktive 2014/24/EU.
74 Članak 67. stavak 3. Direktive 2014/24/EU.
75 Dragos, Neamtu, *op. cit.* (bilj. 27.), str. 13.

postupka javne nabave, CEU je u predmetu *Max Havelaar*[76] razjasnio kako socijalni kriteriji kao *Fair Trade* proizvodnja mogu biti primijenjeni pod određenim uvjetima. U navedenom predmetu Kraljevina Nizozemska je u postupku javne nabave automatskih aparata za kavu u tehničkim specifikacijama navela nužnost posjedovanja EKO i Max Havelaar oznaka za ponuditelje.[77] Ovdje je posebno zanimljiva oznaka Max Havelaar[78], koja se odnosi na proizvode sa *Fairtrade* karakteristikama, kao što su proizvodi proizvođača koji isplaćuju svojim zaposlenicima plaće redovito, omogućavaju im osnivanje sindikata, zdravstveno osiguranje i slično.[79] U navedenom predmetu Komisija je, između ostalog, tvrdila kako je Kraljevina Nizozemska, propisavši navedene oznake kao uvjet, prekršila članak 53. Direktive 2004/18, budući da ti uvjeti nisu vezani s predmetom ugovora, jer se oznake EKO i Max Havelaar odnose na proces proizvodnje, a ne na sam proizvod te da su takvi uvjeti ujedno i diskriminatorni i netransparentni.[80] CEU zaključuje, referirajući se na prije prikazanu *Wienstrom* presudu, kako je moguće da naručitelj navede uvjete koji su vezani za način proizvodnje, a ne i na sam proizvod.[81] Ipak, da bi se takav uvjet mogao koristiti, potrebno je odrediti kriterije koje te oznake moraju zadovoljiti, kao i mehanizme kojima se može dokazati da određeni proizvod, odnosno metoda njegove proizvodnje zadovoljava navedene uvjete.[82]

U sklopu ovog poglavlja osvrnut ćemo se i na mogućnosti korištenja elemenata održive javne nabave za isključenje određenih ponuditelja iz postupka javne nabave. Tako je člankom 20. Direktive 2014/24/EU ostavljena mogućnost državama članicama da rezerviraju pravo sudjelovanja u postupcima javne nabave zaštićenim radionicama i gospodarskim subjektima čiji je osnovni cilj društvena i profesionalna integracija osoba s invaliditetom ili osoba u nepovoljnom položaju ili mogu za takve ugovore omogućiti izvršenje u kontekstu programa zaštićenih zaposlenja, ako najmanje 30 % zaposlenih osoba u tim radionicama, gospodarskim subjektima ili programima predstavljaju radnici koji su osobe s invaliditetom ili radnici u nepovoljnom položaju.

Ovim je člankom izmijenjen članak 19. Direktive 2004/18/EC tako da je dodan uvjet od 30% zaposlenih osoba s invaliditetom ili u nepovoljnijem položaju. Također, ponuditelj može biti isključen iz postupka javne nabave ako javni naručitelj dozna da gospodarski subjekt ne poštuje svoje obveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje i ako je to utvrđeno obvezujućom sudskom ili upravnom odlukom u skladu s pravnim odredbama države u kojoj ima sjedište, ili s državama članicama javnog naručitelja, ili ako to može dokazati sam naručitelj.[83] Zanimljivo je da države članice mogu predvidjeti odstupanje od obvezujućeg isključenja ponuditelja, čak i ako krši navedene socijalne obveze, zbog bitnih zahtjeva

76 C-368/10, *Komisija protiv Nizozemske* (2012).
77 C-368/10, *Komisija protiv Nizozemske* (2012), paragraf 1.
78 Max Havelaar web stranica, http://maxhavelaar.nl/english, pristupljeno 2. prosinca 2016.
79 Fairtrade web stranica, http://www.fairtrade.net/about-fairtrade/what-is-fairtrade.html, pristupljeno 2. prosince 2016.
80 C-368/10, *Komisija protiv Nizozemske* (2012), paragraf 82.
81 C-368/10, *Komisija protiv Nizozemske* (2012), paragraf 91.
82 C-368/10, *Komisija protiv Nizozemske* (2012), paragraf 97.
83 Članak 57. stavak 2. Direktive 2014/24/EU.

koji se odnose na javni interes kao što je javno zdravlje ili zaštita okoliša.[84] Primjer za takvo postupanje država članica bila bi situacija u kojoj je nužno hitno nabaviti cjepiva koja proizvodi jedino ponuditelj kod kojeg postoji neki od gore navedenih razloga za isključenje iz postupka javne nabave.[85]

Dodatno, važno je napomenuti kako države članice moraju poduzimati odgovarajuće mjere kako bi osigurale da u provođenju javnih ugovora gospodarski subjekti udovoljavaju primjenjivim obvezama u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava određenog pravom EU-a, nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima ili odredbama međunarodnog prava okoliša, socijalnog i radnog prava, te da naručitelji mogu isključiti ili mogu zatražiti od država članica da isključe iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt koji krši navedene obveze.[86]

5.3. Uvjeti za izvršenje ugovora

U članku 70. Direktiva 2014/24/EU predviđa mogućnost korištenja održivih uvjeta u uvjetima za izvršenje ugovora. Tako javni naručitelji mogu odrediti posebne uvjete vezane za izvršenje ugovora, pod uvjetom da su oni povezani s predmetom ugovora i navedeni u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji o nabavi. Oni mogu uključivati gospodarske, okolišne, društvene aspekte ili one povezane s inovacijama i zaposlenošću.[87] Glavna razlika između održivih elemenata u tehničkim specifikacijama i uvjetima za izvršenje ugovora je ta što za razliku od tehničkih specifikacija, uvjeti za izvršenje ugovora ne dopuštaju isključenje ponuditelja na temelju očekivanog neispunjavanja obveza.[88]

5.4. Trošak životnog vijeka

Trošak životnog vijeka koncept je koji se oslanja na pretpostavku da sama cijena ne odražava financijsku i nefinancijsku korist koju pružaju socijalno i okolišno preferirana dobra, radovi ili usluge tijekom životnog vijeka njihova korištenja te je trošak životnog vijeka alat kojim se procjenjuje trošak dobra, robe ili usluge tijekom cijelog njenog životnog vijeka.[89] U kontekstu održive javne nabave, trošak životnog vijeka vrlo je važan element u izdizanju javne nabave iz isključive odrednice najniže cijene kao kriterija odabira. Iako mnogi naručitelji unutar EU koriste trošak životnog vijeka kao alat u donošenju odluke u postupcima javne nabave, korištenje tog alata ipak je daleko od sistematske uporabe.[90]

U novom regulatornom okviru i Direktivi 2014/24/EU trošak životnog vijeka

84 Članak 57. stavak 3. Direktive 2014/24/EU.
85 Paragraf 100. Direktive 2014/24/EU.
86 Članak 57. stavak 4. Direktive 2014/24/EU.
87 Članak 70. Direktive 2014/24/EU.
88 Dragos, Neamtu, *op. cit*. (bilj. 27.), str. 16.
89 Dragos, D. C., Neamtu, B., *Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal*, European procurement and public private partnership law review, vol. 1., 2013., str. 20.
90 *Ibid.*

moguće je primjenjivati i kod ekonomski najpovoljnije ponude, ali i najniže cijene. Bitno je naglasiti kako metoda troška životnog vijeka nije obvezna, i naručitelji samostalno od slučaja do slučaja odlučuju hoće li ju primijeniti u predmetnim postupcima javne nabave. Jedan od glavnih motiva proširivanja uloge troška životnog vijeka u novom regulatornom okviru je i činjenica da se metoda troška životnog vijeka vrlo rijetko koristi u postupcima javne nabave unutar EU-a. Izvan EU-a, SAD, Japan, Švicarska i Norveška jedine su države koje dosljedno primjenjuju metodu troška životnog vijeka kao bitan element održive javne nabave.[91]

Trošak životnog vijeka uređen je člankom 68. Direktive 2014/24/EU. Pod troškove životnog vijeka ubrajaju se troškovi koje snosi sam naručitelj ili drugi korisnici, ali i vanjski troškovi. Pod troškove koje snosi sam naručitelj (ili drugi korisnici) ubrajaju se troškovi nabave, troškovi uporabe kao što je potrošnja energije i drugih resursa, troškovi održavanja i troškovi kraja životnog vijeka kao što su troškovi prikupljanja i recikliranja.[92] Vanjski troškovi su troškovi pripisani okolišnim vanjskim učincima povezanim s proizvodom, uslugom ili radovima tijekom njihovog životnog vijeka, ako se može odrediti i provjeriti njihova novčana vrijednost. Takvi troškovi mogu uključivati troškove emisije stakleničnih plinova i emisije drugih zagađivača te ostale troškove zbog ublažavanja klimatskih promjena.[93] Ako se naručitelj odluči procjeniti troškove korištenjem pristupa troškova životnog vijeka, u dokumentaciji o nabavi mora navesti podatke koje trebaju dostaviti ponuditelji i metodu koju će koristiti za određivanje troškova životnog vijeka na temelju tih podataka. Takva metoda mora ispunjavati sljedeće uvjete: mora se temeljiti na kriterijima koji se mogu objektivno provjeriti i koji nisu diskriminirajući. Posebice, ako nije utvrđena za višekratnu ili trajnu uporabu, ne smije neopravdano davati prednost ili stavljati u nepovoljniji položaj određene gospodarske subjekte; mora biti dostupna svim zainteresiranim stranama; i da tražene podatke mogu, uz razumno nastojanje, dostaviti prosječno pažljivi gospodarski subjekti, uključujući gospodarske subjekte iz trećih zemalja koje su stranke GPA-a ili drugih međunarodnih sporazuma koji obvezuju EU.[94] Cijeli članak 68. odnosi se samo na ekološki aspekt održive javne nabave. Socijalni aspekt se ne spominje u kontekstu troškova životnog vijeka. Budući da postoje određeni socijalni aspekti koji bi se mogli procjenjivati tom metodom, kao što su uvjeti rada, jednakost zapošljavanja, troškovi zdravstvenog osiguranja za zaposlene i sl.,[95] nadamo se da će se u budućnosti i to razmotriti.

5.5. Oznake

Direktiva 2014/24/EU definira oznake kao svaki dokument, potvrdu ili certifikat kojim se potvrđuje da su određeni radovi, proizvodi, usluge, procesi ili postupci zadovoljili određene zahtjeve; a zahtjeve za oznaku kao zahtjeve koje određeni radovi,

91 Dragos, Neamtu, *op. cit*. (bilj. 27.), str. 19.
92 Članak 68. stavak 1. točka a) Direktive 2014/24/EU.
93 Članak 68. stavak 1. točka b) Direktive 2014/24/EU.
94 Članak 68. stavak 2. Direktive 2014/24/EU.
95 Dragos, Neamtu, *op. cit*. (bilj. 27.), str. 20.

proizvodi, usluge, procesi ili postupci moraju ispuniti da bi dobili dotičnu oznaku.[96] Bitno je napomenuti kako, sukladno i prije prikazanoj *Max Havelaar* presudi, oznake mogu biti okolišne (i označavati da proizvod zadovoljava određene okolišne standarde) ili socijalne (čime se dokazuje socijalno osjetljiva narav proizvodnog procesa proizvoda.)

Direktiva 2014/24/EU pruža mogućnost referiranja na određene ekološke ili socijalne oznake u tehničkim specifikacijama. Navedena mogućnost uređena je člankom 43., gdje je propisano da ako javni naručitelji namjeravaju kupiti radove, robu ili usluge s određenim okolišnim, društvenim ili drugim značajkama, mogu u tehničkim specifikacijama, kriterijima za dodjelu ili uvjetima za izvršenje ugovora zahtijevati određene oznake kao dokaz da radovi, usluge ili roba odgovaraju traženim obilježjima, pod uvjetom da su ispunjeni svi sljedeći uvjeti: da se zahtjevi za oznaku tiču samo kriterija koji su povezani s predmetom ugovora i prikladni su za utvrđivanje značajki radova, robe ili usluga koji su predmet ugovora; da se zahtjevi za oznaku temelje na kriterijima koji se mogu objektivno provjeriti i koji nisu diskriminirajući; da su oznake utvrđene u otvorenom i transparentnom postupku u kojem mogu sudjelovati sve zainteresirane strane kao što su državna tijela, potrošači, socijalni partneri, proizvođači, distributeri i nevladine organizacije; da su oznake dostupne svim zainteresiranim stranama i da zahtjeve za oznaku određuje treća strana nad kojom gospodarski subjekt koji zahtijeva dodjelu oznake ne može vršiti odlučujući utjecaj.[97] Bitno je napomenuti kako sada javni naručitelji imaju pravo zahtijevati točno određene oznake sa specifikacijama koje su im bitne u postupku javne nabave, što će bitno pomoći javnim naručiteljima u provođenju održivih postupaka javne nabave.[98] Ipak, javni naručitelji neće imati apsolutne diskrecijske ovlasti kod biranja oznaka, već će morati prihvatiti i jednakovrijednu oznaku ako ju ponuditelj priloži.[99]

Ako gospodarski subjekt evidentno nije mogao pribaviti određenu oznaku koju je javni naručitelj naveo ili jednakovrijednu oznaku u okviru određenih rokova iz razloga koji se ne mogu pripisati gospodarskom subjektu, javni naručitelj prihvaća druge prikladne načine za dokazivanje, koji mogu uključivati tehničku dokumentaciju proizvođača, pod uvjetom da dotični gospodarski subjekt dokaže da radovi, roba ili usluge koje on treba pružiti ispunjavaju zahtjeve za određenu oznaku ili određeni zahtjev koji je naveo javni naručitelj.[100] Navedena odredba predstavlja obvezu javnih naručitelja da koriste takozvano načelo tehničke neutralnosti, u kojem moraju prihvatiti ponude od ponuditelja koji dokažu da zadovoljavaju tehničke uvjete, pa tako i uvjeta iz oznaka, iako iz objektivnih razloga njihov proizvod nema navedenu ili jednakovrijednu oznaku.[101] Graells navodi kako je glavni cilj načela tehničke

96 Članak 2. stavak 1. točke 23. i 24. Direktive 2014/24/EU.

97 Članak 43. stavak 1. Direktive 2014/24/EU.

98 Caranta, R., *Labels as enablers of sustainable public procurement*, Sustainable public procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016., str. 109.

99 "Javni naručitelji koji zahtijevaju posebnu oznaku prihvaćaju svaku oznaku koja potvrđuje da radovi, roba ili usluge zadovoljavaju zahtjev za jednakovrijednu oznaku.", članak 43. stavak 1. Direktive 2014/24/EC.

100 Članak 43. stavak 1. Direktive 2014/24/EU.

101 Graells, A. S., *Public procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, 2015., str.

neutralnosti izbjegavanje stvaranja neopravdanih prepreka otvaranju postupaka javne nabave tržišnom natjecanju. Stoga bi javni naručitelji trebali izbjegavati pretjerano specifične ili diskriminatorne tehničke specifikacije, što se odnosi i na oznake, ali i na troškove životnog vijeka proizvoda.[102] Dakle, iako proizvod određenog ponuditelja (bez vlastite krivnje) nema oznaku koju je javni naručitelj tražio u okviru tehničkih specifikacija, javni naručitelj mu sukladno načelu tehničke neutralnosti mora omogućiti sudjelovanje u javnonabavnom postupku.

Ekološke oznake uređene su Uredbom 2010/66/EC, kojom je korištenje oznaka uređeno na dobrovoljnoj osnovi, čija je namjera promicanje proizvoda koji zadovoljavaju visoke ekološke standarde. Uredba promiče korištenje ekoloških oznaka kako bi se izbjeglo širenje broja različitih oznaka za istu, ekološku svrhu, i kako bi se potaknulo korištenje ekoloških standarda u svim sektorima u kojima okolišni utjecaj može biti faktor u odlukama potrošača.[103] Ipak, naručitelji se mogu referirati i na druge istovrsne oznake, budući da bi obvezatna primjena okolišnih oznaka bila diskriminatorna prema potencijalnim ponuditeljima.[104]

6. ODRŽIVA JAVNA NABAVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Aktualni pravni sustav javne nabave u Republici Hrvatskoj temelji se na Zakonu o javnoj nabavi[105] (u nastavku rada: ZJN). Kako ZJN još uvijek nije prilagođen javnonabavnom regulatornom okviru EU-a iz 2014., u njemu se nalaze odredbe prilagođene prethodnom regulatornom okviru iz 2004. Sadašnji ZJN sadrži niz odredaba u kojima su sadržani i socijalni i okolišni elementi održive javne nabave.

Tako se člankom 15. uređuje mogućnost određivanja rezerviranih ugovora, u kojem primjećujemo elemente socijalne osjetljivosti. Naručitelji mogu rezervirati pravo sudjelovanja u postupcima javne nabave zaštitnim radionicama ili omogućiti da se ugovori izvršavaju u kontekstu zaštićenih programa zapošljavanja ako su većina zaposlenih u odnosu na ukupan broj zaposlenih osobe s invaliditetom koje zbog prirode ozbiljnosti njihova invaliditeta ne mogu obavljati zanimanja u redovitim uvjetima. U pozivu na nadmetanje u takvim postupcima javne nabave naručitelj mora naznačiti da je postupak javne nabave rezerviran isključivo za te gospodarske subjekte. Gospodarski subjekti koji ispunjavaju uvjete za sklapanje rezerviranih ugovora mogu najviše 20 % vrijednosti rezerviranog ugovora dati podizvoditeljima koji ne ispunjavaju te iste uvjete. Kod dokazivanje tehničke i stručne sposobnosti, naručitelju se ostavlja mogućnost da kao jedan od uvjeta postavi, samo u opravdanim slučajevima, navod o mjerama za upravljanje okolišem koje će gospodarski subjekt biti u mogućnosti primjenjivati pri izvršenju ugovora.[106] Navedena mogućnost postoji ako su predmet nabave radovi ili usluge, ali ne i roba. Ako se naručitelj odluči za navode o mjerama za upravljanje okoliša kao jedan od dokaza tehničke

334.

102 *Ibid.*, str. 453.

103 Dragos, Neamtu, *op. cit.* (bilj. 27.), str. 20.

104 *Ibid*.

105 NN, br. 90/11, 83/13, 143/13, 13/14.

106 Članak 72. stavak 4. točka 4. i stavak 5. točka 6. ZJN-a.

i stručne sposobnosti, može zahtijevati i prilaganje certifikata koji bi to dokazivali. U tom slučaju, javni naručitelj mora uputiti na Sustav Zajednice za upravljanje okolišem (Community Eco-Management and Audit Scheme, EMAS) ili na određene hrvatske norme za sustave upravljanja okolišem kojima su prihvaćene europske ili međunarodne norme. Sustavi upravljanja okolišem na koje upućuje javni naručitelj moraju biti potvrđeni (certificirani) od tijela koja udovoljavaju propisima Republike Hrvatske koji su usklađeni s pravom Europske unije ili hrvatskim normama kojima su prihvaćene europske ili međunarodne norme za osposobljenost tijela koja potvrđuju sustave upravljanja okolišem.[107] Također, naručitelj mora priznati jednakovrijedne potvrde (certifikate) o sukladnosti sustava upravljanja okolišem izdane od tijela osnovanih u drugim državama članicama, kao i druge dokaze o jednakovrijednim mjerama upravljanja okolišem.[108]

Kod određivanja tehničkih specifikacija predmeta nabave postoji nekoliko mjesta gdje se spominju održivi elementi. Uz uvodnu odredbu kojom se određuje da ako je moguće tehničke specifikacije moraju uključiti rješenje za dostupnost osobama s invaliditetom ili rješenje za sve korisnike[109], odredbe o formuliranju tehničkih specifikacija sadrže i elemente održive javne nabave.

Tako se tehničke specifikacije mogu formulirati i u obliku izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva koji mogu uključivati karakteristike koje se odnose na zaštitu okoliša povezane s predmetom nabave. Pritom parametri moraju biti dovoljno precizni za ponuditelje da dobiju jasnu predodžbu o predmetu nabave, a za naručitelje da sklope ugovor.[110] Ako naručitelj određuje tehničke specifikacije s okolišnim elementima, on može koristiti detaljne specifikacije ili, po potrebi, njihove dijelove, kako su definirane europskim, nacionalnim, višenacionalnim, ili bilo kojim drugim ekološkim oznakama, pod uvjetom da su: te specifikacije prikladne za definiranje značajki robe ili usluga koje su predmet nabave, zahtjevi za oznaku sastavljeni na temelju znanstvenih podataka, ekološke oznake prihvaćene na temelju postupka u kojem mogu sudjelovati sve zainteresirane strane, kao što su vladina tijela, potrošači, proizvođači, distributeri i organizacije za zaštitu okoliša, dostupne svim zainteresiranim stranama.[111]

Ako se odluči za korištenje ekoloških oznaka kao metode dokazivanja tehničkih specifikacija, naručitelj može naznačiti da se za one proizvode i usluge koje nose ekološku oznaku pretpostavlja da zadovoljavaju tehničke specifikacije određene u dokumentaciji za nadmetanje, ali i mora prihvatiti bilo koje drugo prikladno sredstvo dokazivanja.[112] Kao jedan od posebnih uvjeta za izvršenje ugovora o javnoj nabavi, naručitelj može odrediti posebne uvjete vezane za izvršenje ugovora koji se mogu odnositi posebice na socijalna i pitanja zaštite okoliša, pod uvjetom da su u vezi s predmetom nabave i da nisu izravno ili neizravno diskriminirajući. Ako se odluči za navedenu mogućnost, naručitelj određuje u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje pri opisu predmeta nabave, određivanja tehničkih specifikacija, kriterija

107 Članak 74. stavak 1. ZJN-a.
108 Članak 74. stavak 2. i 3. ZJN-a.
109 Članak 81. stavak 1. ZJN-a.
110 Članak 81. stavak 3. točka 2. ZJN-a.
111 Članak 81. stavak 6. ZJN-a.
112 Članak 81. stavak 7. ZJN-a.

za odabir ponude ili uvjeta ugovora.[113]

Naručitelj može i u dokumentaciji za nadmetanje navesti podatke o tijelima od kojih natjecatelj ili ponuditelj može dobiti pravovaljanu informaciju o obvezama koje se odnose na poreze, zaštitu okoliša, odredbe o zaštiti radnoga mjesta i radne uvjete koje su na snazi u području na kojem će se izvoditi radovi ili pružati usluge i koje će biti primjenjive na radove koji se izvode ili na usluge koje će se pružati za vrijeme trajanja ugovora. Ako se odlučio navesti te podatke u dokumentaciji za nadmetanje, javni naručitelj mora tražiti od ponuditelja ili natjecatelja u postupku javne nabave da navedu da su pri sastavljanju ponude uzeli u obzir obveze koje se odnose na poreze, zaštitu okoliša, odredbe o zaštiti radnoga mjesta i radne uvjete koje su na snazi u mjestu gdje će se izvoditi radovi ili na kojem će se pružati usluge.[114]

Elementi održivosti nalaze se i kod utvrđivanja neuobičajeno niske cijene. Naručitelju se daje mogućnost odbijanja ponude ako sumnja u neuobičajeno nisku cijenu. Ipak, prije odbijanja ponude mora pružiti mogućnost ponuditelju da se o tomu očituje. U sklopu tog očitovanja naručitelj može tražiti dostavu određenih podataka, a ti se podaci mogu odnositi i na pridržavanje odredaba koje se odnose na poreze, zaštitu okoliša, zaštitu radnoga mjesta i radne uvjete koje su na snazi u mjestu na kojem će se izvoditi radovi, pružati usluge ili isporučivati roba.[115]

U trenutku pisanja ovoga rada (prosinac 2016.) još uvijek je na snazi ZJN iz 2011. Ministarstvo gospodarstva skoro godinu dana pokušavalo je završiti novi ZJN, koji bi implementirao trenutni javnonabavni regulatorni okvir EU-a, čije smo održive elemente prikazali u ovom radu. Novi ZJN je napokon usvojen u Saboru i objavljen je u Narodnim novinama te stupa na snagu 1. siječnja 2017.[116] Kraćom analizom ZJN-a 2017. možemo vidjeti koliko je zakonodavac kvalitetno usvojio nove održive elemente javnonanavnog regulatornog okvira EU-a.

Tako su održivi elementi vezani za tehničke specifikacije kvalitetno preneseni u članke 207. i 209. ZJN-a 2017., održivi elementi kod kriterija za odabir ponude preneseni su člankom 284. ZJN-a 2017., održivi elementi kod mogućnosti isključenja ponuditelja implementirani su u članke 251., 252. i 253. ZJN-a 2017., održivi elementi u uvjetima za izvršenje ugovora implementirani su u članku 218. ZJN-a 2017., trošak životnog vijeka implementiran je u člancima 287. i 288. ZJN-a 2017., dok su oznake uređene člankom 212. ZJN-a 2017. Analiziravši navedene odredbe, primjećuje se kako su svi održivi elementi iz novog javnonabavnog regulatornog okvira EU doslovno preneseni u ZJN 2017. Ipak, i ovdje je bitno napomenuti kako ni u ZJN-u 2017. nema načina kako bi se naručitelji prisilili koristiti održive elemente u postupcima javne nabave, te su svi ovi održivi elementi i dalje samo dobrovoljni.

Dosada, a vjerujemo kako će to biti slučaj i nakon stupanja na snagu novog ZJN-a, implementacija održivih elemenata u postupke javne nabave u Republici Hrvatskoj nije bila na zavidnoj razini. Te činjenice svjesno je i Ministarstvo zaštite okoliša i prirode (u nastavku rada: Ministarstvo), koje upravo iz tog razloga

113 Članak 83. ZJN-a.
114 Članak 84. ZJN-a.
115 Članak 91. stavak 3. točka 4. ZJN-a.
116 NN, br. 120/16. (u nastavku rada: ZJN 2017.)

2015. donosi Nacionalni akcijski plan za zelenu javnu nabavu[117] (u nastavku rada: NAPZJN). U donošenju NAPZJN-a sudjelovalo je i Povjerenstvo za zelenu javnu nabavu (u nastavku: PZJN), koje je Ministarstvo osnovalo upravo radi donošenja NAPZJN-a, ali i za njegovo praćenje i provedbu, kao i predlaganje mjera aktivnosti zelene javne nabave te izradu prijedloga stajališta Republike Hrvatske na temu zelene javne nabave prema Europskoj komisiji i Ujedinjenim narodima.[118] Svrha NAPZJN-a je da se sustavom javne nabave u Republici Hrvatskoj potakne nabava proizvoda i usluga koje imaju manji okolišni otisak (negativni utjecaj na okoliš) u odnosu na istovrsne proizvode i usluge, odnosno definiranje aktivnosti koje će dovesti do toga. Time tijela javne uprave mogu doprinijeti smanjenju svog okolišnog otiska kojeg uzrokuju svojim poslovanjem.[119] NAPZJN se odnosi na razdoblje od 2015. do 2017., na temelju kojeg će se donijeti novi za razdoblje do kraja 2020. godine. Glavni cilj NAPZJN-a je ambiciozan. Namjerava se postići 50 % provedenih postupaka javne nabave u Republici Hrvatskoj uz primjenu zelenih mjerila do 2020. godine. Koliko je taj cilj ambiciozan pokazuje i terminski plan sklapanja ugovora zelene javne nabave do 2020., gdje nalazimo podatak kako se procjenjuje kako je 2015., od ukupno 25 000 postupaka javne nabave u Republici Hrvatskoj, samo oko 1 000 sadržavalo okolišne elemente (što čini otprilike četiri posto od ukupnog broja.)[120] Kako bi taj plan imao ikakve šanse za uspjeh, nužno je identificirati prioritetne skupine proizvoda i usluga na koje se zelena javna nabava mora koncentrirati. Budući da su iskustva drugih država članica EU-a, koje su već ranije implementirale zelenu javnu nabavu pokazala kako su najpogodnije kategorije proizvoda za implementaciju zelenih mjerila papir za ispis, kopiranje i grafički papir, uredska i informatička oprema (IT oprema) i motorna vozila, predlaže se da se i u NAPZJN-u te kategorije odaberu kao prioritetne zbog prihvaćenosti zelenih mjerila u postupcima javne nabave.[121] NAPZJN navedene kategorije malo proširuje te kao prioritetne navodi papir za ispis i kopiranje, motorna vozila, električnu energiju, usluge čišćenja, telekomunikacijske usluge i usluge mobilne telefonije zajedno s uređajima, uredsku i informatičku oprema.[122] Navedene ciljeve Ministarstvo namjerava ostvariti opsežnim promocijskim aktivnostima, program usavršavanja provoditelja postupaka javne nabave, ali i posredno implementacijom javnonabavnog regulatornog okvira EU-a iz 2014. Navedeni plan treba pozdraviti, kao što i treba pozdraviti strateško razmišljanje i uvažavanje činjenice da se javnom nabavom mogu ostvariti i ovako važni sekundarni ciljevi.

Bitno je napomenuti i kako je PZJN imao značajne aktivnosti u promicanju korištenja ekoloških elemenata u postupcima javne nabave. S aktivnostima PZJN-a izloženima u nastavku upoznati smo na temelju odgovora Ministarstva na naš zahtjev radi ostvarivanja prava na pristup informacijama. PZJN je osnovan 17. prosinca

117 Nacionalni akcijski plan za zelenu javnu nabavu, http://mzoip.hr/doc/nacionalni_akcijski_plan_za_zelenu_javnu_nabavu.pdf, (24. prosinca 2015.).

118 Odgovor Ministarstva na zahtjev radi ostvarivanja prava na pristup informacijama, KLASA: 008-01/16-01/198, URBROJ: 517-01-16-4, od 19. prosinca 2016., str. 1.

119 NAPZJN, str. 7.

120 NAPZJN, str. 15.

121 NAPZJN, str. 14.

122 NAPZJN, str. 18.

2014., imenovan je na razdoblje od četiri godine i dosada je održano devet sjednica.[123] Aktivnosti PZJN-a u dosadašnjem razdoblju sastojale su se od četiri područja: izobrazbe, uključivanja mjerila zelene javne nabave, promidžbe zelene javne nabave i provedbe zelene javne nabave.

U okviru izobrazbe u području javne nabave u 2015. i u okviru djelatnosti Ministarstva gospodarstva (jedan član PZJN-a djelatnik je Ministarstva gospodarstva) održano je 60 specijalističkih programa koje je pohađalo 1 033 polaznika, a jedna od tema tih programa bila je i zelena javna nabava.[124] Neki od programa koji su odobreni za 2016. su: Zelena javna nabava i e-dostava i Zelena javna nabava i praksa. Također, Državna škola za javnu upravu nudi programe usavršavanja državnih službenika kao što su: Alati za upravljanje zelenom javnom nabavom i Proces zelene javne nabave s posebnim osvrtom na post proceduralnu fazu i primjeri najbolje prakse.[125] PZJN posebno naglašava kako su trenutno u postupku realizacije projekti Usluga izobrazbe iz područja javne nabave o mjerilima zelene javne nabave i Program usavršavanja o zelenoj javnoj nabavi za provoditelje postupaka javne nabave, u sklopu kojih će se provoditi besplatna izobrazba.[126]

Članica PZJN-a iz Državnog ureda za središnju javnu nabavu navodi kako su tijekom 2015. provedena četiri postupka javne nabave uz primjenu mjerila zelene javne nabave, čija je kombinirana vrijednost bila 8.669.843,15 kn bez PDV-a.[127] Radi poticanja primjene ekoloških mjera u postupcima javne nabave, članovi PZJN-a osmislili su Anketni upitnik za zelenu javnu nabavu, koji je zajedno s poveznicom na NAPZJN distribuiran na 6 274 e-mail adresa naručitelja registriranih u Elektroničkom oglasniku javne nabave, na koji je pristiglo 629 odgovora.[128] Poziv na ispunjavanje iste ankete planiran je i na kraju provedbe NAPZJN-a te će se tada usporediti rezultati prve i druge ankete.[129] Bitno je napomenuti kako su članovi PZJN-a uspjeli uvrstiti mjere zelene javne nabave i u strateški dokument Grada Zagreba ZAGREBPLAN 2020+.[130] Kako članovi PZJN-a dolaze i iz Hrvatske zajednice županija, Udruge općina u Republici Hrvatskoj i Udruge gradova Republike Hrvatske, predložili su primjer Grada Zagreba podijeliti sa svojim članovima.[131] Također, na inicijativu članice PZJN-a unutar Ministarstva poduzetništva i obrta dogovoreno je da svi budući postupci javne i bagatelne nabave sadrže mjerila zelene javne nabave, te je u tom smislu u tijeku izmjena Upute o planiranju i provedbi postupaka javne nabave u Ministarstvu poduzetništva i obrta u sklopu koje će se propisati korištenje mjerila zelene javne nabave kada god je to moguće.[132]

123 Odgovor Ministarstva na zahtjev radi ostvarivanja prava na pristup informacijama, KLASA: 008-01/16-01/198, URBROJ: 517-01-16-4, od 19. prosinca 2016., str. 1.
124 Ibid., str. 2.
125 Ibid.
126 Ibid.
127 Ibid., str. 3.
128 Ibid., str. 4.
129 Ibid.
130 Ibid.
131 Ibid.
132 Ibid.

U sklopu promidžbe zelene javne nabave Ministarstvo je, u suradnji s PZJN-om, tiskalo NAPZJN u 500 primjeraka i distribuiralo ga tijelima državne uprave, županijama i većim gradovima, sektorskim naručiteljima i tijelima nadležnim Ministarstvu te je uspostavljen i portal za zelenu javnu nabavu (www.zjn.hr).[133] Provedbu i implementiranje elemenata zelene javne nabave PZJN prati putem elektroničkog oglasnika javne nabave i putem prije navedenog anketnog upitnika.

Nažalost, takav ozbiljan pristup ne vidimo i kod uključivanja socijalnih elemenata u postupke javne nabave. Izostanak bilo kakve inicijative za poticanjem uključivanja socijalnih elemenata u postupke javne nabave može predstavljati značajan problem, budući da potražnja javnih naručitelja kroz postupke javne nabave, kada je orijentirana na inovativna rješenja i proizvode, ima potencijal unaprijediti kvalitetu javnih usluga koje su dostupne građanima.[134] To se prije svega odnosi na činjenicu da socijalni javnonabavni elementi mogu potaknuti određene socijalne inovacije, odnosno razvoj novih ideja koje mogu potaknuti rast kvalitete života građana[135], ali i da mogu proizvesti veću vrijednost za javnu potrošnju istovremeno ispunjavavši ekonomske, ali i socijalne ciljeve javne nabave.[136] Isto tako, bitno je napomenuti kako su općenito na razini EU-a okolišni elementi značajno više uključeni u postupke javne nabave nego socijalni. Jedan od glavnih razloga za takav razvoj događaja načelna je zabrana diskriminacije ponuditelja na temelju neekonomskih kriterija koji nisu povezani s predmetom nabave javnonabavnog postupka.[137] Težina dokazivanja da su socijalni uvjeti usko vezani za nabavu dobra ili usluge jedan je od glavnih razloga zašto javni naručitelji ne uključuju socijalne kriterije u javnonabavne postupke.[138]

U teoriji tako u zadnje vrijeme postoje i prijedlozi za obvezno uključivanje socijalnih kriterija u postupke javne nabave. Tako Wiesbrock zastupa tezu kako je to nužno iz tri razloga; smatra kako socijalni kriteriji u javnonabavnim postupcima u okviru EU moraju biti dio svake javnonabavne aktivnosti, a ne nešto što se ostavlja u diskreciji država članica i javnih naručitelja.[139] Dalje, smatra kako čim se donese normativni izbor da se u postupcima javne nabave promiču i neki drugi ciljevi osim ekonomskih, individualne odredbe se više ne smiju baviti pitanjem jesu li takve odredbe poželjne, već samo pitanjem kako ih efektivno koristiti.[140] Zaključno, smatra kako socijalni kriteriji nisu u suprotnosti s ostalim ciljevima javne nabave.[141]

Ipak, ako odlučimo ostati unutar javnonabavnog regulatornog okvira EU-a, koji

133 Ibid., str. 5.

134 Edler., J., Georghiou, L., *Public procurement and innovation, Ressurecting the demant side*, Research policy 36 (2007), http://dimetic.dime-eu.org/dimetic_files/EdlerGeorghiou2007.pdf, pristupljeno 7. prosinca 2016., str. 949.

135 Poll, E., Ville, S., *Social innovation: Buzz word or enduring term?*, Journal of Socio-Economics, 38 (6), http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1699&context=commpapers, pristupljeno 7. prosinca 2016., str. 7.

136 Barraket, J., Keast, R., Furneaux, C., op. cit. (bilj. 20.), str. 44.

137 Wiesbrock, A., *Socially responsible public procurement, European value or national choice?*, Sustainable public procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016., str. 76.

138 *Ibid.*

139 *Ibid.*, str. 77.

140 *Ibid.*

141 *Ibid.*

korištenje održivih kriterija ostavlja u diskreciji naručitelja, potrebno je naći rješenja unutar postojećih pravnih pravila. Ministarstvo zaštite okoliša pristupilo je problemu na konstruktivan način, te bi se na vrlo sličan način moglo potaknuti uključivanje socijalnih elemenata u postupke javne nabave. Ministarstvo za demografiju, obitelj, mlade i socijalnu politiku (u nastavku: MDOMSP) također bi moglo donijeti sličan nacionalni plan, radi ostvarivanja uvrštavanja socijalnih kriterija u postupke javne nabave. Poseban naglasak u takvom planu trebalo bi staviti na nekoliko elemenata; kod kriterija za odabir ponude trebalo bi se poticati davanje prednosti ponuditeljima koji zapošljavaju određeni postotak socijalno ugroženih skupina građana. Tu ponajprije mislimo na zapošljavanje dugoročno nezaposlenih osoba sukladno evidencijama Hrvatskog zavoda za zapošljavanje, članove ugroženih manjinskih skupina (npr. članovi romske zajednice u Republici Hrvatskoj), zapošljavanje osoba s invaliditetom, ali i davanje prednosti ponuditeljima koji imaju povoljniji omjer zaposlenih muškaraca i žena. Također, trebalo bi poticati odabir ponuditelja čiji proizvodi imaju određene socijalne oznake.

Iako korištenje socijalnih javnonabavnih elemenata nije obvezatno, takvim nacionalnim planom bi se obrazovanjem javnih naručitelja, ali i provođenjem promocijskih aktivnosti podigla svijest o društveno odgovornim postupcima javne nabave te bi se ukazalo i na širu društvenu pa i ekonomsku korist od takvih javnonabavnih postupaka. Takva kontinuirana djelatnost MDOMPS-a sigurno bi pozitivno utjecala na osvještavanje javnih naručitelja, ali i šire javnosti o širokoj društvenoj korisnosti socijalnih održivih aspekata javne nabave te bi povećala postotak javnonabavnih postupaka u kojima bi socijalni elementi bili implementirani.

7. ZAKLJUČAK

Održiva javna nabava, iako je relativno star pravni koncept, počinje se značajnije uobličavati tek u posljednjih tridesetak godina. Velika kupovna moć države i važnost postupaka javne nabave za svako tržište nužno su doveli do osvještavanja korištenja javne nabave i za ostvarivanje sekundarnih, socijalnih i okolišnih ciljeva. Kao takva, održiva javna nabava sigurno ima više prednosti nego nedostataka. Posredno korištenje javne nabave kao sredstva u ostvarivanju bolje zaštite okoliša i veće uključenosti socijalno ugroženih skupina u društvu mora se podržati. Ipak, ostvarivanje navedenih ciljeva mora se pomiriti s nabavom najkvalitetnijih dobara, usluga ili radova uz najmanje moguće troškove za državni proračun.

Često se institutu održive javne nabave prigovara činjenica da se tako dodatno komplicira već ionako složen postupak javne nabave i smanjuje transparentnost, da se tako može narušavati ostvarivanje cilja učinkovitog trošenja javnih sredstava, te da je teško pratiti učinke ostvarenja socijalnih i okolišnih ciljeva. Navedeni prigovori postat će još važniji konačnom implementacijom javnonabavnog regulatornog okvira EU-a iz 2014., gdje se puno veći naglasak stavlja na kriterij ekonomski najpovoljnije ponude.

Kada se koncept održive javne nabave kritizira isticanjem povećanja složenosti postupaka i poskupljivanja samog postupka javne nabave (odabirom skupljeg

ponuditelja, ali ponuditelja koji ispunjava održive standarde), potrebno je istaknuti nekoliko činjenica. Smatramo kako je uključivanje održivih elemenata u postupke javne nabave ne samo korisno i nužno za omogućavanje održivog razvoja, već i obveza uspostavljena Ugovorima EU-a.[142]

Prije svega, iako je jedan od glavnih motiva za osnivanje EU-a ostvarenje zajedničkog i slobodnog tržišta, EU nije samo ekonomsko-tržišna zajednica. U srž EU-a utkane su i ideje održivog razvoja i zaštite ljudskih prava, kao temeljne odrednice specifičnog ekonomskog razvoja koje EU želi postići. Takve ideje postoje i u Ugovoru o funkcioniranju EU, čiji članak 3. stavak 3. navodi kako "Unija uspostavlja unutarnje tržište. Ona radi na održivom razvoju Europe koji se temelji na uravnoteženom gospodarskom rastu i stabilnosti cijena, visoko konkurentnom socijalnom tržišnom gospodarstvu, s ciljem pune zaposlenosti i društvenog napretka, te visokoj razini zaštite i poboljšanja kvalitete okoliša. Ona promiče znanstveni i tehnološki napredak. Ona suzbija društvenu isključenost i diskriminaciju, promiče socijalnu pravdu i zaštitu, ravnopravnost žena i muškaraca, međugeneracijsku solidarnost i zaštitu prava djeteta."

Navedeni članak jasno ocrtava opredjeljenje EU-a za održivim razvojem te odbacuje isključivo ekonomske razvojne motive, i uključuje i okolišne i socijalne elemente. Također, članak 11. navodi kako "zahtjevi u pogledu zaštite okoliša moraju se uključiti u utvrđivanje i provedbu politika i aktivnosti Unije, posebice s ciljem promicanja održivog razvoja." Navedeni članci pokazuju želju osnivača EU da ciljeve ekonomskog razvoja i razvoja slobodnog tržišta dovedu u ravnotežu s drugim, također važnim ciljevima - ciljevima zaštite okoliša i progresivnim socijalnim ciljevima.

Stoga ne čudi kada Kingston zaključuje kako EU na ustavnoj razini ne samo da priznaje važnu povezanost ekonomskih i okolišnih (i socijalnih, op. a.) politika, već i zahtijeva njihovu ravnotežu.[143] Ipak, bitno je napomenuti kako je EU navedena ustavna načela često zanemariva i prigodno prešućiva u područjima gdje bi uspostavljanje navedene ravnoteže negativno utjecalo na ekonomske ciljeve.[144] Održive elemente u novom javnonabavnom regulatornom okviru EU iz 2014. svakako vidimo kao pokušaj uspostavljanja te ravnoteže ali činjenica da je u diskreciji naručitelja hoće li te elemente uključiti u svoj javnonabavni natječaj ponovno ukazuje na zadršku u ostvarivanju tog cilja.

Kritika s kojom se možemo složiti je ona u kojoj se navodi kako je jako teško pratiti učinke održive javne nabave, odnosno kako je jako teško pratiti socijalne i okolišne učinke. Budući da je socijalni i okolišni učinak održive javne nabave gotovo uvijek posredan, jako je teško uspostaviti izravni sustav praćenja učinaka održive javne nabave na zaštitu okoliša i socijalnu inkluzivnost ugroženih skupina. Bez kvalitetnog sustava praćenja, jako je teško precizno utvrditi učinak navedenih postupaka. Postoji jako malo priznatih standarda za ekološke i socijalne kriterije, te povezanih sustava za certificiranje i jasnih kriterija koji bi mogli ukazati na činjenicu koji je oblik zaštite

142 Vidi i Sjafjell, B., Wiesbrock, A., *Why should public procurement be about sustainability*, Sustainable procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016., str. 4.

143 Kingston, S., *The uneasy relationship between EU environmental and economic policies*, Sustainable procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016., str. 25.

144 *Ibid*., str. 27.

okoliša ili socijalnih interesa korisniji za društvo u cjelini.[145]

Održiva javna nabava ima i sve veću važnost u pravnom poretku EU-a, i stoga posljedično i sve veću važnost u pravnom poretku Republike Hrvatske. Počevši s regulatornim okvirom iz 2004. elementi održive javne nabave ulaze u pravne poretke svih država članica, dok se ti elementi značajno šire regulatornim okvirom i 2014. Bitno se proširuju određeni održivi elementi, dok se dodaju i neki novi. Tako najveće izmjene vidimo u tehničkim specifikacijama, kriterijima za odabir ponude, uvjetima za izvršenje ugovora, novom institutu troškova životnog vijeka, ali i ekološkim oznakama. Kao najveći problem u svemu tomu vidimo činjenicu da je implementacija održivih elemenata u postupke javne nabave još uvijek dobrovoljna, te nema načina kako prisiliti naručitelje da te elemente implementiraju u svoje javnonabavne natječaje. Ipak, svejedno smatramo kako će ti značajno prošireni elementi održive javne nabave u novom EU regulatornom okviru sigurno imati i značajan učinak na ostvarenje cilja Ministarstva od 50 % zelenih javnih nabava do 2020. godine. Nove odredbe u kombinaciji s planiranim promocijskim aktivnostima i edukacijom zaposlenika unutar potencijalnih naručitelja mogu imati veliki utjecaj na osvješćivanje važnosti vođenja postupaka održive javne nabave. Ipak, razočaravajuća je činjenica da dio održive javne nabave koji se odnosi na ostvarivanje socijalnih ciljeva nije na sličan način prepoznat kao bitan u Republici Hrvatskoj.

LITERATURA

1. Barraket, J., Keast, R., Furneaux, C., Social procurement and new public governance, Routlege, 2016.
2. Brammer, S., Walker, H. L., Sustainable procurement practice in the public sector: An international comparative study, University of Bath Working Paper 2007, http://opus.bath.ac.uk/281/1/2007-16.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016.
3. Burgi, M., Brandmeier, B., Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law, European procurement and public partnership law review, vol. 9., br. 1. 2014.
4. Caranta, R., Labels as enablers of sustainable public procurement, Sustainable public procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016.
5. Caranta, R., Sustainable public procurement in the EU, The law of green and sustainable procurement in Europe, DJOF Publishing, 2010.
6. Conway, D. M., Sustainable Procurement Policies and Practices at the State and Local Government Level, Greening local government, K. Hirokawa & P. Salkin, eds., 2012, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2095576, pristupljeno 1. prosinca 2016.
7. Dragicevic, N., Ditta, S., Community benefits and social procurement policies-A jurisdictional review, https://mowatcentre.ca/wp-content/uploads/publications/121_community_benefits_and_social_procurement_policies.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016.
8. Dragos, D. C., Neamtu, B., Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects, u Modernising public procurement: the new Directive, DJOF Publishing, Copenhhagen 2014.
9. Dragos, D. C., Neamtu, B., Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the

145 Poulsen, S. T., Jakobsen, P. S., Kalsmose-Hjelmborg S. E., *EU public procurement law*, DJOF Publishing, 2012., str. 303.

New EU Directive Proposal, European procurement and public private partnership law review, vol. 1., 2013.
10. Edler, J., Georghiou, L., Public procurement and innovation, Ressurecting the demant side, Research policy, 36 (2007), http://dimetic.dime-eu.org/dimetic_files/EdlerGeorghiou2007.pdf, pristupljeno 7. prosinca 2016.
11. Fisher, E., The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement, European procurement and public private partnership review, vol. 8, br. 1, 2013.
12. Ganley, S. D., "Green product" procurement polici in the European union: treatment of life cycle carbon analysis and enviromental ppn restrictions, https://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjbh8_jlInMAhUDkywKHU4oA8cQFggdMAA&url=https%3A%2F%2Facademiccommons.columbia.edu%2Fdownload%2Fdownload%2Ffedora_content%2Fdownload%2Fac%3A187221%2FCONTENT%2Fganley_eu_product_procurement.pdf&usg=AFQjCNF7yUe7D74YNReQIdjok80ptoBjyg&sig2=vVcf6aP_PHESlNQYEQzDXg, pristupljeno 20. prosinca 2016.
13. Graells, A. S., Public procurement and the EU competition rules, Hart Publishing, 2015.
14. Kingston, S., The uneasy relationship between EU environmental and economic policies, Sustainable procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016.
15. McCrudden, C., Legal aspects of sustainable public procurement, https://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjF1dih7OLJAhXDEHIKHbADDzsQFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fmasterpublicprocurement.itcilo.org%2Fprivate-area%2Flibrary%2Fdocuments%2Flegal-aspects-of-sustainable-public-procurement%2Fat_download%2FAttachmentFile&usg=AFQjCNHAiqBhg2-JlvDXC-2KfR0uFZL-SQ&sig2=CIF7h0xZSX68FAS2TiPx9A, pristupljeno 17. prosinca 2015.
16. McCrudden, C., Using public procurement to actieve social outcomes, Natural Resources Forum, vol. 28, br. 4, 2004.
17. Poll, E., Ville, S., Social innovation: Buzz word or enduring term?, Journal of Socio-Economics, 38 (6), http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1699&context=commpapers, pristupljeno 7. prosinca 2016.
18. Poulsen, S. T., Jakobsen, P. S., Kalsmose-Hjelmborg S. E., EU public procurement law, DJOF Publishing, 2012.
19. Semple, A., Reform of the EU procurement Directives and WTO GPA: forward steps for sustainability?, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089357, pristupljeno 20. prosinca 2016.
20. Semple, A., The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?, u Sustainable public procurement under EU law: New perspectives on the state as stakeholder, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
21. Sjafjell B., Wiesbrock A., Why should public procurement be about sustainability, Sustainable procurement under EU law, Cambridge University Press 2016.
22. Thai, K. V., Public procurement re-examined, Journal of public procurement, vol. 1, br. 1, 2001.
23. Wiesbrock, A., Socially responsible public procurement, European value or national choice?, Sustainable public procurement under EU law, Cambridge University Press, 2016.
24. Worthington, I., Ram, M., Shah, M., Boyal, H., Drivers of and barriers to supplier diversity initiatives: a cross-national study, http://www.crrconference.org/Previous_conferences/downloads/worthington.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016.

Ostala literatura

1. Zakon o javnoj nabavi, NN br. 90/11, 83/13, 143/13, 13/14
2. Zakon o javnoj nabavi, NN br. 120/16

3. Direktiva 2009/33/EC Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o poticanju čistih i energetski učinkovitih cestovnih vozila.
4. Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ
5. Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ
6. Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji
7. Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/17/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga
8. Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama o dodjeli ugovora o koncesiji
9. Uredba (EC) br. 106/2008 o zajedničkom programu oznaka o energetskoj učinkovitosti za uredsku opremu
10. C-225/98 *Komisija protiv Francuske* (2000) ECR I-7445.
11. C-31/87 *Gebroeders Bentjees BV protiv Nizozemske* (1988) ECR 4635.
12. C-368/10, *Komisija protiv Nizozemske* (2012).
13. C-448/01 *EVN i Wienstrom* (2003) ECR I-14527.
14. C-513/99 *Concordia Bus* (2002) ECR I-7213.
15. Novinski izvještaj Europske komisije, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-18_en.htm?locale=en, pristupljeno 15. prosinca 2015.
16. Max Havelaar web stranice, http://maxhavelaar.nl/english, pristupljeno 2. prosinca 2016.
17. Nacionalni akcijski plan za zelenu javnu nabavu, http://mzoip.hr/doc/nacionalni_akcijski_plan_za_zelenu_javnu_nabavu.pdf, pristupljeno 24. prosinca 2015.
18. Procurement Strategy for Aboriginal Business, http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100032802/1100100032803, pristupljeno 5. prosinca 2016.
19. Australian and New Zealand Government Framework for Sustainable Procurement, http://www.apcc.gov.au/ALLAPCC/APCC%20PUB_ANZ%20Government%20Framework%20for%20Sustainable%20Procurement%20-%20Sept%202007.pdf, pristupljeno 5. prosinca 2016.
20. Fairtrade web stranica, http://www.fairtrade.net/about-fairtrade/what-is-fairtrade.html, prostupljeno 2. prosince 2016.
21. Statističko izvješće o javnoj nabavi u Republici Hrvatskoj za 2013. godinu Uprave za sustav javne nabave ministarstva gospodarstva, http://www.javnanabava.hr/userdocsimages/userfiles/file/Statisti%C4%8Dka%20izvje%C5%A1%C4%87a/Godi%C5%A1nja/Statisticko_izvjesce_JN-2013.pdf, str. 10., pristupljeno 15. prosinca 2015.
22. Odgovor Ministarstva na zahtjev radi ostvarivanja prava na pristup informacijama, KLASA: 008-01/16-01/198, URBROJ: 517-01-16-4, od 19. prosinca 2016.

Summary

SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT

Sustainable public procurement, although a relatively old legal concept, began to take shape significantly in the last 20 years. Large purchasing power of the state and the importance of public procurement procedures for each market necessarily led to the awareness and use of public procurement to achieve the secondary, social and environmental objectives. As such, sustainable public procurement certainly has more advantages than disadvantages. Indirect use of public procurement as a tool in achieving better environmental protection and greater inclusion of socially disadvantaged groups in society must be supported. However, the achievement of those goals must always be secondary, because the main objective of public procurement must be the procurement of the best goods, services or works with the least possible cost to the state budget. Sustainable public procurement has a growing importance in the EU legal order, and thus consequently increasing importance in the legal order of the Republic of Croatia. Beginning with the 2004 EU regulatory framework elements of sustainable procurement are included in the legal systems of all member states, while these elements are significantly more present in the 2014 EU regulatory framework. Certain sustainable elements are significantly expanded, while adding some new. The biggest changes are present in the technical specifications, criteria for selection of offers, conditions for performance of the contract, in the new institute of life cycle costing as well as environmental labels. The biggest problem is the fact that the implementation of sustainable elements in public procurement procedures is still voluntary and there is no way to force the implementation of these elements. However, I still think that the significantly expanded elements of sustainable procurement in the 2014 EU regulatory framework willl certainly have a significant impact on the achievement of the objective of 50% green public procurement by 2020. The new provisions in conjunction with the planned promotional activities and education of employees can have a significant impact on raising awareness of the importance of sustainable public procurement. However, the fact that part of sustainable procurement relating to the achievement of social goals is not similarly recognized as important in Croatia is dissapointing.

***Keywords**: administrative law, public procurement, sustainable development, European union.*

Zusammenfassung

NACHHALTIGE ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNG

In der Arbeit werden das Konzept der nachhaltigen Beschaffung, deren theoretischer Hintergrund und die Entwicklung der Umsetzung in ausländischen

Rechtssystemen und dem EU- und kroatischen Recht analysiert. Nach der Einführung des theoretischen Rahmens und der Anerkennung, dass es notwendig ist, die Ziele der nachhaltigen Entwicklung im öffentlichen Rechtsrahmen zu fordern, wird die Entwicklung des Konzepts in ausländischen Rechtssystemen beschrieben. Danach wird die allmähliche Entwicklung von Elementen der Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung im EU-Recht durch die Praxis des Europäischen Gerichtshofs und die letzten beiden Rechtsrahmen des öffentlichen Rechts dargestellt.

Im zweiten Teil wird das aktuelle Rechtssystem des öffentlichen Beschaffungswesens in der Republik Kroatien analysiert mit dem Ziel der Erleuchtung der existierenden Elemente einer nachhaltigen Entwicklung sowie der Praxis der inländischen Besteller bei der Umsetzung von Elementen der Nachhaltigkeit im öffentlichen Vergabeverfahren. Die Arbeit schließt mit der Analyse der Auswirken, welche die Ausweitung des Konzepts der nachhaltigen Beschaffung in den neuen Rechtsrahmen der Europäischen Union auf das kroatische Rechtssystem haben wird.

***Schlüsselwörter**: Verwaltungsrecht, öffentliche Beschaffung, nachhaltige Entwicklung, Europäische Union.*

Riassunto

APPALTO PUBBLICO SOSTENIBILE

Nel lavoro si analizza il concetto di appalto pubblico sostenibile, come pure il suo fondamento teorico, lo sviluppo della sua attuazione nei sistemi giuridici stranieri, il diritto dell'Unione europea ed il diritto croato. Dopo avere posto in apertura il quadro teorico e dopo avere riconosciuto le esigenze di introduzione di finalità di sviluppo sostenibile nel quadro giuridico degli appalti pubblici, si descrive lo sviluppo di tale concetto nei sistemi giuridici stranieri. Dopo di ciò si illustra lo sviluppo graduale degli elementi di sostenibilità nell'appalto pubblico dell'Unione europea, mediante la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e i due quadri regolatori degli appalti pubblici più recenti. Nella parte seguente del lavoro si analizza il sistema giuridico attuale dell'appalto pubblico nella Repubblica di Croazia con l'intento di accertare l'esistenza di elementi di sviluppo sostenibile, come anche la prassi dei committenti domestici nell'attuazione degli elementi di sostenibilità nella gara dell'appalto pubblico. Il lavoro si conclude con l'analisi circa le modalità con le quali il sistema giuridico influirà sulla diffusione significativa del concetto di appalto pubblico sostenibile nel nuovo quadro di regolamentazione dell'Unione europea.

***Parole chiave:** diritto amministrativo, appalto pubblico, sviluppo sostenibile, Unione europea.*

ODLUČIVANJE O IMOVINSKIM ODNOSIMA BRAČNIH DRUGOVA U OSTAVINSKIM POSTUPCIMA SUKLADNO UREDBI 2016/1103 O BRAČNOIMOVINSKOM REŽIMU

Dr. sc. Paula Poretti, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.919.1::061.1EU
Ur.: 2. veljače 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Donošenjem Uredbe (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima (dalje: Uredbe 2016/1103) u 18 država članica koje sudjeluju u pojačanoj suradnji primjenom zajedničkih pravila olakšat će se odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima s prekograničnim elementom. Ujedno se očekuje da će njezinim provođenjem u državama članicama biti olakšana primjena ostalih europskih instrumenata iz područja europskoga obiteljskog prava u postupcima razvoda braka i ostavinskim postupcima. U radu će se prikazati pravila Uredbe 2016/1103 o nadležnosti i mjerodavnom pravu u postupcima u kojima se odlučuje o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova. Analizirat će se primjena pravila Uredbe 2016/1103 o nadležnosti i mjerodavnom pravu u ostavinskim postupcima s prekograničnim elementom u kojima se primjenjuje Uredba 650/2012 o nasljeđivanju. Ukazat će se na potencijalna sporna mjesta i otvorena pitanja pri tumačenju pravila Uredbe 2016/1103 koja bi mogla izazvati dvojbe i nedorečenosti za sud ili javne bilježnike u razrješavanju pitanja imovinskih odnosa u postupcima u kojemu odlučuju o nasljeđivanju. Zaključno će se predložiti moguća rješenja kojima bi se mogle otkloniti poteškoće i nedostatci u praktičnoj primjeni Uredbe 2016/1103.

Ključne riječi: *nasljeđivanje, bračnoimovinski režim, nadležnost, mjerodavno pravo, bračni drug.*

1. UVOD

Pitanje podjele bračne stečevine redovito se javlja u postupcima koji se tiču okončanja braka, bilo zbog razvoda ili smrti jednog od bračnih drugova. Nerijetko, predstavlja jedno od složenijih pitanja o kojemu treba odlučiti sud ili drugo tijelo nadležno za postupanje u konkretnom sporu. Ako se to pitanje pojavi u predmetu s prekograničnim elementom, okolnost da nadležno tijelo, prije negoli započne postupanje ima utvrditi je li nadležno, a potom i koje pravo treba primijeniti kao

mjerodavno, čini postupanje u predmetu još zahtjevnijim negoli u nacionalnom predmetu te pred sud ili drugo nadležno tijelo koje postupa postavlja dodatne izazove. Naime, na razini Europske unije (dalje: EU) zbog nepostojanja europskog instrumenta iz područja pravosudne suradnje u građanskim i trgovačkim stvarima koji bi pojednostavio rješavanje pitanja nadležnosti, mjerodavnog prava te priznanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima u predmetu s prekograničnim elementom, primjenjuju se pravila sukoba zakona za rješavanje tih pitanja. Kako su pravila sukoba zakona nacionalna pravila pojedinih država za rješavanje pitanja nadležnosti te priznanja i izvršenja stranih odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, nerijetko, ona predstavljaju prepreku slobodnom kretanju osoba, osobito u slučajevima kolizije među pravilima različitih država, koja otežava pravnim praktičarima postupanje, a bračnim drugovima upravljanje odnosno podjelu zajedničke imovine.

Za usporedbu, postupanje hrvatskih javnih bilježnika kao povjerenika suda i sudova u predmetima nasljeđivanja s prekograničnim elementom bitno je olakšano donošenjem 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[1] (dalje: Uredba 650/2012 o nasljeđivanju), kojom su predviđena pravila za utvrđivanje nadležnosti, mjerodavnog prava te priznanja i izvršenja odluka o nasljeđivanju između država članica. Budući da je u državama članicama, uključujući i Republiku Hrvatsku (dalje: RH), Uredba 650/2012 o nasljeđivanju odnedavno u primjeni, u hrvatskom je pravnom sustavu za sada primijenjena u malom broju predmeta. Ipak, dosadašnja praksa pokazuje da, unatoč pojedinim nedorečenostima koje otvaraju određene dvojbe pri tumačenju i primjeni odredaba Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju te Zakona 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[2] (dalje: Zakon o provedbi Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju), ona predstavlja značajan instrument koji olakšava odlučivanje o nasljeđivanju s prekograničnim elementom.

Uredba 650/2012 o nasljeđivanju propisuje pravila o nadležnosti i mjerodavnom pravu te priznanju i ovrsi strane odluke u državi članici. Kao temeljni kriterij Uredba 650/2012 o nasljeđivanju primjenjuje kriterij uobičajenog boravišta ostavitelja, dok se državljanstvo pojavljuje kao podredni kriterij. Jedan od ciljeva kojega se Uredbom 650/2012 o nasljeđivanju željelo postići jest da sud koji je nadležan sukladno

1 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.

2 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.

pravilima Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju, u predmetu s prekograničnim elementom primjenjuje vlastito pravo. Uz to, naglašena je autonomija volje ostavitelja da izabere kao mjerodavno pravo države svog državljanstva. Pritom, nasljednicima je omogućeno sporazumijevanje o nadležnosti suda države članice čije je pravo ostavitelj izabrao kao mjerodavno pravo, upravo kako bi se ostvarila ideja o postupanju nadležnog suda prema pravu vlastite države članice.

Za razliku od javnih bilježnika, koji kod postupanja u stvarima nasljeđivanja s prekograničnim elementom u utvrđivanju nadležnosti i mjerodavnog prava primjenjuju isključivo Uredbu 650/2012 o nasljeđivanju, sudovi u vođenju postupka za razvod braka s prekograničnim elementom primjenjuju Uredbu 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[3] (dalje: Uredba Brisel II bis) kako bi utvrdili nadležnost u konkretnom predmetu, dok mjerodavno pravo određuju uz primjenu odredaba Uredbe Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenjivog na razvod braka i zakonsku rastavu, (dalje: Uredba Rim III).[4] Podjednako kao i Uredba 650/2012 o nasljeđivanju, Uredba Brisel II bis primjenjuje kriterij uobičajenog boravišta jedne ili obiju stranaka, a strankama je dopušteno i sporazumjeti se o nadležnosti, pri čemu kao nadležan mogu izabrati sud svoga uobičajenog boravišta. Uredba Rim III predviđa niz pravila prema kojima se pomoću kriterija uobičajenog boravišta određuje pravo koje se ima primijeniti ako izostane sporazum stranaka o mjerodavnom pravu u postupku razvoda braka. Isto tako, strankama je ostavljena i mogućnost izbora mjerodavnog prava, uz primjenu kriterija uobičajenog boravišta ili državljanstva jedne ili obiju stranaka, kao najbližih poveznica.

U tom smislu, za postupke u kojima će sud odlučivati o razvodu braka ili javni bilježnik odnosno sud o nasljeđivanju s prekograničnim elementom u RH, bit će važno usvajanje Uredbe (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima[5] (dalje: Uredba 2016/1103). Naime, očekuje se da će postupanje sudova i javnih bilježnika biti olakšano u postupcima razvoda braka ili nasljeđivanja u kojima se javlja pitanje vezano uz podjelu bračne stečevine bračnih drugova, s obzirom na to da će iz Uredbe 2016/1103 biti jasno koji bi sud države članice trebao biti nadležan u postupku i koje se pravo ima primijeniti kao mjerodavno.

---

3 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, str. 0001 - 0029.

4 Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, Službeni list, L 343, 29.12.2010., str. 10.

5 Uredba (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, Službeni list, L 183/1 od 8. srpnja 2016.

Obrazloženje uz Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, o mjerodavnom pravu te priznavanju i izvršenju odluka u stvarima bračnoimovinskih režima[6](dalje: Prijedlog Uredbe 2016/1103), uz pregled relevantnih dokumenata koji su prethodili njegovoj izradi, donosi i naznake elemenata politike EU-a koja je doprinijela usvajanju unificiranih pravila koja se odnose na postupke u kojima se odlučuje o imovinskim odnosima u prekograničnim odnosima na europskoj razini, što olakšava tumačenje i razumijevanje pojedinih rješenja čija bi se primjena trebala osigurati provedbom Uredbe 2016/1103 u dijelu država članica. Naime, na sastanku održanom 3. prosinca 2015. Vijeće je ocijenilo je da nisu postignuti uvjeti za uspostavljanje suradnje između svih država članica u pogledu bračnoimovinskih režima i imovinskih posljedica registriranih partnerstava.[7] Ipak, 18 država članica izrazilo je spremnost za uspostavljanje pojačane suradnje u području imovinskih režima međunarodnih parova.[8] S tim u vezi, Vijeće je 9. lipnja 2016. donijelo Odluku (EU) 2016/954 o odobrenju pojačane suradnje između tih 18 država članica.[9] Premda bi se Uredba od 29. siječnja 2019. trebala izravno primjenjivati samo u državama članicama koje sudjeluju u pojačanoj suradnji, to ne priječi druge države da se nakon njezinog uspostavljanja ili bilo kojem naknadnom trenutku odluče sudjelovati u suradnji, pri čemu će se u tim državama članicama primjenjivati od trenutka donošenja odluke.

Cilj Uredbe 2016/1103 je omogućiti da se u postupku odlučivanja o razvodu braka u kojemu se nadležnost suda određuje sukladno odredbama Uredbe Brisel II bis ili u postupku nasljeđivanja u kojemu se nadležnost suda određuje sukladno Uredbi 650/2012 o nasljeđivanju, pravilima o koncentraciji nadležnosti osigura da nadležni sud odlučuje i o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova povezanim s tim predmetom. Kada se odlučuje samostalno o bračnoimovinskom režimu stranaka u postupku s prekograničnim elementom, odnosno, neovisno o postupku u kojemu se odlučuje o razvodu braka ili o nasljeđivanju, Uredba 2016/1103 predviđa hijerarhijski strukturirane kriterije za utvrđivanje nadležnosti, pri čemu je primarni kriterij uobičajeno boravište bračnih drugova u trenutku pokretanja postupka pred sudom.[10]

U interesu pravne sigurnosti Uredba 2016/1103 omogućuje bračnim drugovima da sukladno njezinim pravilima unaprijed znaju koje se pravo ima primijeniti u postupku u kojemu se odlučuje o njihovu bračnoimovinskom režimu. Također, bračnim drugovima ostavljena je i mogućnost izbora mjerodavnog prava koje se ima primijeniti na njihovu cjelokupnu imovinu, neovisno o tomu gdje se ona nalazi i to

6 Uredba Vijeća o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, međuinstitucijski predmet: 2016/0059 (CNS), JUST CIV 70, 30. svibnja 2016. (OR.en). Usporedi Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu te priznavanju i izvršenju odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, COM(2011)126.

7 Vidi Preambula (10) Uredbe 2016/1103.

8 Među državama članicama koje sudjeluju u pojačanoj suradnji u području imovinskih režima međunarodnih parova su Belgija, Grčka, Slovenija, Španjolska, Francuska, Portugal, Italija, Malta, Luxemburg, Njemačka, Republika Češka, Nizozemska, Austrija, Bugarska, Finska, Cipar.

9 Vidi Preambula (12) Uredbe 2016/1103.

10 Time Uredba također slijedi ideju Uredbe Brisel II bis i Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju, što omogućuje ujednačenost primjene pravila za donošenje.

prije ili za vrijeme sklapanja braka ili tijekom trajanja braka.

U radu će se prezentirati pravila Uredbe 2016/1103 o nadležnosti i mjerodavnom pravu u postupcima u kojima se odlučuje o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova. Potom će se analizirati usklađenost pravila Uredbe 2016/1103 s pravilima Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju. Ukazat će se na potencijalna sporna mjesta i otvorena pitanja pri tumačenju pravila Uredbe 2016/1103 koja bi mogla izazvati dvojbe i nedorečenosti za sud ili javne bilježnike u razrješavanju pitanja imovinskih odnosa u postupcima u kojima odlučuju o nasljeđivanju.

No, najprije je potrebno osvrnuti se na određivanje nekoliko pojmova koje donosi Uredba 2016/1103 o bračnoimovinskom režimu, a bitni su za razumijevanje i primjenu njezinih odredaba. U prvom redu, radi se o pojmu bračnoimovinskog režima kojega se u smislu Uredbe 2016/1103 ima razumjeti kao skup pravila koja se tiču imovinskih odnosa između bračnih drugova i u njihovim odnosima s trećim osobama, kao rezultat braka ili njegova razvrgnuća.[11] Riječ je o općenitom određenju kojim se nastojalo obuhvatiti režime bračne stečevine koje poznaju države članice. Istovremeno, premda se Uredba 2016/1103 ima primjenjivati u postupcima s prekograničnim elementom u kojima se odlučuje o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova, iz njezinog teksta to nije jasno vidljivo. Naime nigdje se u tekstu ne previđa izrijekom da se ima primjenjivati u postupcima s prekograničnim elementom. Isključivo se u preambuli (14) Uredbe 2016/1103 naznačuje da bi se u skladu s čl. 81. Ugovora o funkcioniranju Europske unije[12] (dalje: UFEU) ona trebala primjenjivati u kontekstu bračnoimovinskih režima s prekograničnim implikacijama. Stoga, čini se da bi zaključak o primjeni Uredbe 2016/1103 isključivo u postupcima s prekograničnim elementom trebalo izvoditi iz okolnosti da EU crpi svoje ovlaštenje za uređivanje područja bračnoimovinskih režima bračnih drugova iz čl. 81. UFEU-a.[13] U tom smislu, Uredba 2016/1103 slijedi niz europskih instrumenata iz područja pravosudne suradnje kojima su propisane odredbe o nadležnosti odnosno odredbe o nadležnosti i mjerodavnom pravu, poput čl. 1. 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), [14] (dalje: Uredba Brisel I bis), čl. 1. Uredbe Brisel II bis, čl. 1. Uredbe 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[15] (dalje: Uredba

11 Usporedi Preambulu (18) u vezi s odredbom čl. 3. st. 1. t. a Uredbe 2016/1103.

12 Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćeni tekst), Službeni list C 326, 26.10.2012., str. 47-390.

13 Naime, čl. 81. UFEU-a predviđa nadležnost EU-a za donošenje instrumenata kojim se uspostavlja pravosudna suradnja među državama članicama isključivo u sporovima s prekograničnim elementom. Slično Drličková, K.; 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 Uredba (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.

15 Uredba Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu,

4/2009 o uzdržavanju) i čl. 1. Uredbe 650/2012, u kojima također nije predviđeno da se postupci iz područja primjene pojedine uredbe imaju primjenjivati isključivo u postupcima s prekograničnim elementom. Istovremeno, europski instrumenti iz područja pravosudne suradnje kojima se propisuje mjerodavno pravo, poput Uredbe (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze[16] (dalje: Uredba Rim I), Uredbe (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (dalje: Uredba Rim I)[17] i Uredbe (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća 0d 17. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze (dalje: Uredba Rim III), ograničavajući područje svoje primjene na slučajeve koji uključuju sukob zakona, također ne predviđaju izrijekom da se njihova primjena odnosi na postupke s prekograničnim elementom. To je moguće izvesti iz okolnosti da pravila o sukobu zakona služe za rješavanje pitanja izbora mjerodavnog prava u sporovima u kojima postoji više paralelnih državnih sustava privatnog prava.[18] Europski instrumenti koji uređuju unificirane europske građanske postupke definiraju prekogranični element postupaka u kojima se imaju primijeniti.[19] Očigledno, podjednako svi ovdje razmotreni europski instrumenti iz područja pravosudne suradnje impliciraju ili izravno upućuju na primjenu u postupcima s prekograničnim elementom. No, ostaje otvoreno na koji se način ima odrediti odnosno prepoznati koji bi se od postupaka iz područja primjene pojedine uredbe trebali smatrati postupcima s prekograničnim elementom.

Iako se može učiniti da nije riječ o ozbiljnom nedostatku, primjena Uredbe 650/2012 u praksi u RH pokazala je da ova nepreciznost ostavlja prostora za dvojbe nadležnog tijela, kod nas konkretno, javnog bilježnika, koji postupa u određenom predmetu.[20] Naime, činjenica je da će u nekim predmetima u kojima se odlučuje

priznavanju i izvršenju sudskih odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obvezu uzdržavanja, Službeni list EU, L 7, 10.1.2009., str. 1-79.

16 Uredba (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.

17 Uredba (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze, Službeni list EU, L 199/40, 31.07.2007.

18 Vuković, Đuro; Kunštek, Eduard, Međunarodno građansko postupovno pravo, Zgombić i partneri, 2005., str. 7-8.

19 Usporedi odredbu čl. 3. st. 1. Uredbe (EZ) br. 1896/2006 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o uvođenju postupka za europski platni nalog, Službeni list EU, L 399/1, 30.12.2006. (dalje: Uredba o europskom platnom nalogu) i odredbu čl. 3. st. 1. Uredbe (EZ) br. 861/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o uvođenju europskog postupka za sporove male vrijednosti, Službeni list EU, L 199/1, 31.07.2007.

20 O problematici određenja kriterija kojima je moguće odrediti prekogranični element nasljednih stvari vidi Poretti, Paula, Nadležnost, nadležna tijela i postupci prema Uredbi (EU) br. 650/2012 o nasljeđivanju, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37., br. 1., 2016., str. 561-587. Istraživanje koje je autorica naknadno provela pokazalo je da, u malom broju predmeta u kojima su javni bilježnici do sada imali priliku postupati sukladno Uredbi 650/2012 o nasljeđivanju, u pravilu je prepoznato da je riječ o postupku s prekograničnim elementom. Nešto zahtjevnijim su se pokazali slučajevi u kojima je ostavitelj imao uobičajeno boravište u RH, kao i pretežni dio svoje imovine, i jedan otvoreni bankovni račun u drugoj državi članici, jer su u nekim od tih slučajeva javni bilježnici smatrali da bi trebali odlučiti isključivo o ostavini

o bračnoimovinskom režimu biti razmjerno jednostavno odrediti da je riječ o prekograničnom elementu, no neće nužno uvijek biti tako. Primjerice, ako je riječ o postupku u kojemu se pretežni dio bračne stečevine bračnih drugova nalazi u jednoj državi članici, u kojoj bračni drugovi imaju uobičajeno boravište i čiji su državljani, a jedan ili više bankovnih računa u drugoj državi članici ili više njih, sudu može promaknuti da je riječ o postupku s prekograničnim elementom.[21] U pravnoj literaturi sugerirano je da bi bilo korisno detaljno propisati koji bi se postupci mogli smatrati postupcima s prekograničnim elementom ili ih barem primjerično navesti. O sličnoj ideji raspravljalo se i tijekom postupka izrade Uredbe 2016/1103, no kako se čini, rasprava nije rezultirala u željenoj dopuni njezina teksta.[22]Unatoč tomu što bi razlozi preglednosti i jednostavnije primjene u praksi govorili u prilog sugeriranoj dopuni teksta Uredbe 2016/1103, ako se uzme da određenje koji se postupci iz područja primjene određene uredbe imaju smatrati postupcima s prekograničnim elementom nije pronašlo svoje mjesto niti u jednoj od navedenih uredaba, osim onih koje reguliraju unificirane europske građanske postupke, nije bilo za očekivati da bi pristup europskog zakonodavca ovdje bio drukčiji. Stoga, ostaje poslužiti se određenjem iz Zelene knjige o sukobu zakona u stvarima koje se tiču bračnoimovinskih režima,[23] koja svoje područje određuje "kao zajednice državljana različitih država članica ili njihova prisutnost u državi članici koja nije država njihova državljanstva, često popraćena stjecanjem imovine koja se nalazi na području više država članica".[24]

2. NADLEŽNOST

2.1. Nadležnost sudova ako se postupak pokreće neovisno o razvodu ili ostavinskom postupku

Imajući u vidu da se potreba raspravljanja i odlučivanja o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova može pojaviti neovisno o pokretanju postupaka razvoda braka ili odlučivanja o ostavini, Uredba 2016/1103 predviđa niz hijerarhijski strukturiranih pravila kojima se određuje nadležnost suda države članice da u tim slučajevima postupa u određenom predmetu. Kao temeljni kriterij za određivanje nadležnosti u tim slučajevima odredba čl. 6. Uredbe 2016/1103 predviđa kriterij uobičajenog boravišta bračnih drugova, i to tako da se najprije uzima u obzir uobičajeno boravište bračnih drugova u trenutku pokretanja postupka pred sudom (arg. *ex* čl. 6. t. a), zatim posljednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova, ako jedan od njih

koja se nalazi u RH te upućivali stranke da za novčana sredstva na bankovnom računu provedu postupak u državi članici u kojoj se račun nalazi.

21 Slično, Grey, Jacqueline; Redondo, Pablo Quinzá, Stress-testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family law and successions, str. 4., dostupno na: http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2013/11/FENR-D-13-00008, 1.02.2017.

22 Loc. cit.

23 Zelena knjiga o sukobu zakona u stvarima koje se tiču bračnoimovinskih režima, uključujući pitanja nadležnosti i priznanja, COM(2006) 400 fin.

24 Grey, J.; Redondo, P. Q., op. cit., str. 5.

još uvijek tamo boravi u trenutku pokretanja postupka pred sudom (arg.*ex* čl. 6. t. b) ili na čijem državnom području protustranka ima uobičajeno boravište u trenutku pokretanja postupka pred sudom (arg. *ex* čl. 6. t. c) ili ako nije moguće utvrditi nadležnosti na temelju niti jednog od ponuđenih kriterija uobičajenog boravišta, nadležnost se ima podredno utvrditi prema zajedničkom državljanstvu bračnih drugova u trenutku pokretanja postupka pred sudom (arg. *ex* čl. 6. t. d). Odabirom uobičajenog boravišta kao temeljnog kriterija, a državljanstva kao podrednog, za utvrđivanje nadležnosti suda države članice, Uredba 2016/1103 još jednom podcrtava ideju koja je prisutna u pretežnom broju instrumenata iz toga područja, počevši od Haške konvencije o mjerodavnom pravu za bračnoimovinske režime iz 1978. (dalje: Haška konvencija iz 1978.)[25], pa sve do Uredbe Brisel II bis te Uredbe 650/2012, da se primjenom, osobito, kriterija uobičajenog boravišta, ide za tim da se uvaži sve prisutnija mobilnost građana kojima se nastoji osigurati jedinstveni standard pravne zaštite, neovisno u kojoj se državi članici nalaze. I ovdje je izostalo određenje pojma uobičajenog boravišta, podjednako kao i u ranije spomenutim instrumentima, u odnosu na što su upućene određene kritike[26], pa je pravna teorija upozorila na potrebu autonomne interpretacije Uredbe 2016/1103.[27] U tom smislu, kriterij uobičajenog boravišta i ovdje ima značaj faktične veze između bračnih drugova i države članice čiji je sud nadležan (arg. *ex* Preambula (35)). No, za razliku od Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju koja u Preambulu (24) i (25) donosi pomoćna, interpretativna pravila za utvrđivanje uobičajenog boravišta u situacijama u kojima ga nadležno tijelo ne bi moglo bez teškoća odrediti, Uredba 2016/1103 ne slijedi njezin primjer. Razloge za to moguće je vidjeti u okolnosti da se režim Uredbe 2016/1103 u pretežnom dijelu ima primjenjivati za postupanja u pogledu bračnoimovinskog režima u okviru postupaka razvoda braka ili odlučivanja o nasljeđivanju, pa će se uobičajeno boravište u tim slučajevima utvrđivati uz pomoć tumačenja koja je u svojim judikatima dao Europski sud, vezano uz primjenu Uredbe 2201/2003 te interpretativnih pravila iz Preambule Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju.[28]

Ako su se stranke sporazumjele da mjerodavno pravo bude pravo države u kojoj bračni ili budući bračni drugovi ili jedan od njih ima uobičajeno boravište u trenutku kad je sporazum sklopljen (arg. *ex* 22. st. 1. t. a), pravo države državljanstva jednog od bračnih drugova ili budućih bračnih drugova u trenutku kad je sporazum sklopljen (arg. *ex* čl. 22. st. 1. t. b) ili ako sporazum nije sklopljen, pa je prema pravilima Uredbe 2016/1103 mjerodavno pravo prvog zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih

25 Konvencija od 14. ožujka 1978. o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski režim, stupila na snagu 1. rujna 1992. Dostupno na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=87. A. E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1978 Hague Matrimonial Property Regimes Convention, The Hague, 1978.

26 Usporedi Poretti, P., op. cit., str. 566-571.

27 Pintens, Walter, Applicable law in the Proposal for Regulation on matrimonial property law, u: Successions and matrimonial property regimes in Europe: notarial solutions, Société de législation comparée, Paris, 2014., str. 88.

28 Više o pojmu uobičajnog boravišta u judikatima Europskog suda vidi Poretti, P., op. cit., str. 566-567. Također, važni su i predmeti C-443/03 - Leffler, ECLI:EU:C:2005:665 i C-497/10 PPU - Mercredi, ECLI:EU:C:2010:829.

drugova nakon sklapanja braka (arg. *ex* čl. 26. st. 1. t. a) ili zajedničkog državljanstva bračnih drugova u trenutku sklapanja ugovora (arg. *ex* čl. 26. st. 1. t. b), Uredba 2016/1103 omogućuje bračnim drugovima da se sporazumiju da sud države članice čije je pravo mjerodavno prema nekoj od odredaba ili sud države članice u kojoj je brak sklopljen (arg. *ex* čl. 7. st. 1.) bude isključivo nadležan odlučivati u stvarima njihova bračnoimovinskog režima (arg. *ex* čl. 7. st. 1.). Nadalje, u čl. 8. Uredba 2016/1103 predviđa da je sud države članice čije je pravo mjerodavno sukladno odredbama čl. 22. ili čl. 26. st. 1. t. a i b nadležan i ako se tuženik pred njim upusti u postupak, osim ako se tuženik upustio u postupak radi osporavanja nadležnosti ili ako je s obzirom na koncentraciju nadležnosti za postupanje nadležan sud države članice za donošenje odluke o nasljeđivanju (arg. *ex* čl. 4.) ili razvod braka, zakonsku rastavu ili poništaj braka (arg. *ex* čl. 5. st. 1.). Pravila čl. 7. (o izboru prava) i 8. (o nadležnosti suda pred kojim se tuženik upustio u postupak) naglašavaju autonomiju volje stranaka, u prvom redu u dijelu u kojemu omogućuju bračnim drugovima sporazumijevanje o nadležnosti suda, odnosno tuženiku izbor nadležnog suda upuštanjem u postupak, ali i u dijelu u kojemu su među sudovima koje bračni drugovi mogu izabrati kao nadležne, sudovi država članica čije je pravo izabrano kao mjerodavno sukladno odredbi čl. 22. Uredbe 2016/1103. Uređivanje pravila o izboru suda utemeljeno je na shvaćanju kojega naglašava Preambula (36) Uredbe 2016/1103, da se time povećava pravna sigurnost, predvidljivost i autonomija stranaka. Očigledno, i ovdje kao i kod Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju ide se za tim da se osigura da sud koji je nadležan primjenjuje vlastito pravo.

2.2. Nadležnost u slučaju smrti bračnih drugova

Premda Uredba 2016/1103 predviđa primjenu pravila o nadležnosti i mjerodavnom pravu i za slučajeve kada se u stvarima bračnoimovinskog režima odlučuje u zasebnim postupcima, njome se ponajprije, pravilima o koncentraciji nadležnosti, nastojalo osigurati da, u različitim povezanim postupcima, sudovi države članice koji odlučuju o nasljeđivanju ili u postupka razvoda braka, ujedno odlučuju i u stvarima bračnoimovinskog režima (arg. *ex* Preambula (32)).

Stoga, Uredba 2016/1103 u čl. 4. predviđa da će ako je pred sudom države članice pokrenut postupak u stvarima nasljeđivanja bračnog druga u skladu s Uredbom 650/2012 o nasljeđivanju, sud te države članice biti nadležan za odlučivanje o stvarima bračnoimovinskog režima povezanima s tim predmetom nasljeđivanja. Imajući u vidu osobitosti uređenja u hrvatskom pravnom sustavu gdje, osim općinskog suda, javni bilježnik kao povjerenik suda provodi ostavinski postupak, potrebno je najprije izvršiti analizu usklađenosti režima Uredbe 2016/1103 u dijelu u kojemu određuje pojam "sud" s nacionalnim pravilima o postupanju nadležnih tijela za donošenje odluke o nasljeđivanju, koja će ujedno biti nadležna i za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima. Zbog kratkog razdoblja od donošenja Uredbe 2016/1103, u hrvatskom pravnom sustavu još nisu razrađene provedbene odredbe koje bi olakšale njezinu primjenu[29] te je stoga potrebno osloniti se na interpretativna pravila iz njezine

29 Za sada nije poznato hoće li se hrvatski zakonodavac opredijeliti za izradu zasebnog propisa,

Preambule, odnosno dovesti ih u vezu s odredbama Uredbe 650/2012 i odredbama Zakona o provedbi Uredbe 650/2012o nasljeđivanju.[30] Iz Preambule (29) Uredbe 2016/1103 proizlazi da pojam "sud" osim sudova koji izvršavaju sudske funkcije, obuhvaća i javne bilježnike koji u stvarima bračnoimovinskog režima izvršavaju sudske funkcije poput sudova ili te funkcije izvršavaju na temelju ovlasti koje im je prenio sud. Na javne bilježnike koji izvršavaju sudsku funkciju primjenjuju se pravila o nadležnosti iz Uredbe 2016/1103 kao i pravila o priznavanju i izvršavanju odluka koje donose u stvarima bračnoimovinskog režima (arg. *ex* Preambula (31)). Budući da je u hrvatskom pravnom sustavu javni bilježnik, kao povjerenik suda, tijelo nadležno za postupanje u ostavinskom postupku, postupanje javnog bilježnika u predmetima s prekograničnim elementom proizlazi iz odredbe čl. 11. st. 3. Zakona o provedbi Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju koja izravno upućuje na primjenu odredaba ZN-a.[31,32]

Iz toga se dade zaključiti da će ako je hrvatski sud odnosno javni bilježnik nadležan za odlučivanje o nasljeđivanju sukladno Uredbi 650/2012, podjednako hrvatski sud odnosno javni bilježnik moći odlučivati i u stvarima bračnoimovinskog režima sukladno Uredbi 2016/1103. Tako bi u prekograničnom predmetu nasljeđivanja javni bilježnik kao povjerenik suda sukladno Uredbi 650/2012 o nasljeđivanju, bio nadležan odlučiti u stvarima bračnoimovinskog režima sukladno Uredbi 2016/1103, no samo ako su one nesporne među nasljednicima. U tom bi slučaju rješenjem o nasljeđivanju javni bilježnik rasporedio imovinu umrlog bračnog druga na nasljednike, uz navođenje dijela imovine koji kao bračna stečevina pripada preživjelom bračnom drugu. Budući da se prema Preambuli (27) i (28) Uredbe 2016/1103 evidentiranje u upisnik prava na nepokretnoj imovini provodi prema pravu države članice u kojoj se vodi upisnik, a to je za nepokretnu imovinu pravo države u kojoj se nalazi nekretnina, za upis prava preživjelog bračnog druga na nekretnini u RH primjenjivalo bi se nacionalno pravo. No, iz sudske prakse proizlazi da takvo rješenje o nasljeđivanju, u dijelu u kojemu navodi imovinu koja je bračna stečevina preživjelog bračnog druga, neće biti dostatna osnova za uknjižbu prava vlasništva preživjelog bračnog druga u zemljišnu knjigu u RH te će naknadno biti potrebno pokrenuti postupak iz kojega će bračni drug steći valjanu osnovu za uknjižbu te imovine. Ako se okolnost da rješenje pitanja podjele bračne stečevine u ostavinskom postupku kojega provodi javni bilježnik ima učinak ograničen na tu parnicu, osobito u dijelu odluke koji se odnosi na nekretnine, razmatra u svjetlu intencije da se donošenjem Uredbe 2016/1103 omogući da nadležno tijelo pri donošenju odluke o ostavini u predmetima s prekograničnim elementom odluči i o bračnoimovinskom režimu te da se preživjelom bračnom drugu omogući uživanje u stečenim pravima u državi članici, očigledno je da trenutno način postupanja u

u vidu provedbenog zakona ili će provedbene odredbe uz Uredbu 2016/1103 integrirati u postojeći pravni propis.

30 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.

31 Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03., 163/03., 35/05., 127/13., 33/15.

32 Usporedi Poretti, P., op. cit., str. 574.

hrvatskom pravnom sustavu nije odgovarajući. Bilo bi potrebno osigurati da se na temelju odluke donesene u okviru ostavinskog postupka, a koja se tiče podjele bračne stečevine može upisati pravo na nekretnini preživjelog bračnog druga, bez potrebe za vođenjem naknadnog postupka kako bi se pribavila odluka na temelju koje bi se izvršio upis.

Ako je pitanje podjele bračne stečevine sporno u ostavinskom postupku, javni bilježnik o njemu neće odlučivati nego će stranke uputiti da pokrenu postupak pred sudom. I u tom bi slučaju sud nadležnost za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu utemeljio na odredbi čl. 4. Uredbe 2016/1103. Time je postupanje u predmetima nasljeđivanja s prekograničnim elementom, u kojima je potrebno odlučiti o pitanju podjele bračne stečevine pojednostavljeno, jer će o njemu biti nadležan odlučiti sud u parnici koja se vodi u pogledu ostavine, što pravila sukoba zakona nisu uvijek osiguravala. Naime, prema pravilima sukoba zakona bilo je moguće da sud jedne države odlučuje o stvarima bračnoimovinskog režima, a da se potom pred sudom druge države vodi ostavinski postupak.

No, treba imati u vidu da je režim Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju nastajao neovisno o režimu Uredbe 2016/1103, zbog čega nije moguće govoriti o potpunoj usklađenosti njihovih pravila. Ta se primjedba u najvećoj mjeri odnosi na primjenu odredbe čl. 5. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju prema kojoj, ako je ostavitelj za uređenje svog nasljeđivanja odabrao kao mjerodavno pravo države članice čiji je bio državljanin u trenutku odabira ili u trenutku smrti, stranke *na koje se to odnosi*[33] mogu se sporazumjeti da sud ili sudovi te države članice imaju isključivu nadležnost odlučivati o tom pitanju. Iz toga proizlazi da bi se u ostavinskom postupku kojemu se ima riješiti pitanje bračnoimovinskog režima, svi sudionici, uključujući preživjela bračnog druga, trebali sporazumjeti o prihvaćanju nadležnosti suda države članice državljanstva ostavitelja, umjesto nadležnosti suda države članice uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku smrti. Pritom ostaje otvoreno bi li se u odnosu na nadležnost za rješavanje o pitanju bračnoimovinskog režima strankama na koje se odnosi sporazum o nadležnosti imali smatrati svi sudionici u postupku ili samo preživjeli bračni drug, jer se odluka o stvarima bračnoimovinskog režima tiče njegovih prava i interesa, a tek je od posrednog učinka na prava i interese ostalih sudionika, budući da utječe na podjelu imovine umrlog odnosno udio koji će se kao ostavina rasporediti među nasljednicima. Ako se uzme da bi sporazum o nadležnosti suda države članice državljanstva ostavitelja trebali postići svi sudionici u postupku, potrebno je razmotriti okolnosti u kojima se takav sporazum ima postići. Moguće je zamisliti situacije u kojima je ostavitelj za života, u dogovoru sa svojim bračnim drugom izabrao kao pravo mjerodavno za odlučivanje o ostavini pravo države članice čiji je državljanin, imajući u vidu da će sudovi te države članice odlučivati o njegovoj ostavini i o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova. Za pretpostaviti je da će bračni drug koji je upućen u izbor prava državljanstva umrlog bračnog druga kao mjerodavnog, biti suglasan s prijenosom nadležnosti na sud te države članice. Istovremeno, moguće je da se ostali sudionici odnosno nasljednici (stranke prema dikciji čl. 5. Uredbe 650/2012) ne suglase s prijenosom te da kao nadležan u predmetu

33 U tekstu istaknula autorica.

postupa sud države članice uobičajenog boravišta umrlog u trenutku smrti. Zamisliv je i obrnut slučaj, u kojemu će sudionici odnosno nasljednici imati interesa da nadležan bude sud države članice državljanstva umrlog te da se primjenjuje pravo te države članice. Razlozi razilaženja o sporazumu o izboru suda mogu biti različiti, no zasigurno se mogu pronaći i u intenciji sudionika u postupku da osiguraju postupanje suda države članice njihova uobičajenog boravišta ili suda pred kojim će se kao mjerodavno primijeniti pravo one države članice koje im u većoj mjeri pogoduje. U slučaju nemogućnosti postizanja sporazuma među sudionicima, bilo koji od sudionika može prema odredbi čl. 6. st. 1. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju zatražiti od suda odbiti nadležnost za postupanje, ako ocijeni da bi sud države članice državljanstva umrlog bio u boljem položaju za rješavanje o nasljeđivanju. No, time se sudioniku koji je nezadovoljan izostankom sporazuma o nadležnosti ne jamči da će uvijek doći do odbijanja nadležnosti suda uobičajenog boravišta i da će nadležan biti sud države članice državljanstva umrlog, budući da se procjena o odbijanju nadležnosti suda temelji na praktičnim okolnostima slučaja, primjerice, mjestu gdje se nalazi imovina (arg. *ex* čl. 6. st. 1. t. a Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju).

Pravna teorija s pravom je zamjerila ovom rješenju da ne vodi dovoljno računa o interesu preživjela bračnog druga, u odnosu na odabir suda države članice za rješavanje bračnoimovinskog režima u okviru ostavinskog postupka. Stoga je u odnosu na čl. 3. Prijedloga Uredbe 2016/1103 (sada čl. 4. Uredbe 2016/1103) sugerirala da bi bilo oportuno predvidjeti da bi preživjeli bračni drug trebao izrijekom pristati da sud države članice pred kojim je pokrenut postupak u stvarima nasljeđivanja bude nadležan za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima povezanima s tim predmetom nasljeđivanja.[34]

Problem se javlja i kod primjene odredbe čl. 10. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju kojom se ako je uobičajeno boravište ostavitelja bilo u trećoj državi, kao supsidijarna uspostavlja nadležnost suda države članice u kojoj se nalazi imovina, ako je ostavitelj bio državljanin te države članice (arg. *ex*čl. 10. st. 1. a) ili je imao svoje prethodno uobičajeno boravište u toj državi članici, a u trenutku pokretanja postupka nije prošlo više od pet godina od promjene tog uobičajenog boravišta (arg. *ex* čl. 10. st. 1. b). Ako niti jedan sud države članice ne bi imao nadležnost sukladno st. 1., sud države članice gdje se nalazi imovina bio bi nadležan odlučivati o toj imovini. U odnosu na slučajeve iz odredbe čl. 10 st. 1. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju, ako su bračni drugovi u trenutku smrti ostavitelja imali uobičajeno boravište u trećoj državi, nadležnost suda države članice državljanstva ili uobičajenog boravišta ostavitelja za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu neće nužno odgovarati interesima preživjela bračnog druga, no s obzirom na odredbu čl. 4. Uredbe 2016/1103, neće je moći otkloniti. Još će veće poteškoće i nejasnoće izazvati primjena odredbe čl. 10. st. 2. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju, prema kojoj bi za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu bračnih drugova, ako je ostavitelj u trenutku smrti imao uobičajeno boravište u trećoj državi, nadležan bio sud države članice u kojoj je nalazi imovina, ali samo za taj dio imovine. Ovisno o tomu jesu li bračni drugovi imali zajedničku imovinu u jednoj ili više država članica, nadležan će biti jedan ili više sudova za odlučivanje u

34 Grey, J.; Redondo, P. Q., op. cit., str. 11.

stvarima bračnoimovinskog režima, i to, za pretpostaviti je, svaki od sudova države članice za imovinu koja se nalazi na području te države članice. Time je ugrožena ideja o nadležnosti samo jednoga suda države članice za rješavanje o nasljeđivanju i u stvarima bračnoimovinskog režima.

3. MJERODAVNO PRAVO

Uredba 2016/1103 predviđa dva načina na koja je moguće utvrditi koje je pravo mjerodavno za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu, na temelju izbora mjerodavnog prava koji su izvršili bračni drugovi (arg. *ex* čl. 22.) ili na temelju pravila o mjerodavnom pravu kada nije izvršen izbor (arg. *ex* čl. 26.).

Za razliku od Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju koja vodi računa o tomu da u nekim slučajevima osoba može imati više državljanstava te ostavlja mogućnost odabira kao mjerodavnog pravo bilo koje od država članica čiji je osoba državljanin (arg. *ex* čl. 22. st. 1.), Uredba 2016/1103 u pogledu izbora prava utemeljenog na državljanstvu ograničava se isključivo na pravo države čiji je jedan od bračnih drugova odnosno budućih bračnih drugova državljanin u trenutku kada je sklopljen sporazum (arg. *ex* čl. 22. st. 1. t. b). To je rješenje kritizirala pravna teorija, koja je upozorila da je ono, budući da se oslanja isključivo na državljanstvo države članice u kojoj je sporazum sklopljen, i daje mu prednost pred drugim kriterijima koji se temelje na državljanstvu, protivno judikaturi Europskog suda.[35,36] No, kritizirano rješenje istovremeno moguće je promatrati u svjetlu nekoliko temeljnih ideja razvijenih u okviru režima Uredbe 2016/1103.

Budući da Uredba 2016/1103 u odredbi čl. 23. govori o formalnoj valjanosti sporazuma kada je kao mjerodavno izabrano pravo uobičajenog boravišta bračnih drugova ili jednog od njih, *argumentum per analogium* dade se zaključiti da bi razlozi praktičnosti govorili u prilog rješenju da se izbor prava ograniči na pravo države članice čije državljanstvo ima jedan od bračnih drugova odnosno budućih bračnih drugova u trenutku sklapanja sporazuma, jer bi se tako osiguralo da se formalnosti, uključujući i valjanost sporazuma procjenjuje prema pravu države u kojoj je sporazum sklopljen. Istovremeno, autonomija volje bračnih drugova koja se odnosi na mogućnost izbora prava s kojim su blisko povezani kao mjerodavnog prava, neovisno o vrsti imovine i mjestu gdje se nalazi (arg. *ex* Preambula (45), pri čemu je državljanstvo jedna od tih poveznica, otklanja prigovor da bi u slučajevima u kojima osoba ima više državljanstava, isključivo državljanstvo one države pred kojom se sporazum sklapa imalo prednost. Naime, bračni drugovi slobodni su sklopiti sporazum u bilo kojoj državi članici čije državljanstvo ima bračni drug koji ima više državljanstava, dajući tako prednost državljanstvu one države članice čije su pravo odabrali kao mjerodavno.

35 Predmeti C-148/02 - Garcia Avello, ECLI:EU:C:2003:539; C-168/08 - Hadadi, ECLI:EU:C:2009:474.

36 Vidi Pintens, W., op. cit., str. 87.; Martiny, Dieter, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, , IPRax, vol. 31., br. 5., 2011., str. 449.

3.1. Primjena materijalnog prava u slučaju smrti bračnoga druga

U nastavku će biti detaljnije analizirana pravila o primjeni mjerodavnog prava prema Uredbi 2016/1103 koja bi, osobito u slučajevima gdje nije učinjen izbor prava, trebala biti usklađena s pravilima o primjeni mjerodavnog prava prema Uredbi 650/2012 o nasljeđivanju, kako bi se osigurala primjena jedinstvenog prava za rješavanje predmeta, i to, kad god je moguće, prava države članice čiji je sud nadležan za postupanje u stvarima nasljeđivanja.

U slučajevima u kojima se bračni drugovi sporazumiju o bračnoimovinskom režimu, mjerodavno je pravo države u kojoj bračni ili budući bračni drugovi ili jedan od njih ima uobičajeno boravište u trenutku kad je sporazum sklopljen (arg. *ex* 22. st. 1. a) ili pravo države državljanstva jednog od bračnih drugova ili budućih bračnih drugova u trenutku kad je sporazum sklopljen (arg. *ex* čl. 22. st. 1. b). Promjena mjerodavnog prava učinjena tijekom braka ima učinak *pro futuro*, ako se bračni drugovi drukčije ne sporazumiju (arg. *ex* čl. 22. st. 2.).

Ako se uzme da se u ostavinskim postupcima prema općem pravilu kao mjerodavno primjenjuje pravo uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku smrti (arg. *ex* čl. 21. st. 1. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju), u velikom broju slučajeva gdje su bračni drugovi izabrali kao mjerodavno za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu pravo svojega uobičajenog boravišta u trenutku sklapanja sporazuma, koje je tijekom zajedničkog života bračnih drugova ostalo nepromijenjeno, sud države članice uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku smrti će u ostavinskom postupku primjenjivati vlastito pravo za odlučivanje o ostavini i u stvarima bračnoimovinskog režima (arg. *ex* čl. 4. Uredbe 650/2012 u vezi s čl. 21. t. 1. t. a Uredbe 2016/1103). No, ako je za života bračnih drugova došlo do promjene uobičajenog boravišta ostavitelja ili oba bračna druga, te ostavitelj u toj državi članici umre, izabrano mjerodavno pravo za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu više neće biti podudarno s pravom mjerodavnim za odlučivanje o ostavini. U tom smislu, čini se da se neće moći bez poteškoća osigurati primjena istoga mjerodavnog prava za odlučivanje o ostavini i bračnoimovinskom režimu, i k tome, prava države članice suda koji je nadležan za postupanje. Ako bi bračni drugovi kao mjerodavno izabrali pravo države državljanstva jednog od bračnih drugova ili budućih bračnih drugova u trenutku kad je sporazum sklopljen u skladu s odredbom čl. 22. st. 1. t. b Uredbe 2016/1103, a bračni drug bi kao ostavitelj za pravo koje će urediti u cijelosti njegovo nasljeđivanje izabrao pravo države čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti sukladno odredbi čl. 22. st. 1. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju, ako je riječ o pravu iste države članice, ono bi bilo mjerodavno za odlučivanje, neovisno o tomu bi li za života bračnih drugova došlo do promjene njihova uobičajenog boravišta.

Ako bračni drugovi nisu izvršili izbor mjerodavnog prava, mjerodavno može biti pravo prvog zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova nakon sklapanja braka (arg. *ex* čl. 26. st. t. a). Za razliku od Uredbe 650/2012 koja se oslanja na uobičajeno boravište umrlog u trenutku smrti kao konačan, nepromjenjiv kriterij, njegova primjena u odnosu na bračnoimovinski režim problematična je, ako se pretpostavi da će bračni drugovi za života mijenjati svoje uobičajeno boravište

odnosno seliti se u druge države članice. Stoga je prikladnija primjena kriterija prvoga zajedničkog uobičajenog boravišta koji nije podložan promjenama, odnosno buduće okolnosti bračnih drugova ne utječu na mjerodavno pravo koje će se primjenjivati na rješavanje pitanja bračnoimovinskog režima bračnih drugova. Uredba 2016/1103 podredno predviđa primjenu kriterija zajedničkog državljanstva bračnih drugova u trenutku sklapanja sporazuma (arg. *ex* čl. 26. st. 1. t. b) ili prava s kojim su bračni drugovi zajedno najbliže povezani, uzimajući u obzir sve okolnosti (arg. *ex* čl. 26. st. 1. t. c). Čini se da se pri odabiru kriterija za utvrđivanje prava mjerodavnog za odlučivanje vodilo računa da se osigura bliska veza između bračnih drugova i države članice čije će se pravo primjenjivati. Hijerarhija između predviđenih kriterija vodi računa o stvarnim životnim okolnostima bračnih drugova.[37] U tom smislu, prednost i ovdje ima kriterij uobičajenog boravišta koji pretpostavlja određenu razinu integracije u sredinu u kojoj bračni drugovi žive u trenutku sklapanja sporazuma, ali istovremeno je u dostatnoj mjeri fleksibilan jer se temelji na uspostavljanju faktične veze između bračnih drugova i države članice. U slučajevima gdje nije moguće primijeniti kriterij prvog zajedničkog uobičajenog boravišta, jer primjerice od sklapanja braka bračni drugovi žive i rade u različitim državama članicama, ili iz okolnosti slučaja proizlazi da nisu uspostavili dostatnu vezu s državom članicom uobičajenog boravišta, ponuđen je kriterij zajedničkog državljanstva bračnih drugova u trenutku sklapanja braka. Premda je u usporedbi s kriterijem uobičajenog boravišta riječ o stabilnijem kriteriju, kojega je jednostavnije odrediti, kritika koja mu se može uputiti tiče se ograničenosti njegove primjene na situacije u kojima oba bračna druga imaju državljanstvo iste države članice. Posljednji kriterij, prema kojemu se ima primijeniti pravo države članice s kojom su bračni drugovi zajednički najbliže povezani, primjenjivao bi se tek ako za primjenu prethodna dva ne bi postojali uvjeti, pa se i njegova neodređenost može razumjeti tako da se željelo osigurati da odgovara primjeni u velikom broju slučajeva za koje nije moguće osigurati primjenu ostalih poveznica. Postupanje pri odlučivanju o bračnoimovinskom režimu trebala bi olakšati i iznimka u vidu mogućnosti da se na zahtjev jednog od bračnih drugova umjesto mjerodavnog prava države članice prvoga zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova primijeni pravo države članice u kojoj su bračni drugovi imali posljednje zajedničko uobičajeno boravište znatno dulje nego u državi članici prvog zajedničkog uobičajenog boravišta te da su se u uređivanju i planiranju svojih odnosa oba bračna druga oslanjala na pravo te druge države članice (arg. *ex* čl. 26. st. 3. t. a i b). Pritom nije potpuno jasno zbog čega se u odredbi čl. 26. st. 3. Uredbe 2016/1103 umjesto pojma sud koristi pojam pravosudno tijelo, jer ništa u odredbi ne upućuje na to da bi se ova odredba, u odnosu na tijela nadležna za postupanje, imala tumačiti različito od ostalih odredaba.

Analiza primjene odredaba o mjerodavnom pravu za odlučivanje o stvarima bračnoimovinskog režima ukazuje na određenu neujednačenost u odnosu na pravila o mjerodavnom pravu sukladno Uredbi 650/2012 o nasljeđivanju.

Ako se uzme da bi u ostavinskom postupku sukladno odredbi čl. 21. Uredbe 650/2012 bilo mjerodavno pravo uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku smrti, samo u onim slučajevima gdje bračni drugovi nisu mijenjali svoje uobičajeno boravište,

37 Tako Preambula (21) Prijedloga Uredbe 2016/1103.

primjena odredbe čl. 26. st. 1. t. a Uredbe 2016/1103 o mjerodavnom pravu prvoga zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova omogućavala bi da isto pravo bude mjerodavno za donošenje odluke o nasljeđivanju i o bračnoimovinskom režimu, koje je ujedno i pravo države članice čiji je sud nadležan za odlučivanje u ostavinskom postupku. Ako se uobičajeno boravište promijenilo, odnosno ako su se bračni drugovi za života preselili u drugu državu članice, za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu bilo bi mjerodavno pravo države članice njihova prvog zajedničkog uobičajenog boravišta, dok bi za odlučivanje o nasljeđivanju bilo mjerodavno pravo uobičajenog boravišta umrlog bračnog druga u trenutku smrti, odnosno pravo države članice u koju su se preselili bračni drugovi.

Mogućnost koordinacije kriterija za određivanje prava mjerodavnog za nasljeđivanje prema odredbi čl. 21. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju i odlučivanje o bračnoimovinskom režimu na zahtjev jednog od bračnih drugova pruža i iznimka predviđena odredbom čl. 26. st. 3. Uredbe 2016/1103, uz uvjet da podnositelj zahtjeva dokaže da su ispunjene pretpostavke o dužem razdoblju boravka u drugoj državi članici i primjeni prava te države članice u uređenju imovinskih odnosa bračnih drugova. Isto tako, ako bi ostavitelj kao mjerodavno za odlučivanje u ostavinskom postupku izabrao pravo države članice čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti sukladno odredbi čl. 22. st. 1. Uredbe 650/2012, odabir prava državljanstva jednog od bračnih drugova, ako je on ujedno ostavitelj, u trenutku kad je sporazum sklopljen, kao mjerodavnog za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima u skladu s odredbom čl. 22. st. 1. t. b Uredbe 2016/1103 osiguravao bi primjenu prava iste države članice kao mjerodavnog za odlučivanje o svim stvarima u postupku. Naime, iako se trenutak u odnosu na koji se veže kriterij državljanstva ovdje razlikuje, pa je tako za nasljeđivanje važan trenutak izbora mjerodavnog prava ili trenutak smrti, a za bračnoimovinski režim trenutak postizanja sporazuma o mjerodavnom pravu, za pretpostaviti je da se trajna i stabilna spona osobe s državom članicom, koju pretpostavlja državljanstvo pojedine države članice neće raskidati odnosno da se državljanstvo bračnog druga neće mijenjati. Međutim, premda je iz perspektive režima Uredbe 2016/1103 ova koordinacija prava mjerodavnog za odlučivanje o nasljeđivanju i u stvarima bračnoimovinskog režima poželjna, ne treba zanemariti da se njome ipak u većoj mjeri pogoduje interesima jednog od bračnih drugova, onoga koji je državljanin države članice čije će se pravo primijeniti kao mjerodavno. Naime, pravna teorija zamjera da će se na taj način na prava i interese preživjelog bračnog druga kao mjerodavno primjenjivati pravo s kojim nije povezan i potencijalno ga niti ne poznaje.[38] No, čini se da pritom gubi iz vida da se preživjeli bračni drug prethodno suglasio s primjenom prava države članice čiji je drugi bračni drug odnosno ostavitelj bio državljanin kao mjerodavnog za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima. Iz toga razloga, kao primjerenije rješenje predlaže izmjenu Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju koja bi omogućila da se kao mjerodavno u ostavinskom postupku primjenjuje pravo mjerodavno za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu.[39]

38 Grey, J.; Redondo, P. Q., op. cit., str. 24.
39 Loc. cit.

4. ZAKLJUČAK

Ideja o europskom instrumentu kojim će se ukloniti prepreke slobodnom kretanju osoba i poteškoća s kojima se suočavaju bračni drugovi pri upravljanju svojom imovinom ili pri njezinoj podjeli dugi niz godina dijelom je teorijskih rasprava[40] te predmetom opsežnih istraživanja i konačno, intenzivnog legislativnog djelovanja EU-a.[41] Premda njezino oživotvorenje u Uredbi 2016/1103 nije rezultiralo u stvaranju *acquisa* za bračnoimovinski režim[42] ipak, u državama članicama koje sudjeluju u pojačanoj suradnji donijela je ujednačenje pravila o nadležnosti, mjerodavnom pravu te priznavanju i izvršavanju odluka u stvarima bračnoimovinskog režima s prekograničnim elementom. Crpeći iz iskustava država članica u primjeni pravila međunarodnog privatnog prava u predmetima u kojima je potrebno odlučiti u stvarima bračnoimovinskog režima, EU zakonodavac je pri uređivanju pravila Uredbe 2016/1103 krenuo od nekoliko temeljnih pretpostavaka:

- nacionalna uređenja bračnoimovinskih režima počivaju na autonomiji volje, te je stoga poželjno osigurati autonomiju volje bračnih drugova u odnosu na izbor mjerodavnog prava za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskih režima u predmetima s prekograničnim elementom,
- pravila o nadležnosti koja kao primarni kriterij koriste kriterij uobičajnog boravišta u koordinaciji s kolizijskopravnim upućivanjem kriterijem uobičajnog boravišta čine *funkcionalno jedinstvo*[43] te osiguravaju da sud koji je nadležan za odlučivanje u konkretnom predmetu primjenjuje vlastito pravo,
- ako se o stvarima bračnoimovinskog režima ima odlučiti u postupku razvoda braka ili ostavinskom postupku s prekograničnim elementom, potrebno je omogućiti da sud države članice nadležan za razvod braka ili ostavinski postupak odlučuje i o bračnoj stečevini, što se može ostvariti primjenom pravila o koncentraciji nadležnosti.

---

40 Pinters, W., Matrimonial Property in Europe, u: Boele Woelki, K.; Scherpe, Miles, J. M. (ur.), The Future of Family Property in Europe, Intersentia, 2011., str. 19-45.; Struycken, A. V. M., Régimes matrimoniaux - blanc d'essai de la codifi cation international du droit international prive, u: A. Borras i drugi (ur.), E Pluribus Unum, Liber Amicorum G. A. L. Droz, Hague/ Boston/London, 1996., str. 445-460. U hrvatskoj pravnoj teoriji vidi Župan, Mirela, Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33., br. 2., 2012., str. 629-666.

41 Aktivnosti na ovom području započele su donošenjem Zajedničkog programa mjera Komisije i Vijeća za provedbu načela uzajamnog priznavanja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima od 30. studenoga 2000., u okviru kojega su identificirane mjere u vezi s usklađivanjem kolizijskih pravila, kao mjere kojima se olakšava uzajamno priznavanje odluka i predviđa izrada instrumenta u stvarima bračnoimovinskih režima. Službeni list Europske unije C 12, 15.1.2001., str. 1.

42 Iz odredbe čl. 20. st. 4. Ugovora o EU proizlazi da će aktima kojima se uspostavlja pojačana suradnja biti obvezane isključivo države članice koje u njoj sudjeluju te oni ne predstavljaju dio *acquisa.*

43 Usporedi Župan, M., op. cit., str. 663.

Polazeći od navedenih pretpostavaka, Uredba 2016/1103 se oslanja na autonomiju volje stranaka i u dijelu pravila o nadležnosti koja predviđaju sporazum stranaka o izboru suda u korist države članice mjerodavnog prava ili sudova države članice u kojoj je sklopljen brak. U odnosu na izbor prava mjerodavnog za bračnoimovinski režim nastojalo se osigurati da se pravo koje je izabrano kao mjerodavno primjenjuje na cjelokupnu bračnu stečevinu, neovisno gdje se pojedini dijelovi imovine nalaze ili o kojoj je vrsti imovine riječ. U tom smislu, kao primarni primjenjuje se kriterij uobičajenog boravišta, a podredno državljanstva bračnih drugova.

Unatoč namjeri da se Uredbom 2016/1103 osigura usklađenost pravila o nadležnosti i kolizijskih pravila i tako izbjegnu poteškoće pri odlučivanju o bračnoimovinskom režimu u prekograničnim predmetima, ako se pravila Uredbe 2016/1103 o nadležnosti i mjerodavnom pravu promatraju u kontekstu primjene u predmetima s prekograničnim elementom u kojima bi se u stvarima bračnoimovinskog režima imalo odlučivati u ostavinskom postupku, očigledno je da će pojedina rješenja donijeti određene neželjene učinke.

Primjedbu je tako moguće istaknuti vezano uz izjednačeni položaj preživjelog bračnog druga s drugim sudionicima postupka u odnosu na mogućnost prorogacije nadležnosti na sud države članice čiji je ostavitelj državljanin i čije je pravo izabrao kao mjerodavno za odlučivanje u ostavinskom postupku. Naime, puko upućivanje na primjenu Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju ne ostavlja prostora da se povede računa o specifičnom položaju i s tim u vezi, interesima preživjeloga bračnog druga u odnosu na ostale sudionike odnosno nasljednike kod rješavanja u stvarima bračnoimovinskog režima. Premda se u odnosu na tekst Prijedloga Uredbe 2016/1103 u pravnoj teoriji sugeriralo da je taj problem moguće otkloniti tako da se u odredbi čl. 4. Uredbe 2016/1103 predvidi da bi sudovi države članice suda koji u skladu s Uredbom 650/2012 o nasljeđivanju imaju odlučivati o ostavinskom postupku bili nadležni za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima isključivo ako bi preživjeli bračni drug na to pristao,[44] to rješenje nije prihvaćeno. Nekoliko je razloga koje pritom treba uzeti u obzir. U prvom redu, premda bi takvo rješenje vodilo računa o položaju preživjeloga bračnog druga u slučajevima prorogacije nadležnosti sukladno odredbi čl. 5. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju, treba uzeti u obzir da u određenom broju slučajeva neće biti potrebe za takvim zaštitnim mehanizmom, budući da će interesi preživjeloga bračnog druga i ostalih sudionika biti usklađeni. Nadalje, ako se sporazum o prorogaciji nadležnosti koji odgovara interesima preživjeloga bračnog druga ne postigne među sudionicima postupka, preživjelom bračnom drugu ostaje mogućnost sukladno odredbi čl. 6. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju tražiti od suda uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku smrti (arg. *ex* čl. 4. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju) da odbije postupati ako ocijeni da bi sud države članice čije je pravo ostavitelj izabrao bio u boljem položaju odlučivati. U tom smislu, ne čini se oportunim predloženo rješenje kojim bi se nadležnost suda države članice za postupanje u ostavinskom postupku i odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima temeljila na pristanku preživjela bračnog druga. Naime, time bi cjelokupno djelovanje režima Uredbe 2016/1103, koji među legitimnim ciljevima ima osiguravanje da se, u velikom broju slučajeva u kojima

44 Grey, J.; Redondo, P. Q., op. cit., str. 11.

se pitanje podjele bračne stečevine pojavi zbog smrti jednog od bračnih drugova, primjenom pravila o koncentraciji nadležnosti i kolizijskim pravilima postupanje učini pravno sigurnijim, bržim, jednostavnijim i ekonomičnijim za stranke i sud, bilo uvjetovano pristankom preživjela bračnog druga. Izostanak takvog pristanka preživjela bračnog druga imalo bi za posljedicu postupanje različitih sudova država članica pri odlučivanju o nasljeđivanju i u stvarima bračnoimovinskog režima.

Nadalje, primjena pravila o uspostavljanju supsidijarne nadležnosti suda države članice u kojoj se nalazi imovina za odlučivanje o toj imovini (arg. *ex* čl. 10. st. 2. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju), ako se uobičajeno boravište ostavitelja nalazi u trećoj državi, također može biti problematično, kada je riječ o uspostavljanju nadležnosti za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima. Naime, ako se bračna stečevina bračnih drugova, osim u trećoj državi, nalazi i u jednoj od država članica, tim će se pravilom osigurati da sud države članice uspostavi nadležnost, barem za odlučivanje o imovini koja se nalazi u toj državi članici. Pravilo odredbe čl. 10. st. 2. Uredbe 650/2012 ne daje jednoznačan odgovor na pitanje koji će sud biti nadležan za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima ako se imovina ostavitelja nalazi u više država članica. Pođe li se od temeljnog cilja Uredbe 2016/1103 da osigura postupanje suda jedne države članice, ništa u odredbi čl. 10. st. 2. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju ne upućuje na to koji bi od sudova država članica bio nadležan odlučiti u stvarima bračnoimovinskog režima. U slučaju da se u jednoj od država članica nalaze pokretnine, a u drugoj nekretnine, za pretpostaviti je da bi u stvarima bračnoimovinskog režima bio nadležan odlučivati sud države članice u kojoj se nalaze nekretnine. Međutim, dosljednim tumačenjem moglo bi se uzeti i da bi svaki od sudova država članica u kojoj se imovina nalazi bio nadležan za odlučivanje o dijelu imovine koja ulazi u bračnu stečevinu, a nalazi se u toj državi članici. Ovakvo rješenje zasigurno ne pridonosi pravnoj sigurnosti niti predvidljivosti u postupanju u odnosu na odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima. Dvojbeno je bi li u pravnoj literaturi predloženo uvjetovanje primjene odredbe čl. 10. st. 2. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju na uspostavljanje nadležnosti za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima pristankom preživjela bračnog druga bilo prikladno.[45] Premda stoji argument da bi se time izbjegla prisilna primjena pravila o nadležnosti koje predviđa da bi za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima bili nadležni sudovi više država članica, ne treba gubiti iz vida da se njime ipak osigurava odlučivanje u režimu Uredbe 2016/1103, dok bi njegova neprimjena potencijalno ostavila prostora da o bračnoj stečevini odlučuje sud treće države uz primjenu kolizijskih pravila koja nisu nužno poznata preživjelom bračnom drugu.

Autonomija volje stranaka pri izboru prava mjerodavnog za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima sukladno Uredbi 2016/1103 ograničena je na mogućnost bračnih drugova da upute na primjenu prava uobičajenog boravišta bračnih drugova ili jednog od njih u trenutku sklapanja sporazuma (arg. *ex* čl. 22. st. 1. t. a.) ili prava državljanstva bračnih drugova ili jednog od njih u trenutku sklapanja sporazuma (arg. *ex* čl. 22. st. 1. t. b). Premda kriterij uobičajenog boravišta osigurava najbližu vezu bračnih drugova s pravom države članice koje se ima primijeniti, ovdje

45 Grey, J.; Redondo, P. Q., op. cit., str. 13.

čak ne predstavlja najoptimalniju poveznicu. Naime, samo u slučajevima u kojima bračni drugovi neće mijenjati svoje uobičajeno boravište sve do smrti ostavitelja, primjena odredbe čl. 22. st. 1. t. a Uredbe 2016/1103 u vezi s odredbom čl. 21. st. 1. Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju osigurat će da se kao mjerodavno primjenjuje pravo suda države članice koji odlučujući o nasljeđivanju ujedno odlučuje i u stvarima bračnoimovinskog režima. U protivnom, do željene koordinacije ostavinskog postupka i postupka u kojemu se odlučuje o bračnoj stečevini neće doći jer će se, primjerice, razlikovati mjerodavno države članice uobičajenog boravišta bračnih drugova u trenutku sklapanja sporazuma o pravu mjerodavnom za bračnoimovinski režim od uobičajenog boravišta ostavitelja, odnosno bračnih drugova u trenutka smrti. U tom smislu, sporazumijevanje o mjerodavnom pravu za odlučivanje o bračnoimovinskom režimu prema kriteriju državljanstva jednog od bračnih drugova kao nepromjenjivom, a time i stabilnijem kriteriju osigurava da neovisno o eventualnom preseljenju bračnih drugova za života, pravo suda države članice nadležnog za odlučivanje u ostavinskom postupku ujedno bude mjerodavno za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima. Međutim, ovo vrijedi samo uz pretpostavku da je kao mjerodavno za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima izabrano pravo države članice čiji je državljanin umrli bračni drug. Premda je u pravnoj teoriji iznesen prijedlog da se intervencijom u odredbe Uredbe 650/2012 o nasljeđivanje omogući primjena prava mjerodavnog za odlučivanje u stvarima bračnoimovinskog režima i na odlučivanje o nasljeđivanju, ne čini se primjerenim niti mogućim takvo zadiranje u uspostavljeni režim Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju.

Pravila Uredbe 2016/1103 odražavaju spoznaje, koje se kao svojevrstan trend pojavljuju i potvrđuju u novijim europskim instrumentima iz područja pravosudne suradnje, da je potrebno osigurati određenu autonomiju stranaka pri određivanju pravila o nadležnosti i mjerodavnom pravu koje se imaju primijeniti u predmetu s prekograničnim elementom. Naime, postizanje sporazuma o nadležnosti i izboru mjerodavnog prava doprinosi pravnoj sigurnosti i jača povjerenje stranaka. Ujedno, olakšava postupanje sudovima, sprječavanjem tzv. "juriša na sud" kojim stranke žele za sebe osigurati primjenu povoljnijeg prava.[46] Ipak, analiza usklađenosti pravila o nadležnosti i mjerodavnom pravu Uredbe 2016/1103 s pravilima Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju pokazala je da nije moguće postići željenu koordinaciju pravila o nadležnosti niti koordinaciju u primjeni mjerodavnog prava te da će u tom smislu, Uredba 2016/1103 predstavljati izazov za pravne praktičare, osobito u početku njezine primjene.

Iz perspektive provođenja ostavinskih postupaka koje u RH kao povjerenici suda vode javni bilježnici ili sudovi, najprije će se pojaviti pitanje određivanja prekograničnog elementa predmeta, koji nije definiran Uredbom 2016/1103. Stoga će javni bilježnik biti dužan, u svakom pojedinom predmetu, imajući u vidu sudionike u postupku, sud te imovinu bračnih drugova, procijeniti postoji li prekogranični element

46 Usporedi Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o primjeni Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 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, COM(2014)225 fin., str. 5.

predmeta. Potom, kako bi se primijenila pravila o nadležnosti, bit će potrebno utvrditi uobičajeno boravište bračnih drugova. Niti to neće biti bez poteškoća, budući da Uredba 2016/1103 ne donosi kriterije kojima se uobičajeno boravište ima utvrđivati, nego će se biti potrebno osloniti na Preambulu Uredbe 650/2012 o nasljeđivanju te judikaturu Europskog suda u međunarodno obilježenim obiteljskim odnosima. Analiza je pokazala da unatoč pokušaju da se uspostavi režim koji bi u najvećoj mogućoj mjeri osiguravao da sud države članice, pri odlučivanju o nasljeđivanju, donese i odluku o bračnoimovinskom režimu primjenom vlastitog prava, to nije moguće postići u svim predmetima. To u najvećoj mjeri treba pripisati okolnosti da je riječ o područjima kod kojih nije moguće osigurati, makar i ograničenu autonomiju strankama pri izboru mjerodavnog prava, a da se ne vodi računa o prirodi odnosa u pogledu kojega se donose pravila. Konkretno, za ostavinski postupak primarni je kriterij posljednjeg uobičajenog boravišta ostavitelja u trenutku smrti, koji pretpostavlja da je riječ o onoj državi članici gdje se nalazi pretežni dio njegove imovine te nasljednici. Istovremeno, za bračne drugove kriterij uobičajenog boravišta vezan je za državu članicu s kojom su bračni drugovi najbliže povezani, što proizlazi ili iz njihova sporazuma o izboru mjerodavnog prava ili ako nije izvršen izbor, okolnosti da je faktična veza bračnih drugova s prvim zajedničkim uobičajenim boravištem nakon sklapanja braka postojana te se dade utvrditi. Naime, u odnosu na posljednje zajedničko uobičajeno boravište bračnih drugova moglo bi se prigovoriti da, osobito u slučajevima razvoda braka, zbog propadanja bračne zajednice teško bi bilo utvrditi faktičnu vezu bračnih drugova s državom članicom.

Zaključno, premda će u dijelu postupaka Uredba 2016/1103 olakšati postupanje, kompleksnost uspostavljenih pravila zasigurno će donijeti određene izazove. Primjena Uredbe 2016/1103 u ostavinskim postupcima s prekograničnim elementom u kojima će se odlučivati o bračnoimovinskom režimu traži dobro poznavanje oba europska instrumenta te razumijevanje načina na koji se imaju koordinirano primjenjivati. Zasigurno, ona neće donijeti željeno pojednostavljenje postupaka ako suci i javni bilježnici koji će ih primjenjivati ne steknu potrebne vještine. Uz to, bit će potrebno razmisliti o uklanjanju ograničenja koja u smislu učinkovitog postupanja u hrvatskom pravnom sustavu trenutno predstavlja nemogućnost provedbe uknjižbe odluke o raspodjeli bračne stečevine donesene u ostavinskom postupku kojega provodi javni bilježnik.

Ograničavajući učinak u odnosu na ideju olakšavanja postupanja pri odlučivanju u stvarima bračnoimovinskog režima u ostavinskim postupcima imat će okolnost da će se režim Uredbe 2016/1103 odnositi na 18 država članica. Iz navedenoga proizlazi da će određeni broj država članica predstavljati treće države u smislu njezine primjene te će o tomu trebati voditi računa. RH je među državama članicama koje su prihvatile pojačanu suradnju na ovome području te će svojim iskustvima i spoznajama u primjeni Uredbe 2016/1103 sudjelovati u izgradnji pretpostavaka da se njezina primjena proširi i na države članice koje nisu obuhvaćene pojačanom suradnjom. Koliko su takva očekivanja opravdana pokazat će rezultati koje će polučiti njezina primjena u državama članicama nakon 29. siječnja 2019.

LITERATURA

1. von Overbeck, Alfred E., Explanatory Report on the 1978 Hague Matrimonial Property Regimes Convention, The Hague, 1978.
2. Drličková, Klára; Rohová, Iveta, 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.
3. Vuković, Đuro; Kunštek, Eduard, Međunarodno građansko postupovno pravo, Zgombić i partneri, Zagreb, 2005.
4. Pinters, Walter, Matrimonial Property in Europe, u: Boele Woelki, K., i Scherpe, Miles, J. M. (ur.), The Future of Family Property in Europe, Cambridge, Intersentia, 2011., str. 19-45.
5. Struycken, Antoon Victor Marie, Régimes matrimoniaux - blanc d'essai de la codifi cation international du droit international prive, u: A. Borras i drugi (ur.), E Pluribus Unum, Liber Amicorum G. A. L. Droz, Hague/Boston/London, M. Nijhoff Publishers, 1996., str. 445-460.
6. Grey, Jacqueline; Redondo, Pablo Quinzá, Stress-testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family law and successions, str. 1-37., dostupno na: http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2013/11/FENR-D-13-00008.
7. Martiny, Dieter, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, IPRax, vol. 31., br. 5., 2011., str. 437-358.
8. Pintens, Walter, Applicable law in the Proposal for Regulation on matrimonial property law, u: Successions and matrimonial property regimes in Europe: notarial solutions, Société de législation comparée, Paris, 2014., str. 85-90.
9. Poretti, Paula, Nadležnost, nadležna tijela i postupci prema Uredbi (EU) br. 650/2012 o nasljeđivanju, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37., br. 1., 2016., str. 561-587.
10. Župan, Mirela, Izbor mjerodavnog prava u obiteljskim, statusnim i nasljednim stvarima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33., br. 2., 2012., str. 629-666.

Pravni akti

1. Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću i Europskom gospodarskom i socijalnom odboru o primjeni Uredbe Vijeća (EZ) br. 2201/2003 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, COM(2014)225 fin.
2. Konvencija od 14. ožujka 1978. o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski režim, stupila na snagu 1. rujna 1992., dostupno na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=87.
3. Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu te priznavanju i izvršenju odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, COM(2011)126.
4. 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 EU, L 359, 16.12.2014.
5. 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.

6. 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 EU, L 338 , 23/12/2003.
7. Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, Službeni list EU, L 343, 29.12.2010.
8. Uredba (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.
9. Uredba 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 EU, L 7, 10.1.2009.
10. Uredba (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.
11. Uredba (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze, Službeni list EU, L 199/40, 31.07.2007.
12. Uredba (EU) Vijeća 2016/1103 od 24. lipnja 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, Službeni list EU, L 183/1, 8.7.2016.
13. Uredba Vijeća o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, međuinstitucijski predmet: 2016/0059 (CNS), JUST CIV 70, 30.5.2016. (OR.en)
14. Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćeni tekst), Službeni list EU, C 326, 26.10.2012.
15. Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03., 163/03., 35/05., 127/13., 33/15.
16. 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.
17. Zelena knjiga o sukobu zakona u stvarima koje se tiču bračnoimovinskih režima, uključujući pitanja nadležnosti i priznanja, COM(2006) 400 fin.
18. Zajednički program mjera Komisije i Vijeća za provedbu načela uzajamnog priznavanja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, od 30. studenoga 2000., u okviru kojega su identificirane mjere u vezi s usklađivanjem kolizijskih pravila, kao mjere kojima se olakšava uzajamno priznavanje odluka i predviđa izrada instrumenta u stvarima bračnoimovinskih režima, Službeni list EU, C 12, 15.1.2001.

Sudska praksa Europskoga suda

1. Presuda od 8. studenog 2005. godine, predmet C-443/03 - Leffler, ECLI:EU:C:2005:665
2. Presuda od 22. prosinca 2010. godine, predmet C-497/10 PPU - Mercredi, ECLI:EU:C:2010:829
3. Presuda od 2. listopada 2003. godine, predmet C-148/02 - Garcia Avello, ECLI:EU:C:2003:539
4. Presuda od 16. srpnja 2009. godine, predmet C-168/08 - Hadadi, ECLI:EU:C:2009:474.

Summary

DECIDING ON MATTERS OF MATRIMONIAL PROPERTY IN THE PROCEEDINGS FOR SUCCESSION UNDER REGULATION 2016/1103 ON MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (hereinafter: Regulation 2016/1103) provides for uniform rules which should facilitate delivering of judgments concerning matrimonial property in cross-border disputes in 18 Member States which established enhanced cooperation between themselves in the area of the property regimes of international couples. The application of the Regulation 2016/1103 should contribue to the application of other european instruments in the field of european family law in divorce and succession proceedings. The paper presents rules on jurisdiction and applicable law under the Regulation 2016/1103 which should be applied in proceedings concerning matrimonial property regimes. Application of the provisions of Regulation 2016/1103 on jurisdiction and applicable law in proceedings for succession will be analyzed. The paper elaborates on certain potentially problematic solutions and open issues revealed through interpretation of provisions of Regulation 2016/1103 which could cause doubts and uncertainties for the court and public notaries. Possible solutions which could remove difficulties and insufficiencies in the application of the Regulation 2016/1103 will be suggested.

Keywords: *succession, matrimonial property regime, jurisdiction, applicable law, spouse.*

Zusammenfassung

ENTSCHEIDUNG ÜBER ANGELEGENHEITEN DES EHELICHEN VERMÖGENS IM ERBRECHT NACH DER VERORDNUNG NR. 2016/1103 IN FRAGEN DES EHELICHEN GÜTERSTANDS

Die Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (nachstehend: Verordnung 2016/1103) ermöglicht eine einheitliche Regelung, welche die Erbringung von Urteilen über Ehegüter bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten in 18 Mitgliedstaaten erleichtern sollte, die

eine verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Eigentumsregelungen internationaler Paare erlaubt. Die Anwendung der Verordnung 2016/1103 sollte zur Anwendung anderer europäischer Rechtsakte im Bereich des europäischen Familienrechts in Scheidungs- und Nachfolgeverfahren beitragen. Dieser Artikel enthält Vorschriften über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht nach der Verordnung 2016/1103, die in Verfahren betreffend Ehescheidungsregelungen anzuwenden sind. Die Anwendung der Bestimmungen der Verordnung 2016/1103 über die Zuständigkeit und das anwendbare Recht im Erbrecht wird analysiert. Der Artikel befasst sich mit bestimmten potenziell problematischen Lösungen und offenen Fragen, die durch die Auslegung der Bestimmungen der Verordnung 2016/1103 offenbart werden und die Zweifel und Ungewissheiten für das Gericht und die Notare hervorrufen könnten. Mögliche Lösungen, die Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten bei der Anwendung der Verordnung 2016/1103 beseitigen könnten, werden vorgeschlagen.

***Schlüsselwörter**: Erbfolge, ehelicher Güterstands, Gerichtsbarkeit, anwendbares Recht, Ehegatte.*

Riassunto

DECISIONI CIRCA I RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI NEI PROCEDIMENTI SUCCESSORI IN FORZA DEL REGOLAMENTO 2016/1103 SUI REGIMI PATRIMONIALI TRA CONIUGI

Con l'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (in avanti: Regolamento 2016/1103) nei diciotto stati membri che prendono parte alla cooperazione rafforzata, applicando tali regole comuni, verranno agevolate le decisioni nelle questioni afferenti i rapporti patrimoniali tra coniugi aventi elemento di transnazionalità. Inoltre, si prevede mediante la sua applicazione che negli stati membri divenga più facile anche l'applicazione di altri strumenti europei nell'ambito del diritto europeo della famiglia nei procedimenti di divorzio ed in quelli successori. Nel lavoro verranno illustrate le regole del Regolamento 2016/1103 sulla competenza e sul diritto applicabile nei procedimenti nei quali si decide dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Si esaminerà l'applicazione delle regole del Regolamento 2016/1103 sulla competenza e sul diritto applicabile nei procedimenti successori con elemento transfrontaliero nei quali si applica il Regolamento 650/2012 in materia di successioni. Si rileveranno eventuali questioni controverse che sorgono nell'interpretare le regole del Regolamento 2016/1103, che potrebbero sollevare dubbi e lacune per le corti ed i notai in occasione della risoluzione dei rapporti patrimoniali nei procedimenti dove si decida di successioni.

In conclusione si suggeriranno possibili soluzioni con le quale potrebbero venire superate difficoltà e lacune nell'applicazione pratica del Regolamento 2016/1103.

Parole chiave: *successione, regimi patrimoniali tra coniugi, competenza, diritto applicabile, coniuge.*

BRISOVNA TUŽBA - ZAŠTITA KNJIŽNIH PRAVA

Dr. sc. Dinka Šago, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
Mr. sc. Zrinka Radić, sutkinja
Općinski sud u Splitu

UDK: 347.922.6
Ur.: 20. siječnja 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Nositelj knjižnoga prava koje je povrijeđeno uknjižbom u korist neke osobe ovlašten je radi zaštite svog prava zahtijevati brisanje svake uknjižbe koja ga vrijeđa te uspostavu prijašnjega zemljišnoknjižnog stanja. Je li uknjižba drugoga knjižnog prava u korist neke osobe osnovana ili nije, sud trebati meritorno odgovoriti u parničnom postupku. Autori u radu obrađuju pitanje aktivne, pasivne legitimacije i rokova kao nespornih uvjeta za podnošenje brisovne tužbe. Obrađuju se pitanja koja su se pokazala problematičnima u pravosuđu i u pravnoj znanosti: ocjenu aktivne legitimacije, dakle pitanja tko u svojstvu «oštećenog u svom zemljišnoknjižnom pravu» može podići brisovnu tužbu i pitanje kod koje vrste upisa uopće može doći do takve povrede. Nadalje se razmatra mora li tužitelj u slučaju brisovne tužbe dokazivati svoje materijalno pravo i koje prigovore može tuženi staviti na tužbu. U središtu je pozornosti i pitanje pasivne legitimacije i rokova kao nespornih uvjeta za podnošenje brisovne tužbe, te pitanje je li tužba za brisanje opravdana samo u slučaju početne ništavosti naslova ili je dovoljna i naknadna ništavost.

Ključne riječi*: brisovna tužba, zemljišnoknjižni postupak, nositelj knjižnog prava, uknjižba, zabilježba.*

1. UVOD - PRAVNA PRIRODA BRISOVNE TUŽBE

Zaštita knjižnih prava u zemljišnoknjižnom postupku osigurana je podnošenjem redovitih pravnih lijekova, podnošenjem brisovne tužbe, te tužbe za ispravak. Takvu pravnu zaštitu pružaju odredbe Zakona o zemljišnim knjigama.[1] Zaštita od nevaljanog upisa predviđena je i odredbama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kod višestrukog ugovaranja otuđenja (tzv. kvazibrisovna tužba).[2] ZV, osim vlastitim odredbama, upućuje na zaštitu knjižnih prava i na temelju odredbi zemljišnoknjižnog prava. Ako netko povrijedi vlasnikovo pravo nevaljanim upisom u zemljišne knjige,

1 Zakon o zemljišnim knjigama, 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).

2 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99 - Odluka USRH, 22/00 - Odluka USRH, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14 (dalje: ZV).

on ima pravo štititi se od toga sredstvima koja za zaštitu knjižnih prava daju pravila zemljišnoknjižnog prava, a to je između ostalog žalba protiv rješenja o upisu i brisovna tužba (čl. 168. ZV-a). Brisovna tužba i žalba, te prigovor protiv rješenja o dozvoli upisa međusobno se ne isključuju.

Brisovna tužba sudska je zaštita zbog povrede knjižnih prava nositelja knjižnog prava, koja je učinjena nevaljanim ili neistinitim upisom. Upis će biti nevaljan kad za njega nisu ispunjene materijalne i postupovne pretpostavke predviđene u zemljišnoknjižnom pravu.[3] Neistinit je onaj upis kojim se upisano razlikuje od stvarnog, izvanknjižnog stanja. Njime se upisuje nositeljem knjižnog prava osoba koja nije stvarni, istiniti nositelj upisanog prava. Takvim upisom nije moguće polučiti učinak pravovaljanog stjecanja, odnosno prijenosa knjižnog prava na drugu osobu. Drugim riječima, nevaljani, neistiniti upis nije pravno valjani modus stjecanja vlasništva i drugih knjižnih prava. Brisovnom tužbom nositelj knjižnog prava može se zaštititi od nevaljanog upisa sve dok ne nastupe činjenice na temelju kojih bi mu to pravo i tako trebalo prestati (npr. ako je novoupisano u međuvremenu dosjelošću stekao vlasništvo ili je prestala služnost nevršenjem i sl.).[4]

Brisovnim se tužbama mogu pobijati već izvršeni upisi u zemljišnim knjigama[5] bilo zbog nedostatka materijalnopravnih uvijeta ili zbog istovremenog nedostatka formalnih i materijalnopravnih uvijeta. Ovom tužbom mogu se pobijati prvobitno formalno ili materijalno nevaljani upisi ali i oni koji su postali nevaljani zbog naknadno nastupjelih izvanknjižnih činjenica kojima je uknjiženo pravo prestalo (npr. odreknućem).[6]

Neistinit ili nevaljan upis[7] u zemljišnu knjigu ne može se ispravljati tužbom radi pogrešnog upisa, već nezadovoljna stranka takvo rješenje o upisu može pobijati žalbom ili brisovnom tužbom.[8]

Jedino knjižna prava koja su već upisana u zemljišnoj knjizi mogu biti povrijeđena nevaljanom uknjižbom brisanja, promjenom ili ograničenjem upisanih knjižnih prava. Prava na nekretninama koja nisu upisana u zemljišnu knjigu, premda

3 Vidi Kontrec, D., Novela Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. i pravna sredstva za zaštitu od nevaljanih i nezakonitih upisa u zemljišnoj knjizi, Pravo u gospodarstvu, vol. 53., br. 2., 2014., str. 272.

4 *Op. cit*. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 311 - 312. (Klarić, Vedriš, GP)

5 Brisovnom tužbom ne može se štititi pravo vlasništva koje nije upisano u zemljišnoj knjizi. Županijski sud u Vukovaru, Gž-1808/2003-3 od 4. 11. 2004., IO VSRH 2004., 2, 28, str. 28. VSRH, Rev-2832/99, internetske stranice VSRH-a.

6 Pogreška u upisu provedbi uknjižbe prava vlasništva ispravlja se na način određen odredbama čl. 117. do 119. ZZK-a, a povreda knjižnog prava uknjižbom u korist neke druge osobe može se zahtijevati samo brisovnom tužbom. Županijski sud u Varaždinu, Gž-461/06-2, od 19. 2. 2008., Ing. SP 2009., 3., 0., 4., str. 38., IO VSRH, 2008., 1., 10., str. 12.

7 Upis povećanja površine jedne smanjenjem površine druge zemljišne čestice, izvršen bez donošenja rješenja kojim se takav upis određuje i nalaže njegova provedba u zemljišnoj knjizi, nije pogrešan već nevaljan upis za koji nisu bile ispunjene potrebne pretpostavke, pa se zaštita od takvog upisa ne ostvaruje zahtjevom za ispravak već zahtjevom za brisanje. Županijski sud u Bjelovaru, Gž-2272/12 od 15. 11. 2012., IO VSRH 2012., 1.

8 Županijski sud Varaždin, Gž- 1030/10 od 4. 3. 2011., IO VSRH 2012., 2., 14.).

mogu biti predmet zemljišnoknjižnog upisa, ne mogu se štititi brisovnom tužbom niti se brisovnom tužbom može zahtijevati njihov upis u zemljišnu knjigu.[9] Neupisana prava na nekretninama štite se drugim stvarnopravnim tužbama uređenim ZV-om,[10] a njihov se upis u zemljišnu knjigu zahtijeva na temelju javnih ili javnoovjerovljenih isprava kojima se dokazuje njihovo izvanknjižno stjecanje.[11]

Brisovna tužba je stvarnopravna tužba *sui generis*,[12] čiji zahtjev ide na priznavanje nevaljanosti već izvršenog upisa i uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja.[13] Brisovnom se tužbom može zahtijevati samo brisanje uknjižbe, ali ne i drugih vrsta upisa kao što su predbilježba i zabilježba.[14] Ovo zakonsko rješenje ima svoje opravdanje u tomu što bi omogućavanjem brisovne tužbe protiv upisane predbilježbe, moglo doći do toga da nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno predbilježbom najprije ostvaruje zaštitu svog prava podnošenjem brisovne tužbe, a nakon opravdanja predbilježbe koja može uslijediti i tijekom parnice u kojoj se traži zaštita tom brisovnom tužbom, mora svoju zaštitu knjižnog prava ostvarivati novom brisovnom tužbom ili proširenjem zahtjeva u parnici, ali zbog nevaljane uknjižbe do koje je došlo zbog opravdanja predbilježbe.[15]

9 Vidi Josipović, T., u: Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 334-335. (dalje: Gavella, N. i dr., Stvarno pravo, sv. I.)

10 *Ibid*., str. 287 - 289.

11 Tako Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 270. (dalje: Josipović, Zemljišnoknjižno).

12 Brisovna tužba je stvarnopravna tužba kojom se štite samo upisana knjižna prava, zbog čega je brisovnu tužbu ovlaštena podići samo osoba koja je u zemljišnoj knjizi (bila) upisana kao nositelj knjižnog prava. "Iz činjenične osnove tužiteljeve tužbe (podnesena dana 1. travnja 2003.) jasno proizlazi da tužitelj pledira na ispunjenju zakonskih pretpostavki za stjecanje prava vlasništva predmetnih dviju nekretnina dosjelošću jer tvrdi. da je predmetne nekretnine kupio dana 17. siječnja 1993. te se od dana sklapanja odnosnog pisanog kupoprodajnog u govora nalazi u samostalnom i neprekidnom posjedu istih. No konkretni tužbeni zahtjev - radi trpljenja brisanja tuženičinog prava vlasništva i uknjižbe u korist tužitelja - po svom sadržajnom određenju tužbu tužitelja kvalifi cira brisovnom tužbom koja je normirana odredbama čl. 129. ZZK-a. Pritom valja naglasiti da je na podnošenje brisovne tužbe - sukladno odredbi čl. 129. st. 1. ZZK-a ovlašten nositelj knjižnog prava koji je povrijeđen uknjižbom u korist neke osobe. Iz cit. zakonske odredbe ZZK-a vidljivo je da je brisovna tužba stvarnopravna tužba kojom se štite samo već upisana knjižna prava i to samo uknjižba pa stoga je brisovnu tužbu ovlaštena podići samo osoba koja je u zemljišnoj knjizi (bila) upisana kao nositelj povrijeđenog knjižnog prava." Županijski sud u Varaždinu, Gž 104/2008-2 od 2. 9. 2008., IO VSRH, 2009., 33., str. 38. Čini se da nije riječ o brisovnoj tužbi već o svojevrsnoj stvarnopravnoj deklaratornoj tužbi koju podiže izvanknjižni stjecatelj temeljem zakona (čl. 129. ZV-a) kako bi upisao svoje stečeno pravo (čl. 130. ZV-a), jer je u zemljišnim knjigama upisana osoba kojoj je to pravo prestalo. Vidi Žuvela, M., Tužba na utvrđenje vlasništva stečenog dosjelošću, Odvjetnik, br. 7-8, 2012., str. 26.

13 Knjižna prava povrijeđena neistinitom, nevaljanom uknjižbom, štite se brisovnom tužbom, te takvu zaštitu nije moguće ostvariti zemljišnoknjižnim prijedlogom za poništenje provedene uknjižbe i uspostavu prijašnjeg stanja, ali može žalbom protiv rješenja o upisu, ako se za to steknu pretpostavke (čl. 123. i slj. ZZK-a). Županijski sud u Splitu, Gž-3053/2007. od 26. 11. 2007., IO VSRH, 2009., 32., str. 38.

14 Županijski sud u Rijeci, Gž-1051/04 od 17. 11. 2004., Ing. SP 2005., 6, 0, 1, str. 67.

15 Tako Milaković, G., Brisovna i kvazibrisovna tužba, Informator, br. 6117, 2012., str. 7.; Josipović, Zemljišnoknjižno, str. 271.

Sukladno odredbi čl. 129. st. 1. ZZK-a brisovnom tužbom se može zahtijevati od suda da naloži brisanje nevaljane uknjižbe te uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja. Dakle, kondemnacija (nalog za brisanje nevaljale uknjižbe i uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja) obuhvaća deklaraciju (utvrđenje nevaljalosti uknjižbe). Odredbom čl. 187. st. 1. Zakona o parničnom postupku[16] propisano je da tužitelj može u tužbi tražiti da sud samo utvrdi postojanje odnosno nepostojanje kakva prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave. Stavkom 2. istog članka propisano je da se takva tužba može podići kad je to posebnim propisima predviđeno, kad tužitelj ima pravni interes da sud utvrdi postojanje odnosno nepostojanje kakva prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost kakve isprave prije dospjelosti zahtjeva za činidbu iz istog odnosa ili kad tužitelj ima kakav drugi pravni interes za podizanje takve tužbe. Iz citiranih odredbi čl. 129. st. 1. ZZK-a i čl. 187. st. 1. i 2. ZPP-a proizlazi nepostojanje pravnog interesa za podnošenje tužbe na utvrđenje da je određena uknjižba neistinita, nevaljana.[17]

2. BRISOVNA TUŽBA U ODNOSU NA NEKA DRUGA PRAVNA SREDSTVA ZAŠTITE KNJIŽNIH PRAVA

2.1. Odnos brisovne tužbe i tužbe za ispravak

Tužbom za ispravak traži se ispravak upisa provedenih u zemljišnoj knjizi povodom prijave ili prigovora u zemljišnoknjižnom ispravnom postupku, odnosno provedba ili ispravljanje upisa u novoosnovanoj knjizi koje je zemljišnoknjižni sud odbio provesti. To je prejudicijelna tužba stvarnopravnog karaktera. U čemu je razlika između te i brisovne tužbe? Tužbom za ispravak pobijaju se prvobitni upisi u postupku ispravljanja zemljišnih knjiga dok se brisovnim tužbama pobija dopušteni i provedeni upis. Cilj je ovih tužbi uklanjanje prvobitnih pogrešnih zemljišnoknjižnih upisa nastalih kod osnivanja zemljišnih knjiga.[18]

U pogledu rokova za podnošenje tužbe za ispravak, pravo na njeno podnošenje prestaje protekom rokova određenih ZZK-om za podizanje brisovne tužbe, s tim da trogodišnji rok počinje teći od trenutka provedbe spornog upisa, odnosno otkad je dostavljeno rješenje o odbijanju prijave ili prigovora. S obzirom na to da je u čl. 129. ZZK-a različito normirana pravna situacija neposrednog stjecatelja nekretnine u odnosu na nositelja knjižnog prava, pa se u tom slučaju ne primjenjuju zakonska ograničenja od tri godine za podnošenje brisovne tužbe, već se ta tužba može podnijeti neograničeno, osim u slučaju nastupa činjenica na temelju kojih bi nositelju knjižnog prava to pravo i tako trebalo prestati, a odredbe o tužbi za ispravak određuju pravo na podnošenje te tužbe u roku od tri godine od provedbe spornog upisa u navedenim

16 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14. (dalje: ZPP).

17 Stoga je tužbeni zahtjev u dijelu u kojem se traži utvrđenje da sporna uknjižba nije pravno valjana potrebno odbaciti. Općinski sud u Splitu, Pst-1289/12 od 19. lipnja 2013. i Županijski sud u Splitu, Gžst-338/13 od 6. studenog 2014. - izvorno.

18 Vidi Borić, Ž., Pojedinačni ispravni postupak, Pravo u gospodarstvu, br. 5, 2013., str. 953 - 964.

postupcima osnivanja odnosno tri godine od dostave rješenja o odbijanju prijave ili prigovora, možemo zaključiti da se tužba za ispravak može podnijeti samo u trogodišnjem roku. Trogodišnji rok u kojem se može zaštititi pravo vlasništva po svojoj naravi je prekluzivni rok čija je svrha da se u postupcima obnove, osnivanja, dopunjavanja i preoblikovanja zemljišne knjige uspostavi pravno stanje nekretnine koje odgovara faktičnom i da se dalje u pogledu pravnog prometa nekretnina može dosljedno primjenjivati načelo povjerenja u potpunost i istinitost zemljišnih knjiga.[19]

2.2. Odnos brisovne tužbe i tužbe za brisanje upisa kod višestruko ugovaranog otuđenja nekretnine

Pravu brisovnu tužbu podnosi osoba čije je upisano knjižno pravo povrijeđeno uknjižbom u korist neke druge osobe (čl. 129. st. 1. ZZK). Tužbu radi brisanja upisa kod višestruko ugovaranog iz odredbe čl. 125. st. 2. ZV-a legitimirana je podnijeti osoba koja nije uknjižena u zemljišnoj knjizi, tj. osoba koja nema upisano knjižno pravo, već tom tužbom stremi stjecanju tog prava. Upravo stoga ta se tužba pravnoj teoriji naziva tzv. kvazibrisovnom tužbom.[20]

---

19 *Op. cit.* Milaković, G., Brisovna i kvazibrisovna tužba, Pravo u gospodarstvu, br. 2., 2013., str. 438 - 439.

20 Pravni poredak ne tolerira nekorektno ponašanje u pravnom prometu (nepošteno ponašanje, nepostupanje u dobroj vjeri), zbog čega odredba čl. 125. st. 2. ZV-a omogućuje da se upis stjecateljevog vlasništva pobije, ako je on u trenutku kada je sklopio pravni posao s otuđivateljem znao da je taj već ranije valjanim pravnim poslom usmjerenim na prijenos prava vlasništva te nekretnine raspolagao njome u korist druge osobe te joj je predao tu nekretninu u samostalan posjed. Naime, u takvom slučaju osoba kojoj je bivši vlasnik otuđio nekretninu i predao joj je u samostalan posjed, ima pravo pobijati upis vlasništva nepoštenog stjecatelja kvazibrisovnom tužbom zahtijevajući brisanje njegovog upisa vlasništva i uknjižbu u svoju korist vlasništva te nekretnine. Tako Gavella, N., u: Gavella, N., i dr., Stvarno pravo, sv. I., str. 463 - 464.
Višestruko ugovaranje otuđenja iste nekretnine nije bilo uređeno odredbama Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (SL SFRJ 6/80, 36/90, Narodne novine 53/91), dalje: ZOVO, a sudska praksa (ali i znanost) nije bila jedinstvena u tumačenju pravnog pravila iz § 440. OGZ koje glasi: "Ako je vlasnik istu nepokretnu stvar ostavio dvjema različitim osobama, stvar pripada onoj koja je ranije zaiskala uknjižbu". Međutim, pravilo je izričito: tko prvi zatraži uknjižbu prava vlasništva, bez obzira na to kad je sklopio pravni posao - taj stječe pravo vlasništva. S obzirom na nepostojanje izričitog propisa i različito tumačenje tog pravnog pravila, sudska je praksa bila neujednačena, ali je i prije stupanja na snagu ZOVO "nadopunjeno" pravilo iz § 440. OGZ primjenom načela savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. Izraz te prakse su i *zaključci Savjetovanja bivših najviših sudova (građanskih odjela) održanog 28. i 29. svibnja 1986. koji glase:*
1. Kad je više osoba zaključilo posebne pravne poslove radi stjecanja prava vlasništva na istu nekretninu, o jačem pravu sud odlučuje primjenom načela morala društva, savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloporabe prava.
Kad su svi kupci savjesni, a nijednom od njih nekretnina nije predana u posjed niti je ishodio upis prava vlasništva u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, jaču pravnu osnovu u ima raniji kupac.
Kad su svi kupci savjesni, jaču pravnu osnovu ima kupac koji je ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, a ako nijedan od njih nije ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu, jači je u pravu kupac kojem je nekretnina predana u posjed.

Kod tužbe radi brisanja upisa kod višestrukog ugovaranog otuđenja nekretnine zahtjev za brisanje pripada onoj osobi kojoj je nekretnina predana u samostalni posjed na temelju valjanog pravnog posla o stjecanju prava vlasništva. Ona mora dokazati zlu vjeru upisanog stjecatelja.[21] Ovlašteniku brisovnog zahtjeva (tzv. kvazibrisovna tužba) pripada i pravo da zahtijeva uknjižbu prava vlasništva u svoje ime.[22] U parnici

Raniji savjesni kupac ima jaču pravnu osnovu prema kasnijem nesavjesnom kupcu. To i u slučaju kad je prodavatelj nekretninu predao u posjed kasnijem nesavjesnom kupcu ili je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišnu odnosno drugu javnu knjigu.

2. U prijeporu radi utvrđenja jače pravne osnove pasivno su legitimirani prodavatelj i ostali kupci iste nekretnine kao jedinstveni suparničari.

Prijašnji Vrhovni sud Hrvatske, kao i sadašnji Vrhovni sud Republike Hrvatske uglavnom su slijedili te zaključke.

O višestrukom otuđenju nekretnine može se govoriti samo ako postoje dva valjana pravna posla ili više njih. Nije odlučno je li riječ o naplatnim i/ili besplatnim pravnim poslovima, a što je razvidno iz sudske prakse:

Kad je više osoba zaključilo posebne pravne poslove radi stjecanja prava vlasništva na istoj nekretnini, sud će o jačem pravu odlučiti po jednakim kriterijima - i kad se radi o nenaplatnim kao i kad se radi o konkurenciji naplatnih i nenaplatnih pravnih poslova.

Kad su zaključena dva posebna ugovora o darovanju iste nekretnine, sudska praksa zauzelja je stajalište da jače pravo ima savjesni i raniji daroprimac od kasnijega nesavjesnog daroprimca, i to i onda kad je kasniji nesavjesni daroprimac stupio u posjed i ishodio upis prava vlasništva u zemljišnim knjigama.

Ako su, pak, oba daroprimca savjesna, jače pravo ima onaj daroprimac koji je ishodio upis prava vlasništva u zemljišne knjige.

Isto načelo vrijedi i za ocjenu tko ima jače pravo ako se radi o naplatnim poslovima ili o konkurenciji naplatnog ili nenaplatnog pravnog posla. (VSH. Rev-2602/87 od 13. 6. 1989.).

Brinući se o pravnoj sigurnosti, ZV je značajno suzio i vremenski ograničio mogućnost podnošenja brisovne tužbe kod višestrukog otuđenja iste nekretnine (tzv. kvazibrisovne tužbe). Vidi Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, prilozi, kazala, Organizator, Zagreb, 2014., str. 362. - 364., 367. - 369. i tamo navedena literatura. (dalje: Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama*)*

21 Opširnije Aralica, T., Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine u sudskoj praksi, Godišnjak 23, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Tradicionalno XXXI. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2016., str. 67 - 111.

22 Sukladno odredbi čl. 125. st. 2. ZV-a tzv. kvazibrisovnom tužbom može se samo pobijati upis vlasništva nepoštenog stjecatelja zahtijevajući brisanje uknjižbe vlasništva nesavjesnog stjecatelja (tuženika) i uknjižbu vlasništva na ime tužitelja. Takvom tužbom ne može se tražiti utvrđenje prava vlasništva. To znači da tužitelj kod tzv. kvazibrisovne tužbe nema pravni interes za postavljanjem tužbenog zahtjeva na utvrđenje prava vlasništva, jer on potpunu pravnu zaštitu postiže nalogom za brisanje uknjižbe vlasništva nesavjesnog tužitelja uz istodobnu uknjižbu prava vlasništva tužitelja. Stoga tužbeni zahtjev u tom dijelu u kojem se tzv. kvazibrisovnom tužbom traži utvrđenje prava vlasništva treba odbaciti, jer nisu ispunjene zakonske pretpostavke propisane odredbom čl. 125. st. 2. ZV-a u svezi s odredbom čl. 187. ZPP-a. Općinski sud u Splitu, P-2497/09 od 25. travnja 2013. i Županijski sud u Splitu, Gžx-831/13 od 11. srpnja 2014. - izvorno.

Tužitelj nije aktivno legitimiran niti tražiti poništenje drugog ugovora o otuđenju iste nekretnine u kojem on nije bio ugovorna strana, ali može istaknuti zahtjev za uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja prema stjecatelju drugog ugovora koji je upisao vlasništvo na svoje

koja se pokreće povodom tzv. kvazibrisovne tužbe tužitelj treba dokazati da je osoba koja se upisala u zloj vjeri znala da je upravo njoj, tj. tužitelju predana u samostalni posjed. Nije dovoljno samo ako dokaže da je nekretnina samo njoj (tužitelju) otuđena. Također, tužba se s uspjehom može podići samo protiv osobe koja nije postupala u dobroj vjeri, tj. da je u trenutku kada je sklapala pravni posao s otuđivateljem znala da je nekretnina drugome valjano otuđena i predana u samostalni posjed (čl. 125. st. 2. al. 1.). Ako stjecateljica nije imala takvo saznanje u trenutku pravnog posla, tj. da je u tom trenutku postupala u dobroj vjeri, tužbeni zahtjev treba se odbiti.[23] Dakle, važna razlika između kvazibrisovne tužbe (čl. 125. st. 2. ZV-a) i klasične brisovne tužbe je u tomu što se kvazibrisovna tužba može podići s uspjehom samo protiv osoba koje su postupale u zloj vjeri, dok se klasična brisovna tužba može podići i protiv osoba koje su postupale i u dobroj vjeri, i u zloj vjeri.[24] Bitno je naglasiti da je podnošenje kvazibrisovne tužbe protiv osoba u zloj vjeri vremenski ograničeno na tri godine,[25] a podnošenje klasične brisovne tužbe protiv osobe koja se upisala u zloj

ime. Tako Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 362. - 363.

23 Tako Belanić, L., Višestruko otuđenje nekretnina, Hrvatska pravna revija, br. 9., 2007., str. 34.

24 Vidi Belanić, L., Višestruko otuđenje nekretnina, Zbornik radova Drugo međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 4., 5. i 6. lipnja 2004., Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2004., str. 367-376.

25 Rok je prekluzivan. Njegovim istekom prestaje pravo pobijati upis vlasništva nepoštenog stjecatelja. Općinski sud u Splitu, P-2497/09 od 25. travnja 2013. i Županijski sud u Splitu, Gžx-831/13 od 11. srpnja 2014. - izvorno. Gavella, N. u: Gavella, N., i dr., Stvarno pravo, sv. I., str. 464.

Jednak pravni stav zauzima i praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske:

Zahtjev za brisanje upisa prava vlasništva u smislu čl. 125. ZV može se postaviti u roku od tri godine od upisa čije se brisanje zahtijeva.

"... Ustavni sud napominje da se pretpostavke brisovne tužbe iz instituta višestrukog ugovaranja otuđenja nekretnine (čl. 125. Zakona o vlasništvu) bitno razlikuju od 'klasične' brisovne tužbe kojom se može poslužiti nositelj knjižnog prava povrijeđenog neistinitom uknjižbom (čl. 129. Zakona o zemljišnim knjigama).

Primjerice, ovlaštenik za podnošenje brisovne tužbe na temelju čl. 129. Zakona o zemljišnim knjigama jest osoba koja je upisana u zemljišnoj knjizi kao nositelj knjižnog prava i čije knjižno pravo je povrijeđeno neistinitom, nevaljanom uknjižbom. U smislu čl. 129. st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama brisovna tužba protiv poštenog trećeg stjecatelja može se podnijeti u roku od tri godine od kada je ta uknjižba bila zatražena.

Ustavni sud je ustavnu tužbu razmatrao sa stajališta čl. 29. Ustava, kojim se jamči pravično suđenje. Za ovaj ustavnosudski postupak relevantna je činjenica da je podnositelj prigovor prekluzije isticao u odgovoru na tužbu te da gaje ponavljao u žalbi i reviziji.

Prvostupanjski sud nije se očitovao o tom prigovoru, dok se drugostupanjski i Vrhovni sud o tom prigovoru nisu očitovali valjanim pravnim razlozima. Oba suda naime samo ponavljaju utvrđenu činjenicu da se ne radi o brisovnoj tužbi podnesenoj na temelju čl. 129. Zakona o zemljišnim knjigama, već da je riječ o višestrukom ugovaranju otuđenja koje je uređeno čl. 125. Zakona o vlasništvu. Pritom su zanemarili činjenicu, na koju je podnositelj tijekom postupka upozoravao, da je odredbom st. 2. tog članka propisan rok u kojem se tužba za brisanje upisa može podnijeti. Ocjena sudova o tomu je li tužba tužiteljice podnesena u tom roku ili izvan njega od neposrednog je značenja za odlučivanje o pravima i obvezama podnositelja u konkretnom

vjeri vremensko je neograničeno. S druge strane vremenski je ograničeno podnošenje klasične brisovne tužbe protiv osobe koja se u dobroj vjeri upisala u zemljišne knjige na tri godine koje se računaju od kada je bio zatražen upis prava vlasništva prednika stjecatelja koji je postupao u dobroj vjeri.[26]

2.3. Odnos brisovne tužbe i žalbe protiv rješenja o dozvoli upisa

Brisovna tužba može se podići radi zaštite knjižnog prava i kad je knjižno pravo moguće štititi i žalbom protiv rješenja o dozvoli upisa. Brisovna tužba i žalba protiv rješenja o dozvoli upisa međusobno se ne isključuju. Stoga se istodobno mogu podnijeti i žalba protiv rješenja o dozvoli upisa i brisovna tužba. Takav odnos žalbe i brisovne tužbe proizlazi iz činjenice da se žalbom osporava valjanost rješenja o upisu u kojem je odlučeno je li prijedlog za upis osnovan ili ne, s obzirom na zemljišnoknjižno stanje, prijedlog i priloge upisa, te ostale pretpostavke koje je zemljišnoknjižni sud trebao ispitati. Žalbom se osporava rješenje o upisu za čiju dozvolu i provedbu nisu bile ispunjene sve pretpostavke određene zemljišnoknjižnim pravom. S druge strane, brisovna tužba usmjerena je protiv same uknjižbe. Njome se osporava valjanost, istinitost uknjižbe, jer nije u skladu sa stvarnim, zbiljskim pravnim stanjem nekretnine. Stoga se tom tužbom traži brisanje uknjižbe za koju nisu bile ispunjene sve materijalnopravne i procesne pretpostavke.

Pravo na podizanje brisovne tužbe u odnosu na neposrednog stjecatelja i nepoštenog trećeg stjecatelja vremenski je neograničeno, jer se brisovna tužba u odnosu na neposrednog stjecatelja i nepoštenog trećeg stjecatelja može podnijeti dok ne nastupe okolnosti zbog kojih bi povrijeđeno knjižno pravo ionako prestalo. U odnosu na poštenog trećeg stjecatelja koji svoje pravo u dobroj vjeri izvodi iz nevaljane uknjižbe njegovog otuđivatelja (singularni slijednik neposrednog stjecatelja iz nevaljane uknjižbe), rok za podnošenje brisovne tužbe je ograničen (čl. 129. st. 2. ZZK).[27]

---

sporu.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud utvrđuje da je postupak koji je prethodio ustavnosudskom bio vođen na način koji ne udovoljava zahtjevima ustavnog jamstva na pravično suđenje propisanog čl. 29. st. 1. Ustava." USRH, U-III-1189/07 od 9. 10. 2008., Ing. SP 2009, 1,0, 1, str. 10. Tako Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, str. 366.

26 Tužba za brisanje prava vlasništva iz čl. 125. st. 2. (tzv. kvazibrisovna tužba) naličje je tužbe predmnijevanog vlasnika, jer tužitelj koji je samostalni, zakonit i istinit posjednik ima pravo na zaštitu protiv svakoga koji "nema pravni temelj posjedovanja" ili ima slabiji pravni temelj posjedovanja "time što mu je posjed nepošten ili nezakonit" (čl. 166. st. 1. ZV-a). Ako je tužena osoba znala da je tužitelju nekretnina predana u samostalni posjed, ona ima slabiji pravni temelj prema tužitelju (samostalnom posjedniku) jer je upis ishodila u zloj vjeri. Razlika od tužbe predmnijevanog vlasnika je u tomu što je kvazibrisovna tužba vremenski ograničena. Belanić, L., *op. cit.* (bilj. 23.), str. 35.

27 Jednak pravni stav zauzima i pravna teorija - Josipović, Zemljišnoknjižno, str. 267-276.; Simonetti, P., Prava na nekretninama, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009., str. 878. - 880. i tamo navedena sudska praksa.

3. ZAŠTITA KNJIŽNIH PRAVA BRISOVNOM TUŽBOM

Kad se u zemljišnu knjigu provede neistinit, nevaljan upis dolazi do povrede upisanog knjižnog prava. Upis će biti neistinit, nevaljan, kad u trenutku kad je bio zahtijevan, za njegovu provedbu i nastupanje svih pravnih učinaka koji bi upis trebao proizvesti nisu bile ispunjene sve pretpostavke određene pravilima zemljišnoknjižnog prava i pravilima koja uređuju pretpostavke za upis određenog knjižnog prava, pravne činjenice ili osobnog odnosa. Oštećenom nositelju knjižnog prava priznaje se tada pravo na zaštitu od povrede knjižnog prava neistinitim, nevaljanim upisom. Zaštita knjižnog prava od povrede neistinitim, nevaljanim upisom ostvaruje se u parničnom postupku brisovnom tužbom.

Brisovna tužba je tužba kojom nositelj knjižnog prava čije je pravo povrijeđeno neistinitom, nevaljanom uknjižbom štiti svoje knjižno pravo zahtijevajući brisanje nevaljane, neistinite uknjižbe i uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja kakvo je bilo prije provedbe nevaljane, neistinite uknjižbe. Njome se štite stvarna prava na nekretninama od povrede, uznemiravanja koje nastaje nevaljanom uknjižbom kojom su ta prava promijenjena, prestala ili ograničena tuđim pravom. Njome se oštećeni nositelj knjižnog prava štiti i od mogućnosti prestanka, gubitka svog knjižnog prava zbog djelovanja pravnih učinaka zaštite povjerenja u istinitost zemljišnih knjiga prema poštenim trećim stjecateljima koji iz nevaljane, neistinite uknjižbe izvode svoja prava. Brisovnom tužbom mogu se štititi samo već upisana knjižna prava. Jedino knjižna prava koja su već upisana u zemljišnoj knjizi mogu biti povrijeđena nevaljanom uknjižbom brisanja, promjenom ili ograničenjem upisanih knjižnih prava.

Brisovnu tužbu ovlašten je podnijeti nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno nevaljanom uknjižbom tj. osoba koja je upisana u zemljišnoj knjizi kao nositelj povrijeđenog knjižnog prava. Ona se podnosi protiv osobe u čiju je korist provedena nevaljana, neistinita uknjižba odnosno protiv osobe koja je u vezi s nevaljanom uknjižbom u neposrednom pravnom odnosu s osobom čije je knjižno pravo povrijeđeno uknjižbom (tzv. neposredni stjecatelj iz nevaljane uknjižbe). Pod pretpostavkama pod kojima se tužba za brisanje može podnijeti protiv neposrednog stjecatelja, ona se može podnijeti i protiv njegovih univerzalnih sljednika. Brisovna se tužba može podnijeti i kad je neposredni stjecatelj raspolagao nevaljano upisanim knjižnim pravom u korist treće osobe (singularnog sljednika neposrednog stjecatelja iz nevaljane uknjižbe) koja je također upisala svoje pravo.

3.1. Aktivna legitimacija

Postavlja se pitanje tko je sve aktivno legitimiran podnijeti brisovnu tužbu. Ako slijedimo odredbu čl. 129. st. 1. ZZK-a koja glasi: *"Nositelj knjižnoga prava koje je povrijeđeno uknjižbom u korist neke osobe ovlašten je radi zaštite toga svoga prava zahtijevati brisanje svake uknjižbe koja ga vrijeđa i uspostavu prijašnjega zemljišnoknjižnog stanja sve dok ne nastupe činjenice na temelju kojih bi mu povrijeđeno knjižno pravo i tako trebalo prestati, ako zakonom nije drukčije određeno",* možemo zaključiti da tužitelj kod brisovne tužbe može biti samo ona osoba čije je knjižno pravo

povrijeđeno neistinitim upisom u korist stjecatelja ili njegovi univerzalni sljednici, dakle samo onaj koji je prije spornog upisa bio uknjižen kao nositelj knjižnog prava u zemljišnim knjigama ili njegovi univerzalni sljednici.[28] Dakle, aktivnu legitimaciju za podnošenje brisovne tužbe imaju i univerzalni pravni sljednici upisanog vlasnika ili nositelja knjižnog prava koje je povrijeđeno spornim upisom, jer su nasljeđivanjem stekli materijalnopravna ovlaštenja prema predmetnoj nekretnini, odnosno knjižnim pravima na njoj, kakva je imao njihov univerzalni prednik.[29] [30]

28 Aktivno legitimiran u ovoj parnici nositelj je knjižnog prava, dakle, onaj tko je bio upisan u zemljišne knjige neposredno prije napadane promjene u zemljišnim knjigama. Stoga se ispravno u obrazloženju drugostupanjske presude navodi da pravo na brisovnu tužbu ima osoba koja je bila upisana u zemljišne knjige neposredno prije osporavane promjene, a nesporno je da prije sporne uknjižbe tužitelji nisu bili upisani kao nositelji knjižnog prava. U vrijeme upisa založnog prava temeljem rješenja Z-2647/90 od 27. prosinca 1990. godine tužitelji nisu bili upisani kao suvlasnici sporne nekretnine, što je nesporno, pa nisu mogli biti povrijeđeni u svom "knjižnom pravu", i samim tim nisu aktivno legitimirani. Ne pripada im pravo tražiti brisanje i uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja, pri čemu nije odlučno pripada li im neko drugo pravo koje nije predmet tužbe.

29 Treba navesti i stajalište sudske prakse iz koje je razvidno kad nositelj knjižnog prava nema pravo na podnošenje brisovne tužbe: 1) *"Kad je sam nositelj knjižnog prava svojom voljom i slobodno raspolagao svojim pravom vlasništva na način da je tražio brisanje svog ranije upisanog prava vlasništva i upis novog vlasnika, prema ocjeni ovog suda ne može se raditi o povredi knjižnog prava nositelja takvog prava u korist neke osobe jer je takav upis tražila sama tužiteljica kao raniji nositelj knjižnog prava pa stoga nema niti mjesta zbog takvog upisa usvojiti zahtjev kojim se traži zaštita putem brisovne tužbe u smislu čl. 129. st. 1. ZZK*." Odluka Vrhovnog suda RH, Rev 842/11-2 od 12. prosinca 2012.).

30 "Predmet spora je zahtjev tužitelja kojim se nalaže tuženiku da ishodi o svojem trošku upis brisanja uknjiženog ovršnog prava zaloga za navedeni dug 113.276,87 kn, a temeljem rješenja o osiguranju Ovr-725/07 od 31. kolovoza 2007., te zabilježi ovršnost te tražbine za korist Republike H., uplatom navedenog iznosa određeno navedenim rješenjem o osiguranju u korist Republike Hrvatske, podredno isplatom tog iznosa tužitelju uz zabilježbu spora na predmetnim nekretninama. Iz spisa proizlazi da je među strankama nesporno da su dana 17. siječnja 2007. sklopili kupoprodajni ugovor kojim D. i J. L. prodaju I. B. nekretnine iz zk.ul.br. 736 k.o. P. i to*čk*i br. 3020, 3021 i 3022 u ukupnoj površini 12.275 m² (time da je pogrešno navedena površina 12.256 m²), kao i da je kupac - tužitelj stupio u posjed predmetnih nekretnina te izvršio neka ulaganja time da nije u zemljišnim knjigama prenio vlasništvo na svoje ime, već se kao vlasnici i dalje vode prodavatelji. Nadalje, da je na temelju rješenja o osiguranju br. Ovr-725/07-4 od 31. kolovoza 2007. uknjiženo ovršno pravo zaloga za dug u navedenom iznosu, a temeljem rješenja Z-3659/07 istog suda zabilježena je ovršivost navedene tražbine, time da je i dalje sporno može li tužitelj kao kupac može tražiti nalaganje tuženiku kao prodavatelju ishođenje brisanja uknjiženog prava zaloga za korist Republike Hrvatske. Sudovi utvrđuju da je tuženik - prodavatelj znao za svoj dug prema Republici Hrvatskoj Ministarstvu financija - Poreznoj upravi, Područni ured Virovitica, Ispostava Virovitica, jer je dobio upravna rješenja o svom dugovanju. Upravo po osnovi tog duga RH - Porezna uprava, Ispostava Virovitica podnijela je sudu 30. kolovoza 2007. prijedlog za osiguranje novčane tražbine prisilnim zasnivanjem založnog prava na navedenim nekretninama, kojem prijedlogu je udovoljeno rješenjem Ovr-725/07-4 od 31. kolovoza 2007. Međutim, do donošenja navedenog rješenja o osiguranju Ovr-725/07 i zabilježbe ovršnosti rješenja Z-3659/07, tužitelj se nije upisao kao vlasnik u zemljišnoj knjizi, iako je isplatio kupoprodajnu cijenu i ušao u posjed istih nekretnina. Prema odredbi *čl. 119. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, vlasništvo nekretnine stječe se zakonom predviđenim upisom stjecateljeva vlasništva u zemljišnoj knjizi na temelju valjano očitovane

volje dosadašnjeg vlasnika usmjereno na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja, ako zakonom nije određeno drugačije. Prema odredbi *čl. 129. ZZK-a* nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno uknjižbom u korist neke osobe, ovlašten je radi zaštite toga svoga prava zahtijevati brisanje svake uknjižbe koja ga vrijeđa i uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja (brisovna tužba) sve dok ne nastupe činjenice na temelju kojih bi mu povrijeđeno knjižno pravo i tako trebalo prestati, ako zakonom nije drugačije određeno. Dakle, tužitelj kao kupac koji nije upisan u zemljišne knjige, ne može se osnovano pozivati na povredu knjižnog prava u smislu citirane odredbe *čl. 129. ZZK*." Odluka Vrhovnog suda RH, Rev-152/10-2 od 8. siječnja 2013.

Zaobilaženje zakonskih propisa prema kojima aktivnu legitimaciju za podnošenje brisovne tužbe ima samo upisani nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno neistinitom, nevaljanom uknjižbom stranke, a s ciljem brisanja prisilnog založnog prava u korist Republike Hrvatske, Ministarstva financija, stranke nastoje postići putem presuda na temelju priznanja.

U historijatu tužbe podnesene 12. studenog 2012. navodi se da su kao suvlasnici čest. zgr. 998/1 i čest. zgr. 998/2 sve k.o. S. bili uknjiženi pravni prednik tužitelja za polovicu dijela cijelog i tuženici kao suvlasnici druge polovine. Tužitelji kao univerzalni pravni slijednici upisanog zemljišnoknjižnog suvlasnika i tuženici da su 29. studenog 2004. zaključili Ugovor o razvrgnuću suvlasničke zajednice nekretnina. Tim ugovorom je čest. zgr. 998/1 k.o. S. pripala tužiteljima za cijelo, dok je čest. zgr. 998/2 sve k.o. S. za cijelo pripala tuženicima. Predmetni diobni ugovor da je u zemljišnoj knjizi djelomično proveden na način da su se tuženici uknjižili kao vlasnici za cijelo čest. zgr. 998/2 sve k.o. S. U pogledu čest. zgr. 998/1 k.o. S. navedeni ugovor o diobi nije proveden u zemljišnoj knjizi. Na temelju rješenja Ovr-4702/10 od 20. rujna 2010., dopuštena je predbilježba prisilnog založnog prava na čest. zgr. 998/1 (u diobi pripala tužiteljima) te čest. zgr. 998/2 sve k.o. S., i to na suvlasničkom dijelu jednog od tuženika u iznosu od 241.097,11 kn na ime osiguranja tražbina i 2.500,00 kn na ime osiguranja troškova predlagatelja osiguranja. Rješenjem Z-1039/10 od 22. kolovoza 2012. opravdana je predbilježba predmetnog prisilnog založnog na navedenim nekretninama. Tužbenim zahtjevom tužitelji su zatražili utvrđenje da je nepotpuna pravno nevaljana uknjižba prava vlasništva tuženika na čest. zgr. 998/2 k.o. S. izvršena na temelju navedenog diobenog ugovora, uspostavu ranijeg zk stanja na čest. zgr. 998/1 k.o. S. kakvo je bilo prije provedbe navedenog diobenog ugovora i uknjižbu tužitelja sukladno navedenom diobnom ugovoru te brisanje prisilnog založnog prava na čest. zgr. 998/1 k.o. S. (iako RH, Ministarstvo financija nije bilo tuženo).

Iz historijata tužbe razvidno je da tužitelji nikada nisu bili uknjiženi kao vlasnici druge polovice čest. zgr. 998/1 k.o. S. na temelju diobnog ugovora. To znači da tužitelji nemaju aktivnu legitimaciju za podnošenje brisovne tužbe u pogledu te nekretnine odnosno suvlasničkog udjela na kojem se traži brisanje (čl. 129. ZZK). Međutim, sukladno odredbama čl. 278. i 279. ZPP-a, u fazi ispitivanja tužbe i pripremanja glavne rasprave, sud nema ovlast odbiti tužbeni zahtjev u cijelosti ili djelomično zbog nedostatka aktivne legitimacije. Također u toj fazi postupka sud nema ovlast niti odbiti tužbeni zahtjev zbog promašene pasivne legitimacije (brisanje prisilnog založnog prava nositelja koji uopće nije tužen). U toj fazi postupka tužbu podobnu za postupanje potrebno je dostaviti tuženicima na odgovor. Tek na glavnoj raspravi sud ima ovlast donijeti meritornu odbijajuću presudu. Međutim, po zaprimanju tužbe tuženici su priznali tužbeni zahtjev.

Sukladno odredbi čl. 331. st. 1. i 2. ZPP-a ako tuženik do zaključenja glavne rasprave prizna tužbeni zahtjev, sud će bez daljnjeg raspravljanja donijeti presudu kojom prihvaća tužbeni zahtjev (presuda na temelju priznanja). Sud neće donijeti presudu na temelju priznanja i kad je udovoljeno potrebnim uvjetima, ako nađe da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (čl. 3. st. 3).

Iz citirane odredbe proizlazi da ako tuženik prizna tužbeni zahtjev, da je sud dužan bez daljnjeg raspravljanja o osnovanosti tužbenog zahtjeva donijeti presudu kojom prihvaća tužbeni zahtjev (presuda na temelju priznanja). Dakle, sud nema ovlast dalje raspravljati o osnovanosti/

Kad je pravni prednik bio upisan u zemljišne knjige a prestao je postojati, tada je njegov univerzalni pravni sljednik aktivno legitimiran na podnošenje brisovne tužbe.[31]

neosnovanosti tuženog zahtjeva. Jedini slučaj kad sud može odbiti donošenje presude na temelju priznanja je ako nađe da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (ponašanje protivno prisilnim propisima i pravilima javnog morala - čl. 3. st. 3. ZPP-a).

Prvostupanjski sud odbio je donošenje presude na temelju priznanja u odnosu na trećetuženika na čijem suvlasničkom udjelu je prije podnošenja brisovne tužbe bilo uknjiženo prisilno založno pravo u korist RH, Ministarstva financija. Sud je smatrao da je ponašanje stranaka protivno prisilnim propisima i pravilima javnog morala, jer stvarni cilj predmetne brisovne tužbe nije bio zaštita knjižnog prava koje se štiti brisovnom tužbom već brisanje prisilnog založnog prava RH, Ministarstva financija kao bi se izbjeglo plaćanje porezne obveze - čl. 331. st. 2. ZPP-a. (Vidi: presudu Općinskog suda u Splitu Pst-1289/ od 19. lipnja 2013. - izvorno)

Drugostupanjski sud je potvrdio navedenu prvostupanjsku presudu, ali ne iz razloga zbog kojih je prvostupanjski sud odbio donošenje presude na temelju priznanja - čl. 331. st. 2. ZPP-a. Taj sud smatrao je da je tužbeni zahtjev u odnosu na trećetuženika trebalo odbiti zbog nedostatka aktivne legitimacije (čl. 129. st. 1. ZZK). Također je naveo da bi o brisanju prisilnog založnog prava trebalo odlučiti temeljem odredbe čl. 129. st. 2. ZZK tj. savjesnosti stjecatelja prisilnog založnog prava. (Vidi: presudu Županijskog suda u Splitu Gžst-338/13 od 6. studenog 2014. - izvorno).

Pravni stav da donošenje presude na temelju priznanja sud može odbiti zbog nedostatka aktivne legitimacije smatramo suprotnim odredbi čl. 331. st. 1. ZPP-a koja propisuje da će u slučaju priznanja tužbenog zahtjeva sud bez daljnjeg raspravljanja donijeti presudu kojom prihvaća tužbeni zahtjev (presuda na temelju priznanja). Odbijanje donošenja presude na temelju priznanja zbog nedostatka aktivne legitimacije podrazumijeva daljnju raspravu o osnovanosti tužbenog zahtjeva, jer je pitanje aktivne legitimacije ispravna primjena materijalnog prava. Jednako je i za pitanje pasivne legitimacije. Također je za istaknuti da se ne može raspravljati o savjesnosti nositelja knjižnog prava koji uopće nije tužen.

Kako bi se izbjegle ovakve situacije *de lege ferenda* trebalo bi propisati da je brisovnom tužbom potrebno obuhvatiti sve one nositelje knjižnih prava u pogledu čijih uknjižbi se brisovnom tužbom traži brisanje. Time bi svaka ona brisovna tužba u kojoj se traži brisanje više uknjižbi, a tužbom nisu obuhvaćeni nositelji prava iz tih uknjižbi bila nepodobna za postupanje. Stoga bi sud po zaprimanju takve tužbe trebao pozvati na uređenje tužbe na način da se tužbom obuhvate svi nositelji knjižnih prava čije brisanje se traži (čl. 109. st. 1. - 4. ZPP-a). Obuhvaćanjem svih nositelja knjižnih prava čije brisanje se traži spriječilo bi se priznanje tužbenog zahtjeva i donošenje presude na temelju priznanja kad se brisovnom tužbom traži brisanje sporne uknjižbe i prisilnog založnog prava izvršenog na temelju te sporne uknjižbe. Svaki tuženik mogao bi priznati tužbeni zahtjev samo u odnosu na svoju uknjižbu.

Bez takve odredbe (suparničarstvo na osnovi zakona) moguće su određene procesne zloporabe. Naime, u situaciji kad se brisovnom tužbom traži brisanje sporne uknjižbe prava vlasništva i brisanje uknjižbe prisilnog založnog prava, a tužen je samo upisani nositelj prava vlasništva, ne i nositelj prisilnog založnog prava, sud u slučaju donošenja meritorne presude može odbiti tužbeni zahtjev zbog nedostatka aktivne legitimacije za podnošenje brisovne tužbe ako tužitelj nikada nije bio upisani vlasnik. Što se tiče zahtjeva za brisanjem prisilnog založnog prava, taj dio tuženog zahtjeva potrebno je odbiti kao neosnovan zbog nedostatka aktivne legitimacije ako tužitelj nikada nije bio upisani vlasnik i promašene pasivne legitimacije jer tuženik nije nositelj tog prava (neispunjenje zakonskih pretpostavki iz odredbe čl. 129. st. 1. ZZK).

Međutim, u slučaju priznanja tužbenog zahtjeva, sud nema ovlast za raspravljanje o aktivnoj i pasivnoj legitimaciji, osnovanosti i neosnovanosti tužbenog zahtjeva. Sud samo ispituje jesu li ispunjene procesne pretpostavke za donošenje presude na temelju priznanja, a to je priznanje tužbenog zahtjeva dano prije zaključenja glavne rasprave (čl. 331. st. 1. ZPP-a).

31 VSRH, Rev-2592/93, od 1. 12. 1993., web stranice VSRH, Informator, 4398-4399 od 1. i 4. 5.

[32] Na podnošenje brisovne tužbe ovlašten je nositelj knjižnog prava koje je povrijeđeno nezakonitom uknjižbom u korist neke osobe, ali ne i osoba koja nije knjižni vlasnik odnosno nije bila knjižni vlasnik, premda i jest izvanknjižni vlasnik te nekretnine[33]. [34] Nasljednik je ovlašten, i prije nego što ishodi upis svog prava vlasništva u zemljišnoj knjizi, brisovnom tužbom zahtijevati brisanje nevaljane, odnosno neistinite uknjižbe i upostavljanje prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja.[35] Postoje razmišljanja prema kojima nasljednik nije ovlašten brisovnom tužbom zahtijevati brisanje nevaljane odnosno neistinite uknjižbe prije nego li ishodi upis svog prava vlasništva u zemljišnoj knjizi. Pri tom se zanemaruje da nasljeđivanjem prava vlasništva nasljednik stvari prelazi na nasljednika u trenutku smrti ostavitelja, čime bi se povrijedilo podnositeljevo pravo na pravično suđenje.[36]

Brisovnu tužbu može podnijeti i vlasnik posebnog dijela nekretnine (stana ili poslovne prostorije) čije je pravo vlasništvo upisano u podulošku knjige položenih ugovora (KPU).[37] Ti podulošci su podulošci zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano zemljište na kojem je izgrađena zgrada glede čijih su posebnih dijelova osnovani podulošci u KPU. Vlasnik posebnog dijela nekretnine čije je pravo upisano u podulošku KPU smatra se nositeljem knjižnog prava koje pravo može biti povrijeđeno i onda kada se na zahtjev treće osobe ne izbriše pravo vlasništva upisano u podulošku KPU-a, već se u korist treće osobe prenese samo pravo vlasništva zemljišta (njegova pravnog prednika) upisano u zemljišnoknjižnom ulošku u kojem je upisano zemljište na kojem je izgrađena zgrada glede čijih su posebnih dijelova osnovani podulošci u KPU.

Za ostvarivanje svrhe povezivanja zemljišne knjige i KPU - a *(čl. 379. ZV-a, Pravilnik* o povezivanju zemljišne knjige, KPU-a i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine) odnosno formiranja građevinske čestice, upis zgrade na toj čestici i upis vlasništva svih posebnih dijelova u zemljišnu knjigu, potrebno je i utvrđenje prava vlasništva zemljišta na kojem je zgrada sagrađena što nevaljanim upisom vlasništva nad zemljištem može biti dovedeno u pitanje.[38] Stoga se u odnosu na zemljišnoknjižno

1996.

32 Kada je osporeni knjižni upis proveden na temelju krivotvorenog rješenja komisije za uzurpaciju iz 1996. godine, a tužba je podnesena unutar trogodišnjeg roka iz čl. 224/1. ZZK-a, tada je tužba podnesena unutar dopuštenog roka (čl. 129. ZZK-a) prema poštenom stjecatelju, a u odnosu na nepoštenog stjecatelja rok i nije ograničen. VSRH, Rev-1460/01 od 12. 2. 2004., internetske stranice VSRH-a

33 VSRH, Rev 792/95, Rev-1156/04 od 13. 9. 2005., Rev-1430/00, internetske stranice VSRH-a.

34 Tužitelj nije aktivno legitimiran na podnošenje brisovne tužbe ako je prije upisa tuženika kao vlasnika predmetnih nekretnina bilo upisano društveno vlasništvo, a tužitelj nije bio upisan kao nositelj prava iz društvenog vlasništva. Županijski sud u Varaždinu, 15 Gž-1304/10-2, od 17. 1. 2011., Ing. SP 2012., 1., 0., 1., str. 12., IO VSRH, 2012., 2., 14.

35 Brisovnu tužbu osim osobe koja je povrijeđena u svom knjižnom pravu ovlašten je podnijeti i univerzalni nasljednik te osobe (bračni drug). Županijski sud u Koprivnici, Gž-937/04-2 od 9. 6. 2004., Ing. SP 2005., 4, 0, 1, str. 49.

36 Odlukom USRH-a, U-III-1729/08 od 9.5. 2012. ukinuta je presuda Županijskog suda u Splitu, Gž-297/08 od 21. 2. 2008., Vidi Marković, S., Aktivna legitimacija nasljednika - ustavnosudski aspekt, Informator 6098-6099, 15. i 18. 2. 2012.; Milaković, G., *op. cit*. (bilj. 15.), str. 7.

37 Žuvela, M., Brisovna tužba u sudskoj praksi, Odvjetnik, br. 7-8, 2015., str. 29.

38 *Op. cit*. Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,

tijelo s kojim su povezani i podulošci KPU-a ne mogu vršiti promjene stanja koja se odnose na čitavo zemljišnoknjižno tijelo, bez sudjelovanja nositelja prava vlasništva posebnih dijelova upisanih u podulošcima KPU-a, čiji su nositelji, *ex lege*, ujedno i suvlasnici zemljišnoknjižnog tijela (čl. 370. st. 2. i 3. ZV).[39]

Tužitelj mora dokazati: da je bio upisan u zemljišnoj knjizi, da je uknjižba u korist tuženika nevaljana, da tuženik nije bio u dobroj vjeri, u vrijeme zaključenja pravnog posla i podnošenja prijedloga za upis, ako se tuženi brani da je pravo stekao kao pošteni stjecatelj s povjerenjem u zemljišne knjige da je stjecatelj bio nepošten, jer se poštenje stjecatelja presumira.[40]

3.2. Pasivna legitimacija

U parnici povodom brisovne tužbe pasivno je legitimirana osoba u čiju je korist provedena nevaljana, neistinita uknjižba, a može se podnijeti i protiv njezinih univerzalnih sljednika.[41] Pasivno su legitimirane i sve osobe koje su u neposrednom pravnom odnosu s osobom čije je knjižno pravo uknjižbom povrijeđeno (neposredni stjecatelji). Tuženi može biti i treći u čiju je korist neposredni stjecatelj raspolagao nevaljanim upisanim knjižnim pravom (singularni sljednici). U tom slučaju tužitelj mora tužbom obuhvatiti i neposrednog stjecatelja i njegova singularnog sljednika.

Tuženik može istaknuti prigovor: da je tužiteljevo pravo prestalo izvanknjižno, da je pravo stekao kao pošteni stjecatelj s povjerenjem u zemljišne knjige te da je knjižno pravo ionako prestalo.[42]

3.2.1. Podnošenje brisovne tužbe protiv neposrednog stjecatelja

Protiv neposrednog stjecatelja tj. protiv osobe u čiju je korist provedena nevaljana, neistinita uknjižba odnosno protiv osobe koja je u odnosu na nevaljanu uknjižbu u neposrednom pravnom odnosu s osobom čije je knjižno pravo uknjižbom povrijeđeno te njezinih univerzalnih sljednika, tužba za brisanje može se s uspjehom podići sve dok ne nastupe činjenice kojima bi povrijeđeno knjižno pravo i tako trebalo prestati ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 129/1. ZZK). Dok ne nastupe okolnosti zbog kojih bi povrijeđeno knjižno pravo ionako prestalo, pravo na podizanje brisovne tužbe vremenski je neograničeno.[43] Brisovna je tužba po svojoj naravi stvarnopravna tužba kojom se štite knjižna prava odnosno prava na nekretninama koja mogu biti predmetom upisa u zemljišnu knjigu i zbog toga se ta tužba, kao i sve ostale stvarnopravne tužbe odnosno tužbe za zaštitu stvarnih prava mogu s uspjehom podići

Zakon o zemljišnim knjigama, str. 1318 - 1319.

39 Županijski sud u Zagrebu, Gž-1116/12 od 29. 6. 2012., Vidi Žuvela, M., Zemljišnoknjižno pravo: Brisovna tužba vlasnika upisanih u podulošku KPU, Odvjetnik 9-10, 2011., str. 24-25.

40 Tako Nakić, J., Tužbe po Zakonu o zemljišnim knjigama, Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro, 2005., str. 3.

41 Žuvela, M., Ružička, B., Zakon o zemljišnim knjigama, Zagreb, 2003., str. 184.-185.

42 Teret dokaza je na tuženiku.

43 Vidi Kontrec, D., Načelo zaštite povjerenja u zemljišne knjige - odgoda povjerenja kroz sudsku praksu, Pravo u gospodarstvu, god. 55, sv. 5., 2016., str. 886.

sve dok postoji pravo u korist onog nositelja koji zahtijeva njegovu zaštitu.

3.2.2. Podnošenje brisovne tužbe protiv nepoštenog trećeg stjecatelja

Protiv nepoštenog trećeg stjecatelja tj. protiv nepoštenog stjecatelja koji je upisao svoje pravo izvodeći ga iz neistinitog, nevaljanog prednikova upisa brisovna tužba također se može s uspjehom podići sve dok ne nastupe činjenice kojima bi povrijeđeno knjižno pravo ionako trebalo prestati (čl. 129/1. ZZK). U odnosu na nepoštenog stjecatelja ne nastupaju pravni učinci zaštite povjerenja u zemljišne knjige. Njegovo se stjecanje ne štiti pa se i protiv njega brisovna tužba s uspjehom može podnijeti sve dok postoji knjižno pravo povrijeđeno neistinitom uknjižbom provedenom u korist prednika nepoštenog stjecatelja. Teret dokaza da je stjecatelj koji je svoje pravo izveo iz neistinitog prednikovog upisa bio nepošten leži, međutim, na tužitelju, jer se predmnijeva poštenje stjecatelja.[44]

3.2.3. Podnošenje brisovne tužbe protiv poštenog trećeg stjecatelja

Protiv poštenog trećeg stjecatelja pravo na podnošenje brisovne tužbe vremenski je ograničeno. Radi zaštite povjerenja u istinitost zemljišnih knjiga brisovna tužba može se tada podići samo u zakonom određenim rokovima (čl. 129/2. ZZK). Prekluzivni rokovi za podizanje brisovne tužbe određeni su u ZZK-u za slučajeve kad je osoba u čiju je korist provedena nevaljana uknjižba raspolagala knjižnim pravom u korist poštenog stjecatelja koji je postupajući u dobroj vjeri s povjerenjem u zemljišne knjige upisao svoje pravo izvodeći ga iz nevaljano uknjiženog prava prednika.[45] Nakon proteka rokova u kojima se protiv poštenog stjecatelja može podnijeti brisovna tužba nevaljane prednikove uknjižbe u odnosu na poštenog stjecatelja, nastupaju pravni učinci zaštite povjerenja u istinitost i njegovo se stjecanje ne može više osporavati zbog nevaljanosti prednikove uknjižbe (čl. 8/5. ZZK, čl. 123. ZV). Rokovi u kojima se protiv poštenog stjecatelja može s uspjehom podnijeti brisovna tužba za brisanje nevaljane prednikove uknjižbe određeni su ovisno o tomu je li oštećenom nositelju knjižnog prava bilo dostavljeno rješenje o prednikovoj uknjižbi:

a) kad je nositelju povrijeđenog knjižnog prava bilo dostavljeno rješenje na temelju koga je provedena nevaljana uknjižba u korist prednika poštenog stjecatelja, oštećeni nositelj knjižnog prava mora u roku za žalbu zatražiti zabilježbu da je upis sporan, nevaljan (zabilježba brisovne tužbe, zabilježba tužbe za brisanje) te u roku 60 dana od isteka roka za žalbu podnijeti brisovnu tužbu (čl. 129/2. ZZK, čl. 123/2. ZV);[46]

b) kad nositelju povrijeđenog knjižnog prava nije bilo dostavljeno rješenje o uknjižbi u korist prednika poštenog stjecatelja, brisovna se tužba mora podići u roku tri godine otkad je zatražen odnosno proveden nevaljani, neistiniti upis (čl. 123/2. ZV,

44 Tako Josipović, Zemljišnoknjižno, str. 273-274.

45 Protekom rokova u kojima se protiv poštenog stjecatelja može podnijeti tužba za brisanje nevaljane prednikove uknjižbe, nastupaju pravni učinci zaštite povjerenja u istinitost zemljišnih knjiga. Županijski sud u Varaždinu, Gž-741/09-2, od 2. 9. 2009., Ing. SP 2009., 6., 0., 5., str. 71.

46 Kontrec, D., *op. cit.* (bilj. 43.)., str. 886.

čl. 129/2. ZZK). Trogodišnji se rok računa od provedbe nevaljane uknjižbe odnosno od časa kad je podnesen prijedlog za provedbu nevaljane uknjižbe, a ne od trenutka kad je zahtijevan upis u korist poštenog stjecatelja.[47]

3.3. Rok za podnošenje tužbe

Rok za podnošenje tužbe vremenski je ograničen samo prema poštenom trećem stjecatelju: 1. prema neposrednom stjecatelju - dok ne nastupe okolnosti zbog kojih bi povrijeđeno knjižno pravo prestalo; 2. prema nepoštenom trećem stjecatelju - dok ne nastupe okolnosti zbog kojih bi povrijeđeno knjižno pravo prestalo; 3. prema poštenom trećem stjecatelja a) kada je nositelju povrijeđenog knjižnog prava bilo dostavljeno rješenje na temelju kojega je provedena nevaljana uknjižba u korist prednika poštenog stjecatelja, oštećeni mora u roku za žalbu zatražiti zabilježbu da je upis nevaljan te u narednom roku od 60 dana, računajući od dana isteka roka za žalbu, podnijeti brisovnu tužbu; b) kada nositelju povrijeđenog knjižnog prava nije bilo dostavljeno rješenje o uknjižbi u korist prednika poštenog stjecatelja, oštećeni brisovnu tužbu mora podići u roku od tri godine od dana kada je zatražen odnosno proveden nevaljani upis, odnosno od trenutka kada je podnesen prijedlog za provedbu nevaljane uknjižbe.[48] Dakle, rok ne teče od trenutka kada je zahtjev za upis podnio pošteni stjecatelj.[49] Podnošenje brisovne tužbe ograničeno trogodišnjim prekluzivnim rokom odnosi se samo na daljnjeg (trećeg) poštenog stjecatelja, koji je knjižno pravo stekao u dobroj vjeri postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, a ne i na univerzalne sukcesore (nasljednike) neposrednog stjecatelja čijim je nevaljanim (neistinitim) upisom je povrijeđeno knjižno pravo tužitelja, prema kojima se tužba može podnijeti bez vremenskog ograničenja sve do nastupa činjenica zbog kojih bi tužiteljevo knjižno pravo i inače prestalo.[50]

Brisovna tužba ne zastarijeva prema osobi koja je ishodila nevaljani upis, kao ni prema osobi koja je od ove stekla prava na temelju njezina nevaljanog upisa, ako je znala ili morala znati da je upis njezina prednika bio nevaljan. Nešto je drukčije rješenje kad se radi o poštenom stjecatelju koji je upis svoga prava ostvario na temelju prednikova nevaljanog i neistinitog upisa, a da nije znao ni mogao znati za nevaljanost prednikova upisa. Nositelj knjižnog prava može i u tom slučaju podići brisovnu tužbu protiv prednika poštenog stjecatelja, ali zbog zaštite povjerenja u zemljišne knjige, samo u određenom roku. Duljina roka ovisna je o tomu je li nositelju knjižnog prava dostavljeno rješenje o nevaljanom upisu kojim je povrijeđeno njegovo pravo. Ako jest, tada je potrebno u roku za žalbu protiv rješenja o upisu zatražiti zabilježbu brisovne

47 Vidi Josipović, Zemljišnoknjižno, str. 274-275.

48 Vidi Crnić, J., Končić, A.M., Kontrec, D., Osnovanje, oblikovanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2005., str. 103.

49 Trogodišnji rok zastare vrijedi samo za savjesnog stjecatelja nekretnina, dok prema nesavjesnom nije vremenski ograničen. VSRH, Rev-734/2006-2 od 14. 2. 2008., Ing. SP, 2009., 2., 0., 3., str. 76., IO VSRH, 2008., 2., 10., str. 10., Informator 5820, 16. 12. 2009.

50 Županijski sud u Bjelovaru, Gž-3035/11-2, od 3. 5. 2012., Ing. SLP 2012., 5., 0., 4., str. 67., VSRH 2012., 1., 14.; VSRH, Rev. 1092/08-3 od 20. 4. 2011., Ing. SP 2012., 3., 0, 3, str. 43; IO VSRH, 2011., 2., 20., str. 27.

tužbe i u daljnjem roku od šezdeset dana (nakon isteka roka za žalbu) podići brisovnu tužbu. Ako rješenje o nevaljanom upisu nije dostavljeno nositelju knjižnog prava, brisovnu će tužbu protiv prednika poštenog stjecatelja moći podići u roku od tri godine od dana kada je taj upis zatražen. Propusti li nositelj knjižnog prava navedene rokove, njegovoj se brisovnoj tužbi ne može udovoljiti i stjecanje prava poštenog stjecatelja više se ne može osporavati, iako je izvedeno iz neistinitog odnosno nevaljanog prava njegova prednika. Time se štiti osoba koja je s povjerenjem u istinitost zemljišnih knjiga, u dobroj vjeri, uknjižila svoje pravo.[51]

3.4. Zabilježba brisovne tužbe

Činjenica da je podnesena brisovna tužba čini se u zemljišnoj knjizi vidljivom zabilježbom brisovne tužbe. Zabilježba brisovne tužbe provodi se na zahtjev tužitelja koji je podnio brisovnu tužbu. Zabilježbu može odrediti parnični sud pred kojim je pokrenut postupak povodom brisovne tužbe, ali i zemljišnoknjižni sud. Zabilježba će se provesti ako je dokazano da je tužba podnesena sudu. Međutim, nije jasno određeno koja vrsta zabilježbe se u ovom slučaju upisuje, jer je zakonom određeno da se može tražiti upis zabilježbe da je upis sporan, dok se u st. 3. čl. 129. ZZK-a određuje da se na zabilježbu brisovne tužbe primjenjuju pravila o zabilježbi spora. Dakle, iz ove je odredbe vidljivo da se radi o zabilježbi brisovne tužbe iako u trenutku dostave rješenja o uknjižbi u tom roku za žalbu protiv te odluke brisovna tužba još nije podnesena. S obzirom na ovu zakonsku nedorečenost, a s obzirom na to da u trenutku traženja da se upiše zabilježba da je upis sporan nije podnesena brisovna tužba, za postupanje u zemljišnoknjižnom postupku odluka bi ipak trebala biti takvog sadržaja da se izvrši upis zabilježbe da je upis sporan. Smatramo da bi tako trebalo postupiti i zbog toga što zakon predviđa određene pravne posljedice ako se nakon upisa ove zabilježbe ne podnese brisovna tužba. U tom slučaju onaj tko ishodi ovu zabilježbu, a bez opravdanog razloga propusti podnijeti tu tužbu, odgovara za štetu koju je zbog toga pretrpjela osoba u čiju je korist provedena uknjižba. Prema tomu, u trenutku kada se traži upis zabilježbe da je određeni upis sporan tada još nije podignuta brisovna tužba pa se takva tužba ne može ni zabilježiti, ali se može zabilježiti da je upis sporan. Učinci zabilježbe da je upis sporan jednaki su pravnim učincima zabilježbe spora. To znači da će u slučaju uspjeha u parnici osobe koja je podnijela brisovnu tužbu i ishodila upis zabilježbe da je upis sporan, njeno pravo koje je bilo povrijeđeno uknjižbom biti zaštićeno onim prvenstvenim redom koji joj čuva upisana zabilježba i svi će se daljnji upisi u zemljišne knjige će se u tom slučaju brisati (čl. 83. st. 2. ZZK u svezi s čl. 129. st. 3. ZZK).

Zabilježba će se provesti i prije nego što je pokrenut sudski postupak, kad se brisovna tužba podnosi protiv poštenog trećeg stjecatelja, a oštećeni je nositelj knjižnog prava i bio je uredno obaviješten o provedbi neistinite uknjižbe. Tada oštećeni nositelj mora prije podnošenja tužbe u roku za žalbu prvo zahtijevati zabilježbu tužbe za brisanje, a potom u daljnjem roku od 60 dana od isteka roka za žalbu podnijeti

51 Klarić, Vedriš, *GP,* str. 311.

brisovnu tužbu.[52] Zabilježba brisovne tužbe po službenoj će se dužnosti izbrisati kad se na temelju presude donesene povodom brisovne tužbe izbriše neistinita uknjižba. Na zahtjev nositelja knjižnog prava na koje se odnosi zabilježba brisovne tužbe (čl. 83/1. ZZK), ona će se izbrisati kad je pravomoćno odbijena brisovna tužba, kad tužitelj odustane od brisovne tužbe ili kad se tužba ne podnese u propisanom roku.

3.5. Odgovornost za štetu

Tko ishodi zabilježbu brisovne tužbe, a bez opravdanog razloga propusti podnijeti tu tužbu, odgovara za štetu koju je zbog toga pretrpjela osoba u čiju je korist provedena uknjižba (čl. 129. st. 3. ZZK-a).[53] Međutim, ova odredba nije precizirala rok za podnošenje brisovne tužbe, čime se otvara znatan prostor arbitrarnosti prosudbe je li, i kada je propušteno, bez opravdanog razloga, podnošenje brisovne tužbe. O tomu ovisi i odgovornost za štetu. Zabilježba spora ima učinak da pravomoćna presuda donesena povodom brisovne tužbe djeluje i protiv onih osoba koje su stekle knjižna prava nakon što je prijedlog za zabilježbu spora stigao zemljišnoknjižnom sudu (čl. 81. st. 2. ZZK-a). Navedeno pravilo predstavlja iznimku od načela *res iudicata facit ius inter partes*.[54] Naime, način na koji pravomoćna presuda donesena povodom brisovne tužbe djeluje protiv naznačenih osoba moguć je samo tako da naknadno oduzima pravni značaj onim stjecanjima knjižnih prava koja su uslijedila nakon što je prijedlog za zabilježbu spora stigao zemljišnoknjižnom sudu. Dakle, afirmativna pravomoćna presuda donesena povodom brisovne tužbe ovlašćuje tužitelja koji je uspio u tom sporu zahtijevati uknjižbu povrijeđenoga knjižnog prava u svoju korist, uz istodobno brisanje knjižnih prava onih osoba koje su ih stekle nakon što je prijedlog za zabilježbu spora stigao zemljišnoknjižnom sudu.

Šteta koju bi osoba u čiju je korist provedena uknjižba pretrpjela zbog toga što je onaj koji je ishodio zabilježbu brisovne tužbe bez opravdanog razloga propustio podnijeti tu tužbu, sastoji se od izmakle dobiti. Pravna posljedica zabilježbe brisovne tužbe sastoji se u tomu da pravomoćna presuda donesena povodom brisovne tužbe djeluje i protiv onih osoba koje su stekle knjižna prava nakon što je prijedlog za zabilježbu spora stigao zemljišnoknjižnom sudu (čl. 81. st. 2. ZZK-a). Dok je zabilježba brisovne tužbe trajala, osoba u čiju je korist provedena uknjižba nije mogla raspolagati uknjiženim knjižnim pravom nad nekretninom na koju se odnosi. Odnosno osoba je mogla, ali pod raskidnim uvjetom, da se brisovna tužba naposljetku pravomoćno ne prihvati kao osnovana. U tom slučaju, došlo bi do brisanja kasnije uknjiženoga knjižnog prava, kojim je povrijeđeno prethodno knjižno pravo. Tužitelj treba dokazati da mu je šteta, kao posljedica, nastala upravo zbog toga što je tuženik neopravdano propustio podnijeti brisovnu tužbu. Potrebno je istaknuti da će ishođenje zabilježbe brisovne tužbe prije nego što je ta tužba uopće podnesena sudu predstavljati iznimku u praksi. Naime, na zabilježbu brisovne tužbe primjenjuju se pravila o zabilježbi spora

52 Usporedi Muslić, M., Priručnik za primjenu zemljišnoknjižnog prava i postupka - sa praktičnim primjerima i obrascima, Privredna štampa, Beograd, 1981., str. 51 - 52.

53 Tako Kontrec, D., *op. cit.* (bilj. 3.)., str. 286.

54 Tako Borić, Ž., Brisovna tužba, Hrvatska pravna revija, rujan, 2013., str. 28 - 29.

(čl. 129. st. 3. ZZK), a zabilježba spora je upis kojim se čini vidljivim da se glede knjižnoga prava vodi pred sudom ili drugim nadležnim tijelom postupak čiji bi ishod mogao utjecati na uknjižbu, pripadanje, postojanje opseg, sadržaj ili opterećenje toga prava (čl. 81. st. 1. ZZK). Budući da je riječ o iznimki, sudovi bi trebali samo iznimno dopuštati zabilježbu brisovne tužbe prije nego što je ona podnesena sudu.[55]

Propuštanje podnošenja brisovne tužbe pojavljuje se kao specifična štetna radnja. Budući da osoba koja propušta podnijeti brisovnu tužbu (štetnik) i osoba u čiju je korist provedena uknjižba (oštećenik) ne stoje prethodno u nikakvu relevantnom pravnom odnosu, štetna se radnja u vidu propuštanja podnošenja brisovne tužbe pojavljuje kao građanskopravni delikt.[56] Teret dokaza da je šteta nastala bez njegove krivnje je na osobi (tuženiku) koja propušta podnijeti brisovnu tužbu. To znači da se predmnijeva krivnja osobe koja propušta podnijeti brisovnu tužbu (štetnika) u vidu obične nepažnje (čl. 1045. st. 2. ZOO). Da bi se oslobodio od odgovornosti za popravljanje štete, štetnik je dužan dokazati da je šteta nastala bez njegove krivnje.[57]

3.6. Zaštita založnog prava na nekretninama

Založni vjerovnik uživa zaštitu založnog prava na nekretninama od povrede upisom u zemljišne knjige, ako netko povrijedi založno pravo založnog vjerovnika nevaljanim upisom u zemljišnu knjigu, koja se ostvaruje brisovnom tužbom (čl. 342. ZV). Pretpostavke su za zaštitu založnog prava na nekretninama putem brisovne tužbe su da je založno pravo na nekretnini bilo uknjiženo u korist određenog založnog vjerovnika,[58] da je njegovo založno pravo povrijeđeno, odnosno izbrisano nevaljanim odnosno neistinitim upisom u zemljišnu knjigu te da nisu nastupile činjenice na temelju kojih bi povrijeđeno založno pravo ionako prestalo. Tužbeni zahtjev kod brisovne tužbe usmjeren je na brisanje nevaljanog odnosno neistinitog upisa kojim je povrijeđeno založno pravo i uspostavu prijašnjeg knjižnog stanja, kakvo je bilo prije spornog upisa i brisanja založnog prava, što znači ponovni upis povrijeđenog

55 *Ibid.*

56 Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (čl. 1045. st. 1. ZOO-a).

57 U tome će osoba koja je propustila podnijeti brisovnu tužbu uspjeti onda kada dokaže da je taj propust uslijedio iz opravdanoga razloga (čl. 129. st. 3. ZZK-a). Pri prosuđivanja o tomu sudovi će trebati, među ostalim, usporediti štetu koja je osobi u čiju je korist provedena uknjižba nastala sa koristću koju je propuštanjem podnošenja brisovne tužbe ostvarila osoba koja ju je propustila podnijeti. To neće biti glavni kriterij prema kojem će se prosuđivati postoji li ili ne odgovornost potonje osobe (štetnika) za popravljanje štete. Razlozi za propuštanje podnošenja brisovne tužbe prije svega će se prosuđivati prema njihovoj opravdanosti mjerenoj objektivnim kriterijima.

58 "Osim toga, tužiteljica nije bila upisana kao vlasnica spornih nekretnina neposredno nakon osporavane promjene i zbog toga nema pravo na brisovnu tužbu (nije aktivno legitimirana)", VSRH, Rev-1149/2007-2, od 18. 6. 2008. godine, http://sudskapraksa.vsrh.hr, ili "Tužiteljica nije bila nositelj knjižnog prava, nego je to bila C. D. p., pa joj stoga njezino knjižno pravo nije povrijeđeno i slijedom toga nema pravo tražiti brisanje uknjižbe", VSRH, Rev-1203/2008-3, od 25. 11. 2009. godine, http://sudskapraksa.vsrh.hr.

založnog prava.[59] Pasivno legitimirana kod brisovne tužbe je osoba u čiju je korist proveden nevaljani ili neistiniti upis, odnosno stjecatelj knjižnog prava čijim je upisom povrijeđeno založno pravo založnog vjerovnika, ali i univerzalni sljednici stjecatelja također mogu biti pasivno legitimirani.[60]

Brisovna tužba je po svojoj naravi stvarnopravna tužba i kao takva ne zastarijeva. Međutim, založni vjerovnik koji želi zaštititi svoje povrijeđeno založno pravo na nekretnini protiv savjesnog stjecatelja mora podići brisovnu tužbu najkasnije u roku od šezdeset dana od dana isteka roka za žalbu, ako mu je bilo dostavljeno rješenje o uknjižbi u korist prednika stjecatelja i ako je u roku za žalbu zatražio zabilježbu da je taj upis sporan. Ako založnom vjerovniku nije bilo dostavljeno rješenje o uknjižbi knjižnog prava u korist prednika stjecatelja, onda može podnijeti brisovnu tužbu u roku od tri godine od kada je bila zatražena uknjižba u korist prednika.[61]

3.7. Odluke suda u povodu brisovne tužbe

Brisovnom se tužbom zahtijeva od suda da naloži brisanje nevaljane uknjižbe te uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja. Ako sud usvoji tužbeni zahtjev, presudom će naložiti brisanje nevaljane uknjižbe i uspostavu prijašnjeg zemljišnoknjižnog stanja. Na temelju ovršne presude izbrisat će se nevaljana uknjižba na način i u opsegu kako je to određeno u izreci presude. Istodobno će zemljišnoknjižni sud po službenoj dužnosti provesti i brisanje zabilježbe brisovne tužbe (zabilježbe spora) te svih upisa koji su zatraženi nakon što je prijedlog za zabilježbu stigao zemljišnoknjižnom sudu (čl. 83/2. ZZK). Ako se tužbeni zahtjev pravomoćno odbije kao neosnovan, na temelju pravomoćne presude kojom je odbijen tužbeni zahtjev izbrisat će se zabilježba spora (čl. 83/1. ZZK).[62]

Brisovna tužba je kondemnatorna tužba, a presuda donesena na temelju te tužbe je kondemnatorna presuda jer se nalaže činjenje (brisanje neistinite, nevaljane uknjižbe). Tužitelj koji je uspio u parnici pokrenutoj brisovnom tužbom ovlašten

59 Presuda na temelju priznanja kojom se nalaže brisanje prisilnog založnog prava u odnosu na nositelja tog prava koji nije sudjelovao u parničnom postupku u kojem je donesena sporna odluka (vidi: fusnostu 28.) nije provediva u zemljišnoj knjizi, jer nisu ispunjene zakonske pretpostavke iz odredbe čl. 108. st. 1. ZZK u svezi s odredbom čl. 40. ZZK (presuda temeljem koje se zahtijeva brisanje uknjižbe ne odnosi se na nositelja knjižnog prava za čiju uknjižbu se traži brisanje). Međutim, ako bi takva presuda ipak bila provedena radilo bi se o neistinitoj, nevaljaloj uknjižbi brisanja prisilnog založnog prava. Stoga bi nositelj prisilnog založnog prava povrijeđenog takvom neistinitom, nevaljalom uknjižbom mogao u svrhu zaštite svog prava podnijeti brisovnu tužbu. Međutim, cilj pravnog poretka nije pružanje pravne zaštite zbog povreda prava koje su proizašle iz prethodne parnice. Cilj pravnog poretka je u što kraćem i jednostavnijem postupku pružiti potpunu pravnu zaštitu, a ne prouzrokovati daljnje sporove. Stoga je nužno spriječiti donošenje presuda na temelju priznanja kojima se zaobilaze kogentne zakonske odredbe o brisovnoj tužbi kako bi se isključila mogućnost da se na temelju takvih presuda pokreću daljnji sporovi.

60 VSRH, Revt-128/2005-2, od 22. 2. 2006. godine, http://sudskapraksa.vsrh.hr.

61 Vidi Golub, A., Zaštita založnog prava na nekretninama, Hrvatska pravna revija, br. 2., 2011., str. 16 - 17.

62 Vidi Josipović, Zemljišnoknjižno, str. 275 - 276.

je na upis svoga knjižnog prava u zemljišnu knjigu, odnosno na brisanje knjižnoga prava čijom je uknjižbom povrijeđeno njegovo knjižno pravo. Stoga je nositelj povrijeđenoga knjižnog prava ovlašten staviti prijedlog za upis koji bi imao značenje uknjižbe (čl. 95. st. 1. ZZK).[63]

4. ZAKLJUČAK

U parnicama u kojima se traži zaštita od nevaljane uknjižbe bitno je razlučiti koja prava se tužbom štite, tko je ovlaštenik prava na tu zaštitu, kao i odnos između osoba koje su stekle knjižna prava u odnosu na onog koji tvrdi da su njegova knjižna prava povrijeđena. Navedeno je značajno zbog pitanja zastare prava na podnošenje brisovne tužbe. Upravo o valjanoj primjeni odredaba koje propisuju zastarne rokove ovisi i pravilnost primjene materijalnog prava, pružanje sudske zaštite sudionicima pravnog posla čija je svrha stjecanje prava vlasništva, ali i mogućnost daljnjeg raspolaganja stečenim nekretninama. Sve navedeno dovodi do primjene načela povjerenja u pravni promet nekretnina i zaštitu prava vlasništva.[64]

Sudska praksa je u velikom broju slučajeva pokazala pogrešno postavljanje tužbenog zahtjeva kod brisovne tužbe. Smatramo da bi trebalo voditi računa o tomu da bi tužbeni zahtjev kod brisovne tužbe trebao biti samo kondemnacija bez deklaracije da je sporna uknjižba pravno nevaljana.[65]

De lege ferenda u ZZK bi trebalo unijeti izričitu odredbu kojom se nalaže da se brisovnom tužbom moraju obuhvatiti sve osobe brisanje čijih prava se traži, a na koje se ne odnosi zabilježba brisovne tužbe, radi spriječavanja nesavjesnog ponašanja stranaka usmjerenog zaobilaženju kogentnih zakonskih normi o brisovnoj tužbi.[66] U tom slučaju radilo bi se o suparničarstvu na osnovi zakona tj. subjektivnoj kumulaciji koja je dopuštena kad zakon to izričito određuje neovisno postojanju općih pretpostavki za suparničanstvo.[67] S obzirom na to da je ZZK zakon koji sadrži materijalne i procesne odredbe predloženu zakonsku odredbu trebalo bi propisati u odredbi čl. 129. st. 2. ZZK - a, čime bi dosadašnji stavci 2. i 3. postali stavci 3. i 4. čl. 129. ZZK - a. Time bi svaka ona brisovna tužba u kojoj se traži brisanje više uknjižbi (npr. uknjižbe prava vlasništva i uknjižbe prisilnog založnog prava), a tužbom nisu obuhvaćeni svi nositelji prava iz tih uknjižbi (npr. nije tužen nositelj prisilnog založnog prava, već samo nositelj prava vlasništva), bila nepodobna za postupanje. Stoga bi sud po zaprimanju takve tužbe morao pozvati tužitelja na uređenje tužbe na

63 Zemljišnoknjižni sud tada postupa po pravilima izvanparničnoga postupka, a podredno parničnoga postupka, ako zakonom nije što drugo određeno.

64 Opširnije Kontrec, D., *op. cit.* (bilj. 43.)., str. 875 - 904.

65 U tom smislu vidi sudsku praksu: Općinski sud u Splitu, P-4403/10 od 8. lipnja 2016., Županijski sud u Bjelovaru, Gž-458/16 od 12. svibnja 2016.; Pst-1289/12 od 19. lipnja 2013., Gžst-338/13 pd 6. studenog 2014. - izvorno.

66 Vidi bilješku 30. i 59.

67 Suparničarstvo na osnovi zakona u hrvatskom pravu poznato je u dva slučaja: kod tužbe tzv. glavnog miješanja (čl. 198. ZPP-a) i tužbe protiv glavnog dužnika i jamca (čl. 199. ZPP-a). Vidi: Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 446. - 447.

način da se tužbom obuhvate svi nositelji knjižnih prava čije se brisanje traži (čl. 109. st. 1. - 4. ZPP-a). Obuhvaćanjem svih nositelja knjižnih prava čije se brisanje traži spriječilo bi se priznanje tužbenog zahtjeva i donošenje presude na temelju priznanja u slučajevima kad stvarni cilj brisovne tužbe nije brisanje neistinite, nevaljane uknjižbe, već zloporaba procesnih ovlaštenja radi brisanja prisilnog založnog prava. Po uređenju tužbe obuhvaćanjem svih nositelja knjižnih prava čije se brisanje traži, sud bi tako uređenu tužbu poslao tuženicima na odgovor. Svaki tuženik mogao bi priznati tužbeni zahtjev samo u odnosu na svoju uknjižbu.

LITERATURA

1. Aralica, T., Višestruko ugovaranje otuđenja nekretnine u sudskoj praksi, Godišnjak 23, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu, Tradicionalno XXXI. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2016., str. 67 - 111.
2. Belanić, L., Višestruko otuđenje nekretnina, Hrvatska pravna revija, br. 9., 2007., str. 30 - 35.
3. Belanić, L., Višestruko otuđenje nekretnina, Zbornik radova Drugo međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 4., 5. i 6. lipnja 2004., Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2004., str. 367-376.
4. Borić, Ž., Brisovna tužba, Hrvatska pravna revija, rujan, 2013., str. 24 - 29.
5. Borić, Ž., Pojedinačni ispravni postupak, Pravo u gospodarstvu, br. 5, 2013., str. 953 - 964.
6. Crnić, J., Končić, A.M., Kontrec, D., Osnovanje, oblikovanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2005.
7. Golub, A., Zaštita založnog prava na nekretninama, Hrvatska pravna revija, br. 2., 2011., str. 14 - 19.
8. Josipović, T., u Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., Stvarno pravo, svezak I., Narodne novine, Zagreb, 2007.
9. Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001.
10. Klarić, P., Vedriš, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008.
11. Kontrec, D., Načelo zaštite povjerenja u zemljišne knjige - odgoda povjerenja kroz sudsku praksu, Pravo u gospodarstvu, god. 55, sv. 5., Zagreb, 2016.
12. Kontrec, D., Novela Zakona o zemljišnim knjigama iz 2013. i pravna sredstva za zaštitu od nevaljanih i nezakonitih upisa u zemljišnoj knjizi, Pravo u gospodarstvu, vol. 53., br. 2., str. 267-298.
13. Marković, S., Aktivna legitimacija nasljednika - ustavnosudski aspekt, Informator, br. 6098-6099, 15. i 18. 2. 2012.
14. Milaković, G., Brisovna i kvazibrisovna tužba, Informator, br. 6117, 2012.
15. Milaković, G., Brisovna i kvazibrisovna tužba, Pravo u gospodarstvu, br. 2., 2013., str. 424-440.
16. Muslić, M., Priručnik za primjenu zemljišnoknjižnog prava i postupka - sa praktičnim primjerima i obrascima, Privredna štampa, Beograd, 1981.
17. Nakić, J., Tužbe po Zakonu o zemljišnim knjigama, Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro, 2005., str. 1- 30.
18. Simonetti, P., Prava na nekretninama, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2009.
19. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004.
20. Žuvela, M., Brisovna tužba u sudskoj praksi, Odvjetnik, br. 7 - 8, 2015., str. 25 - 29.
21. Žuvela, M., Ružička, B., Zakon o zemljišnim knjigama, Zagreb, 2003.

22. Žuvela, M., Tužba na utvrđenje vlasništva stečenog dosjelošću, Odvjetnik, br. 7-8, 2012.
23. Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, prilozi, kazala, Organizator, Zagreb, 2014.

Propisi

Zakon o zemljišnim knjigama, *Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13.
Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99-Odluka USRH, 22/00-Odluka USRH, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.
Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

Summary

SUIT FOR CANCELATION - PROTECTION OF LAND RIGHTS

The holder of a registrable right which has been infringed by the entry in favour of another person shall be authorised, in order to protect his right, to request the cancellation of all entries that infringe his rights and the establishment of the former land registry status (cancellation claim), as long as the facts on the basis of which his registrable right should terminate anyway become effective, unless otherwise stipulated by law.

Is it truly a registration (of other) of land rights in favor of a person established or not, it is precisely the subject of a proceeding initiated by the cancellation suit. This question shall be competently responded by the court in litigation. In fact, if it turns out, contrary to the holder's claim, that the registration of the second land right was founded, there shall be no provision of legal protection in the form of cancellation of this second right. The rules on the registration of dispute shall apply to the recordation of a cancellation claim. The person who has requested the issuance of the recordation of a cancellation claim and has, without a justified reason, failed to submit such claim, shall be responsible for the damage incurred to the person in whose favour the entry has been made.

***Keywords**: suit for cancelation, land registration procedure, the holder of a registrable right, registration, recordation.*

Zusammenfassung

LÖSCHUNGSKLAGE - SCHUTZ DES GRUNDBUCHRECHTE

Der Inhaber eines durch die Einreise zugunsten einer anderen Person verletzten Eintragungsrechts ist zum Schutz seines Rechts berechtigt, die Annullierung aller Eintragungen, die seine Rechte verletzen, und die Errichtung des früheren Grundbuchsstatus (Widerrufsbelehrung) zu verlangen, solange die Tatsachen, auf deren Grundlage sein behördliches Recht endet, tatsächlich wirksam werden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Ob es sich tatsächlich um eine Registrierung (anderer) Buchrechte zu Gunsten einer Person handelt oder nicht, ist genau das Thema des Verfahrens, das durch die Löschungsklage initiiert wird. Diese Frage wird durch Gerichtsstreitigkeit kompetent beantwortet. Fall es dazu kommt, im Gegensatz zu der Forderung des Inhabers, dass die Eintragung des zweiten Buchrechts begründet ist, so entsteht kein Rechtsschutz in Form einer Kündigung dieses zweiten Rechts. Für die Eintragung eines Widerrufsrechts gilt die Regelung über die Eintragung von

Streitigkeiten. Derjenige, der die Einreichung eines Widerrufsanspruches beantragt hat und ohne begründeten Grund eine solche Forderung nicht eingereicht hat, ist verantwortlich für den Schaden, welchen die Person zu deren Gunsten die Einreise erfolgt ist, erlitten hat.

***Schlüsselwörter**: Löschungsklage, Grundbucheintragungsverfahren, Inhaber eines Eintragungsrechts, Registrierung, Aufzeichnung.*

Riassunto

L'AZIONE DI CANCELLAZIONE - TUTELA DEI DIRITTI TAVOLARI

Il titolare di un diritto tavolare, leso dall'iscrizione a favore di altro soggetto, al fine di tutelare il proprio diritto è autorizzato a pretendere la cancellazione di qualsiasi iscrizione che lo offenda ed a ripristinare nel libro fondiario lo stato precedente. Se l'iscrizione di un diritto tavolare a favore di altro soggetto sia o no fondata, verrà stabilito dal tribunale in sede contenziosa. L'autore del lavoro si occupa della questione della legittimazione attiva e passiva e dei termini quali presupposti incontrovertibili volti alla presentazione della domanda di cancellazione. Si disaminano le questioni che sono problematiche in giurisprudenza ed in dottrina. Precisamente: la valutazione della legittimazione attiva, le questioni riguardanti dunque l'individuazione di coloro che in qualità di «lesi nel proprio diritto tavolare» possano intraprendere l'azione di cancellazione e la questione circa i tipi di iscrizione in occasione delle quali si possa giungere ad una tale lesione. Ancora, si valuta se l'attore debba in caso di azione di cancellazione provare il suo diritto sostanziale e quali eccezioni possa sollevare nell'azione. Al centro dell'attenzione v'è anche la questione della legittimazione passiva e dei termini quali presupposti incontrovertibili ai fini della presentazione della domanda di cancellazione; come pure l'interrogativo se l'azione di cancellazione sia giustificata soltanto nel caso di un'iniziale nullità del titolo o se sia sufficiente anche una nullità successiva.

***Parole chiave**: azione di cancellazione, procedimento tavolare, titolare del diritto tavolare, iscrizione, annotazione.*

PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA KOJE POSJEDUJU TIJELA JAVNE VLASTI - KROZ USTAVNOSUDSKI ASPEKT I STAJALIŠTA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Dragan Elijaš, viši ustavnosudski savjetnik – mentor
Dr. sc. Sandra Marković, odvjetnica iz Zagreba
Sanja Trgovac, viša ustavnosudska savjetnica – mentorica, voditeljica Centra za evidenciju i dokumentaciju Ustavnog suda Republike Hrvatske

UDK: 342.736
Ur.: 23. siječnja 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti uvedeno je u Ustav Republike Hrvatske, kao ustavno jamstvo, promjenama Ustava iz 2010. godine. Na zakonskoj razini u naš pravni sustav uvedeno je Zakonom o pravu na pristup informacijama iz 2003. Prema definiciji iz Zakona o pravu na pristup informacijama iz 2013., koji je na snazi, pravo na pristup informacijama obuhvaća pravo korisnika na traženje i dobivanje informacije te obvezu tijela javne vlasti da omogući pristup zatraženoj informaciji, odnosno da objavljuje informacije neovisno o postavljenom zahtjevu kad takvo objavljivanje proizlazi iz obveze određene zakonom ili drugim propisom. U ovom radu prikazano je sadašnje zakonsko uređenje, stajalište Europskog suda za ljudska prava te su analizirani primjeri odluka Ustavnog suda koje se odnose na obavještavanje zainteresirane javnosti pri donošenju propisa i na slučajeve u kojima se pojavilo pitanje preteže li pravo na pristup informacijama ili njemu suprotstavljeno pravo na zaštitu osobnih podataka, također zajamčeno Ustavom u članku 37., a razrađeno Zakonom o zaštiti osobnih podataka. Navodi se da ograničenja prava na pristup informacijama moraju biti razmjerna naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te nužna u slobodnom i demokratskom društvu, a propisuju se zakonom. Istaknuta su načela prava na pristup informacijama te je ukazano na značaj testa javnog interesa. Navode se pravna stajališta ESLJP-a izražena u presudi Társaság a Szabadságjogokért protiv Mađarske, koja je i Ustavni sud primjenjivao u svojim odlukama.

Ključne riječi: *pravo na pristup informacijama, Ustavni sud, Europski sud, načela, test javnog interesa.*

1. UVODNO

Pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti uvedeno je u Ustav Republike Hrvatske, kao ustavno jamstvo, promjenama Ustava iz 2010.[1] Ovo je pravo na zakonskoj razini u naš pravni sustav uvedeno Zakonom o pravu na pristup informacijama iz 2003. (u daljnjem tekstu: ZoPPI)[2]. Sada je na snazi ZoPPI iz 2013.[3] Prema definiciji iz ZoPPI-a pravo na pristup informacijama obuhvaća pravo korisnika na traženje i dobivanje informacije te obvezu tijela javne vlasti da omogući pristup zatraženoj informaciji, odnosno da objavljuje informacije neovisno o postavljenom zahtjevu kad takvo objavljivanje proizlazi iz obveze određene zakonom ili drugim propisom.[4]

1 Članak 6. Promjena Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 76/10. glasi:
"U članku 38. dodaje se novi stavak 4. koji glasi:
"Jamči se pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Ograničenja prava na pristup informacijama moraju biti razmjerna naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te nužna u slobodnom i demokratskom društvu, a propisuju se zakonom."
*Dosada*šnji stavak 4. postaje stavak 5.*"*

2 Zakon o pravu na pristup informacijama iz 2003., Narodne novine, br. 172/03. 144/10. 37/11. - odluka Ustavnog suda i br. 77/11.

3 Zakon o pravu na pristup informacijama iz 2013., Narodne novine, br. 25/13. i 85/15.

4 Na službenoj stranici Povjerenika za informiranje Republike Hrvatske (pregledano 17. siječnja 2017.) navodi se: "Pravo na pristup informacijama je temeljno ljudsko pravo koje se štiti Ustavom Republike Hrvatske, Europskom konvencijom o ljudskim pravima i slobodama, Konvencijom o pristupu službenim dokumentima i Zakonom o pravu na pristup informacijama (NN 25/2013, 85/2015).
Pravo na pristup informacijama je pravo korisnika na traženje i dobivanje informacije koja je javnog karaktera, a obuhvaća i obvezu tijela javne vlasti da omogući pristup zatraženoj informaciji, odnosno da objavljuje informacije neovisno o postavljenom zahtjevu kada takvo objavljivanje proizlazi iz obveze određene zakonom ili drugim propisom. Pravo na pristup informacijama je Ustavom Republike Hrvatske i Zakonom o pravu na pristup informacijama zajamčeno pravo svih fizičkih i pravnih osoba na dobivanje informacija koje posjeduju tijela javne vlasti u Republici Hrvatskoj, neovisno o svrsi u koju se informacija želi koristiti.
Informacija je svaki podatak koji posjeduje tijelo javne vlasti, neovisno o obliku u kojem je nastala.
Pravo na pristup informacijama ostvaruje se proaktivnom objavom informacija na internetu, što je obveza tijela javne vlasti prema članku 10. Zakona, kao i podnošenjem zahtjeva za pristup informacijama tijelu javne vlasti.
Zakon o pravu na pristup informacijama daje svim domaćim i stranim fizičkim i pravnim osobama, na jednak način i pod jednakim uvjetima pravo na pristup informacijama.
Obveznici pružanja informacija su tijela javne vlasti iz članka 5. točke 2. Zakona, a obuhvaćaju državnu upravu i državna tijela, lokalnu samoupravu, javne ustanove i druga tijela s javnim ovlastima, pravne osobe čiji je osnivač država ili jedinice lokalne samouprave, pravne osobe koje obavljaju javnu službu, trgovačka društva u većinskom vlasništvu države ili lokalnih jedinica kao i pravne osobe koje temeljem posebnog zakona pretežito ili u cijelosti financiraju iz državnog proračuna odnosno iz javnih sredstava. Tijela javne vlasti u Republici Hrvatskoj ima oko 6000 i njihov popis vodi Povjerenik za informiranje. Taj je popis javno dostupan na poveznici http://tjv.pristupinfo.hr."
Na:http://www.transparency.hr/upload_data/site_files/pravo_na_pristup_informacijama.pdf./ (Transparency Inernational Hrvatska) navodi se: "Pravo na informiranost, na dostupnost i slobodan pristup informacijama jedno je od temeljnih ljudskih prava i jedan od osnovnih uvjeta

U ovom radu prikazat ćemo sadašnje zakonsko uređenje, stajalište Europskog suda za ljudska prava te analizirati primjere odluka Ustavnog suda koje se odnose na obavještavanje zainteresirane javnosti pri donošenju propisa i na slučajeve u kojima se pojavilo pitanje što preteže: pravo na pristup informacijama ili njemu suprotstavljeno pravo na zaštitu osobnih podataka, također zajamčeno Ustavom u članku 37., a razrađeno Zakonom o zaštiti osobnih podataka.[5]

2. PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA

Smerdel ističe da je tajnost povijesna tradicija djelovanja državnih vlasti na našem području.[6] Navodi da ukidanjem jednostranačja i ideološke diktature problem

demokratizacije svakog društva. Ljudska prava, pa tako i pravo na dostupnost informacijama zaštićena su odredbama mnogih međunarodnih dokumenata. Prvi počeci borbe za dostupnost informacija datiraju iz 1766. godine, kada je u švedskom parlamentu pokrenut postupak da se u Zakonu o slobodi tiska i dostupnosti javnih dokumenata regulira i pravo na dostupnost javnih informacija. U deklaraciji o pravima čovjeka i građanina (Francuska, 1789.) ističe se pravo svakog pojedinog građanina da ima pravo tražiti od svakog javnog službenika polaganje računa o načinu trošenja javnih sredstava. OPĆA DEKLARACIJA O PRAVIMA ČOVJEKA (UN, 1948.) obvezuje članice da u svoje ustavno – pravne sustave ugrade odredbe Deklaracije prema kojima 'svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, što obuhvaća i pravo navlastito mišljenje bez miješanja sa strane, kao i pravo da traži, prima i širi informacije i ideje, bilo kojim sredstvima i bez obzira na granice.'MEĐUNARODNI PAKT O GRAĐANSKIM I POLITIČKIM PRAVIMA
(1966. god.), utvrđuje da svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, a 'sloboda izražavanja obuhvaća slobodu traženja, primanja i širenja informacija i misli svake vrste…', koja sloboda može biti podvrgnuta ograničenjima, koja moraju biti neophodna i moraju biti striktno propisana zakonom. EUROPSKOM KONVENCIJOM O LJUDSKIM PRAVIMA I TEMELJNIM SLOBODAMA (Rim, 1950., stupila na snagu 1953., u RH 1997.), svima se jamči pravo na slobodu izražavanja, što obuhvaća slobodu mišljenja, te slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ostvarivanje / korištenje tih sloboda obuhvaća odgovornosti i dužnosti, pa je stoga podvrgnuto ograničenjima, koja su neophodna u demokratskom društvu i koja moraju biti zakonom propisana, radi otklanjanja mogućnosti zlouporabe. Republika Hrvatska, kao članica UN-a i Vijeća Europe, u svoj je ustav ugradila odredbe o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, pa tako i pravo na slobodu mišljenja i izražavanja misli. Međutim, Ustavom RH nije zajamčeno pravo na dostupnost informacija kojima raspolažu državna tijela / tijela javne vlasti. Ipak, RH je, kao potpisnica međunarodnih dokumenata, i kao kandidatkinja za prijem u članstvo Europske unije, obavezna svojim unutarnjim zakonodavstvom osigurati uvjete građanima da ostvare pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti, pa je u tom smislu donijela Zakon o pravu na pristup informacijama."

5 Zakon o zaštiti osobnih podataka, Narodne novine, br. 106/12. - proč. tekst

6 Prof. Smerdel, u "Ustavno uređenje europske Hrvatske", Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 323., navodi: *Za vrijeme jednostranačke diktature, sva sredstva informiranja bila su pod najstrožim nadzorom jedine dopuštene Partije. Za "ideološka skretanja" redovito su slijedile stroge sankcije protiv novinara, ostajalo se bez posla bez mogućnosti zaposlenja u profesiji. Službeno, međutim, nije postojala cenzura, kao klasični sustav državne kontrole informacija, gdje su državni cenzori odobravali ili zabranjivali konačna izdanja novina. Mnogo efikasnija bila je samocenzura ili autocenzura: prijetnjom sankcijama i strahom novinari su natjerani da sami strogo vode računa o onome što namjeravaju objaviti. Naravno, prilikom zapošljavanja*

ne nestaje. Nadalje da se u gospodarskoj krizi potiskuje nezavisno istraživačko novinarstvo, koje se oduvijek smatralo "čuvarom demokracije".[7] Kao najvažniji primjer ističe aferu Watergate u SAD-u, u kojoj je otkriće zloporabe tajne službe republikanske vlasti koje su objavili dvoje mladih novinara Washington Posta (Woodrow, Bernstein), uz podršku redakcije i javnosti, dovelo do kongresne akcije i konačno ostavke predsjednika Richarda Nixona 1974. godine.[8] Posebno ističe američki Zakon o slobodi informiranja iz 1966. godine, koji čini golemi iskorak u pogledu razvijanja tajnosti vlasti i postaje primjer koji tek dvadesetak godina poslije slijede europske demokratske države.[9]

Godine 2010. u Ustavu[10] je precizirana odredba članka 38. stavka 4., koja sada jamči pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti.[11],[12] Ograničenja prava na pristup informacijama moraju biti razmjerna naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te nužna u slobodnom i demokratskom društvu, a propisuju se zakonom.[13] Ističemo načela prava na pristup informacijama. Prvo navodimo načelo javnosti i slobodnog pristupa, koje znači da su informacije dostupne svakoj domaćoj ili stranoj fizičkoj i pravno osobi u skladu s uvjetima i

birali su se najpouzdaniji, odnosno najposlušniji novinari ("kadrovi").

7 Branko Smerdel, ibid.

8 Branko Smerdel, ibid.

9 Smerdel, op.cit., str. 324., navodi:*Originalni tekst hrvatskog Ustava odredio je: "Novinari imaju pravo na slobodu izvještavanja i pristupa informacijama". Međutim, čak ni u vrijeme neusporedivo manjih tehnoloških mogućnosti pristupa informacijama, ustavotvorac nije namjeravao pravo na pristup informacijama ograničiti samo na novinare. Prije 23 godine novinari su zaista bili posrednici između vlasi i javnosti. Dominirala je televizija i tiskovine. Internet je u Hrvatskoj bio rijetko i teško dostupan. Zbog toga je bilo poteškoća s tumačenjem tog ustavnog članka. Njegov je smisao bio i ostaje: informacije kojima raspolažu institucije javne vlasti moraju biti dostupne svima, građanima i strancima, pod jednakim uvjetima. Pritom naravno moramo uvažiti javni interes, koji može zahtijevati da odre*đene informacije ostanu tajnim.

10 Alen Rajko: Implikacije uvrštavanja prava na pristup informacijama javnog sektora u Ustav Republike Hrvatske. Hrvatska javna uprava, vol. 10, br. 3 (2010), str. 629–649.

11 Smerdel, op. cit. str. 324. navodi: "Zakonskim promjenama iz 2010. za procjenu javnog interesa zadužena je Agencija za zaštitu osobnih podataka, no taj se sustav nije pokazao djelotvornim i javnost zahtjeva, a vladajuća koalicija 2013. je pripremila zakonodavstvo o uspostavljanju institucije specijaliziranog ombudsmana, saborskog povjerenika za informacije (Zakon o pravu na pristup informacijama, NN 25/13)."

12 Vidi: Branko Smerdel, Ustavna osnova prava javnosti na informaciju, Informator, god. 55., br. 5527, str. 1.

13 Članak 38. Ustava glasi:
"Jamči se sloboda mišljenja i izražavanja misli.
Sloboda izražavanja misli obuhvaća osobito slobodu tiska i drugih sredstava priopćavanja, slobodu govora i javnog nastupa i slobodno osnivanje svih ustanova javnog priopćavanja. Zabranjuje se cenzura. Novinari imaju pravo na slobodu izvještavanja i pristupa informaciji.
Jamči se pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Ograničenja prava na pristup informacijama moraju biti razmjerna naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te nužna u slobodnom i demokratskom društvu, a propisuju se zakonom.
Jamči se pravo na ispravak svakomu komu je javnom viješću povrijeđeno Ustavom i zakonom utvrđeno pravo."

ograničenjima Zakona o pravu na pristup informacijama. Nadalje navodimo načelo pravodobnosti, potpunosti i točnosti informacija. To znači da informacije koje tijela javne vlasti objavljuju odnosno daju moraju biti pravodobne, potpune i točne. Načelo jednakosti jamči da pravo na pristup informacijama i ponovnu uporabu informacija pripada svim korisnicima na jednak način i pod jednakim uvjetima.[14] Korisnici su ravnopravni u njegovu ostvarivanju. Tijela javne vlasti ne smiju staviti korisnike u neravnopravan položaj, a osobito na način da se pojedinim korisnicima informacija pruža prije nego ostalima ili na način kojim im se posebno pogoduje. Potom je i načelo raspolaganja informacijama, prema kojem korisnik koji raspolaže informacijama sukladno ovom Zakonu, ima pravo tu informaciju javno iznositi.[15]

U okviru ostvarivanja ovog prava odnosno postupanja nadležnih institucija važno je naglasiti značaj testa javnog interesa. Provođenjem testa javnog interesa nadležna osoba ili tijelo utvrđuje je li u javnom interesu neku informaciju učiniti dostupnom javnosti ili je označiti kao tajnu. Ističemo da interes i pravo javnosti znati, može u određenim slučajevima biti u suprotnosti s interesom sigurnosti zajednice, kao i pravom na zaštitu osobnih podataka ili npr. pravom privatnosti.[16] Ovaj test provode institucije, a u slučaju nastalog spora uključuje se povjerenik za informiranje, koji onda odlučuje pridonosi li interesu javnosti objavljivanje ili neobjavljivanje konkretne informacije.[17]

3. ZAKONSKO UREĐENJE

ZoPPI-jem se uređuje pravo na pristup informacijama i ponovnu uporabu informacija[18] koje posjeduju tijela javne vlasti, propisuju se načela, ograničenja, postupak i način ostvarivanja i olakšavanja pristupa i ponovne uporabe informacija, djelokrug, način rada i uvjeti za imenovanje i razrješenje Povjerenika za informiranje

14 O razvoju i teorijama prava na pristup informacijama više u: Anamarija Musa, "Pravni i institucionalni aspekti prava na pristup informacijama i transparentnosti u Republici Hrvatskoj" (https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/A_Musa_Pravni_i_institucionalni_aspekti_prava_na_pristup_informacijama_2.pdf). Rad je izrađen u okviru znanstveno-istraživačkog projekta 'Novi hrvatski pravni sustav' Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu za 2014. godinu.

15 V. Branko Smerdel, op. cit., str. 324.i 325.

16 Više u Branko Smerdel, op. cit., str. 326.

17 Prof. Smerdel navodi: "Pritom se prosuđuje niz faktora koji mogu služiti kao smjernice kada je objavljivanje ili neobjavljivanje u interesu javnosti: -produbljivanje razumijevanja i sudjelovanja javnosti u javnoj raspravi o pitanjima koja su predmet javne rasprave, -promoviranje odgovornosti i transparentnosti tijela javne vlasti za odluke koje donose, -promoviranje odgovornosti i transparentnosti tijela javne vlasti za trošenje javnog novca, -omogućavanje javnosti da shvati odluke tijela javne vlasti koje utječu na živote građana, -dostupnosti informacija koje utječu na javno zdravlje i sigurnost.", op. cit., str. 326.

18 Ponovna uporaba znači uporabu informacija tijela javne vlasti fizičkih ili pravnih osoba, u komercijalnu ili nekomercijalnu svrhu različitu od izvorne svrhe za koju su informacije nastale, a koja se ostvaruje u okviru zakonom ili drugim propisom određenog djelokruga ili posla koji se uobičajeno smatra javnim poslom. Razmjena informacija između tijela javne vlasti radi obavljanja poslova iz njihovog djelokruga ne predstavlja ponovnu uporabu (čl. 5. točka 6. ZOPPI-a).

te inspekcijski nadzor nad provedbom tog zakona.[19] Pravo na pristup informacijama ostvaruje se na dva načina.[20] Ponajprije propisivanjem obveze tijela javne vlasti da na internetskim stranicama na lako pretraživ način i u strojno čitljivom obliku objavljuju određene akte i informacije[21] te dobivanjem informacije u povodu usmenog ili pisanog zahtjeva nadležnom tijelu.[22] Bilo da zahtjev podnosi pisanim putem ili usmeno ili telefonom, podnositelj zahtjeva nije obvezan navesti razloge zbog kojih traži pristup informaciji niti je obvezan pozvati se na primjenu ZoPPI-ja.[23] O uredno podnesenom zahtjevu tijelo javne vlasti trebalo bi odlučiti u roku od 15 dana. Žalba se može podnijeti Povjereniku za informiranje, a protiv rješenja Povjerenika može se pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom, koji odluku mora donijeti u roku od 90 dana. Upravni spor može pokrenuti i tijelo javne vlasti koje je donijelo prvostupanjsko rješenje.[24]

Pravo na pristup informacijama nije apsolutno pravo odnosno neograničeno.

19 Članak 1. ZoPPI-ja.

20 I. Šprajc, Obveze tijela javne vlasti prema hrvatskom Zakonu o pravu na pristup informacijama. Sveske za javno pravo, Fondacija centra za javno pravo, 13/2013.

21 Primjerice zakone i ostale propise koji se odnose na njihovo područje rada; opće akte i odluke koje donose; godišnje planove, programe strategije, upute, izvještaje o radu, financijska izvješća; informacije o javnim uslugama koje tijelo javne vlasti pruža; podatke o izvoru financiranja, proračunu i izvršenju proračuna; informacije o dodijeljenim bespovratnim sredstvima, sponzorstvima, donacijama; informacije o svom unutarnjem ustrojstvu s imenima čelnika tijela i voditelja ustrojstvenih jedinica; zapisnike i zaključke sa službenih sjednica; informacije o postupcima javne nabave, raspisanim natječajima; obavijesti o načinu ostvarivanja prava na pristup informacijama; odgovore na najčešće postavljena pitanja (članak 10.). Također su obvezna osigurati javnost rada informiranjem javnosti o dnevnom redu zasjedanja ili sjednica službenih tijela i vremenu njihova održavanja, načinu rada i mogućnostima neposrednog uvida u njihov rad (članak 12. st. 1. točka 1.).

22 Tijela javne vlasti obvezna su odrediti službenika za informiranje, posebnu službenu osobu mjerodavnu za rješavanje ostvarivanja prava na pristup informacijama, te voditi poseban službeni upisnik o zahtjevima, postupcima i odlukama o ostvarivanju prava na pristup informacijama (čl. 13. i 14.)

23 Članak 18. ZoPPI-ja.

24 Članci 20., 25., 26. ZoPPI-ja. U jednom slučaju, koji je bio i medijski popraćen, u ulozi tužitelja našao se i Ustavni sud. Novinar je zatražio od Ustavnog suda podatke o ranijim zaposlenjima bivše ustavnosudske savjetnice. Njegov je zahtjev odbijen. No, Povjerenica za informiranje naložila je Ustavnom sudu da mu da tražene podatke. Visoki upravni sud odbio je tužbu Ustavnog suda. (v. Jutarnji list, 4. studenoga 2016. - Novinar dokazao da mu je Ustavni sud uskratio informacije, i Lider, 4. studenoga 2016. - Ivica Grčar na Visokom upravnom sudu pobijedio Ustavni sud.)

ZoPPI-jem je propisano[25] na koga i na koje informacije se ne primjenjuje[26] te u kojim slučajevima tijela javne vlasti mogu ograničiti pristup informacijama.[27] Tijelo javne vlasti dužno je prije donošenja odluke provesti test razmjernosti i javnog interesa.[28]

4. PRAKSA USTAVNOG SUDA

4.1. Donošenje propisa sukladno Kodeksu i ZOPPI-u

ZoPPI sadržava posebnu odredbu o obvezi objavljivanja dokumenata u svrhu savjetovanja s javnošću pri donošenju propisa i općih akata. Ta odredba obvezuje tijela javne vlasti koja donose zakone, podzakonske propise te opće akte kojima se utječe na interese građana i pravnih osoba. Savjetovanje s javnošću provodi se objavom, u pravilu preko središnjeg državnog internetskog portala za savjetovanja s javnošću, nacrta propisa, općeg akta odnosno drugog dokumenta, s obrazloženjem razloga i ciljeva koji se žele postići njegovim donošenjem, te pozivom javnosti da

25 A. Musa, op. cit., str. 50, navodi: "Hrvatski Zakon o pravu na pristup informacijama iz 2013. (i njegove izmjene iz 2015.) u velikoj je mjeri prihvatio i preuzeo ključne međunarodne standarde za kvalitetnu regulaciju prava na pristup informacijama, kao što su oni Konvencije Vijeća Europe ili oni utvrđeni od Article 19 u modelu zakona Načela maksimalne dostupnosti i proaktivne objave informacija usvojena su odredbama kojima se utvrđuje definicija informacije i definicija tijela javne vlasti, obvezna proaktivna objava informacijama te maksimalan krug nositelja. Načelo ograničenog kruga iznimaka prihvaćeno je jasno propisanim ograničenjima koja su podložna testu javnog interesa te minimalnim krugom izuzetaka. Načela olakšanog pristupa i neograničavanja ostvarivanja prava tegobnim odredbama o troškovima prihvaćena su kraćim rokovima za dobivanje informacije, relativnom fleksibilnošću po pitanju zahtjeva za pristup informacijama, neovisnom kontrolom odluka, te ograničavanjem naknade troškova na nužne troškove izrade informacije u skladu s unaprijed utvrđenim kriterijima. I načelo otvorenosti sjednica prihvaćeno je u ZPPI kao standard, kao i promicanje otvorene vlasti, jer ZPPI predviđa i izvještavanje i edukaciju službenika kao i sankcioniranje."

26 Ne primjenjuje se na stranke u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, na informacije za koje postoji obveza čuvanja tajnosti sukladno Zakonu o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske, na informacije čiji su vlasnici međunarodne organizacije ili druge države, odnosno informacije koje nastaju ili se razmjenjuju u okviru suradnje s međunarodnim organizacijama ili drugim državama (čl. 1. st. 3. do 5.)

27 Tijela javne vlasti ograničit će pristup informacijama koje se tiču prethodnog i kaznenog postupka, za vrijeme trajanja tih postupaka, a mogu ograničiti pristup informaciji ako je informacija klasificirana stupnjem tajnosti; ako je riječ o poslovnoj, profesionalnoj ili poreznoj tajni; ako je informacija zaštićena zakonom kojim se uređuje područje zaštite osobnih podataka, pravo intelektualnog vlasništva; ako je pristup informaciji ograničen sukladno međunarodnim ugovorima ili se tiče postupka sklapanja međunarodnog ugovora. Također, pristup informaciji može se ograničiti ako postoje osnove sumnje da bi njezino objavljivanje onemogućilo učinkovito, neovisno i nepristrano vođenje sudskog, upravnog ili drugog pravno uređenog postupka, izvršenje sudske odluke ili kazne ili onemogućilo rad tijela koja obavljaju upravni ili inspekcijski nadzor, odnosno nadzor zakonitosti (članak 15.).

28 Kod provođenja testa razmjernosti i javnog interesa tijelo javne vlasti dužno je utvrditi može li se pristup informaciji ograničiti radi zaštite nekog od zaštićenih interesa navedenih u čl. 15., bi li omogućavanjem pristupa traženoj informaciji taj interes bio ozbiljno povrijeđen te prevladava li potreba zaštite prava na ograničenje ili javni interes. Ako prevladava javni interes u odnosu na štetu po zaštićene interese, informacija će se učiniti dostupnom (članak 16.).

dostavi svoje prijedloge i mišljenja.

4.2. Promjene Ustava

Na odredbe ZoPPI-a pozvao se i Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav Hrvatskog sabora donoseći 2013. godine Odluku o otvaranju javne rasprave o Prijedlogu za utvrđivanje Nacrta promjene Ustava Republike Hrvatske. Ustavni sud je na inicijativu jednog građanina uputio Izvješće Hrvatskom saboru o javnoj raspravi u postupku promjene Ustava.[29] Ocijenio je da bi Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav trebao podrobno razmotriti tvrdnje podnositelja inicijative o tomu da je u konkretnom slučaju otvorena javna rasprava o aktu koji je "dva koraka udaljen" od nacrta propisa (javna rasprava otvorena je o Prijedlogu za utvrđivanje Nacrta promjene Ustava) i koji ne mora biti istovjetan tekstu prijedloga nacrta promjene Ustava koji će odbor uputiti Hrvatskom saboru na raspravljanje i utvrđivanje. U vezi s drugom tvrdnjom podnositelja inicijative o kratkoći rokova javne rasprave "samo četiri radna dana", Ustavni sud je, polazeći od stava da je to pitanje usko povezano s karakterom demokratske države utemeljene na vladavini prava, podsjetio na prihvaćene europske pravne standarde o tom pitanju, koje je oblikovala Europska komisija za demokraciju putem prava (Venecijanska komisija) u Mišljenju o tri pravna pitanja koja su se javila u postupku utvrđivanja nacrta novog Ustava Mađarske iz 2011.[30] i Mišljenju o Četvrtoj izmjeni Temeljnog zakona Mađarske iz 2013.[31] Komisija je podsjetila "da su transparentnost, otvorenost i uključivanje, prikladan vremenski okvir i uvjeti koji omogućuju pluralizam stajališta i valjanu raspravu o prijepornim pitanjima ključni zahtjevi demokratskog procesa stvaranja ustava" te da za usvajanje i promjenu ustava "treba biti postignut široki konsenzus". Podsjetio je i na svoja stajališta, u svjetlu tih pravnih standarda, da postupak u kojem se zahtjev donošenja propisa prema predviđenim pravilima i/ili demokratskim proceduralnim standardima ne poštuje nesuglasan s člankom 1. Ustava, to jest s demokratskim uređenjem Republike Hrvatske, i s člankom 3. Ustava, to jest s vladavinom prava kao najvišom vrednotom ustavnog poretka Republike Hrvatske.[32] Kad je riječ o Ustavu, Ustavni sud je istaknuo da taj zahtjev po prirodi stvari ima posebnu težinu. Ustavni sud je smatrao potrebnim izvijestiti Hrvatski sabor da je u Odluci o otvaranju javne rasprave određen neprihvatljivo kratak rok javne rasprave, koji se ne bi mogao opravdati ni tvrdnjom da će se javna rasprava provesti i nakon što Hrvatski sabor utvrdi nacrt promjene Ustava u skladu s člankom 137. stavkom 2. Ustava.

---

29 Izvješće broj: U-X-5730/2013 od 26. studenoga 2013., objavljeno u Narodnim novinama, br. 144/13. i na www.usud.hr

30 Opinion on three legal questions arising in the process of drafting the New Constitution of Hungary, adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session /Venice, 25-26 March 2011/, Opinion no. 614/2011, CDL-AD/2011/001, Strasbourg, 28 March 2011

31 Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session /Venice, 14-15 June 2013/, Opinion 720/2013, CDL-AD/2013/012, Strasbourg, 17 June 2013

32 Odluka broj: U-II-1304/2013 od 16. srpnja 2013., Narodne novine" broj 99/13.

4.3. Dopuna Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju (novi članak koji uređuje plaće rektora i prorektora javnih sveučilišta)

Jedan od prigovora Rektorskog zbora Republike Hrvatske, koji je podnio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 25. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju,[33] bio je da se u postupku donošenja tog zakona nije poštovalo pravilo o javnoj raspravi u skladu s Kodeksom savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata[34], jer je "donesen bez provedene javne rasprave i bez upoznavanja Rektorskog zbora sa izričajem pravne norme". Ustavni sud je detaljno analizirao postupak donošenja osporene norme. Utvrdio je da je Vlada u srpnju 2012. dostavila Hrvatskom saboru Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju u kojem plaće rektora i prorektora nisu bile spomenute ni na jednom mjestu. Taj je prijedlog Vlada "povukla iz procedure" u listopadu 2012. Taj prijedlog zakona Vlada je u veljači 2013. ponovo uputila u saborsku proceduru. Ni u tom tekstu prijedloga zakona plaće rektora i prorektora također nisu bile spomenute ni na jednom mjestu. Na sjednici Hrvatskog sabora 19. travnja 2013. donesen je zaključak da se prihvaća prijedlog zakona i da će se sve primjedbe, prijedlozi i mišljenja uputiti predlagatelju radi pripreme konačnog prijedloga zakona. Vlada je u svibnju 2013. Hrvatskom saboru podnijela konačni tekst prijedloga zakona u kojem se prvi put pojavio novi članak 57.a. Zakon je donesen 15. srpnja 2013.

Ustavni sud je, uvažavajući tvrdnju nadležnog ministarstva da su "pojedine odredbe ZID ZZDVO-a za koje je predlagatelj isticao da nisu bile predmet javne rasprave, nastale (su) i uvrštene u ZID ZZDVO-a upravo kao rezultat provedene javne rasprave te temeljem mišljenja tijela državne uprave, saborskih zastupnika i ostalih dionika sustava", pregledao sadržaj internetske stranice nadležnog ministarstva, na kojoj je zabilježen tijek javne rasprave o prijedlogu zakona, posebno je razmotrio i dokument nadležnog ministarstva pod nazivom "Analiza prve faze javne rasprave o Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju (12. travnja - 12. svibnja 2012.)" od 21. lipnja 2012., u kojem je objavljeno više od 200 objedinjenih komentara i primjedbi na prvi tekst prijedloga zakona. U tom se dokumentu ne spominju plaće rektora i prorektora javnih

33 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Narodne novine, broj 94/13. Članak 25. glasi:
"Članak 25.
Iza članka 57. dodaju se naslov i članak 57.a koji glase:
'Plaća rektora i prorektora'
Članak 57.a
Plaću rektora i prorektora javnih sveučilišta ovisno o broju zaposlenika na sveučilištu, utvrdit će Vlada Republike Hrvatske posebnom odlukom, s tim da plaća rektora ne smije biti viša od plaće zamjenika ministra, a plaća prorektora ne smije biti viša od plaće pomoćnika ministra.'.

34 Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata, Narodne novine" broj 140/09.

sveučilišta. Ustavni sud je razmotrio i izvješća više odbora Hrvatskog sabora, te je preslušao video zapis sa sjednice Hrvatskog sabora 9. srpnja 2013. Ustavni sud nije mogao s izvjesnošću tvrditi da osporeni članak 57.a) nije proizašao iz javne rasprave, ali je utvrdio nedvojbenim da u relevantnim dokumentima i zapisima koje je razmotrio, o plaćama rektora i prorektora javnih sveučilišta nije bilo riječi. Jedino je u izvješću Odbora za obrazovanje, znanost i kulturu Hrvatskoga sabora s 27. sjednice održane 11. lipnja 2013., na kojoj je taj odbor raspravljao o Konačnom prijedlogu zakona napomenuto da je "u uvodnom obrazloženju ministar istaknuo" kako je u Konačni prijedlog zakona "unesena nova odredba kojom se Vladi Republike Hrvatske daje ovlast određivanja koeficijenata za izračun plaće rektora i prorektora javnih sveučilišta". Međutim, iz tog izvješća proizlazi da na sjednici nije spomenut drugi dio odredbe članka 57.a), koji propisuje zakonske zabrane ("s tim da plaća rektora ne smije biti viša od plaće zamjenika ministra, a plaća prorektora ne smije biti viša od plaće pomoćnika ministra"). U uvodnom izlaganju u povodu Konačnog prijedloga Zakona nadležni ministar zadržao se samo na prvom dijelu predložene odredbe, ne spominjući njezin drugi dio, koji propisuje prethodno navedene zakonske zabrane. S obzirom na to, Ustavni sud je zaključio da je predloženi članak 25. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju (odnosno članak 57.a) postao dostupan javnosti tek javnim objavljivanjem teksta Konačnog prijedloga Zakona u svibnju 2013. i da on nije bio predmet javne rasprave. Prema tvrdnjama predlagatelja, o predloženom članku 25. nije bio konzultiran ni sam Rektorski zbor, koji čine svi rektori javnih sveučilišta u Republici Hrvatskoj, iako je bila riječ o njihovim plaćama. Te činjenice Ustavni sud je uzeo u obzir pri ispitivanju članka 25. osporenog zakona s aspekta vladavine prava.

4.4. Donošenje Odluke o uvođenju, praćenju i vrednovanju provedbe Kurikuluma zdravstvenog odgoja u osnovnim i srednjim školama

Prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom navedene odluke ministra znanosti, obrazovanja i sporta, čiji je sastavni dio Kurikulum zdravstvenog odgoja[35], posebice njegov IV. modul pod nazivom "Spolna/rodna ravnopravnost i odgovorno spolno ponašanje" podnijelo je više fizičkih i pravnih osoba.[36] Ustavni sud se nije upuštao u materijalnopravni supstrat osporenog akta odnosno njegov sadržaj, već se zadržao isključivo na proceduralnom aspektu osporene Odluke. Pošao je od stajališta da "esencijalna načela na kojima se temelji demokratsko društvo u smislu članaka 1. i 3. Ustava - načela pluralizma, tolerancije i slobodoumlja - imaju i svoj proceduralni aspekt. Drugim riječima, demokratičnost procedure u okviru koje se odvija društveni dijalog o pitanjima od općeg interesa jest ono što sam akt, kao ishod te procedure, može odrediti kao ustavnopravno prihvatljiv

35 Odluka o uvođenju, praćenju i vrednovanju provedbe Kurikuluma zdravstvenog odgoja u osnovnim i srednjim školama klasa: 602-01/12-01/00431, ur. broj: 533-21-12-0005 od 31. siječnja 2013. ministra znanosti, obrazovanja i sporta, objavljena u Narodnim novinama, broj 17 od 13. veljače 2013.

36 Odluka broj: U-II-1118/2013 i dr. od 22. svibnja 2013. (Narodne novine, broj 63/13.).

ili neprihvatljiv." Ustavni sud je ocijenio da je, unatoč prihvatljivosti ciljeva koji su se osporenim modulom htjeli postići, ipak riječ o temama koje roditelji, u pravilu, doživljavaju kao područje u kojem se moraju uvažavati jamstva slobode i zaštite njihovih osobnih "vjerskih ili filozofskih uvjerenja". Prema ocjeni Ustavnog suda, to je samo po sebi dostatno da stvori obvezu za državu odnosno njezina nadležna tijela da roditeljima i njihovoj djeci osigura objektivno i kritičko, pluralističko i tolerantno ozračje u kojem će se ti ciljevi djelotvorno ostvarivati, uključujući i obvezu države da sadržaj i/ili način provedbe nastavnog programa IV. modula bude oblikovan neutralno, uz aktivno i djelotvorno sudjelovanje roditelja. Prema ocjeni Ustavnog suda država nije ispunila svoju proceduralnu ustavnu obvezu da nastavne sadržaje zdravstvenog odgoja u državnim/javnim školama na uravnotežen način uskladi s ustavnim pravom i slobodom roditelja na odgoj njihove djece. Proces pravnog oblikovanja sadržaja zdravstvenog odgoja u Republici Hrvatskoj pokazao je značajan nedostatak demokratskog pluralističkog pristupa. Ishod tog procesa, osporena odluka, prema stajalištu Ustavnog suda, takav je da se može ocijeniti nesuglasnim prije svega s člankom 63. stavcima 1. i 2.[37] Ustava u proceduralnom aspektu. Sažeto, sadržaj zdravstvenog odgoja za sve škole na području Republike Hrvatske - onako kako je zamišljen za školsku godinu 2012./2013. - oblikovao se u kurikulumu nacionalnog značenja, koji je nadležno ministarstvo donijelo u obliku propisa obvezujuće pravne snage. Ustavni sud je ocijenio neprihvatljivim da stupanju na snagu propisa takvog sadržaja i takve pravne snage nije prethodilo davanje mišljenja vijeća roditelja (članak 137. stavak 4. Zakona o odgoju) niti je u proces bilo uključeno Nacionalno vijeće za odgoj i obrazovanje, a nije bila provedena ni javna rasprava unutar demokratski organizirane institucionalne procedure (barem) o sadržajima tog odgoja, za koje se razumno moglo pretpostaviti da će izazvati kontroverzije u društvenoj zajednici. S obzirom na kasniji tijek događanja, za Ustavni sud je bilo očito da stupanju na snagu tog propisa nije prethodila ni cjelovita priprema u tehničkom, organizacijskom i edukacijskom smislu. U tom je svjetlu osobito neprihvatljivim ocijenio to što je stupanje propisa na snagu uslijedilo u trenutku kad je školska godina, u kojoj se on imao primijeniti (2012./2013.), već započela. Iako je za predlagatelje ustavnopravno bio sporan samo IV. modul Kurikuluma zdravstvenog odgoja, Ustavni sud je ukinuo odluku u cijelosti, jer se proceduralni aspekt njezina donošenja odnosio na cijelu osporenu odluku.

37 Članak 63. stavci 1. i 2. Ustava glase:
"Roditelji su dužni odgajati, uzdržavati i školovati djecu te imaju pravo i slobodu da samostalno odlučuju o odgoju djece.
Roditelji su odgovorni osigurati pravo djetetu na potpun i skladan razvoj njegove osobnosti.
(...)".

5. SUPROTSTAVLJENI: PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA I PRAVO NA ZAŠTITU OSOBNIH PODATAKA

5.1. Zakon o pomilovanju nije organski zakon

Ustavni sud rješenjem broj U-I-957/2007, U-I-2290/2009[38], točkom I. izreke nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom postupka donošenja Zakona o pomilovanju (Narodne novine, broj 175/03.), a točkom II. izreke nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju (Narodne novine, broj 175/03.).[39] Prvi predlagatelj smatrao je da je osporeni zakon organski zakon te je osporavao ustavnost postupka donošenja Zakona o pomilovanju, odnosno suglasnost s Ustavom Zakona u cjelini zbog neustavnog postupka donošenja. Naime, Hrvatski sabor je u sazivu od 2. veljače 2000. (4. saziv) imao 151 zastupnika, pa većina glasova svih zastupnika iznosi najmanje 76 glasova. Na 37. sjednici Hrvatskog sabora, održanoj 17. listopada 2003., za donošenje Zakona o pomilovanju glasovalo je 68 zastupnika, a 41 zastupnik bio je suzdržan. Drugi predlagatelj osporavao je članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju, koji propisuje da se odluka o pomilovanju objavljuje u službenom glasilu Republike Hrvatske.

Ustavni sud je za ocjenu suglasnosti s Ustavom postupka donošenja Zakona o pomilovanju mjerodavnim istaknuo članak 83. stavak 2. i članak 98. alineju 4. Ustava.[40] Za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju mjerodavni su i članci 16., 35., 37. i 38. stavak 4. Ustava.

Na pitanje je li Zakon o pomilovanju organski zakon, Ustavni sud je odgovorio da se Zakon o pomilovanju po svojoj pravnoj naravi svrstava u red propisa za provedbu Ustavom utvrđene ovlasti predsjednika Republike da odlučuje o pomilovanjima. Ustavni sud je ocijenio da nije utemeljeno tvrditi da je riječ o zakonu koji uređuje pojedino ili pojedina Ustavom zajamčena osobna i politička prava i slobode čovjeka. Nije riječ ni o zakonu koji uređuje ustrojstvo, djelokrug i način rada državnih tijela.

38 U-I-957/2007, U-I-2290/2009 od 23. ožujka 2011., objavljeno u Narodnim novinama, broj 37/11, Bilten Venecijanske komisije, izdanje 2011/2 [CRO-2011-2-004] i www.usud.hr

39 Hrvatski sabor je na svojoj 37. sjednici, održanoj 17. listopada 2003., donio Zakon o pomilovanju, koji je objavljen u Narodnim novinama broj 175. od 4. studenoga 2003., a stupio je na snagu 1. prosinca 2003.

40 Članak 83. Ustava glasi:
"(...)
Zakone (organski zakoni) kojima se razrađuju Ustavom utvrđena ljudska prava i temeljne slobode, izborni sustav, ustrojstvo, djelokrug i način rada državnih tijela te ustrojstvo i djelokrug lokalne i područne (regionalne) samouprave Hrvatski sabor donosi većinom glasova svih zastupnika.
(...)."
Članak 98. Ustava glasi.
"Predsjednik Republike:
(...)
- daje pomilovanja,
(...)."

Pitanja Ustavom zajamčenih osobnih i političkih prava i sloboda čovjeka, odnosno pitanja ustrojstva, djelokruga i načina rada državnih tijela, prema ocjeni Ustavnog suda, napose se ne mogu smatrati temeljnim, primarnim predmetom uređenja Zakona o pomilovanju. Ustavni sud je ocijenio da Zakon o pomilovanju nije organski zakon kojeg je, u smislu članka 83. stavka 2. Ustava, Hrvatski sabor morao donijeti većinom glasova svih zastupnika. Za donošenje Zakona o pomilovanju potrebna je, sukladno članku 83. stavku 1. Ustava, većina glasova zastupnika koji su nazočni na sjednici Hrvatskog sabora, uz uvjet da je na sjednici nazočna većina od ukupnog broja zastupnika. Ustavni sud je utvrdio da je Zakon o pomilovanju sa 68 zastupničkih glasova "za", uz 41 "suzdržan" glas, donesen u postupku koji je u suglasnosti s Ustavom jer je taj saziv Hrvatskog sabora imao ukupno 151 zastupnika.

Zanimljivi dio ovoga rješenja odnosi se na članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju, koji je propisivao da se odluka o pomilovanju objavljuje u službenom glasilu Republike Hrvatske. Predlagatelj je smatrao da su na taj način podatci o nečijoj kažnjavanosti dostupni svima, čime se zanemaruju prava osuđenih osoba na zaštitu dostojanstva, ugleda i časti. U razmatranju osnovanosti prijedloga za pokretanje postupka ocjene suglasnosti članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju s člancima 35. i 37. Ustava, Ustavni sud je pošao od utvrđenja da se u pravnom poretku Republike Hrvatske na ustavnoj razini (članci 35. i 37. Ustava), kao i na zakonskoj razini (primjerice, članci 86. i 202. KZ-a te mjerodavne odredbe Zakona o zaštiti tajnosti podataka, Narodne novine, broj 108/96.), štiti područje osobnosti pojedinca (osobni i obiteljski život, njegovo dostojanstvo, ugled i čast) te sigurnost i tajnost njegovih osobnih podataka. S druge strane, u pravnom poretku Republike Hrvatske na ustavnoj razini (članak 38. stavak 4. Ustava) i na zakonskoj razini (Zakon o pravu na pristup informacijama, Narodne novine, broj 172/03.) štiti se i pravo na pristup informacijama, koje posjeduju tijela javne vlasti. Člankom 12. stavkom 3. Zakona o pomilovanju propisano je javno objavljivanje odluka o pomilovanju, čime osobni podatci pomilovanih osuđenika (ime, prezime, godina i mjesto rođenja), kao i podatci o osudi za kazneno djelo (vrsta kaznenog djela, izrečena kazna), koji pripadaju u red podataka kaznene evidencije i zaštićeni su kao profesionalna tajna, postaju dostupni najširoj javnosti. Ustavni sud je u obrazloženju istaknuo da se čini da članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju ograničava Ustavom zajamčeno pravo pojedinca na zaštitu sigurnosti i tajnosti osobnih podataka (što za posljedicu može imati i narušavanje njegovih prava koja proizlaze iz osobnosti pojedinca kao zaštićenog ustavnog dobra) u korist Ustavom zajamčenog prava na pristup informacijama. Drugim riječima, iako su oba navedena prava Ustavom i zakonima zajamčena i zaštićena, primjena članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju imala bi za posljedicu davanje prvenstva pravu javnosti da joj budu dostupni podatci o pomilovanim osuđenicima na štetu prava pomilovanih osuđenika da podatci o njima ne budu dostupni javnosti, odnosno da budu dostupni samo propisanom ograničenom krugu ovlaštenika (sudovima, tijelima kaznenog progona i drugim zakonom propisanim državnim i javnim institucijama).

Ispitivanje (ne)suglasnosti s Ustavom zakonskog rješenja koje nalaže javnu objavu podataka o pomilovanim osuđenicima, prema ocjeni Ustavnog suda, zahtijeva razmatranje njegovih učinaka na ustavna prava pomilovanih osuđenika (članci 35.

i 37. Ustava) s aspekta njihove razmjernosti (članak 16. Ustava). Ustavni sud je u prvom redu smatrao potrebnim utvrditi ima li osporeno zakonsko rješenje objektivno prihvatljivo i racionalno opravdanje, to jest ima li ono legitiman cilj. U obrazloženju prijedloga članka 12. stavka 3. predlagateljica Zakona o pomilovanju, Vlada Republike Hrvatske, pozvala se na prihvaćene i implementirane sustave kontrole vlasti u suvremenom svijetu. Prema tom obrazloženju, uvođenje javnog objavljivanja odluka o pomilovanjima, što je novina u pravnom sustavu Republike Hrvatske, zahtijeva interes javnosti i potreba nadzora javnosti nad motivima (razlozima) pomilovanja budući da je pomilovanje javan, a ne privatan postupak. Predlagateljica je istaknula da je institut pomilovanja u modernom društvu zasnovan na pravednosti, a ne na milosti, pa slijedom toga treba biti samo izniman, a ne redovan instrument korekcije prava sa stajališta pravednosti budući da bi i slučajevi koji zahtijevaju korekciju prava u današnjim pravno-političkim uvjetima morali biti iznimni. U protivnom bi, naime, potreba redovitog korigiranja prava ukazivala na značajne nedostatke samog prava ili nedostatke u njegovoj primjeni pa bi valjalo intervenirati mijenjanjem prava, odnosno njegove primjene, a ne instrumentom pomilovanja. Prijedlog članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju obrazložen je i uočenim značajnim porastom broja usvojenih molbi za pomilovanje u Republici Hrvatskoj, to jest širenjem primjene tog pravnog instituta preko granica "iznimnosti", pri čemu su se mnogi slučajevi u javnosti doživljavali spornim i dvojbenim. Ustavni sud je ocijenio da iz obrazloženja cilja osporenog zakonskog rješenja proizlazi da je javna dostupnost podataka o osobama koje je predsjednik Republike pomilovao u prvom redu instrument podvrgavanja uvidu javnosti postupanja predsjednika Republike u tom području, a ne instrument izloženosti samih počinitelja kaznenih djela javnosti. Prema ocjeni Ustavnog suda, osporeni članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju utemeljen je na legitimnom cilju. Cilj članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju Vlada Republike Hrvatske definirala je kao "nadzor javnosti nad "motivima" (razlozima) pomilovanja". Ustavni sud ne smatra da je nenavođenje razloga kojima se predsjednik Republike vodio kad je donosio odluku o pomilovanju određenog osuđenika ustavnopravno neprihvatljivo. Pema obrazloženju Ustavnog suda akt pomilovanja relikt je povijesne uloge apsolutnog suverena pa u načelu sadrži neograničene diskrecijske prerogative ovlaštenika (konkretno, predsjednika Republike). U tom bi svjetlu zahtjev za javnim iznošenjem razloga kojima se suveren vodio kad je donosio odluku o pomilovanju određenog osuđenika po naravi stvari bio u koliziji sa samom pravnom prirodom akta pomilovanja, koji je izraz slobodne volje njegova donositelja. Ustavni sud je istaknuo da je Republika Hrvatska demokratska država utemeljena na vladavini prava (članak 1. u vezi s člankom 3. Ustava), a u demokratskom društvu nije dopušten nijedan akt vlasti koji bi bio izraz apsolutne samovolje nepodložne bilo kakvom nadzoru. Prema stajalištu Ustavnog suda članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju u tom se smislu treba sagledavati kao rješenje koje osigurava nužni stupanj uvida javnosti u pomilovanja koja daje šef države u demokratskom društvu. Javnom objavom odluka o pomilovanju osigurava se uvid u broj pomilovanih osoba, ali i uvid u vrste, odnosno težinu kaznenih djela u vezi s kojima se pomilovanja daju. Te činjenice, prema ocjeni Ustavnog suda, u dostatnoj mjeri omogućuju javnosti da izgradi stavove

o radu predsjednika Republike u tom ustavnopravnom području. Stoga je Ustavni sud ocijenio legitimnim ciljeve koji se nastoje postići člankom 12. stavkom 3. Zakona o pomilovanju, unatoč tome što odlukama predsjednika Republike nedostaju razlozi kojima se vodio pri pomilovanju određenog osuđenika.

Kod ocjene razmjernosti ove mjere Ustavni sud je istaknuo da zbog javne objave odluka o pomilovanjima predsjednika Republike javnosti postaju dostupni (zaštićeni) podaci o pomilovanim osuđenicima. Članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju u tom smislu predstavlja miješanje u prava pomilovanih osuđenika na tajnost njihovih osobnih podataka. U ustavnosudskom postupku trebalo je stoga odgovoriti na pitanje: Je li riječ o miješanju u prava pomilovanih osuđenika koje je nerazmjerno legitimnom cilju koji se osporenom zakonskom mjerom želio postići? Ustavni sud je istaknuo da uvid javnosti u rad predsjednika Republike u području odlučivanja o pomilovanjima osuđenih osoba ocjenjuje nužnim u demokratskom društvu. Uvid javnosti, prema stajalištu Ustavnog suda, zasigurno ne bi bio osiguran ukoliko bi saznanja o pomilovanim osobama imao samo predsjednik Republike osobno, relativno uzak krug osoba u tijelu državne uprave zaduženom za suradnju u procesu pripreme odluka o pomilovanjima te sam osuđenik i njemu bliske osobe. Za ocjenu o razmjernosti osporene zakonske mjere s aspekta zaštite ustavnih prava pomilovanih osuđenika, Ustavni sud je istaknuo kao važne dvije činjenice. Prvo, pravna norma, sadržana u članku 12. stavku 3. Zakona o pomilovanju, potpuno je jasna i predvidljiva pa je osuđenik, koji podnosi molbu za pomilovanje, u cijelosti upoznat s pravnim posljedicama prihvaćanja njegove molbe. On će biti pomilovan, ali će se podatci o njemu, kao pomilovanoj osobi, objaviti u službenom listu Republike Hrvatske i time postati dostupni javnosti. Osuđena osoba, koja podnosi molbu za pomilovanje, u tom smislu nije stavljena u neizvjesnu pravnu situaciju. Učinci njezine molbe, bude li ona prihvaćena, unaprijed su predvidljivi i izvjesni. Drugo, za ocjenu o razmjernosti osporene zakonske mjere odlučan je moment dragovoljnosti na strani osuđene osobe - dakle, njezin voljni pristanak da, radi ostvarenja svojeg primarnog interesa (to jest ishođenja pomilovanja) njezini osobni podatci i podatci o njezinoj osuđivanosti budu predmet prikupljanja, obrade, ocjene pa u konačnici i objave. Kao što je prethodno rečeno, objava dotičnih podataka izvjesna je posljedica koja će pogoditi osuđenu osobu bude li ona, na temelju vlastite molbe, pomilovana. Element pristanka ("privole") i element sukladnosti uporabe podataka zbog prikupljanja podataka ustavnog su značenja (članak 37. Ustava).

Ustavni sud je ocijenio da pristanak osuđene osobe na provođenje postupka koji može rezultirati njezinim pomilovanjem (koji se pristanak izražava podnošenjem molbe za pomilovanje, to jest svojevoljnim pokretanjem postupka pomilovanja), u situaciji kad su učinci takvog postupka jasni, predvidljivi i izvjesni određuje granice do kojih se miješanje u prava pomilovanih osuđenika mora ocijeniti razmjernim cilju koji se člankom 12. stavkom 3. Zakona o pomilovanju nastoji postići. Ocijenio je da je članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju u suglasnosti sa zahtjevima iz članka 16. u vezi s člancima 35. i 37. Ustava.[41]

41 Ustavni sud je u obrazloženju rješenja napomenuo da okolnost da bi se isti cilj možda mogao postići i na način koji bi eventualno u manjoj mjeri zadirao u pravo pomilovanog osuđenika na

Ustavni sud je u rješenju istaknuo i odstupanja od cilja članka 12. stavka 3. Zakona u praksi. Naime, primijetio je da u primjeni članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju, pored nesporne prakse objavljivanja odluka o pomilovanjima, kojima se molbe osuđenika prihvaćaju, odnosno kojima se pomilovanja daju, postoji i redovita praksa objavljivanja podataka o osuđenicima, podnositeljima molbi za pomilovanje koje su odbijene. Konkretno, u dosadašnjoj su se praksi u Narodnim novinama objavljivali osobni podatci (ime, prezime, godina i mjesto rođenja) i onih osuđenih osoba koje su pomilovanje zatražile, ali je njihova molba odbijena. Kod takvih osuđenika dosada se nisu objavljivali podatci o osudi za kazneno djelo koje su počinili (to jest podatci o vrsti kaznenog djela i izrečenoj kazni). Ustavni sud je istaknuo da je dužan upozoriti da članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju nalaže objavu "odluke o pomilovanju", ali ne i akta kojim se odbija molba osuđenika za pomilovanje. Stoga da je legitiman cilj članka 12. stavka 3. Zakona o pomilovanju dopušteno ostvarivati samo u okvirima objave odluka o pomilovanim osuđenicima. Samo se unutar skupine pomilovanih osuđenika miješanje u ustavna prava može ocijeniti razmjernim cilju koji se člankom 12. stavkom 3. Zakona o pomilovanju želi postići. Dotadašnja praksa objavljivanja (i) odluka u kojima su navedeni osobni podatci o osuđenim osobama koje su podnijele molbe za pomilovanje, ali su njihove molbe odbijene, prema stajalištu Ustavnog suda, prelazi granice ustavnopravno prihvatljivog korištenja i obrade podataka o osuđenim osobama. Prema ocjeni Ustavnog suda javnosti moraju biti dostupni podatci o broju osuđenika kojima su molbe za pomilovanje odbijene, ali objava njihovih osobnih podataka izlazi izvan okvira "nužnosti u demokratskom društvu".

5.2. Dostavljanje ili omogućavanje uvida u evidenciju ulazaka i izlazaka fizičkih osoba iz zgrade Vlade

Odlukom broj: U-III-5112/2011[42] Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu, te je ukinuo presudu Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-7252/2011-5 od 17. kolovoza 2011. i rješenje Vlade Republike Hrvatske klasa: 008-02/11-02/01, ur. broj: 5030109-11-7 od 26. svibnja 2011. i predmet vratio Vladi Republike Hrvatske na ponovni postupak. Presudom Upravnog suda broj: Us-7252/2011-5 od 17. kolovoza 2011. odbijena je tužba podnositeljice, GONG-a, protiv rješenja Vlade Republike Hrvatske, klasa: 008-02/11-02/01, ur. broj: 5030109-11-7 od 26. svibnja 2011., kojim je odbijen podnositeljičin zahtjev za ostvarivanje prava na pristup informacijama - dostavljanje ili omogućavanje uvida u evidenciju ulazaka i izlazaka fizičkih osoba iz zgrade Vlade 4. kolovoza 2007.

Ustavni sud je u konkretnom predmetu kao mjerodavne naveo članke 16., 19., 29., 35., 37., 38. i 115. Ustava te članke 6., 10., 13. i 18. Konvencije za zaštitu

tajnost osobnih podataka (primjerice, propisivanjem objave inicijala osuđene osobe u odluci o pomilovanju koja se objavljuje u "Narodnim novinama") sama po sebi ne čini osporeni članak 12. stavak 3. Zakona o pomilovanju nesuglasnim s Ustavom jer je osporeno zakonsko rješenje, zbog prethodno izloženih razloga, ostalo unutar ustavnopravno prihvatljivih granica.

42 Odluka Ustavnog suda, broj U-III-5112/2011 od 7. travnja 2016., objavljena na www.usud.hr

ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija).[43] Ocijenio je relevantnima, *mutatis mutandis*, pravna stajališta ESLJP-a izražena u presudi *Társaság a Szabadságjogokért protiv Mađarske.*[44] Za Ustavni sud je nesporno da je podnositeljica, u postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku, tražeći dostavljanje ili omogućavanje uvida u evidenciju ulazaka i izlazaka fizičkih osoba iz zgrade Vlade 4. kolovoza 2007., tražila pravo na pristup informacijama, u smislu definicije istih u članku 3. stavku 1. točki 3. ZoPPI-a, kao i da se u zahtjevu navode podatci koji su važni za prepoznavanje tražene informacije, u smislu članka 11. stavka 3. ZoPPI-a. Za Ustavni sud je isto tako nesporno da te informacije predstavljaju osobne podatke, u smislu definicije istih u članku 2. stavku 1. točki 1. ZoZOP-a, kao i zbirku osobnih podataka u smislu članka 2. stavka 1. točke 3. ZoZOP-a.

Primjenjujući načelna stajališta ESLJP-a iz presude Társaság, Ustavni sud je tražio odgovore prvo na pitanje je li došlo do miješanja u podnositeljičino pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Ustavni sud je naveo da je Vlada jedno od (najviših) državnih tijela u Republici Hrvatskoj te da postoji opravdani interes javnosti za pristup traženoj informaciji u pogledu ulazaka i izlazaka fizičkih osoba iz zgrade Vlade 4. kolovoza 2007. Ustavni sud je ocijenio da je podnositeljica bila uključena u legitimno prikupljanje informacija u stvari od javne važnosti, te je primijetio da se Vlada u konkretnom slučaju umiješala u pripremnu fazu tog procesa, stvarajući podnositeljici administrativne zapreke. Zbog toga je, prema ocjeni Ustavnog suda, došlo do miješanja u podnositeljičino pravo sadržano u članku 38. stavku 4. Ustava. Odgovarajući na sljedeće pitanje: Je li miješanje u podnositeljičino pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti bilo opravdano, Ustavni sud je pri ocjeni opravdanosti predmetnog miješanja u podnositeljičino ustavno pravo, trebao procijeniti je li to miješanje zadovoljilo zahtjeve članka 38. stavka 4. Ustava, to jest je li ograničenje bilo propisano zakonom, razmjerno naravi potrebe u konkretnom slučaju te nužno u slobodnom i demokratskom društvu, kao i služi li nekom od legitimnih ciljeva (ili eventualno više njih) iz članka 16. stavka 1. Ustava. Najprije je morao ocijeniti je li miješanje bilo u skladu sa zakonom. Ustavni sud je naveo da je podnositeljica informaciju zahtijevala na temelju ZoPPI-ja. Vlada je predmetnim rješenjem odbila podnositeljičin zahtjev za ostvarivanje prava na pristup informacijama navodeći kako se tražena informacija smatra "zbirkom osobnih podataka iz članka 2. točke 3. Zakona o zaštiti osobnih podataka", kao i da se sigurnost podataka osigurava "mjerama i standardima informacijske sigurnosti a na koje se primjenjuju i propisi za zaštitu osobnih podataka građana" te se u tom smislu, između ostalog, pozvala i na članke 6., 7. i 11. ZoZOP-a. Također se pozvala i na članak 8. stavak 1. ZoPPI-a, kojim je propisano da će tijela javne vlasti uskratiti pravo

43 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.)

44 Társaság a Szabadságjogokért protiv Mađarske, presuda od 14. travnja 2009., zahtjev br. 37374/05. U tom predmetu Ustavni sud Republike Mađarske odbio je zahtjev nevladine udruge Társaság a Szabadságjogokért da pristupi podnesku parlamentarnog zastupnika, kojim je isti inicirao ustavnosudsku kontrolu amandmana Kaznenog zakona u pogledu kaznenih djela povezanih s drogom, nakon čega je spomenuta udruga taj pristup neuspješno pokušala ishoditi u za to predviđenom postupku propisanom odredbama nacionalnog prava.

na pristup informaciji, između ostalog, ako je zaštićena zakonom kojim se uređuje područje zaštite osobnih podataka. Upravni sud je obrazlažući osporenu presudu, između ostalog, također u jednom dijelu iznio te i slične argumente. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da je miješanje bilo "propisano zakonom" u smislu članka 38. stavka 4. Ustava. Što se tiče legitimnog cilja, iz prethodno navedenog Ustavni je sud ocijenio razvidnim da su i Vlada i Upravni sud smatrali da se u konkretnom slučaju ista očituje u zaštiti prava drugih. Ustavni sud je ocijenio da se za razmatrano miješanje može smatrati da služi legitimnom cilju zaštite prava drugih, u smislu članka 16. stavka 1. Ustava, kao i članka 10. stavka 2. Konvencije. I, konačno, ocjenjujući je li miješanje bilo "nužno u slobodnom i demokratskom društvu", Ustavni sud je istaknuo da je informacija koju je podnositeljica tražila u razmatranom slučaju postojala i bila pristupačna i nije zahtijevala Vladino prikupljanje podataka. Ustavni sud smatra da je država imala obvezu ne ometati tijek informacije koju je tražila podnositeljica, osobito imajući u vidu da je podnositeljica tražila dostavu informacije ili omogućavanje uvida u dijelove predmetne evidencije za koje Vlada smatra da ne predstavljaju zaštićene osobne podatke. Ustavni sud ne smatra vjerojatnim da se upućivanje na privatni život osobe, dakle u zaštićenu privatnu sferu, može razabrati iz same činjenice njezinog ulaska i izlaska iz vladine zgrade. No, ako bi iznimno i bilo drukčije, Ustavni sud je ocijenio da sam ulazak u zgradu Vlade i izlazak iz nje određenog dana, kao javne institucije, nije isključivo privatna stvar čak niti kada su u pitanju privatne osobe nego je, zbog prvorazrednog javnog interesa (vidi točku 11.1. obrazloženja ove odluke), također i javna stvar. Nadalje, da nepristupačnost informacije o nečijem ulasku i izlasku iz zgrade Vlade određenog dana u prošlosti predstavlja ograničenje prava na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti koje nije nužno u demokratskom društvu kada se s jedne strane sagleda javni interes za pristupačnošću te informacije, a s druge minimalni eventualni poseg u nečiju privatnost. Ustavni sud je ocijenio pogrešnom ocjenu Upravnog suda kako je navedeno vaganje uključenih interesa potrebno provesti u odnosu na svaku konkretnu osobu ponaosob. Naime, slično kao što javne osobe imaju sužen opseg zaštite svoje privatnosti (tim više sužen što su eksponiranije u javnosti), tako i privatne osobe, po ocjeni Ustavnog suda, imaju sužen opseg zaštite svoje privatnosti kada ulaze u neku javnu instituciju (napose najvišeg ranga). Javnost, naime, ima pravo znati tko sve, pa makar i "privatno", ulazi u takvu instituciju. Ustavni sud je zaključio da se u konkretnom slučaju miješanje u podnositeljičino pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti ne može smatrati nužnim u demokratskom društvu jer za njega ne postoji prijeka društvena potreba te je ocijenio da je podnositeljici osporenom presudom, kao i predmetnim rješenjem Vlade koje joj je prethodilo, povrijeđeno ustavno pravo zajamčeno člankom 38. stavkom 4. Ustava.

5.3. Dostavljanje preslika životopisa svih osoba koje su se prijavile za članove i/ili predsjednika Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa

Ustavni sud je usvojio i drugu ustavnu tužbu GONG-a odlukom, broj U-III-2599/2012[45], te je ukinuo presudu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-7254/2011-5 od 15. veljače 2012. i rješenje Odbora za izbor, imenovanja i upravne poslove Hrvatskog sabora klasa: UP/I-008-02/11-03/29, ur. broj: 6521-18-11-04 od 26. svibnja 2011. i vratio predmet Odboru za izbor, imenovanja i upravne poslove Hrvatskog sabora na ponovni postupak. Za Ustavni sud je bilo nesporno da je podnositeljica, u postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku, tražeći dostavljanje preslika životopisa svih osoba koje su se prijavile za članove i/ili predsjednika Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa, tražila pravo na pristup informacijama, u smislu definicije u članku 3. stavku 1. točki 3. ZoPPI-a, kao i da se u zahtjevu navode podatci koji su važni za prepoznavanje tražene informacije, u smislu članka 11. stavka 3. ZoPPI-a. Za Ustavni sud je isto tako nesporno da te informacije predstavljaju osobne podatke, u smislu njihove definicije u članku 2. stavku 1. točki 1. ZoZOP-a, kao i zbirku osobnih podataka u smislu članka 2. stavka 1. točke 3. ZoZOP-a. Primjenjujući načelna stajališta ESLJP-a iz presude Társaság, utvrdio je da je tražeći dostavljanje preslika životopisa svih osoba koje su se prijavile za članove i/ili predsjednika Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa podnositeljica, kao nevladina udruga, u razmatranom slučaju vršila pripremanje foruma za javnu raspravu pa se za svrhu njezine djelatnosti može reći da je bitni sastojak informirane javne rasprave. Ustavni sud je istaknuo činjenicu da se podnositeljica, kao udruga, između ostalog bavi zaštitom prava na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Predmet razmatranog spora po mišljenju Ustavnog suda predstavlja stvar od javnog interesa. Povjerenstvo za sprečavanje sukoba interesa jedno je od najvažnijih tijela za borbu protiv korupcije i sukoba interesa te postoji opravdani interes javnosti za pristup traženoj informaciji u pogledu životopisa svih osoba koje su se prijavile za članove i/ili predsjednika tog Povjerenstva. Stoga Ustavni sud smatra da je podnositeljica bila uključena u legitimno prikupljanje informacija u stvari od javne važnosti. Ustavni sud primjećuje da se Odbor u konkretnom slučaju umiješao u pripremnu fazu tog procesa, stvarajući podnositeljici administrativne zapreke. Prema ocjeni Ustavnog suda, došlo je do miješanja u podnositeljičino pravo sadržano u članku 38. stavku 4. Ustava. Ustavni sud smatra da je miješanje bilo "propisano zakonom" u smislu članka 38. stavka 4. Ustava. Stoga ocjenjuje da se za razmatrano miješanje može smatrati da služi legitimnom cilju zaštite prava drugih, u smislu članka 16. stavka 1. Ustava, kao i članka 10. stavka 2. Konvencije. Ustavni sud napominje da je informacija koju je podnositeljica tražila u razmatranom slučaju postojala i bila pristupačna i nije zahtijevala da Odbor prikuplja podatke te Ustavni sud smatra da je država imala obvezu ne ometati tijek informacije koju je tražila podnositeljica.

Ustavni sud je ocijenio da životopisi koje su u svrhu provođenja postupka za

45 Odluka Ustavnog suda, broj U-III-2599/2012 od 7. travnja 2016., objavljena je na: www.usud.hr.

izbor predsjednika odnosno članova Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa predali sami kandidati za ta mjesta nisu privatna stvar. Zbog javnog interesa, oni su javna stvar. Ocijenio je da nepristupačnost informacije o životopisima kandidata za predsjednika odnosno članove Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa predstavlja ograničenje prava na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti koje nije nužno u demokratskom društvu kada se s jedne strane sagleda javni interes za pristupačnošću te informacije, a s druge strane posezanje u privatnost kandidata za te važne javne funkcije. Ustavni sud je ocijenio pogrešnom ocjenu Visokog upravnog suda kako je navedeno vaganje uključenih interesa potrebno provesti u odnosu na svaku konkretnu osobu ponaosob. Javnost ima pravo znati tko su, u smislu životopisa koji "stoje iza njih", pogotovo kad te životopise napišu oni sami, kandidati koji ulaze u "javnu arenu" već samom kandidaturom za javnopravno tijelo. Eventualne opravdane iznimke od tog pravila (primjerice, ako bi kandidat u životopisu iznosio podatke o članovima svoje obitelji i ti bi podatci, koji nisu važni za javnu funkciju za koju se kandidat kandidira, nadilazili generalije tih osoba i potencijalno zadirali u njihovu privatnost) ne mogu biti opravdani razlog za odbijanje davanja informacija o životopisima kandidata u cijelosti. U obrazloženju odluke istaknuto je da nije na Ustavnom sudu da uređuje pitanja vezana uz takve iznimke. U nedostatku zakonskih rješenja, to je stvar administrativne prakse utemeljene na odgovarajućim ustavnim vrijednostima i zaštićenim dobrima, u okvirima zakona. Ustavni sud je zaključio da se u konkretnom slučaju miješanje u podnositeljičino pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti ne može smatrati nužnim u demokratskom društvu jer za njega ne postoji prijeka društvena potreba te je ocijenio da je podnositeljici osporenom presudom, kao i osporenim rješenjem Odbora koje joj je prethodilo, povrijeđeno ustavno pravo zajamčeno člankom 38. stavkom 4. Ustava.[46]

6. ZAKLJUČNO

O važnosti ove teme, koja svakodnevno budi interes, ponajprije zbog sve tanje granice između navedenih prava i sve većeg interesa javnosti, progovarat će se sve češće. U praksi Ustavnog suda su i predmeti u kojima je ocijenjeno da se ne radi o pravu na pristup informacijama[47]. I Europski sud za ljudska prava, u presudi Társaság ističe da ESLJP dosljedno priznaje pravo javnosti na primanje informacija od općeg interesa. Njegova praksa u tom području razvijena je u odnosu na slobodu tiska, koja služi širenju takvih informacija i ideja. U vezi s tim ESLJP ističe da je "pozvan na najpomnije razmatranje kada su mjere koje poduzima nacionalna vlast podobne za obeshrabrivanje sudjelovanja tiska, jednog od 'čuvara' društva (engl. *society's 'watchdogs'*), u javnoj raspravi o pitanjima od legitimnog javnog interesa, čak i ako

46 U praksi Ustavnog suda odluke su u predmetima u kojima je ocjenjeno što se ne smatra javnim

47 V. U-III-661/2014, U-III-1494/2014, U-III-3570/2011, U-III-5948/2014, U-III-3228/2014, U-III-5250/12, U-III-921/12, U-III-413/2008, U-III-2634/06, U-III-2084/10, U-III-506/2008, U-III-4534/2008, U-III-2807/2008, U-III-3244/2011, U-III-64394/2009, U-III-3698/2008, U-III-1958/2009, U-III-4535/2008, U-III-1967/2009, U-III-1452/2013, U-III-1687/2012, U-III-564/2011, U-III-4060/2007, U-III-5310/12.

se radi o mjerama koje pristup informacijama čine tek težim."[48]

LITERATURA

1. Branko Smerdel, Ustavno uređenje europske Hrvatske", Narodne novine, Zagreb, 2013.
2. Branko Smerdel, Ustavna osnova prava javnosti na informaciju, Informator, god. 55., br. 5527, (2007.)
3. Anamarija Musa, Pravni i institucionalni aspekti prava na pristup informacijama i transparentnosti u Republici Hrvatskoj
4. (https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/A_Musa_Pravni_i_institucionalni_aspekti_prava_na_pristup_informacijama_2.pdf) Rad je izrađen u okviru znanstveno-istraživačkog projekta 'Novi hrvatski pravni sustav' Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu za 2014. godinu.
5. I. Šprajc, Obveze tijela javne vlasti prema hrvatskom Zakonu o pravu na pristup informacijama. Sveske za javno pravo 13/2013.
6. Alen Rajko, Implikacije uvrštavanja prava na pristup informacijama javnog sektora u Ustav Republike Hrvatske, Hrvatska javna uprava, vol. 10, br. 3 (2010), str. 629–649.
7. 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.
8. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

48 ESLJP u presudi *Társaság* ističe: "35. Sud na početku podsjeća ... da 'je iz Konvencije teško izvesti opće pravo na pristup administrativnim podacima i ispravama' (*Loiseau protiv Francuske* (dec.), no. 46809/99, ECHR 2003-XII /extracts/). Unatoč tome, Sud je nedavno uznapredovao k širem tumačenju pojma 'slobode primanja informacija' (vidi *Sdružení Jihočeské Matky protiv Češke* (dec.), no. 19101/03, 10. srpnja 2006.) i na taj način k priznavanju prava na pristup informacijama.

36. (...) Sud smatra da se razmatrani slučaj u biti tiče miješanja – snagom cenzure uslijed informacijskog monopola – u izvršavanje djelatnosti društvenog čuvara (engl. social watchdog), poput tiska, prije nego negiranja općeg prava na pristup službenim ispravama. U vezi s tim, može se napraviti usporedba s prijašnjim razmatranjima Suda kako prethodne prepreke koje je vlast proizvela funkcioniranju tiska zahtijevaju najveću temeljitost u proučavanju (vidi *Chauvy i drugi protiv Francuske*, no. 64915/01, § 66, ECHR 2004 VI). Štoviše, obveze države u stvarima slobode tiska uključuju otklanjanje prepreka vršenju funkcija tiska gdje, u pitanjima od javnog interesa, takve prepreke postoje isključivo zbog informacijskog monopola kojeg posjeduje vlast. U vezi s tim Sud napominje da je informacija koju je podnositeljica tražila u razmatranom slučaju postojala i bila pristupačna (vidi, *a contrario*, *Guerra i drugi protiv Italije*, 19. veljače 1998., § 53 in fine, Reports of Judgments and Decisions 1998-I) i nije zahtijevala vladino prikupljanje ikakvih podataka. Stoga, Sud smatra da je država imala obvezu ne ometati tijek informacije koju je tražila podnositeljica.

37. Sud napominje da je podnositeljica u krajnjoj liniji tražila informaciju o ustavnoj tužbi bez osobnih podataka o njenom autoru. (...)

38. Sud smatra da prepreke stvorene s namjerom sprječavanja pristupa informacijama od javnog interesa mogu obeshrabriti one koji rade u medijima ili srodnim područjima od bavljenja time. Kao rezultat toga, oni možda više neće biti u mogućnosti vršiti svoju ključnu ulogu 'javnih čuvara' (engl. 'public watchdogs') i njihova sposobnost omogućavanja točnih i pouzdanih informacija može biti izložena negativnom djelovanju (vidi, *mutatis mutandis, Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 27. ožujka 1996., Reports 1996-II, p. 500, § 39).

39. Prethodno navedena razmatranja navode Sud na zaključak da se miješanje u podnositeljičinu slobodu izražavanja u konkretnom slučaju ne može smatrati nužnim u demokratskom društvu. Iz toga slijedi da je došlo do povrede članka 10. Konvencije."

9. Zakon o zaštiti osobnih podataka, Narodne novine, br. 106/12. - proč. tekst
10. Zakon o pravu na pristup informacijama iz 2003., Narodne novine, br. 172/03., 144/10., 37/11. - odluka Ustavnog suda i br. 77/11.
11. Zakon o pravu na pristup informacijama iz 2013., Narodne novine, br. 25/13. i 85/15.
12. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, Narodne novine, broj 94/13.
13. Kodeks savjetovanja sa zainteresiranom javnošću u postupcima donošenja zakona, drugih propisa i akata, Narodne novine, broj 140/09.
14. Odluka o uvođenju, praćenju i vrednovanju provedbe Kurikuluma zdravstvenog odgoja u osnovnim i srednjim školama klasa: 602-01/12-01/00431, ur. broj: 533-21-12-0005 od 31. siječnja 2013. ministra znanosti, obrazovanja i sporta, objavljena u Narodnim novinama, broj 17 od 13. veljače 2013.

Summary

RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION HELD BY PUBLIC AUTHORITIES – THROUGH THE ASPECT OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE POSITIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The right of access to information held by public authorities was introduced into the Constitution of the Republic of Croatia, as a constitutional guarantee, with the changes of the Constitution in 2010. At the legislative level, this was introduced into the legal system through the Right of Access to Information Act of 2003. As defined in the Right of Access to Information Act of 2013, currently in effect, the right of access to information includes the right of users to seek and receive information, as well as the obligation of public authorities to provide access to the requested information, or to publish information independently of the submitted request when such publication arises from an obligation laid down by law or another regulation. This paper presents the current legal regulation, the position of the European Court of Human Rights and an analysis of the examples of the decisions of the Constitutional Court that relate to informing the interested public when adopting regulations, and to cases in which the question arises of whether the right of access to information outweighs the opposing right to the protection of personal data, also guaranteed by Article 37 of the Constitution, and elaborated in the Personal Data Protection Act. It is stated that the restrictions of the right of access to information must be proportionate to the nature of the need to restrict it in each particular case, and necessary in a free and democratic society, and that these restrictions are prescribed by law. The author highlights the principles of the right of access to information, and the importance of the public interest test. The author refers to the legal positions stated in the judgment in the case of *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, which the Constitutional Court has applied in its decisions.

Keywords: *right of access to information, right to personal data protection, Constitutional Court, European Court of Human Rights, principles, public interest test.*

Zusammenfassung

ZUGANG ZU INFORMATIONEN VON ÖFFENTLICHEN BEHÖRDEN ANHAND DES VERFASSUNGSGERICHTS UND DER STELLUNGNAHME DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE

Das Recht auf Zugang zu Informationen von öffentlichen Behörden wurde in die Verfassung der Republik Kroatien als Verfassungsgarantie mit den Änderungen der Verfassung im Jahr 2010 aufgenommen. Auf gesetzgebender Ebene wurde dies in das Rechtssystem durch das Zugang zum Informationsgesetz von 2003 eingeführt. Nach dem derzeit geltenden Gesetz auf Zugang zu Informationen über das Informationsrecht von 2013 umfasst das Recht auf Zugang zu Informationen das Recht der Nutzer, Informationen zu verlangen und sie zu erhalten sowie die Verpflichtung der Behörden Zugang zu den verlangten Informationen zu gewähren oder Informationen unabhängig vom eingereichten Antrag zu veröffentlichen, wenn diese Veröffentlichung aus einer Verpflichtung resultiert, die durch das Gesetz oder eine andere Verordnung vorgesehen ist. In diesem Artikel werden die derzeitige Rechtsvorschrift, die Haltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Analyse der Beispiele der Entscheidungen des Verfassungsgerichts vorgestellt, die sich auf die Unterrichtung der interessierten Öffentlichkeit bei der Annahme von Verordnungen und auf diejenige Fälle beziehen, in denen die Frage auftaucht, ob das Recht auf Zugang zu Informationen das entgegenstehende Recht auf Schutz personenbezogener Daten überwiegt, das auch durch Artikel 37 der Verfassung gewährleistet ist und im Datenschutzgesetz erarbeitet wurde. Es wird festgestellt, dass die Beschränkungen des Rechts auf Zugang zu Informationen in einem angemessenen Verhältnis zu der Art der Notwendigkeit stehen, um sie in jedem Einzelfall einzuschränken und sie in einer freien und demokratischen Gesellschaft notwendig zu machen und dass diese Beschränkungen gesetzlich vorgeschrieben sind. Die Grundsätze des Rechts auf Zugang zu Informationen und die Bedeutung des öffentlichen Interesse werden betont und die Rechtspositionen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf im Urteil *Társaság a Szabadságjogokért gg. Ungarn* angeführt sind, die das Verfassungsgericht in seinen Entscheidungen angewandt hat.

***Schlüsselwörter**: Recht auf Zugang zu Informationen, Verfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grundsätze, Prüfung des öffentlichen Interesses.*

Riassunto

IL DIRITTO ALL'ACCESSO ALLE INFORMAZIONI IN POSSESSO DEGLI ORGANI DEL POTERE PUBBLICO TRA LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Il diritto all'accesso alle informazioni in possesso degli organi del potere pubblico è stato introdotto nella Costituzione della Repubblica di Croazia, quale diritto costituzionalmente garantito, con le modifiche costituzionali del 2010. A livello legislativo nel nostro ordinamento è stato introdotto con la legge sul diritto all'accesso alle informazioni del 2003. Secondo la definizione contenuta nella legge sul diritto all'accesso alle informazioni del 2013, ora vigente, il diritto all'accesso alle informazioni comprende il diritto dell'utente a richiedere ed ottenere le informazioni, come anche il dovere in capo all'organo del potere pubblico di consentire l'accesso all'informazione richiesta, ovvero di pubblicare le informazioni indipendentemente alla presentazione della richiesta, qualora tale pubblicazione derivi da un obbligo sancito dalla legge o da altra disposizione. Nel presente lavoro è illustrato lo stato attuale della normativa, l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo; ancora, sono analizzate le decisioni della Corte costituzionale, che riguardano l'informazione della collettività interessata in occasione dell'emanazione delle leggi. Ancora si analizzano i casi in cui si valuta se prevalga il diritto all'accesso alle informazioni oppure l'opposto diritto alla tutela dei dati personali, altresì garantito dalla Costituzione all'art. 37 e regolato nel dettaglio dalla legge sulla tutela dei dati personali. Si osserva che le limitazioni al diritto all'accesso alle informazioni debbano essere proporzionate alla natura dell'esigenza di limitazione in ogni singolo caso e necessarie in ogni società libera e democratica. Tali limitazioni vanno regolate dalla legge. Si evidenziano i principi del diritto all'accesso alle informazioni e si pone in rilievo il significato della valutazione dell'interesse pubblico. Si evidenziano gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo espressi nella sentenza Társaság a Szabadságjogokért v. Ungheria, utilizzati anche dalla Corte costituzionale nelle sue decisioni.

Parole chiave: *diritto all'accesso alle informazioni, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, principi, valutazione dell'interesse pubblico.*

PRAVNI POLOŽAJ POŠTENOG I NEPOŠTENOG POSJEDNIKA U ODNOSU NA VLASNIKA STVARI

Dr. sc. Jadranko Jug, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.233
Ur.: 13. siječnja 2017.
Pr.: 5. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuje problematika vezana uz pravni položaj poštenog i nepoštenog posjednika u odnosu na vlasnika stvari, odnosno analiziraju se prava koja pripadaju posjedniku stvari i zahtjevi koje posjednik može postaviti prema vlasniku stvari kojem posjednik mora predati stvar. Također se s druge strane analiziraju prava i zahtjevi vlasnika stvari prema poštenom i nepoštenom posjedniku. U praksi se pojavljuju dvojbe u svezi s određivanjem nužnih i korisnih troškova koje je imao pošteni posjednik, koje su pretpostavke i do kada se može istaknuti pravo zadržanja radi naknade tih troškova, kada nastupa zastara takvog potraživanja i koliko su važne odredbe Zakona o obveznim odnosima u svezi sa stjecanjem bez osnove, poslovodstvom bez naloga ili pravom zadržanja, a koje reguliraju istu ili sličnu problematiku. Odgovore na neke od tih dvojbi dala je sudska praksa, slijedom čega je osnovna metoda u radu analiza i istraživanje sudske prakse, posebno odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske.

Ključne riječi*: pošteni posjednik, nepošteni posjednik, nužni i korisni troškovi, pravo zadržanja, stjecanje bez osnove, zastara.*

1. UVOD

Posjednik stvari koji je nema pravo posjedovati i mora je predati vlasniku ima određena prava i obveze prema vlasniku stvari.[1] Ta prava i obveze ovise prije svega o tomu je li posjednik stvari pošten ili nepošten zbog čega je od izuzetne važnosti utvrditi poštenje ili nepoštenje posjeda, odnosno posjednika. Posjed je pravno relevantna faktična vlast koju neka osoba ima glede određene stvari,[2] a pravni poredak svojim normama određuje tu činjenicu kao pravnu, koja pod određenim pretpostavkama svojim postojanjem izaziva određene pravne učinke.[3] Jedan od pravnih učinaka

1 V. čl. 164. i 165. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14 – dalje ZV).

2 V. Gavella, N. *et al*.; Stvarno pravo, Svezak 1, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 151.

3 Gavella, *op. cit.*, str. 227.

posjeda stvari uređenje je prava i obveza posjednika prema vlasniku stvari, i kad je posjednik nema pravo posjedovati i mora stvar predati vlasniku. Pošteni posjednik u takvoj situaciji, osim što je dužan stvar predati vlasniku, ima znatno povoljniji položaj prema vlasniku, dok nepošten posjednik ima lošiji položaj sa znatno manje prava i više obveza prema vlasniku stvari.

Pošteni posjednik, za razliku od nepoštenog, nije dužan vlasniku dati naknadu za uporabu stvari i koristi, a ne treba niti naknaditi ono što je eventualno kod tog korištenja i uporabe oštećeno ili uništeno.[4] Pošteni posjednik može tražiti naknadu za nužne i korisne troškove koje je imao, dok nema pravo na naknadu tzv. luksuznih troškova u odnosu na koje ima pravo odnošenja, a ima i pravo zadržanja stvari dok mu troškovi ne budu naknađeni.[5] S druge strane, nepošteni posjednik ima pravo samo na naknadu nužnih troškova koji bi bili nužni i vlasniku te ima pravo odnošenja za učinjene troškove ako to može učiniti bez oštećenja same stvari.[6] Nepošteni posjednik nema pravo zadržanja stvari dok mu ne budu naknađeni troškovi. Za razliku od poštenog posjednika, nepošteni posjednik je dužan vlasniku stvari naknaditi svu štetu koja je nastala kao i koristi koje je imao za vrijeme posjedovanja stvari.[7]

S obzirom na bitno lošiji pravni položaj u pravima i obvezama nepoštenog posjednika u odnosu na vlasnika stvari, osnovno je kod ove problematike utvrditi subjektivno obilježje posjeda, a to je poštenje ili nepoštenje. Iako je definicija poštenog posjeda navedena u ZV-u,[8] u praksi se u svakom konkretnom slučaju procjenjuje kakvoća posjeda s tog aspekta, a pri čemu je iznimno važna dosadašnja sudska praksa. Isto se odnosi na utvrđenje nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika, odnosno nužnih troškova nepoštenog posjednika koji bi bili nužni samo za vlasnika, jer zakonodavac nije naveo definiciju tih troškova niti je naveo osnovne odrednice za njihovo utvrđenje. Daljnje sporno pitanje odnosi se na ispunjavanje pretpostavki za korištenje prava zadržanja poštenog posjednika stvari koju mora vratiti vlasniku i kakav je odnos odredbi ZV-a i Zakona o obveznim odnosima[9] koji reguliraju istu problematiku.

Potraživanja poštenog i nepoštenog posjednika prema vlasniku stvari, kao i potraživanja vlasnika stvari prema nepoštenom posjedniku, u svojoj su osnovi obveznopravni zahtjevi koji korespondiraju s institutom stjecanja bez osnove[10], a ponekad i s poslovodstvom bez naloga.[11] U sudskoj praksi se kontinuirano pojavljuju dvojbe oko konkurencije primjene čl. 164. i 165. ZV-a sa odredbama ZOO-a o stjecanju bez osnove, odnosno kada se odredbe o stjecanju bez osnove ili poslovodstva bez

4 V. čl. 164. st. 1. i 165. st. 1. ZV.
5 V. čl. 164. st. 2. i 4. ZV.
6 V. čl. 165. st. 3. i 5. ZV.
7 V. čl. 165. st. 1. i 4. ZV.
8 V. čl. 18. st. 3. – 6. ZV.
9 Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15 – dalje ZOO. Pravo zadržanja za vjerovnika dospjele tražbine općenito je propisano u čl. 72. – 75. ZOO-a, ali isto tako ZOO propisuje posebno pravo zadržanja najmodavca kod ugovora o najmu (čl. 565. ZOO), izvođača kod ugovora o djelu (čl. 618. ZOO), pravo ugostitelja kod ugostiteljske ostave (čl. 742. ZOO) i pravo zastupnika kod ugovora o trgovinskom zastupanju (čl. 826. ZOO).
10 V. čl. 1111. – 1120. ZOO.
11 V. čl. 1122. – 1126. ZOO.

naloga primjenjuju samostalno, a kada supsidijarno. To je posebno značajno zbog različitog roka zastarijevanja potraživanja temeljem stjecanja bez osnove u odnosu na ona koja propisuje ZV kod pravnog položaja poštenog i nepoštenog posjednika.

Sudovi u Republici Hrvatskoj (dalje RH) razvili su bogatu sudsku praksu u svezi s problematikom pravnog položaja poštenog i nepoštenog posjednika u odnosu na vlasnika stvari. Posebno je bitna sudska praksa Vrhovnog suda RH (dalje VSRH) jer se radi o najvišem sudu u RH čija je osnovna zadaća ujednačavanje sudske prakse i osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni.[12] U radu će se pokušati jasno definirati prava i obveze posjednika stvari koju je obvezan predati vlasniku kao i pretpostavke za primjenu čl. 164. i 165. ZV-a, odnosno izvršiti jasno razgraničenje u odnosu na pretpostavke za primjenu propisa obveznog prava.

Osnovni cilj i svrha rada analiza je i cjeloviti prikaz instituta pravnog položaja poštenog i nepoštenog posjednika stvari te njihovih prava i obveza prema vlasniku stvari, i utvrđenje pretpostavki za primjenu odredbi ZV-a u sudskom postupku u odnosu na odredbe ZOO-a, radi otklanjanja eventualno preostalih dvojbi koje se pojavljuju u sudskoj praksi. Osnovna metoda koja se koristi u radu za ostvarenje cilja i svrhe rada uvid je u sudsku praksu, odnosno analiza odluka i sudske prakse VSRH-a i drugih sudova u RH. Svaki pravni sustav mora osigurati učinkovitu zaštitu prava vlasništva stvari, ali s druge strane mora osigurati i ostvarenje prava posjednika tih stvari ovisno o njihovom pravnom statusu temeljem faktične vlasti nad stvari.

2. POSJEDNIKOVI PRIGOVORI PREMA VLASNIKU KOJI TRAŽI PREDAJU U POSJED STVARI

U slučaju vlasničke tužbe (*rei vindicatio*)[13] tuženik kao posjednik stvari može staviti određene prigovore koji se mogu podijeliti na one koji negiraju ili ukidaju vlasnički zahtjev (peremptorne) i na one koji zaustavljaju takav zahtjev (dilatorne). Peremptornim prigovorima kojima negira vlasnički zahtjev, tuženik se suprotstavlja vlasničkom zahtjevu tužitelja, tako da negira da je tužitelj stekao pravo vlasništva

12 V. čl. 119. st. 1. Ustava RH (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 05/14) i čl. 20. st. 1. Zakona o sudovima (Narodne novine, br. 28/13, 33/15, 82/15 i 82/16 – dalje ZS).

13 V. čl. 162. ZV. Prava vlasnička tužba je tužba vlasnika protiv osobe koja posjeduje njegovu stvar, kojom on, pozivajući se na svoje pravo vlasništva koje je u stanju dokazati, traži od nje da mu ona preda svoj posjed te stvari (Gavella, op. cit., str. 592.). Klarić i Vedriš kraće i jednostavnije definiraju pravu vlasničku tužbu kao onu kojom vlasnik neposjednik zahtijeva od posjednika povrat individualne određene stvari (Klarić, P. i Vedriš, M.; Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, 9. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 294.). Kod prave vlasničke tužbe tužitelj treba dokazati svoje vlasništvo stvari, da se stvar nalazi u posjedu (faktičnoj vlasti tuženika) i mora dokazati identitet stvari. Općenito o tužbama za zaštitu prava vlasništva v. više u Jug, J., Tužbe za zaštitu prava vlasništva, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 19, Organizator, Zagreb, 2012., str. 35. – 66. i Jelčić, O., Tužbe radi zaštite prava vlasništva, Hrvatska pravna revija, 2001.

na stvari koja je predmet spora[14] ili da on posjeduje tužiteljevu stvar.[15] U biti se radi o prigovorima nedostatka aktivne legitimacije tužitelja ili o promašenoj pasivnoj legitimaciji u odnosu na tuženika. Kod peremptornih prigovora koji ukidaju vlasnički zahtjev ne osporava se da je tužitelj imao pravo vlasništva na stvari koja je predmet spora, ali se tvrdi da mu je u vrijeme vođenja parnice pravo vlasništva prestalo postojati na temelju činjenica nastalih nakon stjecanja prava vlasništva.[16]

Dilatorni prigovori koji zaustavljaju vlasnički zahtjev su oni koji ne poriču da je tužitelj zaista vlasnik stvari koju zahtijeva, niti poriču da je tuženik posjednik te stvari, ali tvrde da tuženik ima pravo koje ga ovlašćuje na posjedovanje te tužiteljeve stvari.[17] Takvim se prigovorom suprotstavlja vlasničkom zahtjevu tvrdnja o postojanju nekog tuženikovog prava koje ga ovlašćuje na nesamostalno posjedovanje stvari, a koje svojim postojanjem suspendira mogućnost izvršavanja vlasnikovog ovlaštenja da stvar ima u svom neposrednom posjedu.[18] ZV općenito navodi pravo posjednika odbiti predaju stvari njezinom vlasniku ako posjednik ima pravo koje ga ovlašćuje na posjedovanje te stvari.[19] Tuženikovo pravo na posjed stvari može se temeljiti na određenom pravnom poslu obveznopravne ili stvarnopravne naravi, ali i temeljem zakona ili odluke suda ili tijela javne vlasti.[20] Nadalje, pravo na posjed tuženika može proizlaziti iz prava prema samom vlasniku stvari, ali isto tako iz prava prema trećoj osobi koja ima pravo posjedovati vlasnikovu stvar[21] ili od prava prema bivšem vlasniku od koji je pravo vlasništva prenio na sadašnjeg tužitelja.[22] ZV predviđa i jedan prigovor posjednika koji je u naravi postupovnopravne naravi, i koji daje mogućnost neposrednom posjedniku koji drži predmet spora, pritom priznavajući

14 Ti prigovori ovisit će o tomu na koji način stjecanja prava vlasništva se tužitelj u tužbi poziva. Ako tužitelj tvrdi da je stekao pravo vlasništva dosjelošću, tuženik može dokazivati da tužitelj nije bio pošteni posjednik (jer se poštenje posjeda predmnijeva) ili da nije istekao zakonom određeni rok posjedovanja. Ako se tužitelj poziva na stjecanje prava vlasništva temeljem pravnog posla, tuženik može dokazivati da onaj tko je na tužitelja prenio pravo vlasništva nije bio vlasnik ili da je ništetan pravni posao na kojem tužitelj temelji stjecanje prava vlasništva.

15 Protiv vlasničke tužbe tuženik se može uspješno braniti prigovorom promašene pasivne legitimacije iz razloga što stvar koja je predmet spora nije u njegovu posjedu.

16 Sljedeći prigovori ukidaju vlasnički zahtjev: da je tuženik stekao pravo vlasništva poslije tužitelja (*exceptio posterioris dominii*), da je tužitelj otuđio stvar u svoje ime, dok ta stvar još nije bila njegova, a poslije ju je stekao u vlasništvo (čl. 161. st. 3. ZV), da je tužitelj prodao i predao stvar tuženiku, iako tuženik još nije postao vlasnikom (*exceptio rei venditae et traditae*).

17 Gavella, *op. cit*., str. 608.

18 *Ibid.*

19 V. čl. 163. st. 1. ZV.

20 Najčešće će to biti ugovori obveznopravne naravi sklopljeni između vlasnika i posjednika (zakup, najam, plodouživanje, posudba, zalog), ali se može raditi i o pravu retencije temeljem zakona (čl. 164. st. 2. ZV) ili stjecanju založnog prava temeljem sudske odluke i sl.

21 V. čl. 163. st. 2. ZV. Posjednik koji pravo na posjed izvodi od posrednog posjednika koji također ima pravo na posjed tužiteljeve stvari (primjerice zalog - podzalog, zakup - podzakup), može odbiti predati vlasniku stvar koju posjeduje. Takav prigovor će biti osnovan samo ako je treći, koji je tuženiku predao u posjed stvar, zakoniti nesamostalni posjednik te uz daljnji uvjet da je ovlašten dati u posjed vlasnikovu stvar trećoj osobi.

22 V. čl. 163. st. 3. ZV. U tom slučaju posjednik novom vlasniku stvari može istaknuti sve prigovore prava na posjed kao i bivšem vlasniku.

višu vlast drugog posrednog posjednika iz čijeg posjeda izvodi svoj posjed, da može pozvati posrednog posjednika da stupi u parnicu umjesto njega.[23]

Ako posjednik stvari nije uspio s prigovorima prema vlasniku stvari koji negiraju, ukidaju ili zaustavljaju vlasnički zahtjev, i ako je jasno da mora predati stvar vlasniku, posjednik dolazi u određeni pravni položaj koji mu određuje daljnja prava i obveze prema vlasniku stvari, a koja ovise o subjektivnoj komponenti posjeda koja se sastoji od poštenja ili nepoštenja posjednika.

3. PRAVA I OBVEZE POŠTENOG POSJEDNIKA PREMA VLASNIKU STVARI

U čl. 164. ZV-a reguliran je pravni položaj poštenog posjednika koji nema pravo posjedovati vlasnikovu stvar i koji je mora predati vlasniku ili osobi koju vlasnik odredi. Pošteni posjednik u taj pravni položaj može doći nakon što je obvezan stvar vratiti vlasniku na temelju vindikacijskog zahtjeva i nakon što je stavio svoje protuzahtjeve u odnosu na troškove koje je imao tijekom poštenog posjeda stvari. Isto tako pošteni posjednik u isti položaj dolazi i ako je spreman dobrovoljno vratiti stvar vlasniku, ali nije postignut sporazum s vlasnikom stvari o naknadi troškova. Jedina prava obveza poštenog posjednika prema vlasniku stvari u takvoj je situaciji obveza predaje stvari vlasniku ili osobi koju odredi vlasnik.[24] S druge strane pošteni posjednik ima pravo tražiti naknadu za nužne (*impensae necessariae*) i korisne (*impensae utiles*) troškove koje je imao tijekom posjeda stvari, a ima i pravo zadržati stvar dok mu vlasnik ne naknadi troškove.[25] Pošteni posjednik nema pravo na naknadu troškova koji nisu bili ni nužni ni korisni (tzv. luksuzni troškovi), ali ima pravo odnošenja (*ius tollendi*) onog što je tim troškovima dodano stvari.[26] Ukupno se može zaključiti da pravni položaj poštenog posjednika prema vlasniku stvari, u situaciji kad mora stvar predati vlasniku, daje poštenom posjedniku više prava nego obveza.

3.1. Obveze poštenog posjednika prema vlasniku stvari

Pošteni posjednik na temelju pravomoćno prihvaćenog vlasničkog zahtjeva ili dobrovoljno, dužan je vlasniku ili osobi koju on odredi, predati stvar u posjed. Pri tom se ona vlasniku stvari mora predati zajedno sa svim plodovima koji se od nje još nisu odvojili, te sa svim poboljšicama koje su u međuvremenu prirasle stvari. Međutim, pošteni posjednik nije dužan dati naknadu za to što je stvar upotrebljavao i od nje imao koristi, a nije dužan niti naknaditi ono što je na stvari oštećeno ili uništeno tijekom uporabe. Dakle, vlasnik stvari nema pravo od poštenog posjednika zahtijevati plodove i dijelove stvari koji su se odvojili od stvari u vrijeme dok je posjednik bio

23 V. čl. 163. st. 4. ZV. Radi se o imenovanju prethodnika (*nominatio auctoris*) koji institut regulira u čl. 210. 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, 148/11, 25/13 i 89/14 – dalje ZPP).

24 V. čl. 164. st. 1. ZV.

25 V. čl. 164. st. 2. ZV.

26 V. čl. 164. st. 2. ZV. To pravo poštenom posjedniku pripada samo ako stvar još nije vratio vlasniku i samo ako se odvajanjem ne oštećuje stvar.

pošten, a nema pravo niti tražiti naknadu za njih kao i naknadu za uporabu i korištenje stvari za vrijeme trajanja poštenog posjeda.[27] Stoga je u pravilu glavna i jedina obveza poštenog posjednika prema vlasniku stvari, predaja stvari u posjed vlasniku. Samo iznimno posjednik ima obvezu i naknade za uporabu i korištenje stvari ili za njeno oštećenje ili uništenje, ako bi bio obvezan i onda da je imao pravo na posjed za koji je vjerovao da mu pripada.

3.2. Pravo poštenog posjednika na naknadu nužnih i korisnih troškova

Pošteni posjednik ima pravo od vlasnika stvari koji zahtijeva predaju stvari tražiti nužne i korisne troškove koje je imao za vrijeme posjedovanja stvari.[28] Stoga proizlazi da je pretpostavka za takvo potraživanje poštenog posjednika da vlasnik od njega potražuje predaju stvari ili da ju je pošteni posjednik već vratio vlasniku stvari dobrovoljno ili temeljem vindikacijskog zahtjeva.[29] *Argumentum a contrario* u situaciji kada vlasnik stvari ne zahtijeva predaju stvari i posjednik i dalje posjeduje stvar, nema niti mjesta potraživanju poštenog posjednika za nužne i korisne troškove koje je eventualno imao temeljem odredbe čl. 164. st. 2. ZV-a. Tada pošteni posjednik može eventualno potraživati naknadu za nužne i korisne troškove ili druga ulaganja u stvar temeljem propisa obveznog prava i pravnog posla kojim eventualno ima pravo na posjed.[30] Zahtjev poštenog posjednika za naknadu nužnih i korisnih troškova gledajući s postupovnopravnog aspekta može biti istaknut kao protuzahtjev i protutužba u postupku povodom vlasničke tužbe vlasnika stvari, a može biti istaknut kao samostalan zahtjev prema vlasniku stvari kojem pošteni posjednik tek treba vratiti stvar ili ju je već vratio.

ZV ne sadrži definiciju nužnih i korisnih troškova, već samo navodi da nije koristan onaj trošak kojim je pošteni posjednik promijenio namjenu stvari, ako to vlasniku nije korisno.[31] Stoga se kod promjene namjene stvari učinjeni troškovi

27 ZV u čl. 164. st. 1. navodi da pošteni posjednik nije obvezan vlasniku stvari dati naknadu za upotrebljavanje stvari i za to što je od nje imao koristi *primjereno onom pravu na posjed za koje je vjerovao da pripada*. To znači da pošteni posjednik koji je stvar posjedovao smatrajući da mu pripada pravo na samostalan i neposredan posjed (vjerujući da mu pripada stvar kao vlasniku) neće morati vlasniku dati naknadu za oštećenje stvari, smanjenje vrijednosti ili uništenje, za odvojene plodove. Međutim, ako je pošteni posjednik posjedovao stvar kao posredni posjednik vjerujući da mu pripada neko ograničeno stvarno ili obvezno pravo (pravo najma ili založno pravo i sl.), a stvar je oštećena ili uništena, on bi bio obvezan naknaditi ili popraviti štetu jer bi je morao naknaditi i da je zaista imao pravo na posjed za koje je vjerovao da mu pripada. Isto se odnosi na naknadu za uporabu i korištenje.

28 V. čl. 164. st. 2. ZV.

29 O tomu v. odluku VSRH broj Rev-764/08 od 12. rujna 2012. i odluku VSRH broj Rev-1604/90 od 14. studenog 1990., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 2. veljače 2017. Tako se u odluci VSRH broj Rev-160/90 od 14. studenog navodi*: tužiteljima kao posjednicima koji su izvršili ulaganje svojih dredstava u objekt tužene kao vlasnice (obzirom da ulaganje nuije izvršeno u ispunjnju zakonske ili ugovrne obveze), pripada pravo na naknadu troškova ulaganja tek od trenutka kada vlasnik zatraži povrat ili kad posjednici predaju vlasniku stvar (bez obzira da li je predaja dobrovoljna ili je rezultat provedenog izvršenja)*.

30 O tome v. *infra* pogl. 5.

31 V. čl. 164. st. 3. ZV.

procjenjuju temeljem subjektivnog kriterija u odnosu na vlasnika stvari. Ako promjena namjene stvari nije korisna za vlasnika stvari, poštenom posjedniku se ne priznaju učinjeni troškovi. Nužni su oni troškovi koji su bili nužni za samo održanje stvari i bez njih bi stvar potpuno ili djelomično propala.[32] U svakom konkretnom slučaju potrebno je po objektivnom kriteriju utvrditi i procijeniti radi li se o nužnim troškovima, pri čemu ne treba utvrđivati i da su oni stvarno doveli do održanja stvari.[33] Korisni troškovi su oni kojima se povećava vrijednost stvari.[34] Je li došlo do povećanja vrijednosti stvari također se procjenjuje u svakom konkretnom slučaju po objektivnom kriteriju (tržnom), što znači da nije bitan subjektivni stav vlasnika stvari prema povećanju vrijednosti stvari (osim kod promjene namjene stvari).

U svojoj osnovi potraživanje naknade nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika obveznopravni je zahtjev temeljem stjecanja bez osnove vlasnika stvari,[35] s time da su odredbe ZV-a *lex specialis* u odnosu na odredbe ZOO-a, odnosno odredbe ZOO-a supsidijarno se primjenjuju na ono što nije regulirano u ZV-u. Kod izračunavanja visine nužnih i korisnih troškova koje osnovano potražuje pošteni posjednik, njemu će se odbiti vrijednost plodova i drugih koristi koje je imao od stvari.[36] Ako pošteni posjednik ne traži naknadu nužnih i korisnih troškova, vlasnik ne može od njega potraživati vrijednost plodova i drugih koristi koje je pošteni posjednik imao za vrijeme poštenog posjeda stvari. Ako traži naknadu nužnih i korisnih troškova ta vrijednost i koristi uzimaju se u obzir i oduzimaju se od vrijednosti troškova koje pošteni posjednik osnovano traži. Smatramo da je takvo rješenje pravično, jer ne bi bilo prihvatljivo da pošteni posjednik zadrži sve plodove i koristi od stvari, a s druge strane, da od vlasnika ima pravo zahtijevati nužne i korisne troškove jer bi time imao više prava nego da je sam vlasnik stvari. Nadalje, ZV propisuje da se troškovi i vrijednost plodova obračunavaju prema cijenama kad ih se naknađuje, što je suprotno ranijoj sudskoj praksi u svezi s primjenom odredbi čl. 38. ZOVO-a koji to nije regulirao i prema kojoj se obračun vršio prema cijenama kada su učinjeni troškovi.[37]

32 Klarić i Vedriš, *op. cit.* str. 298. Gavella nužne troškove definira kao one bez kojih bi stvar propala, pogoršala se ili bi joj se smanjila vrijednost (Gavella, *op. cit*. str. 605.).

33 Tako je zaključeno da su nužni troškovi poštenog posjednika oni koje je on imao da bi kuću koja mu je dodijeljena na privremeno korištenje osposobio za stanovanje (odluka VSRH broj Rev-764/2008 od 12. rujna 2012., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 2. veljače 2017.) ili da bi se poslovni prostor osposobio za namjenu za koju je dan u zakup (odluka VSRH broj Rev-1029/05 od 4. svibnja 2006. htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 2. veljače 2017.).

34 Klarić i Vedriš, *op. cit.* str. 299.

35 V. čl. 1111. ZOO-a i *infra* pogl. 5. O tome v. odluku VSRH broj Rev-1029/05 od 4. svibnja 2006., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 2. veljače 2017., u kojoj se navodi*: Odlučujući o pravu tužitelju na povrat uloženih sredstava, odnosno nužne i korisne troškove sudovi su se pravilno pozvali na čl. 210. st. 1. Zakona o obveznim odnosima prema kojoj kad dio imovine jedne osobe na bilo koji način prijeđe u imovinu druge osobe, a taj prijelaz nema osnove na nekom pravnom poslu ili zakonu, stjecalac je dužan vrati ga ako je to moguće, a inače je dužan nadoknaditi vrijednost postignute koristi. Pripada li pravo na naknadu onome tko je ulagao u kakvu (tuđu) zgradu ili prostoriju (dogradnja, nadogradnja, preuređenje zgrade ili prostorije) određuju pravila stvarnog prava (čl. 156. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima)*.

36 V. čl. 164. st. 5. ZV.

37 V. odluku VSRH broj Rev-252/97 od 23. studenog 2000., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 2. veljače 2017. u kojoj je izraženo sljedeće pravno stajalište*: "Spomenuta naknada*

3.3. Pravo zadržanja stvari poštenog posjednika

Pošteni posjednik od kojeg je vlasnik stvari zatražio predaju stvari, i koji je zatražio od vlasnika stvari naknadu za nužne i korisne troškove koje je imao tijekom posjedovanja stvari, ima pravo zadržati stvar dok mu oni ne budu naknađeni.[38] Dakle, daljnje pravo poštenog posjednika prema vlasniku stvari pravo je zadržanja (*ius retentionis*). Podredno će se na pravo retencije primjenjivati propisi obveznog prava.[39] U svezi prava zadržanja postoji opsežna sudska praksa, pa tako i najvišeg suda u RH. Tako je pravno stajalište VSRH da su odredbe ZV-a o pravu zadržanja *lex specialis* u odnosu na odredbe ZOO-a, te da nema mogućnosti prihvatiti zahtjev za predaju stvari u posjed vlasniku, ako je osnovano i pravo zadržanja poštenog posjednika.[40] Pravo zadržanja može se ostvariti i u odnosu na nekretnine, a ne samo u odnosu na pokretnine.[41] S postupovnopravnog aspekta pravo zadržanja akcesorno je pravo ovisno o dospjelom i utuženom potraživanju za naknadu nužnih i korisnih troškova, slijedom čega se pošteni posjednik na pravo zadržanja može pozvati i prigovorom.[42] Ako se

učinjenih troškova pripada savjesnom posjedniku u smislu odredbe čl. 223. Zakona o obveznim odnosim, međutim naknada nužnih i korisnih troškova u odnosu na visinu se u takvom slučaju utvrđuje prema cijenama u vrijeme kada su ti troškovi ostvareni odnosno kada su ti izdaci učinjeni".

38 V. čl. 164. st. 2. ZV.

39 V. čl. 72. – 75. ZOO. Tako primjerice pošteni posjednik stvari temeljem odredbe čl. 73. st. 2. ZOO-a nema pravo zadržanja stvari koje se ne mogu izložiti prodaji ili u smislu odredbe čl. 74. ZOO-a pošteni posjednik nema pravo zadržanja stvari ako mu vlasnik stvari pruži osiguranje za njegovo potraživanje naknade nužnih i korisnih troškova.

40 V. odluke VSRH broj Rev-1930/12 od 12. ožujka 2014. i broj Revx-181/11 od 19. siječnja 2012., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017. Da su odredbe ZV-a *lex specialis* u odnosu na odredbe ZOO-a proizlazi iz odluke VSRH broj Rev-1930/12 u kojoj se navodi*: "U slučaju kada vlasnik potražuje stvar, a što je slučaj u ovom predmetu, a posjednik tj. tuženica zahtijeva naknadu troškova ulaganja, tada se primjenjuju odredbe ZVDSP kao lex specialis u odnosu na odredbe Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine" br. 35/05, 41/08, dalje ZOO) o pravu retencije (čl. 72. do 75.)"*. Kod osnovanog zahtjeva za zadržanje stvari, sud može prihvatiti zahtjev za predaju stvari samo pod uvjetom da vlasnik prije toga isplati poštenom posjedniku naknadu za nužne i korisne troškove jer pravo zadržanja stvari u svojoj osnovi isključuje i pravo vlasnika da mu se preda stvar u posjed (tako i u odluci VSRH broj Rev-154/08 od 18. studenog 2009., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 2. veljače 2017.).

41 V. odluku VSRH broj Rev-933/00 od 29. siječnja 2002., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017. u kojoj je zauzeto sljedeće pravno stajalište: *Pogrešno nižestupanjski sudovi smatraju da se pravo retencije veže samo uz držanje pokretne stvari. Naime, prema odredbi čl. 286. st. 1. Zakona o obveznim odnosima vjerovnik dospjelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje. Kako tom zakonskom odredbom pravo zadržanja nije ograničeno samo na držanje pokretnih stvari, valja zaključiti da se pravo zadržanja može vršiti i uz držanje dužnikove nekretnine.*

42 V. odluku VSRH broj Rev-695/1999 od 30. listopada 2002., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017. u kojoj je navedeno*: Pravo zadržanja, u biti, ima suprotstavljajući značaj, kao preventivno sredstvo zaštite dospjelog potraživanje kojeg posjednik stvari ima prema dužniku, odnosno čin pritiska na dužnika da ispuni svoju obvezu prema posjedniku stvari. To pravo je vremenski neograničeno. Tek za slučaj da posjednik stvari svoje potraživanje želi namiriti iz zadržane stvari, treba ustati (protu)tužbom, kako bi, radi namirenja tog*

pošteni posjednik suprotstavio vindikacijskom zahtjevu osnovanim prigovorom prava zadržanja stvari na ime naknade nužnih i korisnih troškova, on će uspjeti zaustaviti predaju u posjed, ali se neće moći naplatiti na ime svojeg potraživanja ako nije postavio protutužbeni zahtjev, koji mu usvojen od suda može biti jedino osnova za naplatu potraživanja iz zadržane stvari.[43] Ako je između vlasnika stvari i poštenog posjednika sklopljen određeni ugovor koji je osnova posjedovanja stvari poštenog posjednika, i ako je u tom pravnom poslu reguliran međusobni odnos na ime ulaganja i troškova u svezi s posjedovanjem stvari, ne dolazi do primjene odredba čl. 164. st. 2. ZV-a u svezi s pravom na naknadu nužnih i korisnih troškova te prava zadržanja, već se primjenjuju odredbe iz ugovora sukladno volji stranaka i postojećem obveznopravnom odnosu.[44] Ne može se ostvariti pravo zadržanja na poslovnom prostoru koji nije samostalna cjelina (nije provedeno etažiranje) jer se ne radi o stvari koja može biti samostalno u prometu.[45]

potraživanja, ishodio ovršni naslov. Stajalište je, dakle, ovog suda da se pošteni posjednik stvari, zahtjevu vlasnika za predaju stvari, prema kojem posjednik ima dospjelo potraživanje, može osnovano suprotstaviti i prigovorom kao procesnom radnjom, da će stvar zadržati sve dok mu protustranka u cijelosti ne podmiri njegovo potraživanje, koje, kako je navedeno treba biti određeno postavljeno.

43 *Ibid.*

44 V. odluke VSRH broj Rev-266/07 od 5. prosinca 2007., broj Rev-493/11 od 29. listopada 2013. i broj Rev-3258/94 od 22. siječnja 1998., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017. Tako je u odluci VSRH broj 493/11 navedeno: *Međutim, obzirom je ovdje riječ o obveznopravnom odnosu stranaka koji je reguliran odredbama ZZPPP-a kojima (iz čl. 11. i drugima) nije predviđena mogućnost prava zadržanja poslovnog prostora radi osiguranja namirenja uloženih sredstava, ali i obveznopravnom odnosu nastalom ugovorom o zakupu poslovnog prostora glede prava na naknadu troškova ulaganja u poslovni prostor kojim su (pravom) stranke ugovora mogle slobodno raspolagati – i (ovdje odlučno) raspolagale tako što je tuženik kao zakupnik uzeo u zakup poslovni prostor u viđenom stanju i ujedno u svezi s time izrazio suglasnost da to pravo (na povrat sredstava uloženih u uređenje poslovnog prostora) nema i da će troškove uređenja prostora snositi sam, tuženik, kojeg vežu odredbe ugovora i dužan je poštivati ono što je ugovorio, ne može sada s uspjehom zahtijevati ono što je ugovorom izričito i nedvosmisleno otklonio – naknadu uloženog u zakupljeni prostor, slijedom čega nema niti pravo na kojemu ustraje i koje se (prema odredbama čl. 164. st. 2. ZV-a i čl. 72. st. 1. ZOO-a) može ostvariti samo uz pretpostavku postojanja prava na naknadu uloženog: pravo da zadrži poslovni prostor dok mu naknada ne bude isplaćena.*

45 V. odluku broj Rev-2907/91 od 25. ožujka 1992., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017. u kojoj je navedeno: *Na kraju valja reći da tuženik neosnovano ističe da ima pravo zadržanja - zadržati u posjedu poslovnu prostoriju tužitelja dok mu ovaj ne plati naknadu za uložena sredstva. Ovo zbog toga, što nije, kako je utvrdjeno, ispunjena pretpostavka predviđena u odredbi čl. 287. st. 2. ZOO, jer se predmetna poslovna prostorija nalazi u sastavu kuće gdje ne postoji zasnovano etažno vlasništvo, pa se poslovna prostorija sama za sebe ne može zaplijeniti i izvrgnuti prodaji*.

3.4. Zastara prava poštenog posjednika na naknadu nužnih i korisnih troškova

ZV propisuje da pravo poštenog posjednika na naknadu nužnih i korisnih troškova zastarijeva u roku od tri godine od dana predaje stvari.[46] S obzirom na takvu odredbu ZV-a moglo bi se zaključiti da danom predaje u posjed stvari dospijeva i potraživanje naknade nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika prema vlasniku stvari, odnosno da bi podnošenje zahtijeva za naknadu nužnih i korisnih troškova prije predaje stvari bilo preuranjeno. Naime, opća odredba u čl. 215. st. 1. ZOO-a o tome kad zastara počinje teći određuje da je to prvog dana kad je vjerovnik imao pravo zahtijevati ispunjenje obveze, osim ako zakonom za pojedine slučajeve nije što drugo propisano. Upravo u slučaju potraživanja naknade nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika od vlasnika stvari, postoji iznimka od općeg pravila o dospijeću obveze, jer to proizlazi iz odredbe čl. 164. st. 2. ZV-a. Kod prava poštenog posjednika na potraživanje naknade nužnih i korisnih troškova razlikuju se trenutak dospijeća tražbine i trenutak od kojeg počinje teći zastara, s obzirom na to da pošteni posjednik može već u postupku povodom vlasničke tužbe istaknuti zahtjev za naknadu nužnih i korisnih troškova, a povrh toga i zadržati stvar dok mu ti troškovi ne budu naknađeni.[47] Stoga se zahtjev za naknadu nužnih i korisnih troškova može postaviti i prije nego što uopće zastara počne teći, a jedini je preduvjet da vlasnik zahtijeva predaju stvari.[48]

Ako je do predaje stvari došlo prije nego što je pošteni posjednik zahtijevao naknadu nužnih i korisnih troškova, on neće moći ostvariti pravo zadržanja stvari, a protekom tri godine od predaje stvari zastarit će mu i sam zahtjev za naknadu nužnih i korisnih troškova. Posebno je bitno istaknuti da ako nema pretpostavki za primjenu čl. 164. st. 2. ZV-a (jer vlasnik uopće ne zahtijeva predaju stvari), postoji mogućnost potraživanja poštenog posjednika stvari naknade nužnih i korisnih troškova temeljem instituta sjecanja bez osnove ili temeljem ugovornog odnosa koji je osnova prava na posjed, i u kojem slučaju se primjenjuje opći zastrani rok od pet godina.[49] Kod pitanja

46 V. čl. 164. st. 7. ZV.

47 Pravo zadržanja stvari poštenog posjednika radi osiguranja naknade nužnih i korisnih troškova od vlasnika koji traži predaju stvari bilo bi bez ikakva smisla kad bi se tumačilo da pošteni posjednik može staviti zahtjev za naknadu tih troškova tek nakon što je stvar predao vlasniku.

48 Ako vlasnik ne zahtijeva predaju stvari nema uopće mjesta primjeni odredbi čl. 164. st. 2. – 7. ZV.

49 V. čl. 225. ZOO. O tome v. odluke VSRH broj Revx-294/14 od 15. travnja 2015. i broj Revx-358/11 od 20. studenog 2013., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017. U odluci broj Revx-358/11 je navedeno: *Međutim, zastara potraživanja za stjecanje bez osnove do kojeg je došlo ulaganjem tuđeg rada i sredstava u nekretnine tuženika (čl. 215. u svezi s odredbom čl. 210. ZOO-a) počinje teći od dana kada je neosnovano obogaćeni stekao mogućnost ubirati korist od izvršenih ulaganja (koju činjenicu, vrijeme kada su tužitelji predmetnu nekretninu predali tuženicima, su nižestupanjski sudovi propustili utvrditi), a ne kako to pogrešno cijeni drugostupanjski sud, od dana kada su ta ulaganja učinjena. Početak tijeka zastare jednako je uređen i odredbom čl. 164. st. 7. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima), jer pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova zastarijeva od dana predaje stvari, s time da se u pretpostavkama iz odredbe čl. 164. ZV-a radi o trogodišnjem, a ne općem zastarnom roku, koji se primjenjuje u konkretnom slučaju.*

zastare prava poštenog posjednika potraživati naknadu nužnih i korisnih troškova, postavlja se pitanje bi li protekom zastarnog roka od tri godine pošteni posjednik mogao potraživati istu naknadu temeljem instituta stjecanja bez osnove, ako mu nije istekao opći zastarni rok od pet godina. Mišljenja sam da to nije moguće, jer bi se time odredba čl. 164. st. 7. ZV-a o zastari kao *lex specialis* u potpunosti stavila izvan snage. U sudskoj se praksi potraživanja naknade ulaganja u tuđu stvar, pa tako i potraživanja nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika, vrlo često pravno kvalificiraju kao stjecanje bez osnove vlasnika stvari ili čak poslovodstvo bez naloga i sl.[50] O pretpostavkama i razgraničenju u primjeni odredbi ZV-a i ZOO-a u svezi s postavljanjem zahtjeva za naknadu nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika, bit će više riječi u poglavlju koje će detaljnije obrađivati taj odnos i gdje će biti zauzeta određena stajališta. O zastari potraživanja naknade nužnih i korisnih troškova VSRH je u nizu svojih odluka zauzeo stajališta s obzirom na konkretne okolnosti slučaja, o tome je li u konkretnom slučaju došlo do zastare potraživanja ili ne.[51]

3.5. Pravo poštenog posjednika na odvajanje i odnošenje dodanog stvari

Pošteni posjednik nema pravo zahtijevati naknadu troškova koji nisu nužni i korisni, odnosno nema pravo na naknadu tzv. luksuznih troškova koje je učinio radi

50 V. primjerice odluku VSRH broj 22/07 od 4. travnja 2007., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 3. veljače 2017., gdje je prihvaćeno da se radi o stjecanju bez osnove jer je temeljem tog instituta obveznog prava postavljen zahtjev.

51 V. primjerice odluke VSRH broj Revx-358/11 od 20. studenog 2013., broj Revx-1079/10 od 23 veljače 2011., broj Gzz-162/04 od 30. ožujka 2005., broj Rev-610/06 od 15. studenog 2006, broj Rev-22/07 od 4. travnja 2007. i broj Revx-294/14 od 15. travnja 2015., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 4. veljače 2017. Tako je u odluci broj Revx-1079/10 VSRH zaključio*: Ocjenjujući pitanje zastare sudovi su zaključili da potraživanje tužitelja zastarijeva u roku od tri godine prema odredbi čl. 164. st. 7. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, a ne u roku od pet godina u kojem zastarijevaju tražbine koje se temelje na pravnoj osnovi stjecanja bez osnove. Suprotno revizijskim navodima pitanje zastare sudovi su pravilno ocijenili, pa je materijalno pravo pravilno primijenjeno kada je zbog zastare tužbeni zahtjev odbijen kao neosnovan"*. Nadalje, u odluci VSRH broj Rev-610/06 sud je naveo sljedeće: *Odlučujući o zahtjevu sud prvog stupnja nadalje propustio je utvrditi pravni osnovu protutužbenog zahtjeva. Doduše se u razlozima presude pozvao na institut naknade štete, iako bi se moglo raditi o stjecanju bez osnove do kojeg je došlo ulaganjem tuđeg rada i sredstava u smislu čl. 215. u vezi čl. 210. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 79/91, 3/94, 7/96, 112/99 i 88/01 – dalje: ZOO), odnosno o zahtjevu za naknadu nužnih i korisnih troškova koje je tuženik imao prema odredbi čl. 164. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 68/98, 137/99, 12/00, 73/00 i 114/01 – dalje: ZV) ili čl. 38. bivšeg Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 9/92 i 77/92 – dalje: ZOVO) ovisno koji zakon treba primijeniti. Zastara potraživanja iz stjecanja bez osnove do kojeg je došlo ulaganjem tuđeg rada i sredstava u poslovni prostor tužitelja, počinje teći od dana kada je neosnovano obogaćeni stekao mogućnost da ubire koristi od izvršenih ulaganja, što nije utvrđeno, jer nije razjašnjeno kada je predmetni poslovni prostor predan tužitelju. Početak tijeka zastare jednako je uređen i odredbom čl. 164. st. 7. ZV, jer pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova zastarijeva od dana predaje stvari, s time da se prema tom propisu radi o trogodišnjem, a ne općem zastarnom roku od pet godina iz čl. 371. ZOO, koji je u primjeni kod instituta stjecanja bez osnove.*

svojeg zadovoljstva, uljepšavanja stvari, veće udobnosti i sl.[52] U takvom slučaju pošteni posjednik može prije nego što je stvar vratio vlasniku odvojiti i sebi uzeti ono što je stvari dodao tim troškovima pod uvjetom da to može učiniti bez oštećenja stvari.[53] Stoga su pretpostavke za korištenje prava odnošenja (*ius tollendi*): da se ne radi o nužnim i korisnim troškovima već o tzv. luksuznim troškovima (*impensae voluptuariae*), da poštenom posjedniku vlasnik nije ponudio naknadu za te troškove, da je stvar još uvijek u posjedu poštenog posjednika i da odvajanje dodanog stvari pošteni posjednik može učiniti bez oštećenja stvari. O tomu radi li se o nužnim i korisnim troškovima ili tzv. luksuznim troškovima, procjenjuje se u svakom konkretnom slučaju s obzirom na konkretne okolnosti.[54]

4. PRAVA I OBVEZE NEPOŠTENOG POSJEDNIKA PREMA VLASNIKU STVARI

U čl. 165. ZV-a reguliran je pravni položaj nepoštenog posjednika koji nema pravo posjedovati vlasnikovu stvar i koji je mora predati vlasniku ili osobi koju vlasnik odredi. Nepošteni posjednik u taj pravni položaj može doći nakon što je obvezan stvar vratiti vlasniku na temelju vindikacijskog zahtjeva i nakon što je stavio svoje protuzahtjeve u odnosu na troškove koje je imao tijekom poštenog posjeda stvari. Isto tako nepošteni posjednik u isti položaj dolazi i ako je spreman dobrovoljno vratiti stvar vlasniku, ali nije postignut sporazum s vlasnikom stvari o naknadi troškova. Za razliku od poštenog posjednika, pravni položaj nepoštenog posjednika daleko je nepovoljniji, odnosno nepošteni obveznik ima veće obveze, a manja prava u odnosu na vlasnika stvari. Obveza nepoštenog posjednika stvari prema vlasniku stvari je da istu preda vlasniku ili osobi koju odredi vlasnik te da naknadi sve štete koje su nastale na stvari, kao i sve koristi koje je nepošteni posjednik imao za vrijeme posjedovanja stvari, uključujući i one koje bi stvar dala da ih nije zanemario.[55] S druge strane, nepošteni posjednik ima pravo na naknadu samo nužnih troškova ako bi oni bili nužni i vlasniku, ali za te troškove nema pravo zadržanja stvari, već stvar vlasniku mora predati bez odgode.[56] Nepoštenom posjedniku također se ne naknađuju tzv. luksuzni troškovi, a on ima pravo odnošenja dodanog stvari za one troškove koji mu se ne naknađuju.

52 V. čl. 164. st. 4. ZV.

53 *Ibid.*

54 O tome v. odluke VSRH broj Rev-194/91 od 24. travnja 1991., broj Rev-1578/94 od 9. veljače 1999. i broj Revx-517/11 od 17. veljače 2015., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 4. veljače 2017. Tako je u odluci VSRH broj Revx-517/11, prihvaćeno stajalište nižestupanjskih sudova u odnosu na protutužbeni zahtjev da tuženiku ne pripada pravo na naknadu troškova postavljanja alarmnog uređaja i ukrasnih greda na stropu jer se radi o luksuznim troškovima.

55 V. čl. 165. st. 1. ZV.

56 V. čl. 165. st. 3. i 4. ZV.

4.1. Obveze nepoštenog posjednika prema vlasniku stvari

Osnovna obveza nepoštenog posjednika stvari je da vlasniku ili osobi koju on odredi preda stvar. Daljnje obveze nepoštenog posjednika su da na zahtjev vlasnika stvari istome naknadi sve štete koje su na stvari nastale za vrijeme njegova posjedovanja te da naknadi sve koristi koje je imao za vrijeme posjedovanja stvari, uključujući i one koje bi stvar dala da ih nije zanemario.[57] Za razliku od poštenog posjednika koji je obvezan samo predati stvar vlasniku na njegov zahtjev,[58] nepošteni posjednik dužan je vlasniku predati sve koristi koje je imao od stvari ili ako to nije moguće dati naknadu za te koristi.[59] Tako je nepošteni posjednik koji je koristio poslovni prostor bez prava na posjed, dužan vlasniku na ime naknade koristi koje je imao za vrijeme korištenja poslovnog prostora, dati naknadu najmanje u visini zakupnine koju je plaćao ili koja se prosječno plaća za takav prostor.[60] Potraživanje vlasnika stvari na ime naknade štete ili naknade za koristi od stvari zastarijeva u roku od tri godine od dana kad je posjednik predao stvar vlasniku.[61] Sve ono što je navedeno za zastaru i dospijeće potraživanja poštenog posjednika na ime nužnih i korisnih troškova prema vlasniku stvari, vrijedi i kod zastare potraživanja vlasnika prema nepoštenom posjedniku na ime eventualne štete na stvari ili na ime naknade za koristi koje je imao pošteni posjednik.[62]

4.2. Prava nepoštenog posjednika prema vlasniku stvari

Nepošteni posjednik može od vlasnika stvari kojem mora predati stvar zahtijevati samo naknadu nužnih troškova koje je imao za vrijeme dok je imao u posjedu stvar. Nepošteni posjednik je i u pogledu tog prava u lošijem položaju od poštenog posjednika jer nema pravo na naknadu nužnih troškova prema objektivnom kriteriju,

57 V. *supra* bilj. 56.

58 Uz iznimku za one koristi koje ne bi bile primjerene pravu na posjed za koji je pošteni posjednik vjerovao da mu pripada. V. *supra* bilj. 28.

59 To se odnosi na sve već odvojene i iskorištene plodove, postojeće plodove i koristi od uporabe. Također se to odnosi na zanemarene koristi, odnosno one koristi koje je nepošteni posjednik propustio ostvariti.

60 Odluke VSRH broj Rev-54/09 od 15. travnja 2009., broj Revx-942/14 od 11. veljače 2015., broj Revx-765/14 od 11. studenog 2014., broj Revx-1233/13 od 1. travnja 2014., broj Revx-573/12 od 25. veljače 2014. i broj Revx-362/14 od 28. svibnja 2014., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 4. veljače 2017. Tako se u odluci VSRH broj Rev-54/09 navodi: *Prema odredbi čl. 165. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima nepošteni posjednik tuđe stvari mora je predati vlasniku ili osobi koju taj odredi, te naknaditi sve štete koje su na njoj nastale i sve koristi koje je imao za vrijeme svojeg posjedovanja, pa i one koje bi stvar dala da ih nije zanemario. Obavljanjem ugostiteljske djelatnosti tužitelj je u poslovnom prostoru tuženika ostvarivao određene koristi, jer u slučaju da je koristio neki drugi poslovni prostor za istu svrhu bio bi dužan plaćati zakupninu za korištenje poslovnog prostora*. U odluci broj Revx-942/14 se navodi sljedeće: *Naime, pravilno je shvaćanje nižestupanjskih sudova da je tuženica u utuženom razdoblju od predmetne nekretnine stekla koristi bar za iznos zakupnine koju bi inače trebala plaćati, čime takva korist koju je imala od korištenja poslovnog prostora predstavlja iznos koji je u smislu odredbe čl. 165. st. 1. ZV-a dužna platiti tužitelju*.

61 V. čl. 165. st. 2. ZV.

62 V. *supra* pogl. 3.4. prvi odlomak.

već po subjektivnom kriteriju, što znači samo onih koji bi bili nužni i vlasniku.[63] Za razliku od poštenog posjednika, nepošteni posjednik nema pravo na naknadu korisnih troškova uopće[64] te isto kao pošteni posjednik, nema pravo na naknadu tzv. luksuznih troškova. Nepošteni posjednik ima također pravo na odvajanje i odnošenje onog što je dodao stvari, ako to može učiniti bez oštećenja stvari.[65] Međutim, nepošteni posjednik ima pravo odvajanja i odnošenja dodanog stvari, ako je to moguće, u pogledu svih troškova koji mu se ne naknađuju, a ne samo luksuznih.[66] Na kraju, nepošteni posjednik nema pravo retencije stvari za osiguranje zatražene naknade nužnih troškova i dužan je stvar bez odgađanja predati vlasniku.

Nepošteni posjednik ukupno ima daleko manje prava od poštenog posjednika te tako nepošteni posjednik nema pravo na naknadu korisnih troškova uopće, nema pravo na naknadu svih nužnih troškova i nema pravo retencije. Jedino ima veća prava od poštenog posjednika u pogledu prava odvajanja i odnošenja poboljšica, ali će to pravo u praksi biti najčešće teško provedivo zbog mogućnosti oštećenja stvari. Rokovi zastare i dospijeća potraživanja naknade nužnih troškova identični su kao i kod poštenog posjednika te sve što je navedeno kod zastare potraživanja naknade nužnih i korisnih troškova poštenog posjednika, vrijedi i za potraživanje naknade nužnih troškova nepoštenog posjednika.

5. ODNOS I PRIMJENA PROPISA OBVEZNOG PRAVA PREMA PROPISIMA STVARNOG PRAVA

Već je navedeno da se za pravni položaj poštenog i nepoštenog posjednika prema vlasniku stvari u dijelu gdje se potražuju naknade za ulaganja i učinjene troškove i pravo zadržanja, primjenjuju podredno propisi obveznog prava, prije svega oni koji reguliraju stjecanje bez osnove. Odredbe ZV-a su *lex specialis* te se one primjenjuju primarno, a odredbe ZOO-a samo ako to nije regulirano u ZV-u. To je razgraničenje vrlo bitno jer je primjerice zastara potraživanja temeljem stjecanja bez osnove u općem zastarnom roku od pet godina, dok je prema ZV-u zastara potraživanja vlasnika stvari i posjednika stvari u roku od tri godine.[67] Nadalje, zbog sličnosti odredbi ZV-a koje reguliraju prava i obveze posjednika prema vlasniku stvari s odredbama obveznog prava koje reguliraju institut sjecanja bez osnove, u praksi sudova vrlo često dolazi

63 To znači da ako se u postupku utvrdi, da neki objektivno potreban nužni trošak vlasnik ne bi napravio da je stvar bila u njegovu posjedu, nepoštenom posjedniku neće pripadati takav trošak. To će u praksi biti rjeđi slučaj, ali je moguće da vlasnik za neki nužan trošak po objektivnom kriteriju dokazuje da ga on ne bi imao.

64 Prema čl. 39. st. 5. ZOVO-a nepošteni posjednik imao je pravo i na naknadu korisnih troškova pod istim uvjetima kao i za nužne troškove – *ako su bili korisni osobno za vlasnika*. ZV je očigledno još više smanjio prava nepoštenog posjednika, pri čemu smatramo da je rješenje iz ZOVO-a bilo prihvatljivije. To jer bi nepošteni posjednik mogao imati znatna ulaganja u stvar koja bi predstavljala objektivno i veliko povećanje vrijednosti stvari te ako bi i sam vlasnik učinio takva ulaganja, smatramo da je pravednije rješenje iz ZOVO-a.

65 V. čl. 165. st. 5. ZV.

66 *Ius tollendi* kod nepoštenog posjednika obuhvaćao bi nužne troškove koji nisu bili nužni za vlasnika te sve korisne i luksuzne troškove koje je ima nepošteni posjednik.

67 V. čl. 215. st. 1. ZOO i čl. 164. st. 7. i čl. 165. st. 2. i 3. ZV.

do pogrešne primjene materijalnog prava, odnosno do miješanja tih pravnih instituta obveznog i stvarnog prava.[68]

Da bi došlo do primjene odredbi čl. 164. i 165. ZV, potraživanja se moraju temeljiti na ulaganjima i troškovima koje je posjednik imao za vrijeme posjedovanja vlasnikove stvari. Ako je netko ulagao u stvar ili za nju imao troškove, a koja nikad nije bila u njegovu posjedu, nema mjesta primjeni odredbi ZV-a. Tada se može govoriti isključivo o stjecanju bez osnove ili eventualno poslovodstvu bez naloga.[69] Nadalje, nema mjesta primjeni odredbi čl. 164. i 165. ZV-a kada vlasnik ne zahtijeva predaju stvari niti je posjednik dobrovoljno sam predao stvar vlasniku. To se odnosi na situaciju kada posjednik i dalje nesmetano ima u posjedu stvar, a potražuje naknadu za izvršena ulaganja u stvar.[70] Također nema primjene odredbi stvarnog prava koje reguliraju pravni položaj poštenog i nepoštenog posjednika iako su za to ispunjene pretpostavke iz ZV-a, ako je između posjednika i vlasnika stvari sklopljen pravni posao koji drukčije regulira ta prava.[71]

Kod prava zadržanja stvari poštenog posjednika radi osiguranja potraživanja naknade nužnih i korisnih troškova, odredba čl. 164. st. 2. ZV-a je *lex specialis* u odnosu na opću odredbu ZOO-a o pravu zadržanja.[72] Tako prema općoj odredbi o pravu zadržanja iz ZOO-a, vjerovnik dospjele tražbine može zadržati bilo koju stvar koju drži u rukama dok mu ne bude ispunjena tražbina. Pravo retencije iz ZV-a odnosi se samo na stvar u odnosu na koju je pošteni posjednik imao troškove te on ne može zadržati kao osiguranje bilo koju stvar vlasnika koju bi eventualno držao u svom posjedu, već samo onu u odnosu na koju potražuje naknadu troškova.[73] Pravo

68 Tako se u odluci VSRH broj 1029/05 od 4. svibnja 2006. navodi*: Sudovi zaključuju da tužitelj kao pošteni posjednik ima pravo zahtijevati naknadu uloženih sredstava, odnosno naknadu za nužne i korisne troškove koje je imao da bi navedeni poslovni prostor priveo ugovorenoj namjeni za obavljanje ugostiteljske djelatnosti kojom se tužitelj bavio. Odlučujući o pravu na povrat uloženih sredstava, odnosno nužne i korisne troškove, sudovi su se pravilno pozvali na čl. 210. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99 – dalje ZOO/91) prema kojoj kad dio imovine jedne osobe na bilo koji način prijeđe u imovinu druge osobe, a taj prijelaz nema osnove na nekom pravnom poslu ili zakonu, stjecalac je dužan vratiti ga ako je to moguće, a inače je dužan nadoknaditi postignute korist.* Kasnije se u odluci zaključuje da tužitelj ima pravo na nužne i korisne troškove uz pravilnu primjenu odredbi ZV i ZOO/91.

69 O poslovodstvu bez naloga v. odluke VSRH broj Rev-421/10 od 20. ožujka 2012. i broj Rev-1063/07 od 18. veljače 2010.

70 On se tada neće moći s uspjehom pozvati niti na stjecanje bez osnove, jer prema usvojenoj sudskoj praksi zahtjev za naknadu stečenog bez osnove dospijeva tek u trenutku kad je stjecatelj stekao mogućnost ubirati korist od izvršenih ulaganja, a to je opet kad je stvar predana vlasniku ili stjecatelju, a ne kad su ulaganja vršena.

71 Npr. temeljem ugovora o zakupu kojim je izričito zabranjeno ulaganje posjednika u stvar bez pristanka vlasnika.

72 V. čl. 75. st. 1. ZOO.

73 V. odluku VSRH broj II Rev-80/90 od 5. prosinca 1990., htpps://sudskapraksa.csp.vsrh.hr, očitanje 4. veljače 2017. U navedenoj odluci se u svezi s pravom zadržanja poštenog posjednika navodi: *Odredba čl. 38. st. 7. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima odnosi se na osiguranje tražbine proistekle iz troškova održavanja. Stvari, a predmetno tuženikovo (prodavateljevo) potraživanje se ne odnosi na takve troškove*.

zadržanja poštenog posjednika prema odredbi čl. 164. st. 2. ZV-a i kod ispunjenja svih pretpostavki ipak neće pripadati poštenom posjedniku ako je to pravo drukčije regulirano pravnim poslom između stranaka.[74]

Stoga kod odnosa i primjene propisa stvarnog ili obveznog prava za prava i obveze posjednika stvari prema vlasniku, treba prvotno poći od njihova eventualno postojećeg pravnog posla koji regulira ta prava i obveze, a zatim primijeniti odredbe ZV-a kao *lex specialis* ako su ispunjene za to pretpostavke prema kriterijima i stajalištima koji su izneseni, uz podrednu primjenu propisa obveznog prava. Tek ako nisu ispunjene pretpostavke za primjenu ZV-a kao *lex specialis* može doći do direktne i isključive primjene odredaba ZOO-a, također pod pretpostavkom ispunjenja pretpostavki za njihovu primjenu.

6. ZAKLJUČAK

Pravni položaj posjednika stvari prema vlasniku stvari ovisi ponajprije o tom radi li se o poštenom ili nepoštenom posjedniku. Pošteni posjednik ima daleko povoljniji položaj nego nepošteni posjednik, te je njegova jedina obveza predaja stvari vlasniku na njegov opravdani zahtjev. On nije obvezan dati naknadu za uporabu i koristi koje je imao od stvari, a nije dužan naknaditi vlasniku ono što je pritom oštećeno ili uništeno. Nepošteni posjednik, osim obveze predaje stvari vlasniku, dužan je naknaditi sve štete koje su nastale na stvari kao i sve koristi koje je imao od stvari uključujući i one koje je zanemario ostvariti. Pošteni posjednik ima i daleko veća prava prema vlasniku stvari, pa tako ima pravo na naknadu nužnih i korisnih troškova, pravo zadržanja stvari radi osiguranja naplate svog potraživanja te pravo odnošenja u odnosu na tzv. luksuzne troškove. S druge strane, nepošteni posjednik ima pravo potraživati samo nužne troškove pod uvjetom da bi oni bili nužni i samom vlasniku te ima pravo odnošenja za troškove koji mu se ne naknađuju.

Potraživanja vlasnika stvari prema nepoštenom posjedniku kao i potraživanja poštenog i nepoštenog posjednika prema vlasniku stvari zastarijevaju u roku od tri godine od predaje stvari vlasniku. Odredbe ZV-a su *lex specialis* u odnosu na propise obveznog prava te je njihova primjena samo supsidijarna u odnosu na ono što nije regulirano u ZV-u. Pretpostavke za primjenu odredbi ZV-a koje reguliraju pravni položaj posjednika prema vlasniku stvari su: da se potraživanja moraju temeljiti na ulaganjima i troškovima koje je posjednik imao za vrijeme posjedovanja vlasnikove stvari, da je vlasnik stvari zatražio predaju stvari ili je stvar dobrovoljno predana vlasniku i da prava i obveze između vlasnika i posjednika stvari nisu drukčije regulirana pravnim poslom.

74 V. sudsku praksu navedenu *supra* kod bilj. 45.

LITERATURA

1. Crnić, I.; Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, III izdanje, Organizator, Zagreb, 2006.,
2. Gavella, N. *et al*.; Stvarno pravo, Svezak 1, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007.,
3. Gorenc, V. *et al*; Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014.,
4. Jelčić, O.; Tužbe radi zaštite prava vlasništva, Hrvatska pravna revija, 2001.
5. Jug, J.; Tužbe za zaštitu prava vlasništva, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 19, Organizator, Zagreb, 2012.,
6. Klarić, P. i Vedriš, M.; Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, IX izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2008.,
7. Žuvela, M.; Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, Prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, prilozi i kazala, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2009.

Summary

THE LEGAL POSITION OF HONEST AND DISHONEST POSSESSORS IN RELATION TO THE OWNERS OF THINGS

This paper deals with the problems related to the legal position of honest and dishonest possessors in relation to the owner of things, that is, it analyses the rights belonging to the possessors of things and the demands that possessors may require from the owners of things to whom the possessors must submit those things. Also, in contrast, the rights and requirements are analysed of the owners of things in relation to honest and dishonest possessors. In practice, a dilemma arises in defining the essential and beneficial expenditure incurred by honest possessors, what the presumptions are for and until when the right of retention may be exercised for the sake of remuneration of that expenditure, when the statute of limitations expires on that claim, and the significance of the provisions of the Civil Obligations Act in relation to unjust enrichment, management without mandate and the right of retention, and which provisions regulate these or similar issues. The answers to some of these dilemmas have been provided in case law, and therefore the basic method used in the paper was analysis and research of case law, especially decisions by the Supreme Court of the Republic of Croatia.

The introduction to the paper provides the basic characteristics of the concept of possession and possession of things, and the type and quality of possession, to provide a basis for the subsequent analysis of the legal position of the possessor of a thing in relation to the owner of that thing.

Keywords: *honest possessor, dishonest possessor, essential and beneficial expenditure, legal retention, unjust enrichment, statute of limitations.*

Zusammenfassung

DIE RECHTSPOSITION DER EHRLICHEN UND UNEHRLICHEN BESITZER IN BEZUG AUF EIGENTÜMER

Diese Arbeit beschäftigt sich mit den Problemen, die mit der rechtlichen Stellung ehrlicher und unehrlicher Besitzer im Verhältnis zum Eigentümer verbunden sind, d.h. sie analysiert die Rechte des Besitzers und die Forderungen, welche der Besitzer vom Eigentümer verlangen kann, damit der Besitzer sein Besitz abgibt. Im Gegensatz dazu werden die Rechte und Anforderungen des Eigentümers in Bezug auf ehrliche und unehrliche Besitzer analysiert. In der Praxis entstehen Dilemmas, wie die wesentlichen und vorteilhaften Ausgaben des ehrlichen Besitzers bestimmt werden, welche

Voraussetzungen es sind und bis zu welchen Zeitpunkt das Zurückbehaltungsrecht für die Vergütung dieser Ausgaben ausgeübt werden kann, wann die Verjährungsfrist anfängt und von welcher Bedeutung die Bestimmungen des Zivilverfahrensgesetzes in Bezug auf die ungerechte Anreicherung, die Geschäftsführung ohne Anordnung oder das Zurückbehaltungsrecht sind und welche Bestimmungen diese und ähnliche Fragen regeln. Die Antworten auf einige von diesen Dilemmas sind in der Rechtsprechung vorgelegt, weshalb die Analyse und Forschung der Rechtsprechung, insbesondere Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Republik Kroatien, die grundlegende Methode dieser Arbeit ist.

In der Einführung bietet diese Artikel die grundlegenden Merkmale des Begriffs des Besitzens und des Eigentumsbesitzes und die Art und Qualität des Besitzes an, um eine Grundlage für die anschließende Analyse der Rechtsposition des Eigentumsbesitzers in Bezug auf den Eigentümer zu schaffen.

***Schlüsselwörter**: ehrlicher Besitzer, unehrlicher Besitzer, wesentliche und nützliche Ausgaben, gesetzliche Aufbewahrung, ungerechtfertigte Bereicherung, Verjährung.*

Riassunto

LA POSIZIONE GIURIDICA DEL POSSESSORE DI BUONA E DI MALA FEDE RISPETTO AL PROPRIETARIO DEL BENE

Nel lavoro si disamina la questione relativa alla posizione giuridica del possessore di buona fede e di quello di mala fede rispetto al proprietario del bene: ovvero si analizzano i diritti riconosciuti al possessore del bene e le pretese che il possessore può avanzare nei confronti del proprietario al quale il possessore debba consegnare il bene. Altresì si esaminano dall'altra parte anche le pretese del proprietario nei confronti del possessore di buona fede o di quello di mala fede. Nella prassi emergono perplessità circa la determinazione delle spese necessarie ed utili, sostenute dal possessore di buona fede, quali siano i presupposti delle stesse e fino a quando si possa far valere il diritto a ritenere il bene per il soddisfacimento delle predette spese; ancora, perplessità circa il momento in cui intervenga la prescrizione di detti crediti e di quale rilevanza siano le disposizioni della Legge sui rapporti di obbligazione con riguardo all'arricchimento senza giusta causa, alla gestione di affari altrui od al diritto alla ritenzione, posto che queste ultime norme regolano una questioni simili od eguali. Le risposte ad alcune di queste perplessità sono state date dalla giurisprudenza; pertanto, il metodo d'indagine adottato nel presente lavoro è quello dell'analisi e della ricerca della giurisprudenza, con particolare attenzione alle decisioni della Suprema corte della Repubblica di Croazia. In via introduttiva nel lavoro si indicano le fondamentali caratteristiche della nozione di possesso e del possesso di cose e dei tipi e delle caratteristiche del possesso; tutto ciò al fine di

analizzare successivamente la posizione giuridica del possessore del bene rispetto al proprietario del bene.

***Parole chiave**: possessore di buona fede, possessore di mala fede, spese necessarie ed utili, diritto di ritenzione, arricchimento senza causa, prescrizione.*

ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI U KONTEKSTU MEĐUNARODNE PRAVNE STEČEVINE I SUZBIJANJA PODMIĆIVANJA

Mijo Galiot, dipl. iur.
zamjenik predsjednika Državnog sudbenog vijeća i
sudac Općinskog suda u Splitu

UDK: 343.352
Ur.: 10. veljače 2017.
Pr.: 14. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Kaznenopravna reakcija na kaznena djela podmićivanja iznimno je važna za svaki uređeni pravni sustav. O uspješnosti te reakcije, a posebno njezina bitnog i neizostavnog segmenta - oduzimanje imovinske koristi, umnogome ovisi cjelokupan politički i gospodarski razvoj pojedine države. Učinkovita primjena instituta (proširenog) oduzimanja imovinske koristi u praksi pokazala se važnom kod kaznenih djela (pasivnog) podmićivanja. Radi se o kaznenim djelima koja podrazumijevaju uspostavu korupcijskog savezu kojem obje strane mogu biti zadovoljne jer ostvaruju određene (imovinske) probitke i koristi.

Kakva će biti kaznenopravna reakcija prema počiniteljima podmićivanja ovisi o stavu društva, točnije, o privremenoj vladajućoj garnituri. O njihovim shvaćanjima, ovisi i kaznenopravna reakcija prema počiniteljima s aspekta oduzimanja imovinske koristi u kaznenim normativima.

U prilog znanstvenoj raspravi, u radu se analizira kaznenopravna mjera oduzimanja imovinske koristi u kontekstu međunarodne pravne stečevine u suzbijanju podmićivanja, uz osvrt na recentnu praksu "uskočkih" sudova. Pritom je naglasak stavljen na prikaz domaće i međunarodne regulacije instituta tzv. proširenog oduzimanja imovinske koristi. Usporednom metodom je dan prikaz i analiza (ne)usklađenosti domaće materijalne regulacije s relevantnom međunarodnom pravnom stečevinom o tom pitanju.

Ključne riječi: *korupcija, podmićivanje, imovina, imovinska korist, korist ostvarena kaznenim djelom, oduzimanje imovinske koristi, prošireno oduzimanje imovinske koristi.*

1. UVOD

1.1. Općenito

Za problematiku kaznenopravne reakcije na korupcijska ponašanja, pored znanstvene i stručne, zainteresirana je i laička javnost.[1] Moglo bi se reći da "za korupciju svi znaju da postoji, ali ne znaju točno kako izgleda i kome se daje",[2] što je upravo čini poluvidljivom i poludohvatljivom pojavom.[3] Unatoč tomu što svi znaju da je ona nešto u osnovi pogrešno, ovisno o okolnostima, korupcija ima svoje apologete ili progonitelje, što je karakterizira kao tipičnu ambivalentnu pojavu u društvu.[4] Naime, u odnosu na počinitelje drugih kaznenih djela (primjerice počinitelje kaznenih djela ubojstva, silovanja i dr.), počinitelji korupcijskih kaznenih djela, u slučaju tzv. individualne ili tzv. "ulične" korupcije, ne nailaze na bitniju osudu javnosti, već suprotno, bivaju promatrani kao "sposobni" i "okretni" pojedinci koji se znaju pobrinuti za sebe u grabežljivu društvu u kojem svatko misli samo na sebe i svoje probitke.[5] S druge strane, sistemsku ili državnu korupciju javnost doživljava kao napad na sve pozitivne vrijednosti suvremenog društva, a po viktimološkim kriterijima, žrtvom postaje odnosno smatra se čitavo društvo.[6]

Iako nije jedino sredstvo u sprječavanju i suzbijanju korupcijskih kaznenih djela, kazneno pravo predstavlja vrlo važan i neizostavan segment društvene reakcije na takve pojave.[7] U tom smislu, Bačić navodi da je suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, kao i kaznenopravne mjere za to, u tom mehanizmu važan čin kaznenog prava.[8] Kao najvažnije kaznene odredbe tzv. antikorupcijskog kaznenog prava, ističe: inkriminacije o zločinačkoj, kriminalnoj organizaciji, oduzimanju nezakonito stečene (imovinske) koristi, odredbe o pranju novca, odredbe o strožem kažnjavanju članova tih organizacija na više mjesta kod različitih kaznenih djela tipičnih za stil djelovanja tih organizacija, antikorupcijske inkriminacije te odredbe o odgovornosti pravnih osoba.[9]

Institut tzv. proširenog oduzimanja imovine koristi, kao važan dio kaznenopravne reakcije na počinitelje podmićivanja, valja promatrati u kontekstu kameleonske prirode korupcijskih djelovanja. Ova djela često se nazivaju i koluzivnim kaznenim djelima.[10] Ponajprije stoga što obje strane u korupcijskoj razmjeni mogu biti "zadovoljne" jer ostvaruju određene probitke i koristi, a, drugo, razotkrivanje djela i

1 Slično Datzer, D., Vujović S., Kaznena politika za korupcijska kaznena djela na području kantona Sarajevo, Kriminologija i socijalna integracija, 2013., str. 1.
2 Derenčinović, D., Kaznenopravni aspekti korupcije s elementom inozemnosti, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 1999., str. 156.
3 Ibidem.
4 Slično ibidem.
5 Slično Saračević, A., Korupcijska kaznena djela, Hrvatska pravna revija, 2008., str. 82.
6 Ibidem bilj. 2 (Derenčinović, 1999.).
7 Tako, Bačić, F., Korupcija i antikorupcijsko kazneno pravo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2000., str. 830.
8 Ibidem.
9 Ibidem.
10 Tako i Derenčinović, D., Mit(o) korupciji, Nocci, Zagreb, 2001., str. 267.

njegovo prijavljivanje može dovesti do samoinkriminiranja, odnosno okolnosti da se protiv prijavitelja pokrene kazneni postupak i da na kraju bude osuđen.[11] Naime, kako ističe Derenčinović[12], to "nisu djela koja se čine pred svjedocima, materijalni tragovi izuzetno su rijetki zbog transakcija koje više nisu tradicionalne, već sve više postaju distancijskim, a gotovina je sve rjeđe objekt takvih transakcija".

1.2. Cilj istraživanja

Kakva će biti kaznenopravna reakcija prema počiniteljima podmićivanja ovisi o stavu pojedinog društva. O tomu ovisi i kaznenopravna reakcija, pa i pitanje njezina važnog i neizostavnog segmenta - oduzimanja imovinske koristi, sadržane u kaznenim pravilima.

Temeljni cilj autora bio je dati pregled i analizu pozitivnih normi, kao dijela kaznenoga materijalnog zakonodavstva, kojima je uređeno oduzimanje imovinski koristi.

Unutar provedenog istraživanja, u prilog znanstvenoj raspravi, u radu se analizira kaznenopravna mjera oduzimanja imovinske koristi u kontekstu međunarodne pravne stečevine o suzbijanja (aktivnog i pasivnog) podmićivanja, uz osvrt na recentnu praksu tzv. uskočkih sudova. Pritom je naglasak stavljen na prikaz domaće i međunarodne regulacije instituta tzv. proširenog oduzimanja imovinske koristi. Usporednom je metodom dan prikaz i analiza (ne)usklađenosti domaće regulacije s relevantnom međunarodnom pravnom stečevinom.

2. ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI U KONTEKSTU MEĐUNARODNE PRAVNE STEČEVINE

2.1. Uvodno

Zemlje u tranziciji, u koje spada i Hrvatska, posebno su osjetljive na podmićivanje zbog toga što su formalno prošle, a sadržajno i dalje prolaze kroz stadij institucionalnog i normativnog restrukturiranja, u kojem dolazi do bitnih promjena u pravilima ponašanja u okviru pravnog, političkog i gospodarskog sustava tih zemalja. Te države u uvjetima nedostatka tradicije, koja bi učinkovito štitila integritet i konzistentnost institucija bez korupcije te niskog stupnja demokratske kulture, kao i postojanja "neizgrađenih" novih institucija, nisu mogle same riješiti problem korupcije tako da se ta "bolest društva" svede na razinu incidentne korupcije, koja bi bila više-manje kontrolirana. Nužna je bila pomoć međunarodnih institucija i mehanizama u vidu implementacije međunarodne pravne stečevine, nadzora učinkovite provedbe ugrađenih zakonskih rješenja u praksi te pružanja podrške u jačanju institucionalnih kapaciteta.

Borba protiv korupcije na međunarodnoj razini započela je donošenjem Zakona o sprječavanju korupcije u inozemstvu (*Foreign Corrupt Practices Act*, 1977.). Taj

11 Ibidem.
12 Ibidem.

je zakon zabranjivao američkim kompanijama da ponude, plate ili obećaju političaru za uslugu utjecaja, dobivanjem ili zadržavanjem nekog posla na sve kompanije koje imaju udjele ili glavnice registrirane u Sjedinjenim Američkim Državama[13] i koje spadaju pod kontrolu komisije za nadzor financijskog poslovanja (*SEC - Securitesand Exchange Commission*). S tim u vezi, za američke kompanije pitanje opstanka na kompetitivnim tržištima bilo je pitanje borbe protiv korupcije u tim zemljama, zapravo, "spasonosna strategija" koja, osim toga, ima i podršku vlade, lokalnog i svjetskoga javnog mnijenja.[14]

Unutar dugotrajnog procesa i šireg konteksta suzbijanja korupcije i kaznenih inkriminacija podmićivanja na međunarodnom planu, u normativnom djelovanju Ujedinjenih naroda, Europske unije[15] i Vijeća Europe[16], doneseni su neki važni dokumenti koji su se neposredno ili posredno bavili i pitanjem (proširenog) oduzimanja imovinske koristi. Tu su ponajprije: Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije(UNCAC) i Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta (Palermo konvencija), koje se na načelnoj razini i u širem kontekstu bave pitanjem oduzimanja imovinske koristi, te Direktiva 2014/42/EU od 3. travnja 2014. godine, koja to pitanje uređuje zasebno i "specijalno".

2.2. Konvencija UN-a protiv korupcije[17]

Svrha donošenja UNCAC-a bila je promicanje i jačanje mjera za učinkovitije sprječavanje i borbu protiv korupcije; promicanje, olakšavanje i podupiranje međunarodne suradnje i tehničke pomoći u sprječavanju i borbi protiv korupcije, uključujući i u pogledu povrata imovine; te promicanje čestitosti, odgovornosti i pravilnog upravljanja javnim poslovima i državnom imovinom. UNCAC se primjenjuje u skladu s uvjetima predviđenim u njoj, na sprječavanje, istragu te progon korupcije, kao i na "zamrzavanje" sredstava, zapljenu, konfiskaciju te povrat imovinske koristi[18] ostvarene kaznenim djelima određenim u skladu s tom Konvencijom (članak 3. stavak

13 Na temelju ovog zakona mnoge američke kompanije poput *General Electric*, *Goodyear* i *IBM* su kazneno procesuirane od 1998. do 2003., tako Obidario, S., Transnational Corruptionand Corporations: Regulating Briberythrough Corporate Liability, Englan i USA: Ashgate Publishing Limited, 2013., str. 76.

14 Vidjeti šire Kregar, J., Financijska praksa, 1997., 21 (5-6), str. 893-898.

15 U daljnjem tekstu: EU.

16 U daljnjem tekstu: VE.

17 Usvojena je na 58. sjednici Opće skupštine održanoj 31. listopada 2003., a stupila na snagu devedesetog dana od datuma polaganja tridesete isprave o ratifikaciji, prihvatu, odobrenju ili pristupu, odnosno 2005.

18 U čl. 2., pri definiranju temeljnih pojmova u svrhu svoje primjene, UNCAC daje i definiciju pojmova: imovina, imovinska korist, zamrzavanje ili zapljena, konfiskacija. Tako, "imovinu" označava kao imovinu bilo koje vrste, fizičku ili nefizičku, pokretnu ili nepokretnu, materijalnu ili nematerijalnu te pravne isprave ili instrumente koji dokazuju pravni naslov ili interes na takvoj imovini (čl. 2. toč. d) a "imovinsku korist *ostvarenu kaznenim djelom"* označava kao svaku imovinu koja je, izravno ili neizravno, proizašla iz počinjenja kaznenog djela ili je pribavljena njegovim počinjenjem (čl. 2. toč. e).

1. UNCAC-a).[19]

Unutar poglavlja III. "Inkriminacije i djelatnost organa unutarnjih poslova", u članku 31., UNCAC posebno regulira pitanje zamrzavanja sredstava, zapljenu i konfiskaciju imovinske koristi. Navedenom konvencijskom odredbom regulirano je da je svaka država dužna poduzeti, u okviru svojega domaćeg pravnog poretka, potrebne mjere kako bi bila moguća konfiskacija: a) imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom određenim u skladu s ovom Konvencijom ili imovine čija vrijednost odgovara toj imovinskoj koristi te b) imovine, opreme predmeta ili drugih sredstava uporabljenih ili namijenjenih za uporabu u počinjenju kaznenih djela određenih u skladu s ovom Konvencijom.[20]

Povrat imovine, UNCAC-ov segment kaznenopravne reakcije određuje kao jedno od temeljnih načela. S tim u vezi, predviđa mjere izravnog povrata imovie preko građanskih parnica, te mehanizme povrata unutar međunarodne suradnje u vezi s konfiskacijom. Također, ona u ovom dijelu potiče na međunarodnu suradnju radi konfiskacije i sklapanje dvostranih i višestranih ugovora i sporazuma radi povećanja učinkovitosti međunarodne suradnje te predviđa osnivanje Financijske obavještajne jedinice, koja bi imala zadaću primati, analizirati i pružati informacije o sumnjivim transakcijama nadležnim tijelima.[21] Razumljivo je da UNCAC naglasak u ovom kontekstu stavlja na "povrat imovine" kao jednom od temeljnih načela borbe protiv korupcije, jer time države (posebno u razvoju i tranziciji u koje spada i Hrvatska) opterećene korupcijom dolaze do značajnih imovinskih sredstava koji su prijeko potrebni za rekonstrukciju i oporavak njihova gospodarskog sustava.

19 UNCAC obuhvaća osam poglavlja: 1. opće odredbe (članak 1. do 4.), 2. preventivne mjere (članak 5. do 14.), 3. inkriminacija i djelatnost organa unutarnjih poslova (članak 15. do 42.), 4. međunarodna suradnja (članak 43. do 50.), 5. povrat imovine (članak 51. do 59.), 6. tehnička pomoć i razmjena informacija (članak 60. do 62.), 7. mehanizmi provedbe (članak 63. do 64.) i 8. završne odredbe (članak 65. do 71.).

20 Naime, prema čl. 31. st. 1. UNCAC-a svaka država dužna je poduzeti, do najvećega mogućeg stupnja u okviru svoga domaćeg pravnog poretka, mjere potrebne kako bi bila moguća konfiskacija: a) imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom određenim u skladu s ovom Konvencijom ili imovina čija vrijednost odgovara toj imovinskoj koristi, b) imovine, opreme ili drugih sredstava uporabljenih ili namijenjenih za uporabu u počinjenju kaznenih djela određenih u skladu s ovom Konvencijom.

21 Vidjeti članak 51. do 59. UNCAC-a.

2.3. Palermo konvencija[22]

Palermo konvencija donesena je radi promicanja suradnje radi učinkovitijeg sprječavanja i suzbijanja transnacionalnog kriminaliteta.[23, 24] U definiranju temeljnih pojmova, u članku 2., posebnu pažnju pridaje pojmovima: "imovina", "korist od kaznenog djela", "zamrzavanje" ili "privremeno oduzimanje" i "oduzimanje". Tako, pod *imovinom* podrazumijeva *svaku vrstu imovine, bez obzira je li materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, ili se radi o ispravama koje dokazuju vlasništvo ili neko pravo nad takvom imovinom*. Pojam "korist od kaznenog djela" znači *svaku imovinu koja proizlazi ili je pribavljena, izravno ili neizravno, počinjenjem kaznenog djela*. Pod pojmom "zamrzavanje" ili "privremeno oduzimanje" valja shvatiti *privremenu zabranu prijenosa, promjene raspolaganja ili "premještanja" imovine ili privremeno preuzimanje u posjed i čuvanja imovine ili kontrole nad imovinom na temelju naloga koji je izdao sud ili drugo nadležno tijelo*, dok "oduzimanje", gdje je to primjenjivo, uključuje pljenidbu*, znači trajno oduzimanje imovine na temelju naloga suda ili drugog nadležnog tijela*.

U okviru "šire rasprave" o suzbijanju transnacionalnog organiziranog kriminaliteta i koruptivnih pojava u koje, kao tipično, spada i podmićivanje, Palermo konvencija, u člancima od 12. do 14., važnost pridaje oduzimanju imovinske koristi regulirajući "odvojeno": 1) oduzimanje i privremeno oduzimanje (članak 12.), 2) međunarodnu suradnju u svrhu oduzimanja (članak 13.)[25] i 3) raspolaganje oduzetom koristi od kaznenog djela ili oduzetom imovinom (članak 14.).

U dijelu *regulacije oduzimanja i privremenog oduzimanja*, Palermo konvencija obvezuje države stranke donijeti, maksimalno u okviru svojih domaćih pravnih sustava, mjere koje su nužne kako bi omogućile oduzimanje: a) koristi od kaznenih

22 Ovu konvenciju donijela je Opća skupština UN-a usvajanjem Rezolucije broj 55/255 na sjednici od 31. svibnja 2001. godine u Palermu. Stupila je na snagu 2003., a Republika Hrvatska ju je potpisala u prosincu 2003., a ratificirala 2002. Zakonom o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece te Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom, kojim se dopunjuje Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta (NN-MU, br. 14/02 - objavljeno 22. studenoga 2002.). Konvencija je dopunjena s tri protokola kojima se želi spriječiti, suzbiti i kazniti trgovanje ljudima, posebno ženama i djecom; zatim krijumčarenje migrantima kopnom, morem i zrakom te nezakonitu proizvodnju oružja ili njihovih dijelova, što je i primarni predmet interesa njezina normativnog djelovanja.

23 Članak 1. Konvencije.

24 Prema čl. 3. Palermo konvencija primjenjuje se, osim ako je u njoj drukčije utvrđeno, na sprječavanje, istragu i progon: a) kaznenih djela utvrđenih na temelju članka 5., 6., 8. i 23. ove Konvencije i b) teškog kaznenog djela iz članka 2. ove Konvencije; kada je kazneno djelo transnacionalne prirode i uključuje zločinačku grupu. Kazneno djelo se smatra transnacionalnim: ako je počinjeno u više od jedne države; ako je počinjeno u jednoj državi, ali se značajan dio njegove pripreme, planiranja, uputa ili kontrole odvijao u drugoj državi; ako je počinjeno u jednoj državi, ali uključuje organiziranu zločinačku grupu koja se bavi zločinačkim djelovanjem u više od jedne države; ili ako je počinjeno u jednoj državi, ali ima značajne posljedice u drugoj državi.

25 Podrobno vidjeti čl. 13. Palermo konvencije.

djela utvrđeni ovom Konvencijom ili imovine čija vrijednost odgovara toj koristi te b) imovine, predmeta ili drugih sredstava koja su korištena ili su se namjeravala koristiti u počinjenju kaznenih djela utvrđenim ovom Konvencijom.[26] Također, države stranke su dužne donijeti mjere koje su nužne da bi se omogućila identifikacija, praćenje, "zamrzavanje" ili privremeno oduzimanje bilo kojeg predmeta iz stavka 1. ovog članka u svrhu mogućeg oduzimanja (članak 12. stavak 2.). Pritom, ako je korist od kaznenog djela djelomično ili u cijelosti ušla na drugi način u sastav imovine (počinitelja), ta imovina podliježe mjerama iz ovog članka umjesto primarnog oblika ostvarene koristi (članak 12. stavak 3.), a ako je korist od kaznenog djela "izmiješana" s imovinom stečenom na zakonit način, ta će imovina, bez utjecaja na ovlast glede zamrzavanja ili privremenog oduzimanja, biti predmetom oduzimanja do procijenjene vrijednosti "izmiješane" koristi (članak 12. stavak 4.). Dohodak ili druge prednosti dobivene od koristi od kaznenog djela, ili imovine u koju je transformirana ili konvertirana korist od kaznenog djela, ili od imovine s kojom je izmiješana korist koja je rezultat kaznenog djela, također će biti predmetom mjera iz ovog članka, isto i u istom omjeru kao i korist od kaznenog djela (članak 12. stavak 5.).[27]

U okviru reguliranja *raspolaganja oduzetom imovinskom koristi od kaznenog djela ili oduzetom imovinom*, konvencija, u članku 14. stavku 1., "ovlašćuje" države stranke raspolagati koristi od kaznenog djela ili imovinom koju je država stranka oduzela na temelju članka 12. ili članka 13. stavak 1. Konvencije u skladu sa svojim domaćim pravom i upravnim postupcima. Dakle, u vezi s ovim pitanjem, Konvencija ostavlja određenu "slobodu" državama strankama.[28]

2.4. Direktiva 2014/42/EU o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima u Europskoj uniji od 3. travnja 2014.[29]

Zakonodavni okvir Unije, važeći prije 3. travnja 2014. godine i donošenja Direktive 2014/42/EU, sastojao se od: 1) Zajedničke akcije 98/699/PUP od 3. prosinca 1998. godine o pranju novca, utvrđivanju, praćenju, zamrzavanju, pljenidbi i oduzimanju imovine ili imovinske koristi ostvarenih kaznenim djelom, koju je Vijeće usvojilo na temelju članka K.3 UEU[30]; 2) Okvirne odluke VE-a 2001/500/PUP o pranju novca, identifikaciji, praćenju, zamrzavanju, pljenidbi i oduzimanju imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima od 26. lipnja 2001. godine[31], zatim

26 Vidjeti pobliže čl. 12. Palermo konvencije.

27 Shodno čl. 12. st. 6. u svrhe ovog članka i članka 13. (međunarodna suradnja u svrhu oduzimanja) svaka država stranka ovlastit će svoje sudove ili druga nadležna tijela da nalože dostupnost ili pljenidbu bankovne, financijske ili komercijalne evidencije. Države stranke neće odustati od postupanja u skladu s odredbama ovog stavka zbog povjerljivosti podataka banke.

28 Vidjeti i pobliže članak 14. stavak 2. i 3. Palermo konvencije.

29 Direktiva 2014/42/EU o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima u Europskoj uniji (SL L 127 od 29. travnja 2014., u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/42/EU), dostupna na: eur-lex.europa.eu i dana.europa.eu/eli/dir2014/42/oj/hrv/pdfa1a.

30 SL L 333 od 9. prosinca 1998.

31 SL L 182 od 5. srpnja 2001.

3) Okvirne odluke VE-a 2003/577/PUP o izvršenju naloga za zamrzavanje imovine ili dokaza u Europskoj uniji od 22. srpnja 2003. godine[32], 4) Okvirne odluke Vijeća 2005/212/PUP o oduzimanju imovinske koristi, sredstava i imovine pribavljene kaznenim djelima[33] te 5) Okvirne odluka VE-a 2006/783/PUP o primjeni načela međusobnog priznavanja naloga za oduzimanje.[34]

Prema Izvješću Komisije za provedbu navedenih okvirnih odluka, navedeni postojeći režim oduzimanja i uzajamnog priznavanja naloga za zamrzavanje i oduzimanje imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom, zbog razlika u pravu država članica, pokazao se tromim i neučinkovitim.[35]

Glavni motiv prekograničnog organiziranog kriminala, uključujući kriminalne organizacije "mafijaškog tipa," jest financijska dobit, zbog čega bi nadležna tijela trebala raspolagati sredstvima za praćenje, zamrzavanje i oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima te upravljanje njome. Učinkovito sprječavanje i borbu protiv korupcije i organiziranog kriminala valjalo bi postići neutraliziranjem imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima. Najučinkovitije sredstvo borbe protiv organiziranog kriminala i korupcije osiguranje je oštrih pravnih posljedica za počinjenje takvog kaznenog djela, kao i učinkovito otkrivanje te zamrzavanje i oduzimanje predmeta ili imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom.

Stoga se ukazala potreba za donošenjem Direktive 2014/42/EU koja bi omogućila učinkovitije zamrzavanje te oduzimanje predmeta i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima.

2.4.1. Predmet regulacije i temeljni pojmovi

Predmet Direktive 2014/42/EU sastoji se u utvrđenju minimalnih pravila o zamrzavanju imovine s ciljem mogućega naknadnog oduzimanja te oduzimanja imovine u kaznenim stvarima, a kojim će se uskladiti postojeći režimi država članica za "zamrzavanje" i oduzimanje imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelima te time omogućiti uzajamno povjerenje i učinkovita prekogranična suradnja (članak 1. stavak 1.). Pritom, ona ne dovodi u pitanje postupke koje države članice mogu upotrebljavati za oduzimanje dotične imovine (članak 1. stavak 2.).

Direktiva, za svoje potrebe, u članku 2., definira nekoliko temeljnih pojmova: "imovinska korist", "imovina", "predmeti", "oduzimanje", "zamrzavanje" i "kazneno djelo". Tako, *imovinska korist* znači svaku ekonomsku korist od kaznenih djela, neizravnu ili izravnu. Ona se može sastojati od bilo kojeg oblika imovine i uključuje svako naknadno reinvestiranje ili preoblikovanje izravne imovine koristi i svaku novčanu pogodnost. *Imovina* znači imovinu bilo koje vrste, neovisno o tomu je li materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, odnosno pravni dokument ili instrument kojim se dokazuje pravo na ili interes za takvu imovinu. *Predmet* podrazumijeva bilo koju imovinu koja se koristila ili se namjeravala koristiti, na bilo koji način, u cijelosti ili djelomično, kako bi se počinilo kazneno djelo ili kaznena

32 SL L 196 od 2. kolovoza 2003.
33 SL L 68 od 15. ožujka 2005.
34 SL L 328 od 24. studenoga 2006.
35 Vidjeti uvodni dio pod (10) Direktive 2014/42/EU.

djela. Pod *oduzimanjem* razumijeva konačno oduzimanje imovine koju je odredio sud u vezi s kaznenim djelom, a pod *zamrzavanjem* podrazumjeva privremenu zabranu prijenosa, uništenja, konverzije, raspolaganja ili premještanje imovine odnosno privremeno čuvanje i nadzor imovine. Pod *kaznenim djelom* razumijeva djelo obuhvaćeno bilo kojim od instrumenata u članku 3. Direktive 2014/42/EU.

Dakle, valja primijetiti da regulative Direktive 2014/42/EU, u odnosu na dotada postojeći pravni režim, daje širu definiciju imovine koja može biti predmet "zamrzavanja" ili oduzimanja, ali i znatno šire definira koncept imovinske koristi. Naime, imovinska korist, prema izloženom, obuhvaća kako izravnu imovinsku korist stečenu kaznenim djelima i sve neizravne koristi, uključujući i naknadno reinvestirane ili preoblikovane izravne imovinske koristi. S tim u vezi, postupak zamrzavanja ili oduzimanja može obuhvaćati bilo koju imovinu, pa i onu koja je bila podložna preoblikovanju u drugu imovinu te onu koja je pomiješana s imovinom stečenom iz zakonitih izvora, ali do procijenjene vrijednosti pomiješane imovinske koristi.

2.4.2. Područje primjene

Direktiva se primjenjuje samo na kaznena djela koja su dio područja primjene u članku 3. navedenih instrumenata. U tom smislu, važno je istaknuti da se ona, među ostalim, primjenjuje i slučaju kada je imovina ili imovinska korist ostvarena kaznenim inkriminacijama podmićivanja, neovisno o tomu radi li se o javnom ili privatnom sektoru. Ovo stoga što se Direktiva primjenjuje na Konvenciju EU-a o borbi protiv korupcije[36], ali također i na Okvirnu odluku VE-a 2003/568/PUP od 22. srpnja 2003. godine.[37]

2.4.3. Posebno o (proširenom) oduzimanju imovinske koristi

U pogledu koncepta oduzimanja imovinske koristi, Direktiva, u članku 4. stavku 1., nameće obvezu državama članicama da poduzmu potrebne mjere kako bi se onemogućila oduzimanje, u cijelosti ili djelomično, predmeta i imovinske koristi ili imovine čija vrijednost odgovara takvim predmetima ili imovinskoj koristi, podložno pravomoćnoj presudi za kazneno djelo, koja također može proizlaziti iz postupka u odsutnosti.

U odnosu na postojeću regulativu Unije, Direktiva uvodi i mogućnost proširenog oduzimanja[38], ali i oduzimanja od trećih osoba na koje je imovina ili imovinska korist ostvarena kaznenim djelima prenesena od strane osumnjičenika odnosno optuženika[39].

Prošireno oduzimanje trebalo bi biti moguće ako je sud u određenom predmetu koji se vodi radi počinjenja kaznenog djela koje može izravno ili neizravno dovesti do gospodarske koristi, s obzirom na posebnosti konkretnog slučaja, utvrdio da je vrijednost osuđenikove imovine nerazmjerna njegovim zakonitim primanjima, pa se u tom slučaju smatra da ta imovina potječe iz kriminalne aktivnosti. Naime, prema

36 Vidjeti članak. 3. stavak 1. točka (a) Direktive.
37 Vidjeti članak 3. stavak 1. točka (f) Direktive.
38 Vidjeti članak 5. Direktive 2014/42/EU.
39 Vidjeti članak 6. Direktive 2014/42/EU.

članku 5. stavka 1. Direktive 2014/42/EU, države članice donose potrebne mjere kako bi omogućile oduzimanje, u cijelosti ili djelomično, imovine u posjedu osobe osuđene za kazneno djelo koje može neizravno ili izravno dovesti do gospodarske koristi, ako sud, na temelju okolnosti slučaja, uključujući posebne činjenice i dostupne dokaze, npr. da je vrijednost onoga što osuđenik ima u vlasništvu u nerazmjeru sa zakonitim prihodom osuđenika, smatra se da dotična imovina potječe od kaznenih radnji. S tim u vezi, a za potrebe primjene proširenog oduzimanja (imovinske koristi), Direktiva u članku 5. stavku 2., dodatno, određuje: 1) pojam kaznenog djela uključuje najmanje aktivnu i pasivnu korupciju u privatnom sektoru, kako je navedeno u članku 2. Okvirne odluke 2003/568/PUP, kao i aktivnu i pasivnu korupciju u kojoj sudjeluju dužnosnici institucija Unije ili država članica, kako je navedeno u člancima 2. i 3. Konvencije o borbi protiv korupcije u kojoj sudjeluju dužnosnici (točka a); 2) djela u vezi sa sudjelovanjem u zločinačkoj organizaciji, kako je navedeno u članku 2. Okvirne odluke 2008/841/PUP, barem u slučajevima u kojima je djelo dovelo do gospodarske koristi (točka b); 3) poticanje sudjelovanja djeteta u pornografskim predstavama ili zapošljavanje djeteta u te svrhe, ostvarivanje dobiti iz istoga ili iskorištavanje djeteta na drugi način u te svrhe ako je dijete dosegnulo dob za pristanak na spolni odnos, kako je navedeno u članku 4. stavku 2. Direktive 2011/93/EU; distribucija, širenje ili posredovanje dječje pornografije, kako je navedeno u članku 5. stavku 4. te Direktive; nuđenje, dobavljanje ili stavljanje na raspolaganje dječje pornografije, kako je navedeno u članku 5. stavku 5. te Direktive; proizvodnja dječje pornografije, kako je navedeno u članku 5. stavku 6. te Direktive (točka c); te 4) nezakonito ometanje sustava i nezakonito ometanje podataka, kako je navedeno u člancima 4. i 5. Direktive 2013/40/EU, kada je značajan broj informacijskih sustava pogođen korištenjem nekog od alata iz članka 7. iste Direktive, namijenjenog ili prilagođenog za tu svrhu; namjerna proizvodnja, prodaja, nabava radi korištenja, uvoz, distribucija ili drugo stavljanje na raspolaganje alata koji se koriste u svrhu počinjenja kaznenih djela, barem kada nije riječ o lakšim slučajevima, iz članka 7. te Direktive (točka d).

S obzirom na to da je sve učestalija praksa osumnjičenika ili optuženika da prenesu imovinu "poznatoj" trećoj osobi, a kako regulativa Unije prije 3. travnja 2014. godine nije poznavala obvezujuća pravila o oduzimanju imovine trećim osobama, Direktiva 2014/42EU uvodi bitnu novinu u smislu mogućnosti oduzimanja imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom od trećih osoba na koje je osumnjičenik odnosno optuženik prenio nezakonito ostvarenu imovinu ili imovinsku korist. Isto tako, Direktiva omogućuje oduzimanje od trećih osoba samo pod uvjetom da su te treće osobe znale ili morale znati da je namjera prijenosa ili stjecanja bila izbjegavanje oduzimanja, što utvrđuje sud u svakom predmetu posebno, uzimajući u obzir sve relevantne činjenice i okolnosti konkretnog slučaja, a posebno činjenicu da su mogući prijenos ili stjecanje obavljeni besplatno ili u zamjenu za iznos znatno niži od tržišne vrijednosti.[40]

40 Prema čl. 6. st. 1. Direktive države članice poduzimaju potrebne mjere kako bi omogućile oduzimanje imovinske koristi ili drugu imovinu čija vrijednost odgovara imovinskoj koristi koju je osumnjičenik odnosno optuženik neizravno ili izravno prenio trećim stranama, ili su je treće strane stekle od osumnjičenika odnosno optuženika, barem ako su te treće strane znale ili su morale znati da je namjera prijenosa ili stjecanja bila izbjegavanje oduzimanja na temelju

S druge strane, radi zaštite osoba koje su pogođene mjerama oduzimanja imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom, Direktiva jamči nekoliko važnih zaštitnih mjera: a) nalog za oduzimanje mora se priopćiti "pogođenoj" osobi[41], b) nalog za oduzimanje mora sadržavati razloge izdavanja[42], c) "pogođenoj osobi" mora se omogućiti učinkovita sudska zaštita povodom naloga za oduzimanje[43], d) osoba čija je imovina zahvaćena nalogom za oduzimanje ima pravo na odvjetnika tijekom čitavog postupka oduzimanja u vezi s određivanjem imovine koristi i predmeta kako bi ostvarila svoja prava, te o tom pravu moraju obavijestiti nadležna tijela[44], e) treće osobe imaju pravo tražiti (stjecanje) prava vlasništva i drugih imovinskih prava u vezi s oduzetom imovinom ili imovinskom koristi[45], te f) ako, kao rezultat kaznenog djela, žrtve imaju potraživanja prema osobama koje podliježu mjeri oduzimanja predviđenoj na temelju ove Direktive, države članice u obvezi su poduzeti potrebne mjere kako bi se osiguralo da mjera oduzimanja ne sprječava te žrtve u traženju naknade za svoja potraživanja.[46]

Pored ovih posebnih zaštitnih mjera, države članice dužne se poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurale da osobe "pogođene" mjerama oduzimanja predviđenim u okviru ove Direktive imaju pravo na učinkovita pravna sredstva i na pravično suđenje te imaju pravo sačuvati svoja prava, na temelju odredbe članka 8. stavka 1. Direktive 2014/42/EU.

Konačno, Direktiva, u članku 10., obvezuje države članice osigurati adekvatno upravljanje oduzetom imovinom s ciljem mogućega naknadnog oduzimanja, uz predviđanje prodaje ili prijenosa zamrznute imovine u slučaju potrebe, kao i korištenja oduzete imovine za opće dobro (javni interes) ili u socijalne svrhe.

2.4.4. O zamrzavanju imovine i imovinske koristi i zaštitnim mjerama

"Zamrzavanje" i oduzimanje imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom u okviru promatrane Direktive postavljeni su kao autonomni koncepti koji ne bi trebali sprječavati države članice u provođenju Direktive pomoću instrumenata koji bi u skladu s nacionalnim pravom bili smatrani sankcijama ili drugim vrstama mjera.

Tako je člankom 7. stavkom 1. Direktive 2014/42/EU predviđena obveza državama članicama da poduzimaju potrebne mjere kako bi omogućile zamrzavanje imovine radi mogućeg naknadnog oduzimanja, što uključuje i hitne aktivnosti koje se trebaju poduzeti u slučaju potrebe kako bi se sačuvala imovina. Pored toga, Direktiva, u članku 9., obvezuje države članice u poduzimanju potrebnih mjera da bi se omogućilo učinkovito otkrivanje i praćenje imovine koju treba zamrznuti i oduzeti.

S druge strane, radi zaštite osoba koje su pogođene mjerama zamrzavanja

konkretnih činjenica i okolnosti, uključujući činjenicu da su prijenos ili stjecanje provedeni besplatno ili u zamjenu za iznos znatno niži od tržišne vrijednosti, s time da stavak 1. ne dovodi u pitanje prava *bona fide* (u dobroj vjeri) trećih strana (članak 6. stavak 2. Direktive).

41 Vidjeti čl. 8. st. 6. Direktive 2014/42/EU.
42 Vidjeti čl. 8. st. 6. Direktive 2014/42/EU.
43 Vidjeti čl. 8. st. 6. Direktive 2014/42/EU.
44 Vidjeti čl. 8. st. 7. Direktive 2014/42/EU.
45 Vidjeti čl. 8. st. 9. Direktive 2014/42/EU.
46 Vidjeti čl. 8. st. 10. Direktive 2014/42/EU.

imovine i imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom, Direktiva jamči nekoliko važnih zaštitnih mjera: a) nalog za zamrzavanje mora se priopćiti "pogođenoj osobi" što je prije moguće nakon njezina izvršenja[47], b) nalog za zamrzavanje mora sadržavati razloge izdavanja[48], c) nalog je privremene prirode, a ostaje na snazi samo onoliko dugo koliko je to potrebno da se sačuva imovina s ciljem mogućeg naknadnog oduzimanja[49], d) odnosno osumnjičeniku optuženiku mora se omogućiti učinkovita sudska zaštita od naloga za zamrzavanje[50], te e) zamrznuta imovina koja nije naknadno oduzeta mora se odmah vratiti onoj osobi kojoj je zamrznuta.[51]

Pored iznesenih posebnih zaštitnih mjera, države članice dužne se poduzeti sve potrebne mjere kako bi osigurale da osobe pogođene mjerama zamrzavanja (ali, kako je ranije izneseno, i mjerama oduzimanja) predviđenim u okviru ove Direktive imaju pravo na učinkovita pravna sredstva i na pravično suđenje kako bi sačuvale svoja prava, na temelju odredbe članka 8. stavka 1. Direktive 2014/42/EU.[52]

2.5. O usklađenosti KZ-a s izloženom pozitivnom međunarodnom regulativom koja uređuje (prošireno) oduzimanje imovinske koristi

2.5.1. Prikaz pozitivne regulacije KZ-a

Koliku važnost Kazneni zakon iz 2011.[53] pridaje oduzimanju imovinske koristi, svjedoči i činjenica da je ovaj institut, za razliku od dotadašnje regulacije starog

47 Vidjeti čl. 8. st. 2. Direktive 2014/42/EU.
48 Vidjeti čl. 8. st. 3. Direktive 2014/42/EU.
49 Vidjeti čl. 8. st. 3. Direktive 2014/42/EU.
50 Vidjeti čl. 8. st. 4. Direktive 2014/42/EU.
51 Vidjeti čl. 8. st. 5. Direktive 2014/42/EU.
52 Direktiva obvezuje osigurati i adekvatno upravljanje zamrznutom imovinom s ciljem mogućeg naknadno oduzimanja, uz predviđanje mogućnosti prodaje ili prijenosa zamrznute imovine u slučaju potrebe.
53 Kazneni zakon (NN, br. 125/11., 144/12., 56/1.5 i 61/15., u daljnjem tekstu: KZ).

Kaznenog zakona[54], "ugrađen"[55] u temeljna načela kaznenog materijalnog prava.[56, 57, 58, 59] Definiranje i svrstavanje ovog načela u temeljne odredbe KZ-a predstavlja važnu novinu u odnosu na dotadašnju zakonsku regulaciju.[60] Zakonodavac je time očito jasno i nedvosmisleno htio izraziti stajalište o tom pitanju.[61] Ovo temeljno načelo

54 Kazneni zakon (NN, br. 110/97., 27/98. - ispravak, 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05. - ispravak, 71/06., 110/07., 152/08. i 57/11., u daljnjem tekstu: KZ/97).

55 KZ/97, u općem dijelu, u prvoj glavi "Temeljne odredbe", nije poznavao kao zasebno načelo, načelo oduzimanja imovinske koristi.

56 U postupovnom smislu oduzimanje imovinske koristi u hrvatskom pravnom sustavu regulirano je posebnim Zakonom o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem (NN, br. 145/10., u daljnjem tekstu: ZOPOIK). Naime, ovim zakonom specijalno se uređuje: a) postupak utvrđivanja imovinske koriste ostvarene kaznenim djelom, b) postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom, c) postupak ovrhe odluke o oduzimanju imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom, d) postupanje s oduzetom imovinom i imovinom glede koje je određena privremena mjera, e) oduzimanja ostvarenje prava osobe oštećene kaznenim djelom te f) zaštita prava treće osobe. O postupovnim aspektima oduzimanja imovinske koristi vidjeti Ivičević Karas, E., Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem: neka otvorena pitanja i moguća rješenja, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2011., str. 557-578. No, ne treba zanemariti da je oduzimanje imovinske koristi, na općenitoj razini, regulirano i odredbama Zakona o kaznenom postupku (NN, br. 152/0.8, 76/09., 80/11., 91/12., 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14., u daljnjem tekstu: ZKP).

57 Ivičević smatra da je načelo oduzimanja imovinske koristi posljedica višeg načela pravednosti prema kojem nitko ne može zadržati bilo kakvu, pa tako ni onu imovinsku korist od kaznenog djela - Ivičević, E., Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2004., str. 94. S tim u vezi, Horvatić je naveo da oduzimanje imovinske koristi nije niti sigurnosna mjera, a niti kaznenopravna sankcija, već je posljedica načela pravednosti, Horvatić, Ž., Novoselec, P., Kazneno pravo - opći dio, Zagreb, 2001., str. 463.

58 Oduzimanje imovinske koristi uvedeno je u naše kazneno zakonodavstvo novelom KZ-a iz 1959. Novela je stupila na snagu 1. siječnja 1960. Oduzimanje imovinske koristi imalo je karakter kaznene sankcije i status sigurnosne mjere do 1977., a uvedeno je radi sprječavanja bogaćenja koje se temelji na izvršenju kaznenog djela. Do tada se oduzimanje imovinske koristi provodilo posebnim propisima kod pojedinih kaznenih djela (npr. primanja i davanja mita) kao i izricanjem sigurnosne mjere oduzimanja predmeta koje je pored ostalog obuhvaćalo i oduzimanje predmeta koji su dobiveni kao nagrada za izvršenje kaznenih djela - tako Bačić, F., Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 1998., str. 470-471.

59 Mjera oduzimanja imovinske koristi prvi put je regulirana u Općem kaznenom zakoniku Kraljevine Norveške 1902., dakle prije 105 godina, te se u početku nije smatrala kaznom, dok je poslije dobila status sporedne kazne. Njezina je primjena ovisila o tome je li prijestupom postignuta kakva dobit. Zakonik je predviđao da se dobit koja je pribavljena kakvim kažnjivim djelom, ili iznos novca koji odgovara vjerojatnoj dobiti, može presudom oduzeti od krivca ili, onoga u čijem je interesu krivac radio uz odredbu da mu se oduzima u korist državne blagajne, stoji i odredba da će se, kad oštećenik kaznenim djelom ne može dobiti naknadu od krivca, oduzeti predmeti upotrijebiti za njegovu - tako Staničić, T., Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njegovo mjesto u krivičnom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split, 1979., str. 169-170.

60 Slično i Garačić, A., Kako prečeste izmjene kaznenih zakona utječu na pravnu sigurnost, Informator, br. 6401., Zagreb, 2016., str. 2.

61 Iz obrazloženja Konačnog prijedloga Kaznenog zakona KLASA: 740-02/11-01/03, URBROJ: 5030106-11-4 od 6. listopada 2011. (str. 127.) - dostupno na: www.sabor.hr/Default.

kaznenog prava poznato je u većini pravnih sustava i imanentno je samom pojmu nedopustivosti stjecanja bilo kakve imovine stečene izvršavanjem kaznenog djela.[62]

Načelo oduzimanja imovinske koristi, kako je definirano u članku 5. KZ-a, podrazumijeva da *nitko ne može zadržati imovinsku korist ostvarenu protupravnom radnjom*. Tom je odredbom jasno izraženo gotovo beziznimno načelo "da se zločin ne isplati."[63] Ovo se posebno tiče kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta i organiziranog kriminala, ali i korupcijskih kaznenih djela, jer je glavni motiv počinitelja istih stjecanje "pozamašne" koristi.[64] Stoga se, oduzimanje imovinske koristi pokazuje kao učinkovito pravno sredstvo u borbi protiv korupcijskih kaznenih inkriminacija, organiziranog kriminala i kaznenih djela gospodarskog kriminala.[65, 66]

U posebnom dijelu KZ je oduzimanju imovinske koristi posvetio dva članka članak 77. koji regulira uvjete i način oduzimanja imovinske koristi kod kaznenih djela općenito i članak 78. koji uređuje prošireno oduzimanje imovinske koristi.

Pritom je KZ u članku 87. stavku 22. i 23. definirao je pojmove "imovinske koristi" i "imovine" koji su imanentni pri razmatranju instituta oduzimanja imovinske koristi. Tako, pod "imovinskom korišću od kaznenog djela" podrazumijeva *neposrednu imovinsku korist od kaznenog djela koja se sastoji od svakog uvećanja ili sprečavanja umanjenja imovine do kojeg je došlo počinjenjem kaznenog djela, imovinu u koju je promijenjena ili pretvorena neposredna imovinska korist od kaznenog djela kao i svaku drugu korist koja je dobivena od neposredne imovinske koristi od kaznenog djela ili imovine u koju je promijenjena ili pretvorena neposredna imovinska korist od kaznenog djela bez obzira nalazi li se na području Republike Hrvatske ili izvan nje* (članak 87. stavak 22.). Pritom, pojam «imovine» definira *kao imovinu bilo koje vrste, neovisno o tome je li materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, odnosno pravni dokumenti ili instrumenti kojima se dokazuje pravo na ili interes za takvu imovinu* (članak 87. stavak 23.). "Navedenim definicijama hrvatski je zakonodavac ne samo precizirao pojam imovinske koristi i imovine, nego je i zakonom propisao da imovinska korist može biti pribavljena kako izravno počinjenjem kaznenog djela tako i neizravno, njezinim daljnjim korištenjem, čime su predmetne definicije usklađene s odgovarajućim međunarodnim konvencijama i propisima Europske unije."[67, 68] Uspoređujući iznesene definicije s onim sadržanim u članku 3. stavku 1. točki 1. i

aspx?art=41259.

62 Kos, D., Problematika oduzimanja imovinske koristi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 1998., str. 757.

63 Ibidem, bilj. 56. (Iz obrazloženja…), str. 127.

64 Slično Novosel, D., Financijske istrage i progon počinitelja gospodarskog kriminaliteta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2007., str. 739.

65 Slično ibidem bilj. 64. (Novosel, 2007.).

66 Organizirani kriminal, gospodarski kriminal i korupcija predstavljaju jedan od najznačajnijih izvora ugrožavanja nacionalne sigurnosti u Republici Hrvatskoj tako Roksandić Vidlička, S.; Šamota, Galjer, M., Političko-gospodarski kriminalitet i prošireno oduzimanje imovinske koristi: Quo vadis, Hrvatska?, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2015., str. 531.

67 Ibidem bilj. 65. (Roksandić i dr., 2015.), str. 534.

68 Vidjeti pobliže 2.2. i 2.3.

2. ZOPOIK-a[69], zakonodavac je u KZ-u znatno šire definirao predmetne pojmove.[70]

U ovom dijelu, valja skrenuti pozornost i da se, legislativnom promjenom Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela[71] iz 2012. godine[72]odredbe KZ-a i posebnih zakona, primjenjuju i na oduzimanje imovinske koristi i oduzimanje predmeta i u slučaju odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela.[73]

2.5.2. O oduzimanju imovinske koristi općenito (po članku 77. KZ-a)

Prema članku 77. stavku 1. KZ-a imovinska korist oduzet će se sudskom odlukom kojom je utvrđeno da je ostvarena protupravna radnja, ali i od osobe na koju je prenesena ako nije stečena u dobroj vjeri. Ovom odredbom KZ naglašava da je oduzimanje imovinske koristi obveza suda, pri čemu je dostatno da je ostvarena protupravna radnja. Dakle, imovinska korist će se oduzeti kako počinitelju i neubrojivu počinitelju, tako i osobi koja nije kriva jer je primjerice postupala u neotklonjivoj zabludi[74], ali i svakoj drugoj osobi koja je nije stekla u dobroj vjeri (osobi za koju je pribavljena ili na koju je prenesena bez naknade ili uz naknadu koja očigledno ne odgovara njezinoj stvarnoj vrijednosti odnosno od osobe koja je znala ili mogla znati da je imovina stečena kaznenim djelom.)[75]

Prema određenju članka 77. stavka 2. i 3. KZ-a imovinskopravni zahtjev oštećenika ima pravo prvenstva u odnosu na oduzimanje imovinske koristi. Naime, ako je oštećeniku dosuđen imovinskopravni zahtjev koji po prirodi i sadržaju odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi, oduzet će se dio imovinske koristi koji prelazi dosuđeni imovinskopravni zahtjev (stavak 2.). Dakle, u odnosu na imovinskopravni zahtjev, institut oduzimanja imovinske koristi je supsidijaran.[76] Naime, ovaj institut nema svrhu omogućiti državi da dođe do neke materijalne koristi radi "bogaćenja" izvršenjem kaznenih djela, čime bi ona svojevrsno participirala u kriminalnoj dobiti,

69 Prema članku 3. stavku 1. ZOPOIK-a *imovinska korist* ostvarena kaznenim djelom, u skladu s ovim i drugim zakonom, jest svako povećanje ili sprječavanje smanjenja imovine koja potječe od kaznenog djela (točka 1.), a *imovina* predstavlja stvari i prava koja je stekao počinitelj kaznenog djela i prekršaja ili povezana osoba, a obuhvaća sve stvari i prava koja mogu biti predmet ovrhe te posebno nekretnine i pokretnine, tražbine, poslovne udjele, dionice, novac, plemenite metale i drago kamenje u vlasništvu, posjedu ili pod kontrolom počinitelja kaznenog djela ili povezane osobe.

70 Ovako šire postavljene definicije pojmova imovina i imovinska korist znatno su pogodnije za praksu, posebice kad se ima u vidu kako se u današnje doba globalizacije, digitalizacije i *bitcoina* promijenio ne samo način kako djeluju gotovo svi počinitelji kaznenih djela u smislu kreiranja novih načina počinjenja tih djela, nego i načini i oblici u kojima se ta protupravno ostvarena korist ostvaruje, te posljedično tomu povećava i skriva od tijela progona - tako ibidem bilj. 65. (Roksandić i dr., 2015.), str. 535.

71 Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (NN, br. 151/03., 110/07., 45/11. i 143/12., u daljnjem tekstu: ZOPOIK).

72 Ova novela ZOPOIK-a je unesena Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (NN, br. 143/12.).

73 Vidjeti brisani čl. 20. ZOPOIK-a.

74 Tako Pavlović, Š., Kazneni zakon, Libertin naklada, Rijeka, 2012., str. 156.

75 Ibidem bilj. 60 (Pavlović, 2012.).

76 Tako je bilo predviđeno i u čl. 82. st. 4. KZ/97-a.

već naprotiv, osigurati da nezakonito ostvarena imovinska korist ne ostane "u rukama" "posjednika" koji na to nema pravo.[77]

Sud će oduzeti imovinsku korist i ako se oštećenika uputi da imovinskopravni zahtjev može ostvariti u parnici (članak 77. stavak 3. KZ-a). Prema ocjeni predlagatelja, ova odredba inkorporirana je u tekst KZ-a kako bi se osiguralo da je imovinska korist zaista oduzeta, odnosno kako bi se izbjegla mogućnost da ne bude oduzeta ako oštećenik ne pokrene parnični postupak na koji ga je uputio kazneni sud.[78]

Ako nije moguće oduzimanje stvari ili prava ostvarenih kao imovinska korist u cijelosti ili djelomično, sud će naložiti počinitelju isplatu odgovarajuće protuvrijednosti u novčanom iznosu. Plaćanje se može odrediti obročno (članak 77. stavak 4. KZ-a).

Sagledavajući iznesene zakonske norme, možemo zaključiti - prvo, osnova za oduzimanje imovinske koristi je sudska odluka kojom je utvrđeno da je ostvarena protupravna radnja.[79] Imovinska korist koja je ostvarena izvršenjem kaznenog djela za koje se sudi počinitelju oduzima se supsidijarno i razmjerno dijelu koji prelazi dosuđeni imovinskopravni zahtjev. Drukčije izneseno, oduzimanje imovinske koristi primjenjuje se u kaznenom postupku uz ispunjenje ovih triju pretpostavki: 1) da je odlukom kaznenog suda utvrđeno kako je ostvarena protupravna radnja, 2) da je u postupku utvrđeno kako je tim kaznenim djelom, ili, u vezi s njegovim počinjenjem, pribavljena imovinska korist te 3) da imovinska korist nije u cijelosti konzumirana dosuđenim imovinskopravnim zahtjevom oštećenika.[80]

Zakonske odredbe, kojima je uređen ovaj institut, kogentne (prisilne) su prirode, jer sud je dužan (dakle, mora) po službenoj dužnosti oduzeti imovinsku korist[81], osim, iznimno, ako se radi o neznatnoj imovinskoj koristi.[82] No, i u potonjem slučaju, prema zakonskom određenju, sud može, ostavlja mu se na slobodnu procjenu (volju), odlučiti hoće li se i takva (neznatna) imovinska korist oduzeti.[83] U svakom slučaju, ova mjera

77 Slično je zaključio i Brkić analizirajući članak 82. stavak 1. i 2. KZ/97-a - Brkić, B., Oduzimanje predmeta i imovinske koristi u kaznenom postupku - dostupno na: www.vsrh.hr.

78 Ibidem bilj. 56. (Iz obrazloženja), str. 159. Tako i ibidem bilj. 60. (Pavlović, 2012.), str. 157.

79 KZ/97, kao osnovi za oduzimanje imovinske koristi, govori o odluci "kojom se utvrđuje da je kazneno djelo počinjeno" - usporedi članak 77. stavak 1. KZ-a sa stipulacijom odredbe članak 82. stavak 1. KZ/97-a. S tim u vezi, analizom čl. 82. st. 1. KZ/97-a Garačić je istaknula: "Imovinska korist je čisti višak imovine okrivljenika koju je pribavio kaznenim djelom i koju je zadržao do donošenja presude o počinjenju djela, a osnova za njezino oduzimanje je pravomoćna sudska odluka kojom je utvrđeno da je kazneno djelo počinjeno", tako Garačić, A., Kazneni zakon u sudskoj praksi, Zagreb, 2001., str. 122.

80 Slično Ivičević, E., Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2004., str. 99. Ova je razmatranja Ivičević iznijela pri strukturnom prikazu postupka oduzimanja imovinske koristi po regulaciji KZ/97-a.

81 Analizirajući uređenje predmetnog instituta po KZ/97 slično je zaključio i Kaleb, Z., Novo uređenje instituta oduzimanja imovinske koristi prema noveli Kaznenog zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2003., str. 453.

82 Shodno čl. 77. st. 5. KZ-a.

83 Pritom, oduzeta imovinska korist neće se umanjiti za iznos sredstava uloženih u kriminalnu djelatnost, na temelju čl. 77. st. 6. KZ-a. Dakle, ovom odredbom izričito se regulira da se imovinska korist računa u "bruto", a ne u "neto" iznosu. S tim u vezi, imovinska korist implicira čistu dobit do koje se dolazi nakon što se odbiju nužni izdaci i troškovi, tako ibidem bilj. 64.

s generalnog i posebnog preventivnog stajališta ima cilj nedvojbeno pokazati da se zločin ne isplati te odvratiti druge od činjenja novih kaznenih djela imovinskog karaktera.[84]

2.5.3. Prošireno oduzimanje imovinske koristi (po članku 78. KZ-a)

Promatrajući općenito, prema regulaciji članka 77. KZ-a, institut oduzimanja imovinske koristi može se primijeniti na sva kaznena djela. Ovo se odnosi i na sve kaznene inkriminacije podmićivanja predviđene u KZ-u. U slučaju počinjenja kaznenih djela iz nadležnosti Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta[85, 86, 87, 88], primijenit će se tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi koje je uređeno "specijalnim" odredbama članka 78. KZ-a. Naime, prema članku 78. stavku 1. KZ-a, na prošireno oduzimanje imovinske koristi od kaznenog djela za koje je nadležan USKOK i za kaznena djela iz Glave XVII.[89] i Glave XXV.[90] ovoga Zakona, ako je tim djelima ostvarena imovinska korist, primjenjuju se odredbe članka 77. ovoga Zakona ako tim člankom nije drukčije propisano. Dakle, ako se radi o pasivnom podmićivanju, pod uvjetom da je kaznenim djelom ostvarena imovinska korist, pravo prvenstva u primjeni imaju odredbe članka 78. KZ-a, a supsidijarno, odredbe članka 77. KZ-a.[91] Možemo zaključiti da je pozitivnom regulacijom KZ-a primjena ovog

(Pavlović, 2012.), str. 157 i 158.

84 Slično Mrčela, M., Pravni i praktični aspekti oduzimanja imovinske koristi u kaznenom postupku, Policija i sigurnost, Zagreb, 1999., str. 287.

85 U daljnjem tekstu: USKOK.

86 Osnovan, kao posebno državno odvjetništvo, za područje cijele Republike Hrvatske. Pravni temelj za ustroj USKOK predstavlja Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala iz 2001. (NN, br. 88/01. stupio na snagu 19. listopada 2001.).

87 Ustroj USKOK-a kao središnjeg tijela koje će biti nositelj (koordiniranih) aktivnosti na području suzbijanja korupcije i organiziranog kriminaliteta, po mišljenju Derenčinovića, jedna je od temeljnih pretpostavki učinkovitog suprotstavljanja korupciji. Mogućnost osnivanja posebnog državnog odvjetništva za kazneni progon počinitelja zakonom određenih kaznenih djela za čiji je progon Republika Hrvatska obvezana prema međunarodnom pravu proizlazila je iz članka 12. ZUSKOK-a. Iako autor ističe da bi bilo iluzorno očekivati da takvo jedno specijalizirano tijelo, ma kakvim nadležnostima raspolagalo, samo riješi problem korupcije u nekom društvu. Stoga bi njegova uloga ponajprije trebala biti koordinacijska u smislu objedinjavanja i optimalizacije svih antikorupcijskih instrumenata koji postoje u određenoj državi, Derenčinović, D., Mit(o) korupciji, Nocci, Zagreb, 2001., str. 271.

88 U nadležnost USKOK-a spada obavljanje poslova državnog odvjetništva za pojedina korupcijska kaznena djela i djela organiziranog kriminaliteta. Dakle, USKOK je ustrojen kao središnje tijelo koje će biti nositelj (koordiniranih) aktivnosti na području suzbijanja korupcije i organiziranog kriminaliteta, tako Kos, D.; Tripalo, D., Komentar Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 2.

89 Ova glava KZ-a obuhvaća skupinu kaznenih djela protiv spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta.

90 Ova glava KZ-a obuhvaća skupinu kaznenih djela protiv računalnih sustava, programa i podataka.

91 O mogućnosti proširenog oduzimanja imovinske koristi prema članku 82. stavak 2. KZ/97-a s osvrtom na neka poredbenopravna rješenja vidjeti Ivičević Karas, E., Kaznenopravno oduzimanje nezakonito stečene imovinske koristi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2007., str. 687. do 680.

instituta omogućena u odnosu na: a) kaznena djela iz nadležnosti USKOK-a, b) kaznena djela protiv spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta i c) kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka.[92]

U vezi s prethodnim, USKOK, kao posebno i samostalno pravosudno tijelo, nadležan je postupati u kaznenim predmetima taksativno u određenim kaznenim djelima specificiranim u članku 21. Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala.[93] Tom kogentnom odredbom ZUSKOK točno određuje za koja je kaznena djela nadležan postupati USKOK. Pritom navodeći prvo ona djela predviđena odredbama KZ/97-a (u stavku 1.), a zatim ona iz posebnog dijela KZ-a (u stavku 2.). Vezano uz pasivno podmićivanje, nadležnost USKOK-a obuhvaća sve kaznene inkriminacije pasivnog podmićivanja i u javnom (primanje mita iz članka 293. KZ-a i podmićivanje zastupnika iz članka 339. KZ-a) i u privatnom sektoru (primanje mita u gospodarskom poslovanju članak 252. KZ-a i primanje mita u postupku stečaja - članak 251. KZ-a).[94] Stoga se može zaključiti da se institut proširenog oduzimanja imovinske koristi primjenjuje na sva kaznena djela pasivnog podmićivanja.

Prošireno oduzimanje imovinske koristi, prema regulaciji članka 78. KZ-a, podrazumijeva oduzimanje sve imovine osuđenika za koje on ne može učiniti vjerojatnim njezino podrijetlo, a nerazmjerna je njegovim zakonitim prihodima. Dakle, državni odvjetnik, za razliku od dotadašnjeg kaznenog materijalnog uređenja, nije dužan dokazivati da je imovina koju osuđenik ima ostvarena počinjenjem konkretnog kaznenog djela za koje ga se tereti, već je dostatno dokazati nerazmjer između okrivljenikove imovine i njegovih zakonitih primanja kako bi se pokazalo da je taj nerazmjer posljedica kriminalnog ponašanja tijekom dužeg razdoblja i da mu kazneno djelo koje mu se stavlja na teret ne predstavlja iznimku u ponašanju.[95] Drukčije izneseno, institut proširenog oduzimanja imovinske koristi, kako je "postavljen" u pozitivnoj kazneno-materijalnoj regulaciji, pretpostavlja redukciju dokaznog standarda koji se primjenjuje pri utvrđivanju (ne) zakonitog podrijetla određene imovine te inverzije ili podjelu tereta dokazivanja (ne)zakonitog podrijetla određene imovine između tužitelja ili okrivljenika.[96] [97] Ovi zaključci proizlaze iz stipulacije odredbe članka 78. stavka 2.

92 Do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona (NN, br. 56/15. - stupio na snagu 30. svibnja 2015.) primjena ovog instituta ticala se ekskluzivno kaznenih djela iz nadležnosti USKOK-a. Proširena primjena ovog instituta "posljedica" je implementacije Direktive 2014/42/EU, o čemu je bilo riječi u dijelu 2.4.

93 Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala (NN, br. 76/09., 116/10., 145/10., 57/11., 136/12. i 148/13., u daljnjem tekstu: ZUSKOK - stupio je na snagu 1. srpnja 2009.).

94 U odnosu na ostala korupcijska kaznena djela i djela gospodarskog kriminaliteta pobliže vidjeti članak 21. ZUSKOK-a.

95 Ibidem bilj. 65. (Roksandić i dr., 2015.), str. 538.

96 Ibidem bilj. 65. (Roksandić i dr., 2015.).

97 O načelu vladavine prava kao jamstva legalne primjene proširenog oduzimanja imovinske koristi i konkretno o tomu je li redukcija dokaznog standarda suprotna temeljnim ustavnim i zakonskim načelima hrvatskoga pravnog sustava, ali i načelu prava na pravično (pošteno) suđenje iz čl. 6. st. 1. i 2. Konvencije (europske) za zaštitu ljudskih prava s protokolima 1, 4, 6, 7, 11, 12, 13 i 14, koja je u primjeni od 6. studenoga 1997. godine (NN-MU, br. 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10.) vidjeti Ibidem bilj. 65

KZ-a, prema kojoj ako počinitelj kaznenog djela iz stavka 1. ovoga članka ima ili je imao imovinu koja je nerazmjerna njegovim zakonitim prihodima, pretpostavlja se da ta imovina predstavlja imovinsku korist od kaznenog djela, osim ako počinitelj učini vjerojatnim da je njezino podrijetlo zakonito. S tim u vezi, ako je imovinska korist od kaznenog djela sjedinjena s imovinom stečenom zakonito, ukupna imovina bit će predmet oduzimanja do procijenjene vrijednosti imovinske koristi. Na isti način i u istom omjeru oduzet će se i korist koja je dobivena od imovine u koju je zakonita imovina sjedinjena s imovinskom korišću od kaznenog djela (članak 78. stavak 3. KZ-a). Izneseni zaključci proizlazili bi dijelom i iz novije kaznene prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske[98], koji je, u odluci poslovni broj I KžUs-56/15-3 od 2. veljače 2016. godine[99], zauzeo pravno shvaćanje po kojem *odredba članka 78. stavka 2. KZ-a omogućuje oduzimanje imovinske koristi koja nije pribavljena konkretnim inkriminiranim kaznenim djelima, već se radi o koristi za koju okrivljenik nema pokriće u zakonitim prihodima.*[100] Na kraju, u ovom dijelu, primjećuje se da je kod ovoga kaznenog instituta teret dokaza podijeljen između državnog odvjetnika i okrivljenika pritom je intencija zakonodavca očito bila olakšati "aktivnoj strani u postupku" oduzimanje nezakonito stečene imovine kako bi se zaštitio opći interes i uspostavilo stanje prije počinjenja kaznenog djela.[101, 102] Međutim, da bi uopće dokazao nerazmjer, državni odvjetnik ipak je dužan tijekom istrage provesti opsežnu "financijsku" istragu, u čemu mu bitno može pomoći i Porezna uprava[103], odnosno tzv. porezni USKOK ili, preciznije, Samostalni sektor za otkrivanje poreznih prijevara

(Roksandić i dr., 2015.), str. 539-540.

98 U daljnjem tekstu: Vrhovni sud.

99 Odluka dostupna na: https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/

100 Iz obrazloženja odluke broj I KžUs-56/15-3 od 2. 2. 2016.: "… Prema tome, evidentno je da su u konkretnom slučaju ostvarene sve zakonske pretpostavke za tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi iz članka 78. stavak 2. KZ/11 koji propisuje mogućnost oduzimanja imovinske koristi koja nije pribavljena konkretnim inkriminiranim kaznenim djelima, već se radi o koristi za koju okrivljenik nema pokrića u zakonitim prihodima. Ovaj zaključak utemeljen je i na činjenici da je ovaj sud svojim rješenjem br. I Kž-Us 144/14 od 20. siječnja 2015. već pravomoćno primijenio kategoriju proširenog oduzimanja imovinske koristi od okrivljenika u smislu odredbe članka 78. stavak 2. KZ/11, te zauzeo stav da postoji očiti nesrazmjer između imovine okrivljenika koju posjeduje i njegovih zakonitih prihoda….".

101 Slično ibidem bilj. 65. (Roksandić i dr., 2015.), str. 541.

102 Valja istaknuti da je čl. 6. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (NN, br. 148/13 - stupio na snagu 15. prosinca 2013.) promijenjen sastav USKOKA, tako da za druge odjele, tajništva i pratećih službi, osnovan u normativnom smislu "Odjel za istraživanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom". Praktično sagledavano ovaj, ali i svaki drugi odjel odnosno pravosudno tijelo, treba "oživiti" i osigurati mu kadrovske, financijske i druge kapacitete dostatne za učinkovit rad.

103 Naime, usporedba i prikupljanje podataka bitnih za oporezivanje u nadležnosti je Porezne uprave prema čl. 88. i 89. Zakona o porezu na dohodak (NN, br. 115/16). Isto bilo predviđeno i odredbama čl. 63. Zakona o porezu na dohodak (NN, br. 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, 144/12, 43/13, 120/13, 125/13, 148/13, 83/14, 143/14, 136/15 i 115/16).

(SSOPP[104, 105, 106, 107]).

KZ, uređujući institut proširenog oduzimanja imovinske koristi, nameće obvezu kaznenom sudu da u slučajevima članka 78. stavka 2. i 3., oduzme imovinsku korist i od člana obitelji[108] *bez obzira po kojem pravnom temelju se kod njega nalazi i neovisno o tome živi li u zajedničkom kućanstvu s počiniteljem* (članak 78. stavak 4. KZ-a), ali i od *druge osobe bez obzira po kojem pravnom temelju je stečena ako ta osoba ne učini vjerojatnim da je korist stekla u dobroj vjeri i po razumnoj cijeni* (članak 78. stavak 5. KZ-a). U tumačenju ovih normi, Vrhovni sud[109] zaključio je da KZ, u članku 78. stavku 4. i 5., određuje da će se ta imovinska korist oduzeti od člana obitelji (značenje izraza "član obitelji" - članak 87. stavak 8. KZ/11, među ostalim bračni drug i brat)

104 Pravni temelj za ustroj ovoga samostalnog i neovisnog tijela proizlazi iz čl. 1. Uredbe o izmjenama i dopunama Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija (NN, br. 134/14 - stupila na snagu 25. 11. 2014., u daljnjem tekstu: Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija).

105 U djelokrug rada SSOPP-a, prema čl. 25.a st. 1. Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija, spadaju ovi poslovi: prikupljanje, kontrola, analitička obrada i razmjena podataka radi otkrivanja rizičnih poreznih obveznika koji sudjeluju u organiziranim poreznim prijevarama koje imaju za posljedicu velike porezne utaje, osobito u međunarodnim prijevarama iz područja PDV-a (kružne i lančane transakcije, fiktivne isporuke i sl.); otkrivanje fizičkih osoba koje posjeduju imovinu značajne vrijednosti, a koju su stekle nezakonito, bez pokrića u zakonito ostvarenim primitcima te otkrivanja imovine poreznih dužnika koja nije obuhvaćena mjerama ovrhe ili koja je u cilju onemogućavanja naplate poreznog duga prenesena na druge osobe; suradnja s tijelima kaznenog progona u otkrivanju kaznenih djela povezanih s gospodarskim kriminalitetom i utajama poreza i drugih javnih davanja; dostava nadležnim tijelima prikupljenih i obrađenih podataka radi pokretanja poreznih, prekršajnih i kaznenih postupaka; po potrebi koordinacija rada nadzornih tijela u daljnjem postupanju i operativnog uključivanja u postupke; razmjena podataka i dokumentacije sa stranim jedinicama za suzbijanje poreznih utaja; praćenje propisa, pravne stečevine i sudske prakse Europske unije iz područja za koje je ustrojen; te druge zadaće bitne za razvoj preventivnog sustava i sprječavanje poreznih utaja. Unutar SSOPP-a ustrojene su zasebne tri službe: 1. Služba za otkrivanje organiziranih prijevara, 2. Služba za provjeru imovine fizičkih i poreznih dužnika i 3. Služba za suradnju s tijelima kaznenog progona (članak 25.a stavak 2. Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva financija).

106 Važno je naglasiti da je postupak proširenog oduzimanja imovinske koristi reguliran specijalnim odredbama ZOPOIK-a i općenitim odredbama ZKP-a, a osiguranje (proširenog) oduzimanja imovinske koristi (privremenim mjerama i dr.) u odnosu na dio iz nadležnosti USKOK-a, pored ZKP-om koji sadrži općenite postupovne norme i odredbama dvaju posebnih zakona: ZUSKOK-a (Glava IV. - članak 50. do 61.) i ZOPOIK-a. S tim u vezi, prema čl. 34. st. 1. ZOPOIK-a ovaj Zakon primjenjuje se u postupku za kaznena djela iz članka 21. ZUSKOK-a, ako drukčije nije propisano tim zakonom.

107 O dokazivanju postojanja okolnosti za određivanje privremenih mjera u vezi s oduzimanjem imovinske koristi vidjeti odluku Vrhovnog suda poslovni broj i KžUs-112/13-4 od 1. listopada 2014. - dostupna na: https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/.

108 KZ, u čl. 87. st. 8., pod "članom obitelji" podrazumijeva bračnog ili izvanbračnog druga, životnog partnera ili neformalnog životnog partnera, njihovu zajedničku djecu te djecu svakog od njih, srodnika po krvi u ravnoj lozi, srodnika u pobočnoj lozi zaključno do trećeg stupnja, srodnike po tazbini do zaključno drugog stupnja, posvojitelja i posvojenika.

109 U presudi poslovni broj: I KžUs-144/14-4 od 20. veljače 2015. - dostupna na: https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/.

bez obzira na to po kojem pravnom temelju se kod njega nalazi i neovisno o tome živi li u zajedničkom kućanstvu s počiniteljem, kao i od druge osobe bez obzira po kojem pravnom temelju je stečena ako ta osoba ne učini vjerojatnim da je korist stekla u dobroj vjeri i po razumnoj cijeni.[110]

Štoviše, u članku 78. stavku 6., KZ predviđa i poseban slučaj oduzimanja imovinske koristi i u nasljeđivanju. Prema toj zakonskoj odredbi ako osoba protiv koje je pokrenut kazneni postupak umre, imovinska korist ostvarena protupravnom radnjom može se oduzeti od njezinih sljednika u postupku propisanom posebnim zakonom.

U izloženom, analizom odredbi članka 78. KZ-a, a cijeneći regulaciju članka 21. ZUSKOK-a, KZ nije omogućio primjenu instituta proširenog oduzimanja imovinske koristi u domaćem pravnom sustavu na sva kaznena djela. Primjena ovog instituta nije omogućena niti na sva korupcijska kaznena djela iz kataloga inkriminacija KZ-a.[111]

Unatoč zakonskoj mogućnosti primjene i izloženog (i u dijelu manjkavoj) regulaciji ovog instituta, nužno je međuinstitucionalnom suradnjom urediti i druga područja unutar države kako bi se počiniteljima, poglavito korupcijskih kaznenih djela i organiziranog kriminala, u praksi onemogućilo ili otežalo skrivanje i prisvajanje protupravno stečene imovine i njezino inkorporiranje u "legalne tijekove novca".[112]

3. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Korupcijska kaznena djela i ona koja uključuju organizirani kriminal predstavljaju jedan od najznačajnijih izvora ugrožavanja nacionalne sigurnosti u uređenim zemljama, kojima pripada i Hrvatska. Stoga, ne čudi da je zakonodavac u temeljne odredbe zakonskog teksta ugradio, kao osnovno kazneno načelo, i oduzimanje imovinske koristi. Naime, oduzimanje imovinske koristi, a posebno institut proširenog oduzimanja imovinske koristi što je novina kaznene materijalne regulacije, predstavlja

110 Sud je tada, među ostalim, zaključio: "…Naime, odredba članka 78. stavak 2. KZ/11 uređuje tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi na način da ako počinitelj kaznenog djela iz nadležnosti USKOK-a ima ili je imao imovinu koja je nerazmjerna njegovim zakonitim prihodima, pretpostavlja se da ta imovina predstavlja imovinsku korist od kaznenog djela, osim ako počinitelj učini vjerojatnim da je njezino podrijetlo zakonito. U stavku 4. i 5. iste norme je određeno da će se ta imovinska korist oduzeti od člana obitelji (značenje izraza "član obitelji" - članak 87. stavak 8. KZ/11, među ostalim bračni drug i brat) bez obzira po kojem pravnom temelju se kod njega nalazi i neovisno o tome živi li u zajedničkom kućanstvu s počiniteljem, kao i od druge osobe bez obzira po kojem pravnom temelju je stečena ako ta osoba ne učini vjerojatnim da je korist stekla u dobroj vjeri i po razumnoj cijeni. S tim u vezi, valja odmah dodati da je shodno odredbama članka 3. stavak 1. točka 2., 4. i 6. c) ZOPOIK-a (koji korespondira sa spomenutim materijalno-pravnim propisima) privremene mjere osiguranja moguće odrediti na svim stvarima i pravima koje mogu biti predmet ovrhe, a koje su u vlasništvu, posjedu ili pod kontrolom okrivljenika ili povezane osobe. Žalitelj je upisan kao jedini vlasnik nekretnina, pa nema mjesta određivanju privremene mjere samo na polovici nekretnina kako se sugerira u žalbi….".

111 Primjerice na (korupcijsko) kazneno djelo prijevare u gospodarskom poslovanju iz čl. 245. KZ-a.

112 Slično ibidem, bilj. 65. (Roksandić i dr., 2015.), str. 534.

jednu od ključnih kaznenih mjera u borbi i suzbijanju korupcijskih kaznenih djela, u koje, kao tipično, spada i pasivno podmićivanje.

Analizom i raščlambom izložene međunarodne pravne stečevine, KZ, u odnosu na oduzimanje imovinske koristi, svakako predstavlja legislativni "korak naprijed". Ovo stoga što je njime postignuto "dodatno" usklađivanje domaće regulacije u vezi promatranog instituta radi učinkovitije borbe i suzbijanja korupcijskih kaznenih djela.

Međutim, mišljenja smo da pozitivno kazneno materijalno uređenje instituta (proširenog) oduzimanja imovinske koristi opterećuje u određenim segmentima neusklađenost normativa, što je otežalo primjenu propisa u kaznenoj grani sudovanja, a što može dovesti i do neujednačenog tumačenja i primjene prava odnosno nejedinstvene prakse. Normativna neusklađenost ponajprije se odnosi na pojmovno određenje imovine i imovinske koristi.

Uz to, postoje neki važni segmenti u regulaciji koji zahtijevaju dodatnu analizu i "noveliranje" kako bi se postojeća zakonska regulacija uskladila s međunarodnom pravnom stečevinom po pitanju instituta proširenog oduzimanja imovinske koristi. To se ponajprije odnosi na krug kaznenih djela na koje se može primijeniti navedeni institut. Naime, KZ, suprotno međunarodnoj pravnoj stečevini, posebice sadržaju Direktive 2014/42/EU, nije omogućio primjenu ovoga instituta na sva korupcijska kaznena djela iz postojećeg kataloga inkriminacija i u javnom i u privatnom "sektoru".

Uklanjanjem iznesenih normativnih nedostataka, s jedne strane, domaći sustav (proširenog) oduzimanja imovinske koristi mogao bi postati primjer kvalitetne kaznene materijalne regulacije, a, s druge time bi se spriječila "potencijalna" arbitrarnost, neodgovornost i samovolja u primjeni toga instituta u praksi.

LITERATURA

Knjige i radovi:

1. Bačić, F., Korupcija i antikorupcijsko kazneno pravo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2000.,
2. Bačić, F., Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 1998.,
3. Datzer, D.; Vujović, S., Kaznena politika za korupcijska kaznena djela na području kantona Sarajevo, Kriminologija i socijalna integracija, 2013.,
4. Derenčinović, D., Kaznenopravni aspekti korupcije s elementom inozemnosti, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 1999.,
5. Derenčinović, D., Mit(o) korupciji, Nocci, Zagreb, 2001.,
6. Garačić, A., Kako prečeste izmjene kaznenih zakona utječu na pravnu sigurnost, Informator, br. 6401, Zagreb, 2016.,
7. Garačić, A., Kazneni zakon u sudskoj praksi, Naklada Zadro, Zagreb, 2001.,
8. Ivičević, E., Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom, Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2004.,
9. Ivičević Karas, E., Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem: neka otvorena pitanja i moguća rješenja, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2011.,
10. Ivičević Karas, E., Kaznenopravno oduzimanje nezakonito stečene imovinske koristi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2007.,
11. Kaleb, Z., Novo uređenje instituta oduzimanja imovinske koristi prema noveli Kaznenog

zakona, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2003.,
12. Kos, D., Problematika oduzimanja imovinske koristi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 1998.,
13. Kos, D.; Tripalo, D., Komentar Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Narodne novine, Zagreb, 2001.,
14. Kregar, J., Korupcija, Financijska praksa, Zagreb, 1997.,
15. Mrčela, M., Pravni i praktični aspekti oduzimanja imovinske koristi u kaznenom postupku, Policija i sigurnost, Zagreb, 1999.,
16. Novosel, D., Financijske istrage i progon počinitelja gospodarskog kriminaliteta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2007.,
17. Obidario, S., Transnational Corruptionand Corporations: Regulating Briberythrough Corporate Liability, Englan i USA: Ashgate Publishing Limited, 2013.,
18. Pavlović, Š., Kazneni zakon, Libertin naklada, Rijeka, 2012.,
19. Roksandić Vidlička, S.; Šamota, Galjer, M., Političko-gospodarski kriminalitet i prošireno oduzimanje imovinske koristi: Quo vadis, Hrvatska?, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2015.,
20. Saračević, A., Korupcijska kaznena djela, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2008.,
21. Staničić, T., Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njegovo mjesto u krivičnom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split, 1979
22. Horvatić, Ž.; Novoselec, P., Kazneno pravo - Opći dio, Zagreb, 2001.,

Vrela s Interneta:

1. eur-lex.europa.eu
2. dana.europa.eu/eli/dir2014/42/oj/hrv/pdfa1a
3. www.sabor.hr/Default.aspx?art=41259
4. www.vsrh.hr
5. https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/

Sudska praksa:

1. presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske I Kž-Us 144/14 od 20. siječnja 2015.,
2. presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Kž Us-112/13-4 od 1. listopada 2014.,
3. presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske I Kž Us-144/14-4 od 20. veljače 2015..

Summary

CONFISCATION OF PECUNIARY GAIN IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL REGULATIONS AND COMBATING BRIBERY

Appropriate reaction on bribery criminal offenses is of a great importance for every legal order. The success of this reaction, and of the confiscation of pecuniary gain, as its very important aspect, affects the overall political and economic development of a country. Effective (extended) confiscation of pecuniary gain is particularly important when it comes to criminal offenses of (passive) bribery. These criminal offenses are based on "corruption agreement" that aims to "satisfy" certain (material) interests and benefits for both parties of the "agreement".

Appropriate legal reaction on bribery criminal offenses, as well sa the confiscation of pecuniary gain by these criminal offense, depends on the attitudes of a certain society and its "establishment".

This paper deals with (extended) confiscation of pecuniary gain acquired by criminal offense, in the context of bribery offenses, by presenting domestic and international regulations and case law, and analyzing compliance of domestic regulations with international regulations.

Keywords: *corruption, bribery, assets, pecuniary gain, pecuniary gain acquired by a criminal offense, confiscation of pecuniary gain, extended confiscation of pecuniary gain.*

Zusammenfassung

BESCHLAGNAHME VON VERMÖGENSGEWINN IM RAHMEN INTERNATIONALER REGELUNGEN UND BESTECHUNGSBEKÄMPFUNG

Eine angemessene Reaktion auf Bestechungsdelikte ist für jede Rechtsordnung von großer Bedeutung. Der Erfolg dieser Reaktion und die Beschlagnahme des finanziellen Gewinns als ihrem sehr wichtigen Aspekt wirkt sich auf die gesamte politische und wirtschaftliche Entwicklung eines Landes aus. Eine wirksame (verlängerte) Beschlagnahme des Vermögensgewinns ist besonders wichtig, wenn es sich um Straftaten von (passiver) Bestechung handelt. Diese Straftaten beruhen auf dem "Korruptionsvertrag", der bestimmte (materielle) Interessen und Vorteile für beide Teile des "Vertrags" "befriedigen" soll.

Eine entsprechende rechtliche Reaktion auf Bestechungsdelikte sowie die Einziehung von Vermögensgewinnen durch diese Straftaten hängt von den Einstellungen einer bestimmten Gesellschaft und ihrer "Niederlassung" ab.

Dieser Artikel befasst sich mit dem (erweiterten) Entzug von Vermögensgewinnen, die durch Straftat im Rahmen von Bestechungsdelikten, durch Vorlage nationaler und internationaler Regelungen und der Rechtsprechung erworben wurden, und analysiert die Einhaltung nationaler mit internationalen Regelungen.

***Schlüsselwörter**: Korruption, Bestechung, Vermögenswerte, Vermögensgewinn, durch eine Straftat erworbener Gewinn, Beschlagnahme des Vermögensgewinns, erweiterter Entzug des Vermögensgewinns.*

Riassunto

LA CONFISCA DEL VANTAGGIO ECONOMICO NELL'AMBITO DELLA REGOLAMENTAZIONE INTERNAZIONALE E LA LOTTA ALLA CORRUZIONE

La reazione giuspenalistica ai reati di corruzione è di fondamentale importanza per il funzionamento di qualsiasi sistema giuridico. Dalla buona riuscita di tale reazione, in particolare di un suo fondamentale segmento - quale è la confisca patrimoniale -, dipende l'intero sviluppo politico ed economico di ogni singolo paese. L'efficace applicazione della misura della confisca patrimoniale s'è dimostrata importante nella prassi specialmente con riguardo ai reati di corruzione passiva. Precisamente, di regola, si tratta di reati che sottintendono la creazione di una "alleanza corruttiva" nella quale entrambe le parti possono ritenersi "soddisfatte", poiché realizzano determinati vantaggi patrimoniali.

Quale sarà la reazione giuspenalistica nei confronti dei corruttori dipende dalla presa di posizione di ciascuna singola società civile, ovvero di chi ivi in qual momento sia al potere. Dalla loro concezione dipende, infatti, la reazione giuspenalistica nei confronti dei corruttori dal punto di vista della confisca patrimoniale nella normativa penale.

A sostegno del dibattitto dottrinale nel lavoro si analizza la misura penale della confisca dei beni patrimoniali nell'ambito della regolamentazione internazionale ai fini della lotta alla corruzione, con particolare attenzione alla recente prassi giurisprudenziale domestica. Ancora, viene posto l'accento sulla rassegna della normativa nazionale ed internazionale circa la c.d. confisca allargata dei beni patrimoniali. Altresì, in chiusura, con metodo comparato, viene offerta un'analisi della difformità della disciplina giuridica sostanziale di diritto interno rispetto alle soluzioni giuridiche prospettate sul piano internazionale e concernenti la questione in oggetto.

***Parole chiave:** corruzione, patrimonio, vantaggio patrimoniale, vantaggio realizzato mediante reato, confisca di beni patrimoniali, confisca allargata di beni patrimoniali.*

STJECANJE PRAVA VLASNIŠTVA DOSJELOŠĆU NA NEKRETNINAMA U DRUŠTVENOM VLASNIŠTVU U SVJETLU NOVE PRAKSE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Damir Kontrec, dipl. iur., sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.233:341.231.145(4)
Ur.: 23. siječnja 2017.
Pr.: 6. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Dosjelost kao institut građanskog prava poznat je još od rimskog prava i predstavlja način stjecanja prava vlasništva (i nekih drugih stvarnih prava) na temelju zakona. Rad se bavi stjecanjem prava vlasništva na temelju dosjelosti na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu. Iako je sudska praksa zauzela shvaćanje da je rok za dosjelost na nekretninama u društvenom vlasništvu mogao početi teći tek od 8. listopada 1991. godine, tri odluke Europskog suda za ljudska prava (Trgo protiv Hrvatske, Radomilja i drugi protiv Hrvatske i Jakeljić protiv Hrvatske) otvaraju mogućnost da se u vrijeme potrebno za dosjelost računa i razdoblje prije 8. listopada 1991. godine. U radu se ukazuje u kojim se slučajevima shvaćanjem Europskog suda za ljudska prava može primijeniti i kakav je učinak tih odluka na praksu redovnih sudova u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: *dosjelost, redovna i izvanredna dosjelost, nekretnina u društvenom vlasništvu, pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću.*

1. UVOD

Europski sud za ljudska prava[1] u lipnju 2016. godine donio je dvije nove odluke u postupcima protiv Republike Hrvatske, kojima je potvrdio svoja stajališta iznesena u predmetu *Trgo protiv Hrvatske*, a tiču se stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu i računanju u rok dosjelosti i razdoblja prije stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnima pravima.[2] U ovom radu analiziraju se relevantne odluke ESLJP-a i njihov utjecaj na sudsku praksu u Republici Hrvatskoj koja se bavila pitanjem stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu.

1 U daljnjem tekstu ESLJP.
2 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 ZVDSP.

Radi boljeg razumijevanja cijelog problema uvodno se govori općenito o dosjelosti kao institutu stvarnoga prava u Republici Hrvatskoj, prikazuju se odredbe Općeg građanskog zakonika[3], Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima[4] i ZVDSP-a koje su govorile o stjecanju prava vlasništva (i drugim stvarnih prava) na nekretninama dosjelošću.

Posebno se analizira ima li potrebe eventualno promijeniti sudsku praksu u ovom području, a s obzirom na odluke ESLJP-a.

2. OPĆENITO O INSTITUTU DOSJELOSTI

Institut dosjelosti ili uzukapije (lat. usucapio) poznat je još iz rimskog prava i održao se sve do današnjih modernih stvarnopravnih uređenja.

Dosjelost je stjecanje prava vlasništva neke stvari neprekidnim samostalnim posjedovanjem te stvari kroz zakonom određeno vrijeme. Neposredan pravni učinak dosjelosti stjecanje je prava vlasništva one stvari koju se samostalno posjedovalo, kojim se dotadašnja faktična vlast na stvari pretvara u pravnu vlast na njoj - pravo vlasništva. Neminovni posredan učinak stjecanja putem dosjelosti jest da ona osoba koja je do tada bila vlasnik, gubi to svoje dotadašnje pravo vlasništva stvari koju je stekao dosjedatelj, a ujedno u pravilu prestaju i druga prava koju su teretila tu stvar. Isto tako dotadašnjem vlasniku ne pripada nikakav odštetni zahtjev, kondikcijski ili verzijski zahtjev protiv dosjedatelja. Pravni učinci dosjelosti nastupit će po samom pravu (*ipso iure*) čim se ispune sve pretpostavke stjecanja putem dosjelosti.[5] Iz toga dalje slijedi da stjecatelj vlasništvo stječe bez upisa u zemljišnu knjigu, no ako se isti ne bi upisao u zemljišnu knjigu, postoji opasnost da bi stjecatelj to pravo mogao izgubiti u korist osobe koja bi u dobroj vjeri (*bona fidae*) nekretninu stekla postupajući s povjerenjem u potpunost i istinitost zemljišnih knjiga.

Kod toga se za stjecanje prava vlasništva dosjelošću zahtijeva ispunjavanje određenih pretpostavki. To je prije svega da stjecatelj ima posjed određene kvalitete, ovisno o tomu radi li se o redovnoj ili izvanrednoj dosjelosti, da taj posjed traje zakonom određeno vrijeme, da stvar koja je predmet dosjedanja bude sposobna biti predmetom stjecanja u vlasništvo putem dosjelosti, kao i da je stjecatelj sposoban tu stvar steći u vlasništvo dosjelošću.[6]

Značenje učinaka instituta dosjelosti u građanskom pravu nalazi se u pretvaranju činjeničnog u pravno stanje, omogućavanjem legaliziranja onoga što u stvarnosti postoji dulje vrijeme, a ispunjava barem minimalne uvjete za priznavanje od pravnog poretka, a što može imati za posljedicu gubitak prava vlasništva ili drugih stvarnih

3 Pravna pravila Općeg građanskog zakonika (dalje OGZ) primjenjuju se u Republici Hrvatskoj na temelju Zakona o način primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine (Narodne novine, br. 73/91.).

4 Narodne novine, br. 53/91., dalje ZOVO. Taj je propis bio savezni propis bivše SFRJ, objavljen u Službenom listu SFRJ, br. 6/80., 36/90.

5 Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, Stvarno pravo, Svezak prvi, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, j 2007., str. 556-557.

6 Isto kao pod 5., str. 557-566.

prava na jednoj strani odnosno stjecanju tih prava na drugoj.[7]

Prije samog prikaza odluka ESLJP-a koje se odnose na stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvo, kratko ćemo prikazati kako je institut dosjelosti bio reguliran u OGZ-u, ZOVO-u, te kako je danas propisan odredbama ZVDSP-a, kao i relevantnu sudsku praksu.

3. ZAKONSKO UREĐENJE INSTITUTA DOSJELOSTI NA PODRUČJU HRVATSKE

3.1. Opći građanski zakonik

Opći građanski zakonik iz 1811. godine stupio je na snagu na području današnje Republike Hrvatske 1. svibnja 1853. godine. Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije[8] OGZ-u je oduzeta snaga propisa, pa su se sve do donošenja ZOVO-a 1980. godine primjenjivala pravna pravila OGZ-a, između ostalog i glede stjecanja prava vlasništva dosjelošću. Kod toga su nam relevantne odredbe paragrafa 1468. i 1472. OGZ-a, koje se i danas primjenjuju s obzirom na odredbu čl. 388. st. 1. ZVDSP-a koja propisuje da se stjecanje, promjena, pravni učinci i prestanak stvarnih prava od stupanja na snagu ovoga Zakona prosuđuju prema njegovih odredbama, ako prijelaznim i završnim odredbama ili posebnim zakonom nije što drugo propisano. U st. 2. određeno je da stjecanje, promjena, pravni učinci i prestanak stvarnih prava do stupanja na snagu ZVDSP-a se prosuđuje prema pravnim pravilima koja su se primjenjivala u trenutku stjecanja, promjene i prestanka prava i njihovih pravnih učinaka.

Institut dosjelosti propisan je pravnim pravilima OGZ, u kojim je navedeno sljedeće:

Ako se zastarjelo pravo uslijed zakonitog posjeda prenosi u isto vrijeme na koga drugoga; zove se pravo dosjeđeno, a način taj stečenja zove se dosjelost (§ 1452. OGZ).

U onim mjestima, gdje još nema nikakvih urednih javnih knjiga, i gdje se stečenje stvari nepokretnih ima dokazati po sudskim spisima i po inim ispravama, ili ako stvar nije uknjižena na ime onoga, koji je doista posjeduje, dosjelost se svršuje tek poslije 30 godina (§ 1468. OGZ).

Proti fiskusu to jest, proti upraviteljima državnih dobara i državne imovine, ukoliko zastari ima mjesta (§ 287, 289 i 1456-1457), također protiv upraviteljima dobara crkvenih, općinskih i inih dopuštenih tijela, nije dovoljno opće i redno vrijeme dosjelosti. Glede posjeda stvari pokretnih i posjeda stvari nepokretnih, ili služnosti i inih prava na pomenutim stvarima, izvršivanih, i na ime posjednika upisanih u javne knjige, posjed se ima produžiti kroz 6 godina. Prava pomenute vrste, koja na ime posjednikovo nisu upisana u javne knjige, i sva ima prava mogu se protiv fiskusa i gore naznačenim povlaštenim osobama steći samo posjedom od 40 godina (§ 1472.

7 Jasna Brežanski, Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava, dostupno na www.vsrh.hr. Vlado Belaj, Dosjelost kao oblik stjecanja vlasništva, Informator br. 4680 od 13. siječnja 1999.

8 Službeni list FNRJ, br. 86/46. i 105/47.

OGZ).

Iz navedenih pravnih pravila vidljivo je da je OGZ poznavao redovnu i izvanrednu dosjelost. Kod toga valja naglasiti da je prema Načelnom mišljenju opće sjednice Saveznog Vrhovnog suda br. 3/60 od 4. travnja 1960. godine za redovnu dosjelost potrebno 20 godina posjedovanja, a ne 30 kako je to bilo propisano u izvornom tekstu OGZ-a.

Iz navedenog slijedi da se na stjecanje prava vlasništva za razdoblje od 1945. do 1. rujna 1980. godine (dan stupanja na snagu ZOVO-a) primjenjuju navedena pravna pravila OGZ-a.

U sudskoj praksi i danas nailazimo na odluke u kojima se tužiteljima priznaje da su stekli pravo vlasništva dosjelošću u skladu s pravnim pravilima OGZ-a.

U presudi Rev-1431/1999-2 od 1. ožujka 2001. godine navedeno je:

Sud drugoga stupnja prihvatio je utvrđenje suda prvoga stupnja da je tužitelj putem svojih pravnih prednika bio oduvijek, pri tome misleći i na razdoblje prije drugog svjetskog rata u posjedu sporne k.č.br. 623/3 oranica i pašnjak Gmajna od 6 rali i 640 čhv, upisana u zk. ul. br. 2 k.o. Slunj, da se radi o poljoprivrednom zemljištu, koje je temeljem odredbe čl. 3. st. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu ("Narodne novine" br. 34/91) upisano u vlasništvo tuženika, budući da je ranije bilo upisano kao općenarodna imovina s pravom korištenja Općine Slunj.

S obzirom na utvrđeno činjenično stanje, sudovi nižeg stupnja pravilno su zaključili da su prednici tužitelja kao dugogodišnji posjed utužene nekretnine kroz razdoblje dostatno za stjecanje prava vlasništva dosjelošću i prije 6. travnja 1941. godine stekli pravo vlasništva na istim nekretninama dosjelošću...

Sudovi nižeg stupnja pravilno su ocijenili sporni vlasničkopravni odnos kroz primjenu pravnih pravila bivšeg OGZ-a sukladno odredbi čl. 388. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine" br. 91/96), je se na stjecanje stvarnih prava primjenjuju ona pravna pravila koja su važila u vrijeme stjecanja prava vlasništva.[9]

Nadalje u odluci Rev-x-294/15-2 od 31. ožujka 2015. godine pobliže se navodi kakva se kvaliteta posjeda traži od dosjedatelja:

"U konkretnom slučaju za razješenje odnosa između stranaka ima se primjenjivati mjedavno pravo koje je bilo na snazi u vrijeme nastanka tih odnosa, dakle pravna pravila Općeg građanskog zakonika, koja se primjenjuju na temelju čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije ("Službeni list" FNRJ broj 86/1946).

Prema pravnom pravilu iz paragrafa 1460. bivšeg OGZ za stjecanje prava vlasništva na temelju dosjelosti zahtijevalo se zakonit, pošten i istinit posjed, s time da onaj tko dosjelost svog posjeda temelji na vremenu od 30 ili 40 godina nije dužan dokazivati način stjecanja.[10]

Županijski sud u Dubrovniku u odluci Gž-1022/15 od 11. studenoga 2015. godine

9 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1431/1999-2 od 1. ožujka 2001., http://vsrhmeridio/sudskapraksa/Odluka Tekst.asp? ...19.1.2017.

10 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-x-294/2015-2 od 31. ožujka 2015., http://vsrhmeridio/sudskapraksa/Odluka Tekst.asp? ...19.1.2017.

iznosi shvaćanje vezano za stjecanje prava korištenja dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu do donošenja Ustava iz 1974. godine. U odluci se navodi:

Sve do stupanja na snagu ZOVO-a dana 1. rujna 1980. godine za stjecanje, promjenu i prestanak stvarnih prava primjenjuju se pravna pravila Općeg građanskog zakonika (dalje OGZ) koji je bi na snazi na području današnje RH do 6. travnja 1941. godine, pod pretpostavkom da ona nisu suprotna Ustavu i zakonima FNRJ / SFRJ i njezinih federalnih jedinica.

Prvostupanjski sud je pravilno utvrdio da je od utemeljenja društvenog vlasništva do donošenja Ustava SFRJ od 21. veljače 1974. godine i ZUR-a između društvenih pravnih osoba bilo moguće stjecanje prava korištenja na nekretninama dosjelošću.

Međutim, po pravnim pravilima OGZ-a vrijeme posjedovanja kao pretpostavka za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u državnom vlasništvu bilo je 40 godina (§ 1472.), koji je rok u konkretnom slučaju relevantan, a nije protekao u razdoblju od 1953. do 1974. godine, za koje je prvostupanjski sud utvrdio da je teklo dosjedanje.

Tužba u ovom predmetu podnesena je dana 16. listopada 1996. godine, pa od 8. listopada 1991. godine, kad je ponovno bilo moguće stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima koje su na taj dan bile u društvenom vlasništvu, također nije protekao ni rok od 10 godina kvalificiranog posjeda za stjecanje prava vlasništva dosjelošću propisan odredbom čl. 159. st. 2. ZV-a.[11]

O pitanju stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretnini koja je na dan 8. listopada 1991. godine bila u društvenom vlasništvu izjasnio se i Ustavni sud Republike Hrvatske u odluci U-IIII-1480/14 od 25. svibnja 2016. godine:

U postupku je utvrđeno da je sporna nekretnina (ranije kč.br. 1328/3 upisana u zk. ul. br. 935 k.o. Kerestinec, sada kč. br. 4369, upisana prije u zk. ul. br. 1729 k.o. Rakitje, a potom u zk. ul. br. 3420 iste k.o.) u zk. ul. br. 935 k.o. Kerestinec prenesena iz knjige Plemićkih dobara kao vlasništvo Zavoda za kolonizaciju u Zagrebu, da bi 1948. postala općenarodna imovina, a potom vlasništvo Republike Hrvatske (čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu - "Narodne novine" br. 34/91).

Nadalje je utvrđeno da je tužiteljica, što osobno, a što po svojim pravnim prednicima u posjedu sporne nekretnine još od 1918.

Tužiteljica je tvrdila da je nekretninu njezin djed dobio od države 1918. kao agrar pa je prvostupanjski sud zbrojivši posjed tužiteljice od 1981. pa do 6. travnja 1941. i od 8. listopada 1991. do podnošenja tužbe 22. srpnja 2010., utvrdio da je ista u posjedu nekretnine 41 godinu i 9 mjeseci i ocijenio da su se time ispunili uvjeti iz paragrafa 1472. Općeg građanskog zakonika (dalje: OGZ), koji se primjenjuje na temelju čl. 1. Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine ("Narodne novine" br. 73/91) i čl. 159. st. 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnima pravima (dalje ZOV) za stjecanje prava vlasništva dosjelošću samostalnim posjedovanjem u vremenu od četrdeset godina.

Međutim, prvostupanjski sud je pogrešno postupio kad je "zbrajao" posjedovanje od 1918. pa do 6. travnja 1941. i od 8. listopada 1991. do podnošenja tužbe 22. srpnja

11 Županijski sud u Dubrovniku, Gž-1022/2015 od 11. studenoga 2015., http://ingbiro.com/sudska/sadržaj.aspx? - 19.1.2017.

2010.

Naime, nije sporno da je nekretnina na dan 8. listopada 1991. bila u društvenom vlasništvu.

Prema odredbi čl. 388. st. 4. ZOV-a u rok za stjecanje vlasništva dosjelošću nekretnine koja je na dan 8. listopada 1991. bila u društvenom vlasništvu, kao i za stjecanje stvarnih prava na toj nekretnini dosjelošću, ne računa se i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga dana.

Prema tome, moguće je ocjenjivati je li do 6. travnja 1941. isteklo vrijeme za stjecanje prava vlasništva dosjelošću odnosno jesu li se za to ispunili uvjeti nakon 8. listopada 1991.

Prema paragrafu 1472. OGZ-a pravo vlasništva dosjelošću nekretnine u državnom vlasništvu moglo se steći posjedovanjem kroz 40 godina.

Stoga posjedovanje od 1918. do 1941. tužiteljica nije mogla steći pravo vlasništva nekretnine dosjelošću budući je istu posjedovala 23 godine.

Od 8. listopada 1991. do podnošenja tužbe 22. srpnja 2010. tužiteljica je u posjedu nekretnine 19 godina.

No prema čl. 159. st. 4. ZOV-a za stjecanje prava vlasništva stvari u vlasništvu tužene potrebno je posjedovanje kroz 40 godina, pa ni na taj način nisu ispunjeni uvjeti za stjecanje prava vlasništva.

Osporena odluka donesena je sukladno mjerodavnom pravu Republike Hrvatske i sudskoj praksi, a pravno stajalište i jedinstvenu primjenu zakona u odnosu na konkretni pravni odnos između tuženika i podnositeljice drugostupanjski sud je valjano i na ustavnopravno prihvatljiv način obrazložio.

Stoga je ocjena Ustavnog suda da postupak koji je prethodio ustavnosudskom nije rezultirao povredom ustavnog prava propisanog čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske."[12]

Iz navedenog se može zaključiti da je u vrijeme primjene pravnih pravila OGZ-a bilo moguće steći vlasništvo dosjelošću na nekretninama koje su bile u državnom vlasništvu i to samo ako su se rokovi ispunili do 6. travnja 1941. Pravna pravila OGZ-a o stjecanju prava vlasništva dosjelošću primjenjivala su se na sve nekretnine koje su bile u privatnom vlasništvu i to sve do stupanja na snagu ZOVO-a.

3.2. Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i Zakon o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima iz 1991.

ZOVO je stupio na snagu 1. rujna 1980. godine i u čl. 28. i 29. bila su određena pravila glede dosjelosti. Tako je u čl. 28. bilo propisano da savjesni i zakoniti posjednik pokretne stvari, na koju drugi ima pravo vlasništva, stječe pravo vlasništva na tu stvar dosjelošću protekom tri godine, a savjesni i zakoniti posjednik nepokretne stvari, stječe pravo vlasništva na tu stvar dosjelošću protekom deset godina. Savjesni posjednik pokretne stvari, na koju drugi ima pravo vlasništva, stječe pravo vlasništva na tu stvar dosjelošću protekom deset godina, a kod nekretnina se tražio protek roka od

12 Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-1¸480/2014 od 25. svibnja 2016., http://ingbiro.com/sudska/sadržaj.aspx? - 19.1.2017.

dvadeset godina. Posebno je bilo propisano da nasljednik postaje savjestan posjednik od trenutka otvaranja nasljedstva i ako je ostavitelj bio nesavjestan posjednik, a nasljednik to nije znao niti je mogao znati, s time da vrijeme za dosjelost počinje teći od trenutka otvaranja nasljedstva.

U čl. 29. ZOVO-a bilo je propisano da se na stvarima u društvenom vlasništvu dosjelošću ne može steći pravo vlasništva.

Zakonom o preuzimanju ZOVO-a[13], koji je stupio na snagu 8. listopada 1991. godine, u čl. 3. stavljena je izvan snage, između ostalih, i odredba čl. 29. ZOVO-a. To znači da je od 8. listopada 1991. godine bilo moguće stjecati pravo vlasništva dosjelošću i na stvarima (pokretnim i nepokretnim) koje su bile u društvenom vlasništvu. Navedeno je imalo dalekosežne posljedice na razvoj stvarnopravnih odnosa na području Republike Hrvatske.[14]

I u tom razdoblju sudska praksa je donijela niz zanimljivih pravnih shvaćanja. Navodimo neka od tih shvaćanja koja nam se čine bitnima za temu ovog rada.

"Stjecanje prava korištenja na nekretninama u društvenom vlasništvu između društvenih pravnih osoba dosjelošću bilo je moguće do donošenja Ustava SFRJ iz 1974. godine i Zakona o udruženom radu.[15]

Zabrana prava stjecanja vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu ne odnosi se na vlasništvo već stečeno dosjelošću do 6. travnja 1941. godine neovisno o tome što je zemljište kasnije upisano kao društveno.[16]

Nekretnina na kojoj postoji pravo vlasništva može dosjelošću prijeći u društveno vlasništvo.[17]

Kada sporna čestica do nacionalizacije iz 1958. nije bila u društvenom vlasništvu, već u privatnom vlasništvu, postoji mogućnost stjecanja prava vlasništva dosjelošću ako je tužitelj sam ili po svom predniku bio u kvalificiranom posjedu prijepora do 26.12.1958. kao dana stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta.[18]

U postupku pred nižestupanjskim sudovima je utvrđeno da je spornu nekretninu (tada upisanu u zk. ul. br. 662 k.o. L.) 1905. kupila Općina Lupoglav; da je 1947. kao vlasnik iste upisana Narodna Republika Hrvatska (pod upravom mjesnog narodnog odbora u L. u svrhu uređenja prosvjetnog doma i pošte), a da se od 1964. nekretnina vodi kao društveno vlasništvo, od 1988. kao društveno vlasništvo s pravom korištenja MZ L., a od 1995. upisana je kao vlasništvo Općine Brckovljani, a označena je kao kč.br. 1724 - zgrada, dom i dvorište u Selu površine od 6862 m2 i upisana je u zk.ul. br. 1172 k.o. L., a nakon parcelacije označena kao kč. 1724/1 i 1724/2 i upisana u isti zk.ul.; da je tužiteljica u posjedu dijela navedene nekretnine u površini od 1.583 m2

13 Narodne novine, br. 53/91.

14 Mladen Žuvela, Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, Organizator, Zagreb, 2004., str. 595; isti autor, Stjecanje vlasništva na nekretninama dosjelošću - neki materijalnopravni i postupovni aspekti, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15, 2008., str. 37 i dalje.

15 Vrhovni sud Republike Hrvatske - Rev 45/90 od 6. prosinca 1990., www.iusinfo.hr ...19.1.2017.

16 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 253/90 od 21. ožujka 1990., www.iusinfo.hr ...19.1.2017.

17 Vrhovni sud SR Hrvatske , Gzz-51/83 od 24. siječnja 1984., www.iusinfo.hr ...19.1.2017.

18 Vrhovni sud SR Hrvatske, Gzz 33/83 od 18. svibnja 1983., www.iusinfo.hr ...19.1.2017.

(zgrada, skladište i dvorište od 1.243 m2 i zgrada i dvorište od 340 m2), što po svojem pravnom predniku, a što samostalno, još od 1947., naznačeno u skici izmjere (str. 25 spisa) kao kč.br. 1724/3 i 1724/4.

Na temelju navedenog činjeničnog utvrđenja, a polazeći od toga da tužiteljica svoj tužbeni zahtjev temelji na dvije pravne osnove (građenje i dosjelost), nižestupanjski sudovi zaključuju da ni po jednoj od navedenih osnova tužiteljica nije stekla pravo vlasništva.

Tužiteljica u reviziji ponavlja svoje tvrdnje o tome, kako je osnovan njezin zahtjev za utvrđenje prava vlasništva na predmetnoj nekretnini i obrazlaže svoje revizijske prigovore na način kako je obrazlagala tužbeni zahtjev tijekom postupka pred nižestupanjskim sudovima.

Međutim, nižestupanjski sudovi su po nalaženju ovog revizijskog suda pravilno primijenili materijalno pravo odbijanjem predmetnog zahtjeva tužiteljice.

Prema pravnom pravilu iz paragrafa. 418. bivšeg OGZ, koji su primjenjuje na temelju čl. 2. Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. ("Narodne novine", broj 73/91), temeljna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu jest izvršena gradnja objekta od svoje građe po nekoj osobi (pri čemu je nužno da je graditelj bio savjestan, tj. da je gradio uz znanje i suglasnost vlasnika). Budući da iz utvrđenja nižestupanjskih sudova proizlazi da tužiteljica nije dokazala da je upravo ona (odnosno njezin pravni sljednik) izvršila predmetnu gradnju, slijedi da je odbijanjem njenog tužbenog zahtjeva za utvrđenje prava vlasništva po osnovi građenja (a time i za izdavanje tabularne isprave) pravilno primijenjeno materijalno pravo.

Također, pravilno je ocijenjen neosnovanim i zahtjev tužiteljice za utvrđenje prava vlasništva temeljem dosjelosti.

Naime, u rok za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu ne računa se vrijeme posjedovanja proteklo prije 8. listopada 1991., jer je do tog datuma odredbom čl. 29. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima ("Narodne novine", broj 93/91 - dalje: ZOVO) bilo izričito zabranjeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvari u društvenom vlasništvu, a kako to pravilno obrazlažu nižestupanjski sudovi.

Isto propisuje i izmijenjena odredba čl. 388. st. 4. sada važećeg Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima ("Narodne novine", broj 114/01 - dalje: ZVDSP), a prema kojoj se u rok za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, ne računa vrijeme posjedovanja protekom prije tog datuma.

Neosnovano tužiteljica u reviziji ukazuje da se u predmetnom slučaju radi o tzv. "stečenim pravima" i to temeljem ranije važećih propisa, konkretno o stjecanju prava korištenja nekretnine u društvenom vlasništvu između društvenih pravni osoba dosjelošću (mišljenje proširene opće sjednice Saveznog Vrhovnog suda br. 3/60 od 4. travnja 1960.), a koje da se stečeno pravo korištenja temeljem prijelaznih odredbi ZVDSP transformiralo u njeno pravo vlasništva.

Naime, u postupku utvrđeno da tužiteljica (njen pravni prednik) nije bila savjesni (pošteni) posjednik sporne nekretnine, pa tužiteljica, dakle, vlasništvo sporne

nekretnine nije mogla steći temeljem dosjelosti, jer joj za taj osnov stjecanja nedostaje savjesnost (čl. 28. i dr. ranijeg ZOVO, odnosno pravno pravilo iz paragrafa 1463. bivšeg OGZ) budući da je prema utvrđenju nižestupanjskih sudova tužiteljica znala odnosno mogla znati da je tuženica odnosno ranije njen pravni prednik isključivi vlasnik spornog objekta. Stoga nije odlučno što je tužiteljica (odnosno njezin pravni prednik) te nekretnine držala u posjedu od 1947.

Slijedom rečenog, pravilan je zaključak nižestupanjski sudova da tužiteljica nije stekla vlasništvo sporne nekretnine niti po jednoj od navedenih pravnih osnova.[19]

Kako je već rečeno citiranim Zakonom o preuzimanju ZOVO-a iz 1991. godine omogućeno je stjecanje prava vlasništva dosjelošću i na stvarima u društvenom vlasništvu, što je sve skupa imalo dalekosežne posljedice u praksi. [20]

Takva je odluka zakonodavca izazvala određena pitanja i dileme u praksi. Primjerice uračunava li se u vrijeme potrebno za dosjelost na nekretninama u društvenom vlasništvu vrijeme posjedovanja prije 8. listopada 1991. U tom smislu Vrhovni sud Republike Hrvatske već je u odluci Rev-3462/93 od 3. svibnja 1995. izrijekom odgovorio na navedenu dvojbu na način da se vrijeme prije 8. listopada 1991. godine ne računa u tijek dosjelosti, već da dosjelost u tom slučaju počinje teći tek od 8. listopada 1991. godine.[21] Razloga za takvo shvaćanje nalazimo u činjenici da je do 8. listopada 1991. godine prema čl. 29. ZOVO-a izrijekom bilo zabranjeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu. S druge strane, to je značilo da su sve nekretnine koje su do tada bile u društvenom vlasništvu, bez obzira na njihov status u prijelaznom razdoblju, glede dosjelosti došle pod opći režim.

3.3. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima

Nakon toga donosi se ZVDSP, koji stupa na snagu 1. siječnja 1997. godine, a koji institut dosjelosti regulira na sljedeći način.

Stjecanje prava vlasništva dosjelošću spada u stjecanje prava vlasništva na temelju zakona, što predstavlja jedan od pravnih temelja stjecanja prava vlasništva propisanih u čl. 114. st. 1. ZVDSP-a.[22]

Prema odredbi čl. 159. ZVDSP-a propisane su pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, propisani su različiti režimi za pokretne, nepokretne stvari, za stvari u vlasništvu Republike Hrvatske, jedinica lokalne i područne (regionalne)

19 Vrhovni sud Republike Hrvatske , Rev-x 27/09-2 od 13. svibnja 2014., www.iusinfo.hr ...19.1.2017.

20 Vidi opširnije o značaju i domašaju brisanja čl. 29. ZOVO-a u člancima - Jasna Brežanski, Još o stjecanju vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 1, str. 601-628 (2009.); Petar Simonetti, Stjecanje prava vlasništva primjenom ustanove dosjelosti i uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., br. 1(2008.), str. 27-70.

21 Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/2006, str. 6.-7.

22 Čl. 114. st. 1. ZVDSP glasi: Vlasništvo se može steći na temelju pravnog posla, odluke suda, odnosno druge nadležne vlasti, nasljeđivanjem i na temelju zakona.

samouprave te stvari koje su u vlasništvu države ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe.

Tako se i nadalje razlikuje redovna i izvanredna dosjelosti. Kod toga samostalni posjednik pokretne stvari, čiji je posjed kvalificiran (zakonit, istinit i pošten[23]) stječe dosjelošću pravo vlasništva protekom tri godine, a kod nekretnine taj posjed mora trajati deset godina. Kod izvanredne dosjelosti, samostalni posjednik mora imati posjed koji je barem pošten. U tom slučaju vlasništvo pokretne stvari dosjelošću stječe se protekom roka od deset godina, a kod nepokretnih stvari dvadeset godina.

Posebna pravila vrijede za stvari koje su u vlasništvu Republike Hrvatske (centralne ili lokalnih jedinica), kao i u vlasništvu crkve i drugih pravnih osoba koje za sebe ne traže dobitak nego služe u dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe. Kod tih stvari traži se da protekne dvostruko vrijeme od onoga koje se inače traži za redovnu, odnosno izvanrednu dosjelost.

U čl. 160. ZVDSP-a pobliže se propisuju pravila o tijeku vremena potrebnog za dosjelost. Tako je određeno da vrijeme potrebno za dosjelost počinje teći onoga dana kad je posjednik stupio u samostalni posjed stvari, a završava istekom posljednjeg dana vremena potrebnoga za dosjelost. U vrijeme potrebno za dosjelost uračunava se i vrijeme za koje su prednici sadašnjeg posjednika neprekidno posjedovali kao zakoniti, pošteni i istiniti samostalni posjednici, odnosno kao pošteni samostalni posjednici. Nasljednik pak postaje poštenim posjednikom od trenutka otvaranja nasljedstva i ako je njegov prednik (ostavitelj) bio nepošteni posjednik, no ne i ako je nasljednik to znao ili morao znati. Kad se poštenom posjedniku čiji posjed nije zakonit i istinit uračunava vrijeme kroz koje je njegov prednik stvar posjedovao zakonito, pošteno i istinito, tada će se pravo vlasništva steći istekom još onoliko vremena koliko je potrebno da pošteni posjednik stekne stvar dosjelošću. Kad se zakonitom, poštenom i istinitom posjedniku uračunava vrijeme kroz koje je njegov prednik stvar posjedovao pošteno, ali ne i zakonito i istinito, tada će se vlasništvo steći dosjelošću istekom još onoliko vremena koliko je potrebno da pošteni posjednik stvar stekne dosjelošću, osim ako stvar već nije stekao time što je njegov zakoniti, pošteni i istiniti posjed trajao onoliko vremena koliko je potrebno da zakoniti, istinit i pošteni posjednik stekne dosjelošću. Na prekid odnosno zastoj tijeka vremena dosjelosti na odgovarajući način se primjenjuju odredbe o prekidu, odnosno zastoju tijeka rokova za zastaru tražbina[24].

Za temu ovog rada bitna je i odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a. U izvornom tekstu ZVDSP-a iz 1996. godine čl. 388. st. 4. glasio je:

(4) U rok za stjecanje dosjelošću nekretnina koje su na dan 8. listopada 1991.

23 Čl. 18. ZVDSP glasi: (1) Posjed je zakonit ako posjednik ima valjani pravni temelj toga posjedovanja (pravo na posjed). (2) Posjed je istinit ako nije pribavljen ni silom, ni potajno ili prijevarom, ni zlouporabom povjerenja. Posjed koji je pribavljen silom, potajno ili prijevarom, ili zlouporabom povjerenja, postaje miran kad osobi od koje je tako pribavljen prestane njezino pravo da štiti svoj posjed koji joj je tako oduzet. (3) Posjed je pošten ako posjednik kad ga je stekao nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da mu ne pripada pravo na posjed, ali poštenje prestaje čim posjednik sazna da mu pravo na taj posjed ne pripada.

24 Pravila o prekidu i zastoju zastare tražbina propisana su odredbama Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.) i to čl. 235. do 246.

bile u društvenom vlasništvu, kao i za stjecanje stvarnih prava na tim nekretninama dosjelošću, računa se i vrijeme posjedovanja proteklo prije tog dana.

Upravo takva odredba ZVDSP-a iz 1996. godine izazvala je probleme i nedoumice u praksi, a čini nam se i kasnije dovela do odluka ESLJP-a koje ćemo prikazati u nastavku.

S obzirom na brisanje čl. 29. ZOVO-a Zakonom o preuzimanju ZOVO-a (stupio na snagu 8. listopada 1991.), te odredbu čl. 388. st. 4. ZVDSP-a prema tekstu iz 1996. godine, moglo bi se zaključiti da je na dan stupanja na snagu ZVDSP-a 1. siječnja 1997. bilo dopušteno steći pravo vlasništva na stvarima u društvenom vlasništvu na temelju dosjelosti i da se u vrijeme dosjelosti računalo i vrijeme koje je proteklo prije 8. listopada 1991. godine.

3.4. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-58/1997, U-I-235/1997, U-I-237/1997, U-I-1053/1997, U-I-1054/1997 od 17. studenoga 1999.

Već spomenuta odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a bila je predmetom razmatranja Ustavnog suda Republike Hrvatske, te je isti ocijenio da se radi o neustavnoj odredbi i ukinuo je odlukom od 17. studenoga 1999.[25] Vezano na citiranu odredbu u odluci Ustavnog suda između ostalog se navodi:

U članku 388. stavku 4. Zakona o vlasništvu, propisano je da se u rok za stjecanje dosjelošću nekretnina koje su na dan 8. listopada 1991. godine bile u društvenom vlasništvu, kao i za stjecanje stvarnih prava na tim nekretninama dosjelošću, računa i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga dana.

Predlagatelji pod 2) i 3) smatraju da osporavana odredba ide za tim da razni korisnici imovine koju su ju koristili bez ikavke osnove, sada tu imovinu steknu u vlasništvo, da ih se pogoduje na štetu vlasnika kojima je oteta u komunizmu, čime se pogoduju korisnici, a degradiraju vlasnici, zbog čega da ne postoji "osobito opravdan razlog" za retroaktivnost te odredbe. Ukazuju da vlasnici nisu dopuštenom samopomoći vraćali svoje vlasništvo i iz razloga jer nad njihovom otetom imovinom razni korisnici nisu mogli ništa steći. Također navode da nije moguće priznati retroaktivnu dosjelost, ako je ista bila do danas zabranjena.

Smatraju da je osporenom odredbom povrijeđen članak 3., članak 48. stavak 1. i članak 90. stavak 2. Ustava.

Predlažu pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti odredbe članka 388. stavka 4. Zakona o vlasništvu, i tu odredbu ukinuti.

Prijedlog je osnovan.

Osporena odredba jednom faktičnom stanju daje jednu uobičajenu kvalitetu i za ono vrijeme, kada je ta kvaliteta bila zakonom izrijekom isključena.

Naime, u članku 29. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima bilo je propisano da se na stvari u društvenom vlasništvu pravo vlasništva ne može steći dosjelošću. Ta je odredba stavljena izvan snage člankom 3. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima ("Narodne novine" broj 53/91), pa

25 Narodne novine, br. 137/99.

su sve nekretnine koje su do donošenja Ustava bile društveno vlasništvo, bez obzira na njihov status u prijelaznom periodu i glede dosjelosti došle pod opći režim.

S obzirom da na to da stavljanje izvan snage u konkretnom slučaju, prema stajalištu Suda, znači samo ukidanje (ex nunc), a ne i poništavanje (ex tunc), valja zaključiti da se vrijeme posjedovanja stvari u društvenom vlasništvu do 8. listopada 1991. (dan stupanja na snagu Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima) ne može računati u dosjelost, dakle dosjelost se treba računati tek od 8. listopada 1991.

Naime, posjednici stvari za koje je stjecanje dosjelošću bilo izrijekom zakonom isključeno, znali suda stvar nije sposobna za dosjedanje, a znali su to i ovlaštenici prava (upravljanja, raspolaganja, korištenja) na istoj stvari, pa nisu protiv opasnosti gubitka stvari zbog dosjedanja posjednika, niti morali koristiti odgovarajuća pravna sredstva. Stoga bi se u primjeni osporene odredbe moglo dogoditi da netko tko je imao neko imovinsko pravo, to pravo izgubi, što Ustav dopušta samo iznimno i uz naknadu.

Osim toga, osporena odredba omogućuje stjecanje vlasništva određenih stvari dosjelošću već i prije no što su rokovi dosjedanja za te stvari i počeli teći, i to upravo kad se za mnoge više stvari u društvenom vlasništvu, rokovi dosjelosti produžuju (stvari u vlasništvu Republike Hrvatske, županija i jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave i s njima izjednačenih pravnih osoba, kao i stvari u vlasništvu crkve ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe - članak 159. stavak 4. Zakona o vlasništvu.

Zbog navedenog, Sud ocjenjuje da osporena odredba u materijalnom smislu nije u suglasnosti s najvišim vrednotama jednakosti, nepovredivosti vlasništva i vladavine prava iz članka 3. Ustava, i jamstva prava vlasništva iz članka 48. stavka 1. Ustava.

Nadalje, Sud zaključuje da osporena odredba ima povratno djelovanje, zbog čega ocjenjuje da ona nije u suglasju ni s odredbom članka 90. stavka 2. Ustava.

Vrlo brzo nakon te odluke Ustavnog suda donesen je Zakon o izmjenama i dopunama ZVDSP-a[26](stupio na snagu 20. prosinca 2001.), kojim je, između ostalog izmijenjena odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a na način da novi tekst navedena stavka glasi:

U rok za stjecanje dosjelošću nekretnine koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, kao i za stjecanje stvarnih prava na tim nekretninama dosjelošću, ne računa se i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga dana.

Time smo se vratili na shvaćanja koja su i ranije pretezala u pravnoj teoriji i sudskoj praksi da se u rok za stjecanje prava vlasništva na temelju dosjelosti na nekretninama u društvenom vlasništvu ne može računati razdoblje posjedovanja prije 8. listopada 1991. godine.

26 Narodne novine, br. 114/01.

4. PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Kao što je već navedeno u uvodu tri presude ESLJP-a dovode u pitanje aktualnu sudsku praksu u Republici Hrvatskoj, a glede stjecanja prava vlasništva na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu. Radi boljeg razumijevanja u nastavku ćemo iznijeti relevantne činjenice u svakom od tih predmeta, kao i shvaćanje ESLJP-a.

Trgo protiv Hrvatske (Zahtjev br. 35298/04) od 11. lipnja 2009.[27]

Tužitelj je 1997. podnio tužbu u parničnom postupku protiv općine Podgora i Republike Hrvatske tražeći da se utvrdi da je vlasnik određenih nekretnina, kao i upis svog prava vlasništva u zemljišnim knjigama. U činjeničnim navodima tužitelj je tvrdio da su sporne nekretnine bile u vlasništvu njegova pokojnog ujaka, kojem su ranije vlasti te nekretnine konfiscirale 1949. godine. Pokojna majka tužitelj (podnositelja zahtjeva pred ESLJP) bila je u posjedu spornih nekretnina od 1953. godine, a nakon njezine smrti u njihovu posjedu bio je podnositelj zahtjeva (od 16. veljače 1992.).

Prvostupanjski sud prihvatio je zahtjev tužitelja u cijelosti i naložio upis prava vlasništva tužitelja u zemljišnim knjigama. Kod toga je prvostupanjski sud prihvatio da se tužitelju u vrijeme dosjedanja uzme u obzir i vrijeme od 1953. do 8. listopada 1991., pa kako je tužitelj, zajedno sa svojim prednicima bio u posjedu tih nekretnina 40 godina, ispunili su se uvjeti za stjecanje prava vlasništva dosjelošću.

Drugostupanjski sud je prihvatio žalbu tuženika, ukinuo pobijanu prvostupanjsku presudu i odbio zahtjev tužitelja. Kod toga je drugostupanjski sud zauzeo shvaćanje da se u rok dosjelosti ne može računati vrijeme proteklo prije 8. listopada 1991. godine, što znači da je primijenjena novelirana odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a (izmjena iz 2001. godine).

Tužitelj je protiv takve odluke drugostupanjskog suda podnio ustavnu tužbu Ustavnom sudu Republike Hrvatske, koji ju je odbio, smatrajući da je drugostupanjska presuda donesena primjenom mjerodavna materijalnog prava, da su pravna stajališta drugostupanjskog suda valjano obrazložena te da tužitelju nije povrijeđeno ustavno jamstvo prava vlasništva i prava nasljeđivanja.

Treba dodati da je tužitelj tražio ponavljanje kaznenog postupka u kojem je došlo do konfiskacije spornih nekretnina, ali je taj zahtjev tužitelja odbačen zbog nedostatka aktivne legitimacije.

Tužitelj je u isto vrijeme pokrenuo i postupak povrata predmetnih nekretnina prema pravilima o denacionalizaciji.

Radomilja i drugi protiv Hrvatske (zahtjev br. 37685/10) od 28. lipnja 2016.[28]

Više tužitelja podnijeli su tužbu protiv Grada Splita pred Općinskim sudom u Splitu 19. travnja 2002. godine tražeći da im se prizna vlasništvo nad pet zemljišnih čestica, kao i upis njihova prava vlasništva u zemljišne knjige. Tvrdnja je tužitelja u tom predmetu bila, da iako su predmetne nekretnine bila uknjižene u zemljišnoj knjizi

27 Trgo protiv Hrvatske, https://uredzastupnika.gov.hr/UserImages//arhiva//TRGO,.pdf ...19.1.2017.

28 Radomilja i drugi protiv Hrvatske, https://uredzastupnika.gov.hr/sudska-praksa/clanak-1-protokol-br-1-zastita-vlasnistva/150/doc/1289 ... 19.1.2017.

na ime Općine Stobreč, prednika Grada Splita, da su bile u njihovu posjedu preko 70 godina.

Prvostupanjski sud prihvatio je osnovanim tužbeni zahtjev tužitelja i donio presudu da su tužitelji i njihovi prednici bili u neprekinutom *bona fide* posjedu barem od 1912. godine, te da je zakonski rok za stjecanje vlasništva dosjelošću istekao nakon proteka dvadeset godina, točnije 1932. godine.

Drugostupanjski sud odlučujući o žalbi tuženika preinačio je prvostupanjsku presudu i odbio tužbeni zahtjev tužitelja. Naime, drugostupanjski sud je smatrao da je prvostupanjski sud pravilno utvrdio činjenično stanje, ali je pogrešno primijenio materijalno pravo, budući da se sporna nekretnina nalazila u državnom vlasništvu (upisani vlasnik Općina Stobreč), pa kako su tužitelji u posjedu spornih nekretnina od 1912. godine, to do 1941. godine nije istekao rok od četrdeset godina, koliko je potrebno kada se radi o nekretnina u vlasništvu države.

I u ovom slučaju tužitelji su podnijeli ustavnu tužbu Ustavnom sudu, koji ju je odbio kao neosnovanu.

Jakeljić protiv Hrvatske (zahtjev 22768/12) od 28. lipnja 2016.[29]

Podnositelji zahtjeva kupili su tri zemljišne čestice od različitih vlasnika i to 25. svibnja 1993., 21. veljače 1996. i 20. srpnja 1999. godine, s time da su u zemljišnim knjigama sve te čestice bile upisane kao vlasništvo Općine Stobreč, pravnog prednika tuženika Grada Splita.

Tužitelji su 4. travnja 2002. podnijeli tužbu protiv Grada Splita radi utvrđenja da su vlasnici predmetnih nekretnina, te da se izvrši upis prava vlasništva na njihovo ime u zemljišnoj knjizi. U tužbi su tvrdili da su predmetne nekretnine bile u posjedu njihovih prednika više od stotinu godina, pa kako se i to vrijeme računa u vrijeme dosjelosti, to smatraju da su vlasnici predmetnih nekretnina.

I u ovom slučaju prvostupanjski je sud prihvatio tužbeni zahtjev tužitelja i sudio u njihovu korist. Prije svega utvrdio je da su predmetne nekretnine bile u društvenom vlasništvu 8. listopada 1991., te da temeljem mjerodavnog zakonodavstva nije bilo moguće steći vlasništvo nad nekretninama u društvenom vlasništvu dosjelošću prije tog datuma, osim ako su uvjeti za to bili ostvareni prije 6. travnja 1941. godine. Sudovi su utvrdili da su prednici tužitelja bili u posjedu predmetnih nekretnina četrdeset godina prije 6. travnja 1941. godine, zbog čega su postali vlasnici tih nekretnina, koje su kasnije kupili tužitelji.

Drugostupanjski sud prihvatio je žalbu tuženika i preinačio prvostupanjsku presudu tako da je odbio zahtjev tužitelja. Drugostupanjski sud je utvrdio da su prednici tužitelja bili u posjedu tih nekretnina od 1912. godine, pa do 6. travnja 1941. godine nije prošlo četrdeset godina. Nakon 8. listopada 1991. godine vrijeme proteklo prije 6. travnja 1941. godine nije nastavilo teći, već je počelo teći iznova.

I u ovom je slučaju Ustavni sud Republike Hrvatske odbio ustavnu tužbu tužitelja smatrajući da nisu počinjene ustavne povrede na koje su tužitelji ukazivali u tužbi.

Ako se analiziraju činjenice u sva tri predmeta može se zaključiti da u sva tri

29 Jakeljić protiv Hrvatske, https://uredzastupnika.gov.hr/sudska-praksa/clanak-1-protokol-br-1-zastita-vlasnistva/150/doc/1288... 19.1.2017.

predmeta podnositelji zahtjeva (tužitelji u parničnim predmetima) tvrde da su zajedno sa svojim prednicima u posjedu dugi niz godina te da na tim nekretninama ne postoje nikakva prava trećih osoba. Isto tako u sva tri slučaja u zemljišnim knjigama je kao vlasnik upisana jedinica lokalne samouprave, općina ili grad, odnosno njezin prednik, odnosno Republika Hrvatska. U predmetu Trgo podnositelj je u posjedu spornih nekretnina od 1953. godine, dok su u predmetima Radomilja i Jakeljić tužitelji u posjedu spornih nekretnina od 1912. godine. Razlika postoji i glede vremena podnošenja tužbe u parničnom postupku, pa je tako tužitelj Trgo parnicu pokrenuo u vrijeme dok je na snazi bila ranija odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a (iz 1996.), dok su u preostala dva predmeta tužitelji tužbeni podnijeli nakon što je Ustavni sud Republike Hrvatske tu odredbu utvrdio protuustavnom i ukinuo je, te nakon što je zakonodavac promijenio sadržaj odredbe čl. 388. st. 4. ZVDSP-a.

Stajalište ESLJP-a

ESLJP je donoseći odluke u sva tri predmeta proveo test razmjernosti, tražeći i dajući pritom odgovor na sljedeća pitanja:

1. Je li došlo do miješanja u mirno uživanje vlasništva?
2. Je li miješanje bilo "propisano zakonom"?
3. Je li miješanje bilo u "javnom interesu"?
4. Je li miješanje bilo razmjerno, odnosno koje okolnosti u konkretnim slučajevima prevladavaju, daje li se prednost pravima osoba koje su pretrpjele posljedice neustavnog zakona ili odredbe nad pravima osoba kojima je isti pogodovao, točnije je li postignuta tražena poštena ravnoteža između zahtjeva općeg interesa i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinaca, te je li podnositelju zahtjeva nametnut nerazmjeran i prekomjerni teret?

U svim slučajevima utvrđeno je da je na strani podnositelja zahtjev dovoljno utemeljen da bi ga se moglo smatrati "imovinom" (vlasništvom) zaštićenim Protokolom br. 1. čl. 1. Odbijanje drugostupanjskog suda da prizna vlasništvo podnositelja zahtjeva predstavlja akt miješanja u njegova vlasnička prava koja su zaštićena citiranim Protokolom.

Nadalje je utvrđeno da su presude drugostupanjskog suda, nakon ukidanja odredbe čl. 388. st. 4. ZVDSP-a zakonite i u ustavnopravnom i u građanskopravnom smislu, to tim više što se presude temelje na noveliranoj odredbi čl. 388. st. 4. ZVDSP-a.

ESLJP dalje smatra da na odluku Ustavnog suda o ukidanju odredbe čl. 388. st. 4. ZVDSP-a treba gledati kao na ispravak nepoštenih učinaka čl. 388. st. 4. ZVDSP-a iz 1996. godine, te da je stoga ista u "javnom interesu".

Glede razmjernosti miješanja ESLJP-a u presudi *Trgo protiv Hrvatske* ističe:

63. U svezi s tim, Sud ponavlja da su u situacijama kao što je situacija u ovom predmetu koja uključuje temeljitu reformu političkog, pravnog i gospodarskog sustava države tijekom prijelaza iz socijalističkog režima u demokratsku državu, nacionalne vlasti suočene s izuzetno teškom zadaćom postizanja ravnoteže između prava različitih osoba koje taj proces pogađa. U takvim okolnostima, tuženoj bi državi trebalo dati široku slobodu procjene (vidi prethodno citirani Jahn and Others, stavci 91-92, i mutatis mutandis Broniowski v. Poland (GC) br. 31443/96, stavak 18., ECHR 2004-V).

64. Sud primjećuje da je tijekom socijalističkog režima u Hrvatskoj, tj. dulje od četrdeset godina, stjecanje vlasništva imovine u društvenom vlasništvu dosjelošću bilo izričito zakonom zabranjeno. Sud se slaže s mišljenjem Ustavnog suda da s obzirom na spomenutu zabranu osobe koje su uživale određena prava u odnosu na stvari u društvenom vlasništvu (vidi stavak 6. ove presude) u razdoblju socijalizma nisu imale potrebu ostvarivati ta prava s jednakom odlučnošću niti koristiti odgovarajuća pravna sredstva kako bi zaštitili ta prava u odnosu na posjednike koji mogu steći vlasništvo dosjelošću kao kada ta zabrana ne bi postojala. Stoga je zakonodavac donošenjem članka 388. (4.) Zakona o vlasništvu iz 1996. godine zapravo donio retroaktivni propis, budući da je prijašnjem ponašanju pridružio pravne posljedice kojem u mjerodavno vrijeme nisu mogle biti pridružene. Učinivši to, propustio je pružiti priliku osobama koje su uživale prava na stvarima u društvenom vlasništvu da prilagode svoje ponašanje.

65. U tom kontekstu domaća su tijela, nastojeći postići ravnotežu između suprotstavljenih interesa, zauzela stajalište da sama činjenica da su posjednici imovine u društvenom vlasništvu tijekom kratkog vremenskog razdoblja, kraćeg od tri godine (između 1. siječnja 1997. godine dana stupanja na snagu Zakona o vlasništvu iz 1996. godine i 17. studenog 1999., dana ukidanja članka 388. (4.) tog Zakona od strane Ustavnog suda) imali pravnu priliku postati vlasnicima te imovine temeljem dosjelosti, nije dovoljna da prevagne nad pravima i interesima trećih osoba (vidi stavak 60. ove presude) na toj imovini. Bilo kakvo drugo mišljenje značilo bi dopustiti da članak 388. (4.) nastavi postojati i proizvoditi posljedice čak i nakon što je ukinut kao neustavan te da time djelotvorno spriječi te treće osobe od ostvarivanja njihovih zakonski priznatih prava na imovini u društvenom vlasništvu.

66. Okrećući se konkretnim okolnostima ovog predmeta, Sud primjećuje da su domaći sudovi utvrdili; (a) da je vlasnik predmetnog zemljišta bio pokojni ujak podnositelja zahtjeva, (b) da je isto bilo konfiscirano 1949. godine od socijalističkih vlasti i da je od tada kao vlasnik istog upisana država, (c) da je majka podnositelja zahtjeva bila u posjedu zemljišta od 1953. godine, kao što je to nastavio biti i podnositelj zahtjeva nakon njezine smrti 16. veljače 1992. godine. Nema naznaka da je bilo tko, osim same države, stekao bilo kakva prava na tom zemljištu tijekom socijalizma ili da je bilo koja (treća) osoba (vidi stavak 60. ove presude), osim samog podnositelja zahtjeva (vidi stavak 25. ove presude) ikada zahtijevala bilo kakva prava u odnosu na to zemljište. Sud stoga smatra da zabrinutosti koje su potaknule Ustavni sud da ukine članak 388. (4.) Zakona o vlasništvu iz 1996. godine nisu prisutne u predmetu podnositelja zahtjeva. Ta je odredba ukinuta kako bi se zaštitila prava trećih osoba, dok u predmetu podnositelja zahtjeva nisu bila uključena bilo kakva prava trećih osoba.

67. U tim okolnostima, Sud smatra da podnositelj zahtjeva koji se razumno oslonio na zakonodavstvo koje je kasnije ukinuto kao neustavno ne bi trebao - s obzirom na izostanak bilo kakve štete u odnosu na prava drugih osoba - snositi posljedice greške koju je počinila sama država, donijevši takav neustavan propis. Zapravo, kao posljedica njegovog ukidanja, vlasništvo imovine koje je podnositelj zahtjeva stekao dosjelošću na temelju odredbe koja je kasnije ukinuta kao neustavna,

vraćeno je državi kojoj je time pogodovala njezina vlastita greška. U svezi s tim, Sud ponavlja da rizik bilo kakve greške koje su počinila državna tijela mora snositi država te da se greške ne smiju ispravljati na trošak dotičnog pojedinca, posebice kada ne postoji drugi suprotstavljeni privatni interes (vidi Gashi v. Croatia, br. 32457/05, stavak 40., 13. prosinca 2007. i Radchikov v Russia, br. 65582/01, stavak 50., 24. svibnja 2007.).

68. Stoga je došlo do povrede članka 1. Protokola 1.

Identično shvaćanje ponovljeno je u lipnju 2016. godine u predmetu *Radomilja i drugi protiv Hrvatske i Jakeljić protiv Hrvatske*. Iz navedena se može zaključiti da se povreda države sastoji u tomu što je donijela neustavni propis (čl. 388. st. 4. ZVDSP iz 1996.), da nitko drugi na predmetnim nekretninama nema, niti je iskazivao bilo kakva prava osim podnositelja zahtjeva, te da pogreška države ne može padati na teret osoba koje su pouzdajući se u propise koje je država donijela stekle određena prava.

Pravedna naknada materijalne štete

U sva tri predmeta podnositelji su tražili pravednu novčanu naknadu materijalne štete. No, u sva tri slučaja takva novčana naknada im nije dosuđena, već je ocijenjeno da nacionalno zakonodavstvo omogućava podnositeljima potpunu naknadu. Naime, ESLJP smatra da podnositelji zahtjeva u skladu s odredbom čl. 428.a Zakona o parničnom postupku može podnijeti zahtjev za ponavljanje postupka u odnosu na koji je ESLJP utvrdio povredu Konvencije. Stoga smatra da je najprimjereniji način popravljanja posljedica povrede Konvencije ponavljanje postupka na koji se odnosi prigovor. Radi toga ESLJP nije podnositeljima dosudio novčani iznos nematerijalne štete.[30]

5. UTJECAJ PRESUDA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA NA SUDSKU PRAKSU U REPUBLICI HRVATSKOJ

U pravnoj teoriji razmatran je učinak presude *Trgo protiv Hrvatske* na sudsku praksu u svezi s dosjelošću. Tako Peček ističe da iz navedene presude proizlazi da osoba koja je u razdoblju između 1. siječnja 1997 do 17. studenoga 1999. pokrenula parnicu uz primjenu čl. 388. st. 4. ZVDSP-a iz 1996. radi stjecanja prava vlasništva na nekretnini na temelju dosjelosti, i ishodila sudsku presudu, to je vlasništvo stekla zakonito jer se ta presuda ne može naknadno izmijeniti samo jer je Ustavni sud tu zakonsku odredbu naknadno ukinuo.[31]

Isti autor navodi da su se na presudu *Trgo protiv Hrvatske* stranke pozivale u Odluci broj U-III-6337/2012 od 13. studenog 2013. U tom predmetu Ustavni sud je odlučivao u predmetu u kojem je podnositelj pravna osoba s javnim ovlastima. Ustavna tužba je odbijena jer je utvrđeno da je podnositelj utvrđen, u prvostupanjskom postupku, vlasnikom ne na temelju dosjelosti, već na temelju čl. 16. Zakona o

30 Vidi opširnije o pravednoj naknadi i postupku pred ESLJP-om u Jasna Omejec, Konvencija za zaštitu ljudski prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Novi informator, Zagreb, 2013.

31 Robert Peček, Utjecaj presude "Trgo protiv Hrvatske" na sudsku praksu u svezi s dosjelošću, Informator, br. 6242-6243 od 1. i 4. siječnja 2014.

Hrvatskom autoklubu, zbog čega stajališta ESLJP-a nisu neposredna primjenjiva u tom slučaja.

Vezano na ranije navedeno, nakon novih odluka ESLJP-a iz 2016. godine, čini nam se da više nije bitno za primjenu stajališta iz presude *Trgo protiv Hrvatske* je li tužba podnesena u razdoblju od 1. siječnja 1997. do 17. studenoga 1999. Naime, u predmetima *Radomilja i drugi i Jakeljić protiv Hrvatske* tužbe su podnesene 2002. godine, dakle nakon što je Ustavni sud ocijenio neustavnom odredbu čl. 388. st. 4. ZVDSP-a, te nakon što je donesena nova odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a koja je izrijekom propisala da se razdoblje prije 8. listopada 1991. ne uračunava u vrijeme dosjelosti glede nekretnina koje su bile u društvenom vlasništvu.

ESLJP u obrazloženju odluka u predmetima *Radomilja i Jakeljić* izričito navodi da je vrijeme kada je podnositelj podnio tužbu nevažno za određivanje može li se njegov zahtjev za proglašavanjem vlasnikom nekretnine dosjelošću okvalificirati kao "imovina" zaštićena čl. 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju. Ono što je za ESLJP bitno je li vlasništvo nad predmetnom imovinom preneseno podnositelju zahtjeva prema zakonu u vrijeme kada je čl. 388. st. 4. ZVDSP-a iz 1996. bio u obliku u kojem je izvorno sročen još uvijek bio na snazi. Drugim riječima ESLJP smatra da je bitno je li došlo do stjecanja prava vlasništva na temelju zakona - dosjelošću ili ne i to u vrijeme kada je izvorna odredba čl. 388. st. 4. ZVDSP-a bila na snazi. To bi dalje značilo da bi se i danas mogla podnijeti tužba radi stjecanja vlasništva dosjelošću, uz tvrdnju da je to vlasništvo stečeno u navedenom periodu, ako su ispunjene ostale pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću i ako nitko treći na istim nekretninama nema nikakvih prava, niti je to na bilo koji način iskazano.

Vrhovni sud Republike Hrvatske se u više odluka bavio učincima presude *Trgo protiv Hrvatske*. Tako je u predmetu Rev-x 51/13-2 od 23. srpnja 2014. odbačena revizija tužitelja kao nedopuštena u kojem se tužitelj pozivao na citiranu presudu. Revizijski sud je zaključio da razlozi važnosti nisu pravilno naznačeni, te da se presuda *Trgo protiv Hrvatske* i stajališta zauzeta u njoj ne mogu primijeniti na konkretan slučaj jer u istome postoji treća osoba, čija su se prava štitila Odlukom Ustavnog suda o ukidanju prvotna čl. 388. st. 4. ZVDSP-a.

I u odluci Rev 1810/12-2 od 9. listopada 2014. tužiteljica se pozvala na učinke presude *Trgo protiv Hrvatske*, ali je i u njemu revizijski sud ocijenio da se navedena presuda ne može primijeniti jer se radi o činjenično i pravno različitoj situaciji od situacije u citiranoj odluci ESLJP-a.

6. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Sudska praksa u Republici Hrvatskoj mora pratiti, analizirati, tumačiti i primjenjivati praksu ESLJP-a, a to jer u slučaju povrede nekog od konvencijskih prava, koja su vrlo često i ustavna prava, nezadovoljna stranka ima pravo podnijeti zahtjev ESLJP-a. Ponekad je teško razumjeti razloge zbog kojih je ESLJP presudio na određeni način, pri čemu razlog za to nalazimo prije svega u načinu na koji su pravnici u Republici Hrvatskoj obrazovani, a to je da moraju primjenjivati zakonske odredbe. Europsko pravo otvara nove vidike, zahtijeva tumačenje određenih normi

i prije svega stalno i detaljno proučavanje. Samo daljnjom edukacijom pravnika u Republici Hrvatskoj, razumijevanjem europskog prava i odluka europskih sudova, moći ćemo postići da u budućnosti bude manje usvojenih zahtjeva protiv Republike Hrvatske pred europskim sudovima, a to znači i manje plaćenih naknada zbog povreda konvencijskih prava.

LITERATURA

1. Vlado Belaj, Dosjelost kao oblik stjecanja vlasništva, Informator, br. 4680 od 13. siječnja 1999.
2. Jasna Brežanski, Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava, www.vsrh.hr 19.1.2017.
3. Jasna Brežanski, Još o stjecanju vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. vol. 30, br. 1, 2009., str. 601-628.
4. Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, Stvarno pravo, Svezak prvi, 2. izmijenjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007.
5. Jasna Omejec, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Novi informator, Zagreb, 2013.
6. Robert Peček, Utjecaj presude "Trgo protiv Hrvatske" na sudsku praksu u svezi s dosjelošću, Informator, br. 6242-6243 od 1. i 4. siječnja 2014.
7. Petar Simonetti, Stjecanja prava vlasništva primjenom ustanove dosjelosti i uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 29., br. 1., 2008., str. 27-70.,
8. Mladen Žuvela, Stjecanje vlasništva na nekretninama dosjelošću - neki materijalno pravni i postupovni aspekti, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15, 2008., str. 37. i dalje.
9. Mladen Žuvela, Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, Organizator, Zagreb, 2004., str. 595.
10. Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine, Narodne novine, br. 73/91.
11. Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije, Službeni lis" FNRJ, br. 86/46., 105/47.),
12. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15.),
13. Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Narodne novine, br. 53/91.,
14. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, 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.).

Summary

ACQUISITION OF OWNERSHIP RIGHTS BY USUCAPTION OF REAL PROPERTY IN SOCIAL OWNERSHIP IN THE LIGHT OF THE NEW PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The paper deals with the usucaption as a mode of acquiring right on property in social ownership. It points to three important decisions of the European Court of Human Rights againts Croatia that have a direct impact on the jurisprudence of the ordinary courts in Republic of Croatia regarding acquisition of property rights by usucaption of real property in social ownership.

Keywords: *usucaption, ordinary and extra ordinary usucaption, real estate in social ownership, prerequisites for acquiring ownership by usucaption.*

Zusammenfassung

ERWERB VON EIGENTUMSRECHTEN DURCH ERSITZUNG VON IMMOBILIEN IN SOZIALEM EIGENTUM IM KONTEXT DER NEUEN PRAXIS DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE

Dieser Artikel befasst sich mit der Ersitzung von Immobilien als einer Art des Erwerbs des Eigentumsrecht im gesellschaftlichen Eigentum. Er weist auf drei wichtige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen die Republik Kroatien hin, die einen direkten Einfluss auf das Rechtsdenken der ordentlichen Gerichte in der Republik Kroatien in Bezug auf den Erwerb von Eigentumsrecht durch Ersitzung von Immobilien in sozialem Eigentum haben.

Schlüsselwörter*: Ersitzung, gewöhnliche und außergewöhnliche Ersitzung, Immobilien im gesellschaftlichen Eigentum, Voraussetzungen für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung.*

Riassunto

ACQUISTO PER USUCAPIONE DI BENI DI PROPRIETÀ SOCIALE ALLA LUCE DELLA NUOVA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

L'usucapione quale istituto di diritto privato è conosciuto sin dai tempi del diritto romano e rappresenta un modo d'acquisto del diritto di proprietà (e di alcuni altri diritti reali) su base legale. Il lavoro tratta dell'acquisto del diritto di proprietà per usucapione su immobili che furono di proprietà sociale. Benché la giurisprudenza abbia accolto l'orientamento in base al quale il termine per l'usucapione sui beni immobili di proprietà sociale potrebbe iniziare a decorrere appena dall'8 ottobre del 1991, tre decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Trgo v. Croazia, Radomilja e altri v. Croazia e Jakeljić v. Croazia) aprono la possibilità che il tempo necessario ad usucapire possa computare anche il periodo precedente all'8 ottobre 1991. Nel lavoro si evidenzia in quali casi l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo possa trovare applicazione e quali effetti tali decisioni sortiscano sulla giurisprudenza delle corti ordinarie nella Repubblica di Croazia.

Parole chiave: *usucapione, usucapione ordinaria e straordinaria, immobile di proprietà sociale, presupposti per l'acquisto della proprietà per usucapione.*

DOKAZI PRIBAVLJENI NADZOROM I TEHNIČKIM SNIMANJEM TELEFONSKIH RAZGOVORA I DRUGIH KOMUNIKACIJA NA DALJINU U SVJETLU ČLANKA 8. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Ivan Turudić, sudac
Tanja Pavelin Borzić, sutkinja
Županijski sud u Zagrebu
Ivana Bujas, sutkinja
Općinski kazneni sud u Zagrebu

UDK: 343.14:004.056
Ur.: 6. veljače 2017.
Pr.: 15. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Ex iniuria ius non oritur.

Sažetak

U radu se obrađuje problematika određivanja posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu na dopuštenost korištenja takvih dokaza u kaznenom postupku ako su oni pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije. Pritom se uvodno pojašnjavaju kumulativni uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi miješanje u ostvarivanje prava pojedinca bilo opravdano u smislu članka 8. stavak 2. Konvencije uz prikaz višegodišnje sudske prakse Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrdio opća načela koja je potrebno poštovati u miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije. Nakon prikaza utjecaja kršenja tih prava u pribavljanju dokaza provođenjem navedene dokazne radnje na pitanje dopuštenosti dokaza u kaznenom postupku u 17 država članica Europske unije temeljeno na studiji koju je izradila mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim pravima koje je sastavila Europska komisija 2003. godine, središnji dio rada prikazuje relevantnu sudsku praksu Vrhovnog suda i Ustavnog suda u svjetlu presude Europskog suda od 15. siječnja 2015. u predmetu Dragojević protiv Hrvatske i relevantnih zakonskih odredbi prije i nakon izmjene Zakona o kaznenom postupku 2008. godine.

***Ključne riječi**: članak 8. Konvencije, nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, ex judicio nezakoniti dokazi, ex lege nezakoniti dokazi.*

1. UVOD

Republika Hrvatska je obvezna osigurati stvarnu i učinkovitu zaštitu prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života kao temeljnog prava zajamčenog Ustavom Republike Hrvatske[1] (dalje: Ustav), Poveljom Europske unije o temeljnim pravima[2] (dalje: Povelja) i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda[3] (dalje: Konvencija).

Republika Hrvatska potpisala je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju s Europskom unijom i njezinim državama članicama[4] 29. listopada 2001. koji u članku 69. propisuje da stranke pridaju važnost usklađivanju postojećega hrvatskog zakonodavstva sa zakonodavstvom Unije i da će Hrvatska nastojati osigurati postupno usklađivanje postojećih zakona i budućega zakonodavstva s pravnom stečevinom Unije (*acquis*).

Republika Hrvatska postala je punopravna članica Europske unije 1. srpnja 2013. sa svim pravima i obvezama koje iz tog članstva proizlaze stupanjem na snagu Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji.[5] Time postaje stranka Ugovora o Europskoj uniji[6], Ugovora o funkcioniranju Europske unije[7] i Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju[8], kako su izmijenjeni ili dopunjeni.

Ugovor o Europskoj uniji iz Maastrichta[9] i Ugovor o osnivanju Europske

1 Članak 35. i 36. 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.

2 Članak 7. Povelje o temeljnim pravima Europske unije svečano su proglasili Europski parlament, Vijeće i Komisija u Nici 2000. Nakon unesenih izmjena, ponovno je proglašena 2007.

3 Članak 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, MU br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06., 2/10.

4 Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine, br. 14/2001.

5 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Kraljevine Belgije, Republike Bugarske, Češke Republike, Kraljevine Danske, Savezne Republike Njemačke, Republike Estonije, Irske, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Francuske Republike, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Velikog Vojvodstva Luksemburga, Republike Mađarske, Republike Malte, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije, Republike Poljske, Portugalske Republike, Rumunjske, Republike Slovenije, Slovačke Republike, Republike Finske, Kraljevine Švedske, Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (države članice Europske unije) i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, Narodne novine, br. 2/2012.

6 Pročišćena inačica – SL C 202 (2016)

7 Pročišćena inačica – SL C 202 (2016)

8 Pročišćena inačica – SL C 2013 (2016)

9 Ugovorom o Europskoj uniji iz 1990. godine (potpisan je 7. veljače 1992. u gradu Maastrichtu, Nizozemska, a stupio na snagu 1. studenog 1993. godine) stvorena je Europska unija. Riječ je o presudnom događaju u stvaranju Europske unije kojim se utvrđuju jasna pravila o budućoj jedinstvenoj valuti te o vanjskoj i sigurnosnoj politici te tješnjoj suradnji u pravosuđu i unutarnjim poslovima. Tim se Ugovorom naziv "Europska zajednica" službeno zamjenjuje nazivom "Europska unija". Uvodi se trojaka struktura, struktura tzv. grčkog hrama. Radi se o tri stupa Europske unije: nadnacionalni (prvi stup), zajednička vanjska i sigurnosna politika (drugi stup) i suradnja u pravosuđu i unutarnjim poslovima (treći stup) koja obuhvaća i pravosudnu

ekonomske zajednice iz Rima[10] pravni su temelji Europske unije (*founding treaties*). Predmetnim ugovorima, koji imaju jednaku pravnu snagu stvorena je Europska unija, kao sljednica Europske ekonomske zajednice. Lisabonskim ugovorom uspostavljena je nadnacionalna nadležnost prava EU-a u kaznenopravnom području, kazneno pravo Europske unije postaje nadnacionalno (kazneno pravo *sui generis*), a nacionalni sudovi imaju obvezu, različitog intenziteta, tumačiti domaće pravo u svjetlu prava Europske unije.[11]

Europska unija ima vlastiti pravni poredak, a pravo Unije dio je pravnog sustava svake države članice. Izvori prava Europske unije, prema hijerarhiji, su: a) Ugovor o Europskoj uniji, Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Povelja i Ugovor o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju, b) međunarodni sporazumi i opća načela prava Unije, c) akti sekundarnog zakonodavstva (uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja).[12]

Članak 6. Lisabonskog ugovora[13] propisuje da Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Europske unije o temeljnim pravima koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori te da Unija pristupa Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, što do sada još nije učinjeno. Pristupom Europske unije Konvenciji građani Unije će moći zatražiti i utvrđivanje krši li neka od odluka institucija Europske unije konvencijska prava pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje: Europski sud), a Europska unija će postati 48. ugovorna stranka Konvencije.[14]

Povelja u Glavi II. naziva "Slobode" člankom 7. propisuje da je poštovanje privatnog i obiteljskog života temeljno pravo – "Svatko ima pravo na poštovanje svojeg privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja". Glavno područje primjene Povelje odnosi se na institucije Europske unije (Europska komisija, Europski parlament, Vijeće EU, Europsko vijeće, Sud Europske unije, Revizorski sud i Europska centralna banka te tijela sekundarnog zakonodavstva), a ona se odnosi na države članice samo kada provode pravo Europske unije.

Članak 8. 1. Konvencije pod naslovom "Pravo na poštovanje privatnog i

suradnju u pitanjima kaznenog prava (opisana u VI. dijelu Ugovora o Europskoj uniji).

10 Ideja o ujedinjenoj Europi prvi je puta proklamirana 9. svibnja 1950. prijedlogom o ujedinjenju proizvodnje ugljena i čelika Francuske i Njemačke u jednu organizaciju kojoj bi mogle pristupiti i druge europske države. Pariškim ugovorom iz 1951. stvorena je Europska zajednica za ugljen i čelik, a suradnja sve većeg broja država proširuje se Rimskim ugovorima iz 1957. Formalni ugovor o osnivanju Europske zajednice potpisan je u Rimu 25. ožujka1957., a stupio je na snagu 1. siječnja 1958.

11 Lisabonski ugovor je potpisan 13. prosinca 2007. u Lisabonu, a stupio je na snagu 1. prosinca 2009., nakon što je ratificiran u svim državama članicama EU. Njime je provedeno objedinjavanje triju stupova, određen je novi kaznenopravni okvir EU-a i uspostavljena je nadnacionalna nadležnost EU-a u kaznenopravnom području i postupovnom (pravosudna suradnja u kaznenim stvarima, uzajamno priznanje presuda) i u materijalnom (harmonizacija određenih kaznenih djela i sankcija u kaznenim zakonodavstvima pojedinih država članica).

12 Izvori i područje primjene prava Europske unije, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU_1.2.1.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.

13 Lisabonski ugovor, http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski prociscena.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.

14 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/accessioneu, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.

obiteljskog života" glasi:

"1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih."

Temeljna prava, kako su zajamčena Konvencijom i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije. Konvencijom je dat pravni učinak pojedinim pravima iz Opće deklaracije o ljudskim pravima te je uspostavljeno međunarodno pravosudno tijelo (Europski sud) nadležno pronaći povrede u odnosu na države koje ne poštuju svoje obveze. Presude kojima su utvrđene povrede obvezuju države na koje se odnose i one su ih dužne izvršiti. U slučaju utvrđivanja povrede, dotična država mora poduzeti sve mjere kako bi osigurala da se takve povrede u budućnosti ne ponove, inače Europski sud može opet presuditi protiv nje. U nekim slučajevima država će morati izmijeniti svoje zakonodavstvo kako bi ga uskladila s Konvencijom.[15] Republika Hrvatska ratificirala je Konvenciju 5. studenoga 1997.[16]

Osim navedenoga, Ustav u članku 35. propisuje da se svakom jamči štovanje i pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti dok članak 36. propisuje da je sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčena i nepovrediva, a samo se zakonom mogu propisati ograničenja nužna za zaštitu sigurnosti države ili provedbu kaznenog postupka.

Iako Ustav koristi termin "osobni", a Konvencija i Povelja termin "privatni" život radi se o pravnim istoznačnicama, a kako to proizlazi iz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje: Ustavni sud) broj U-III-4536/2012 od 14. siječnja 2016., u kojoj se navodi: *Načelna stajališta Ustavnog suda o značenju i domašaju ustavnog jamstva na štovanje osobnog života iz članka 35. Ustava suglasna su onima Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: ESLJP) o pravu na poštovanje privatnog života iz članka 8. Konvencije. Temeljna svrha tog ustavnog i konvencijskog jamstva jest zaštita pojedinaca od neosnovanog miješanja države u njihovo pravo na nesmetan osobni (privatni) život.*

Jedan od oblika ograničavanja konvencijskog prava iz članka 8. Konvencije i ustavnog prava iz članka 35. i 36. Ustava u kaznenom postupku provođenje je posebnih dokaznih radnji. Naime, Zakon o kaznenom postupku[17] (dalje: ZKP/08) u stadiju provođenja izvida kaznenih djela propisuje mogućnost provođenja posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to: nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, presretanje, prikupljanje i snimanje računalnih podataka, ulazak u prostorije

15 EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA, ESLJP u 50 pitanja, www.echr.coe.int/Documents/50Questions_HRV.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.

16 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisana je u Rimu 4. studenog 1950., a stupila je na snagu 3. rujna 1953.

17 Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12. - Odluka i Rješenje USRH, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.

radi provođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, uporabu prikrivenih istražitelja i pouzdanika, simuliranu prodaju i otkup predmeta te simulirano davanje potkupnine i simulirano primanje potkupnine, pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova, nadzirani prijevoz i isporuku predmeta kaznenog djela. Dakle, provođenje posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu zadire u konvencijsko i ustavno pravo na poštovanje osobnog (privatnog) i obiteljskog života.

Zadiranje javne vlasti u ljudska prava pojedinca u sklopu kaznenog postupka ne potpada pod zaštitu Povelje, jer je primjena Povelje razdvojena od primjene nacionalnih ustava i odnosi se na zadiranja institucija Europske unije u neka od prava zajamčenih Poveljom, a ne javne vlasti država članica EU-a u temeljna prava pojedinaca u sklopu kaznenog postupka. Povelja je prije svega upućena institucijama Europske unije te su dužne cijeniti temeljna prava zajamčena Poveljom u području zakonodavstva i politike Europske unije, dok države članice obvezuje samo pri provedbi politika i propisa Europske unije na nacionalnoj razini. Značaj Povelje ogleda se u tome da ona ne uspostavlja nova prava već potvrđuje već postojeća iz ustavnih tradicija i međunarodnih obveza zajedničkih državama članicama, dakle i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda i prakse Europskog suda.[18]

Cilj je ovog rada prikazati utjecaj određivanja posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu na dopuštenost korištenja takvih dokaza u kaznenom postupku ukoliko su oni pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije te prikazati relevantnu sudsku praksu Europskog suda iz koje proizlazi da te dokazne radnje zadiru u pojmove osobnog (privatnog) života i dopisivanja čije poštovanje je kao ljudsko pravo zajamčeno člankom 8. Konvencije i pojašnjavaju kumulativne uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi miješanje u ostvarivanje prava pojedinca bilo opravdano u smislu članka 8. stavak 2. Konvencije. Utjecaj kršenja tih prava pri pribavljanju dokaza provođenjem navedene dokazne radnje na pitanje dopuštenosti dokaza u kaznenom postupku prikazano je u 17 država članica Europske unije prikazana prema rezultatima studije nezavisnih stručnjaka koja je, ovisno o režimu nezakonitosti, podijelila države u dvije grupe. Republika Hrvatska, koja nije bila obuhvaćena studijom izrađenom 2003. godine, pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem konvencijskih i ustavnih prava svrstava pod režim *ex judicio* nezakonitih dokaza iz čega su izdvojeni dokazi pribavljeni provođenjem posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija koja ograničava ustavna prava građana, jer u slučaju da su pribavljeni protivno relevantnim zakonskim odredbama njihova nezakonitost se ocjenjuje kroz režim *ex lege* nezakonitih dokaza. Nakon analize relevantnih kazneno procesnih odredbi prije i nakon izmjene kazneno procesnog zakonodavstva, prikazana je sudska praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud) pretragom baze sudskih odluka (SupraNova) i praksa Ustavnog suda u svjetlu presude Europskog suda od 15. siječnja 2015. u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (zahtjev broj 68955/11).

18 Povelja o temeljnim pravima Europske unije - EDIC PULA na stranici www.edic.pulapola.eu, pristupljeno dana 15. siječnja 2017.

2. POVREDA ČLANKA 8. KONVENCIJE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Konvencijska prava, prema mogućnosti njihovih ograničenja, razvrstavaju se na apsolutno nederogabilna prava, relativno nederogabilna, relativno derogabilna prava i uvjetovana prava. Pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života (članak 8. Konvencije) predstavlja uvjetovano konvencijsko pravo, koje je moguće ograničiti: a) ako je ograničenje propisano zakonom, b) ako je poduzeto u legitimnom cilju, dok je legitiman cilj u odnosu na ovo konvencijsko pravo propisan u stavku 2. članka 8. Konvencije te c) ako je zadiranje bilo nužno u demokratskom društvu. U tom slučaju, kada se takva prava ograničavaju, sudske odluke moraju predstavljati "uravnotežujuće akte" (*balancing acts*) između tog prava i drugih prava i interesa s kojima je predmetno pravu u sukobu odnosno zbog kojih se ono ograničava.[19]

Europski sud svojom višegodišnjom sudskom praksom utvrdio je opća načela koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Ponajprije je nužno utvrditi je li miješnje izvršeno u jednu od četiri vrijednosti zaštićene člankom 8. Konvencije – privatni život, obiteljski životu, dom ili dopisivanje. Članak 8. Konvencije ne opisuje niti definirana ta četiri pojma, pa procjena o tomu krši li određeno prikupljanje dokaza, jedno od pojmova nabrojanih člankom 8. Konvencije, ovisi o okolnostima svakog konkretnog slučaja. Pritom čemu valja naglasiti da se ta četiri pojma međusobno ne isključuju i pribavljanje dokaza može istovremeno kršiti i privatan i obiteljski život, dom i dopisivanje.[20]

Dakle, nije moguće unaprijed odrediti što sve obuhvaća pojam "privatni život" te je i Europski sud u presudama *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva i Y.F. protiv Turske*[21] naveo da je koncept "privatnog života" širok pojam koji ne podliježe konačnoj definiciji, a pokriva fizički i psihološki integritet osobe, dok je odlukom *Friedl protiv Austrije* navedeno da koncept "privatnog života" štiti i pravo na osobni razvoj kao i pravo da se uspostavljaju i grade odnosi s drugim ljudima i vanjskim svijetom.[22]

Nadalje, iako telefonski razgovori nisu izrijekom navedeni u stavku 1. članka 8. Konvencije, Europski sud je u presudi *Klass i dr. protiv Njemačke*[23] naveo da su i takvi razgovori obuhvaćeni pojmovima "privatan život" i "dopisivanje" koje sadrži predmetni članak Konvencije. U presudi *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[24] navedeno je da nadzor nad telefonskim pozivima predstavlja miješanje u ostvarivanje prava pojedinca na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije.

19 Krapac, D., Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3), 2010., 1207-1240, str. 1215

20 Roagna, I., Protecting the right to respect for private and family life, Council of Europe human rights handbooks, www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/.../hb11_privatelife_en.pdf, str. 10., pristupljeno dana 16. siječnja 2017.

21 *Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 2346/02, § 61, ECHR 2002−III i Y.F. protiv Turske, br. 24209/94, § 33, ECHR 2003−IX

22 *Friedl protiv Austrije*, 31. siječnja 1995., Serija A, br. 305-B, mišljenje Komisije, str. 20, § 45)

23 *Klass i dr. protiv Njemačke*, 6. rujna 1978., Serija A br. 28., §21 i § 41

24 *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2. kolovoza 1984., § 64., Serija A br. 82

U presudi *Kvasnica protiv Slovačke*[25] navode se kumulativni uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi miješanje u ostvarivanje prava pojedinca bilo opravdano u smislu članka 8. stavak 2. Konvencije i to da je miješanje u skladu sa zakonom (engl."in accordance with the law"), da teži jednom ili više propisanih legitimnih ciljeva (interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, gospodarske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih) te da je nužno da bi se postigao taj cilj (engl. "necessary in a democratic society").

Da miješanje u skladu sa zakonom (engl. "in accordance with the law"), ponajprije pretpostavlja da postoji zakonski temelj u domaćem pravu, zatim kvalitetu toga prava (engl."quality of the law") koja mora biti u skladu s vladavinom prava izrijekom navedenom u preambuli Konvencije, kako se navodi u §67. presude *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva.* Nadalje, da je domaće pravo dostupno osobi na koju se odnosi (engl."the accessibility of the law") i da ta osoba može predvidjeti posljedice koje za nju mogu nastupiti (engl."foreseeability"). Uvjet pravne predvidivosti (engl."foreseeability") znači da domaće pravo mora biti dovoljno jasno u svom izričaju kako bi se pojedincu jasno ukazalo u kojim okolnostima i pod kojim uvjetima tijela javne vlasti imaju ovlasti posegnuti za primjenom tajnih mjera nadzora. U § 79. presude *Kvasnica protiv Slovačke* navedeno je da to ne znači da bi pojedinac trebao unaprijed znati kada će javne vlasti presretati njegovu telefonsku komunikaciju, kako bi mogao uskladiti svoje ponašanje već da domaće pravo jasno odredi okolnosti i uvjete pod kojima su javne vlasti ovlaštene poduzeti takve mjere.

Drugi uvjet postojanje legitimnog cilja jasno i taksativno propisan je stavkom 2. članka 8. Konvencije, a legitimni ciljevi su: interes državne sigurnosti, javni red i mir ili gospodarska dobrobit zemlje, sprječavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala i zaštita prava i sloboda drugih.

Europski sud je u presudi *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[26] presudio da su ovlasti nalaganja tajnog nadzora nad građanima dopuštene prema članku 8. Konvencije samo u onoj mjeri u kojoj su strogo nužne za očuvanje demokratskih institucija (engl."necessary in a democratic society") što u praksi znači da moraju postojati adekvatna i učinkovita jamstva protiv zlouporabe.

Nadalje, u prethodno citiranoj presudi *Dragojević protiv Hrvatske* u § 84. Europski sud je o nužnosti istaknuo: *Pri procjenjivanju postojanja i opsega takve nužnosti države ugovornice imaju određenu slobodu procjene, no ta sloboda podliježe europskom nadzoru. Sud mora utvrditi jesu li postupci za nadziranje nalaganja i provođenja restriktivnih mjera takvi da "miješanje" ograničavaju na ono "nužno u demokratskom društvu". Uz to, vrijednosti demokratskog društva treba poštivati što je vjernije moguće u nadzornim postupcima kako se ne bi prekoračile granice nužnosti, u smislu članka 8. stavka 2. (vidi Kvasnica, citirano gore, stavak 80.; i Kennedy, citirano gore, stavak 154.).*

Presudama *Kruslin protiv Francuske*[27] Europski sud istaknuo je da je na

25 *Kvasnica protiv Slovačke*, 9. lipnja 2009., br. 72094/01, § 77.
26 *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 18. svibnja 2010., § 153.
27 *Kruslin protiv Francuske*, 24. travnja 1990., § 27., 29., Serija A br. 176-A.

nacionalnim vlastima odnosno sudovima tumačenje i primjena domaćeg prava i takva ustaljena sudska praksa nacionalnih sudova ne može se zanemariti dok Europski sud uvijek pojam "pravo" tumači u sadržajnom, a ne formalnom smislu.

Presudama *Kruslin* i *Huvig*[28] utvrđena su minimalna jamstva koja moraju biti ugrađena u zakone kako bi se izbjegla zlouporaba moći i to: definirane kategorije ljudi koje podliježu primjeni mjera temeljem sudskog naloga, priroda kaznenih djela kod kojih je moguća primjena tajnih mjera, ograničenja trajanja mjera, procedura pisanja izvješća presretanih razgovora, mjere za zaštitu izuzetih snimljenih razgovora i uvjeti za uništenje snimljenih razgovora.[29]

Mjere pravne zaštite protiv zlouporabe (engl. "safeguards against abuse") miješanja javne vlasti moraju biti primjerene i učinkovite, što Europski sud utvrđuje u svakom pojedinačnom slučaju ovisno o okolnostima slučaja kao što su priroda, opseg i duljina trajanja mjera, osnove potrebne za određivanje mjera, tijelo nadležno za odobravanje, provođenje i nadgledanje mjera te vrsta pravnih lijekova predviđena domaćim pravom, kako se navodi u § 50. presude *Klass i drugi protiv Njemačke*. Predmetno utvrđivanje Europskog suda važno je za utvrđenje je li miješanje bilo nužno (engl. "necessary in a democratic society") za postizanje legitimnih ciljeva. Iako države članice imaju slobodu procjene nužnosti, ista podliježe europskom nadzoru koji obuhvaća i zakonodavstvo i odluke u kojima se zakoni primjenjuju, uključujući sudske odluke, navodi Europski sud u presudi *Barfod protiv Danske.*[30]

U odnosu na Republiku Hrvatske donesene su dvije presude u kojima se pojavljuje pitanje provođenja mjera tajnog nadzora i to u *Dragojević protiv Hrvatske* od 15. siječnja 2015. i *Bašić protiv Hrvatske* od 25. listopada 2016. (zahtjev broj 22251/13) u kojima je utvrđeno da je došlo do povrede članka 8. Konvencije. U presudi *Dragojević protiv Hrvatske* razmatrani su dokazi pribavljeni provođenjem korištenja mjera tajnog nadzora u obliku prisluškivanja telefona podnositelja i tajnog praćenja koje su se temeljile na četiri naloga koje je izdao istražni sudac. Nalozi su se u načelu temeljili samo na tvrdnji da postoji zahtjev ovlaštenog tužitelja za korištenje tajnog nadzora i zakonskom izrazu da se "istraga ne može provesti na drugačiji način ili da bi to bilo izrazito teško" te je Europski sud istaknuo da nisu navedeni nikakvi stvarni detalji koji se temelje na specifičnim činjenicama predmeta i osobitim okolnostima koje ukazuju na osnovanu sumnju da su kaznena djela počinjena, te da istragu nije moguće provesti na drukčiji, manje intruzivan način. Zaključno, u §95. i §101. Europski sud je istaknuo da mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti, te posebice u praksi nije osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba pa, u skladu s time, postupak za nalaganje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti, niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegova privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo "nužno u demokratskom društvu". Iz

28 *Huvig protiv Francuske*, 24. travnja 1990., zahtjev br. 11105/84.
29 *Venezuela Contreras protiv Španjolske*, 30. srpnja 1998., § 46.
30 *Barfod protiv Danske*, 22. veljače 1989., stavak 28, serija A br. 14

istih razloga utvrđena je povreda članka 8. Konvencije presudom Bašić s razlikom da je tom presudom navedeno kako postupak za nalaganje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u skladu s pretpostavkama zakonitosti[31] niti daje odgovor o ispunjenju pretpostavke nužnosti takve mjere.

U odnosu na pitanje zakonitosti dokaza koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije i praksu Europskog suda, valja naglasiti da Konvencija, kojoj je cilj zaštita temeljnih ljudskih prava, a ne osiguranje pravilne primjene nekog kazneno procesnog instituta za koji se odlučio nacionalni zakonodavac, ne sadrži pravila o tomu kada bi način pribavljanja ili uporabe nekog dokaza trebalo smatrati nezakonitim i to je u isključivoj ovlasti nacionalnog prava. Iz toga razloga Europski sud u svojim presudama izrijekom ne navodi da se radi o nezakonitim dokazima jer bi se time stavio u ulogu višeg žalbenog suda koji bi osude u nacionalnom kaznenom postupku, utemeljene na nezakonitim dokazima, mogao ukidati i tako im oduzeti pravnu valjanost već Europski sud može donositi samo deklaratorne presude o postojanju povrede nekog prava iz Konvencije.[32] Nadalje, on može kao jurisprudencijske razloge svojih presuda koristiti samo one koji su izvedeni kao minimalni zajednički nazivnik više od 40 kaznenih procesnih prava europskih država.[33] Tako je u presudi *Schenk protiv Švicarske* od 13. srpnja 1988.[34] navedeno da članak 6. Konvencije koji jamči pravo na pošteno suđenje ne predviđa ikakva pravila o dopuštenosti dokaza već je to isključivo predmet reguliranja nacionalnog prava (§ 46), dok je postavio sljedeće kriterije za procjenu pravičnosti postupka: prava obrane u odnosu na nezakoniti dokaz i okolnost je li nezakoniti dokaz jedini temelj za osudu.[35]

Također u § 127.-129., u presudi *Dragojević protiv Hrvatske* Europski sud naglašava da njegova zadaća nije ispravljati činjenične i zakonske pogreške koje je nacionalni sud navodno počinio osim i u onoj mjeri u kojoj su izazvale povredu prava i sloboda zaštićenih Konvencijom. Pa tako uloga Europskog suda nije odrediti, u načelu, jesu li određene vrste dokaza - primjerice dokazi dobiveni nezakonito - dopuštene, niti je li podnositelj zahtjeva kriv, već se ispitivanje navodne "nezakonitosti" razmatra ocjenjivanjem postupka u cjelini odnosno je li način na koji su dokazi bili pribavljeni bio pošten, jesu li prava obrane poštovana te je li uzeta u obzir i kvaliteta dokaza. Takvim je ispitivanjem Europski sud u nekoliko predmeta utvrdio da, iako je utvrđena povreda članka 8. Konvencije jer miješanje javne vlasti nije bilo u skladu sa zakonom, takva povreda nije dovela do povrede članka 6. Konvencije odnosno dokazi proizašli iz te povrede nisu bili u suprotnosti s načelom pravednosti postupka (odluke *Khan i*

31 U presudi Dragojević navedeno je da postupak nije bio "u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti"

32 Suprotno tome, Vrhovni sud u svojem rješenju broj Kž-552/15 od 22. listopada 2015. kojim potvrđuje odbijanje obnove u postupku protiv Dragojevića, a koja je zatražena na temelju presude Europskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* navodi: "Međutim, protivno žalbenim tvrdnjama, navedeno još uvijek ne znači da se radi o nezakonitim dokazima, a što se ne utvrđuje niti predmetnom presudom, pa se onda niti dokazi proizašli iz tih dokaza ne mogu smatrati nezakonitim."

33 Krapac *D.,* op. cit. u bilj. 19, str. 1211. i 1212.

34 Zahtjev broj 10862/84.

35 Bojanić, I.; Đurđević, Z., Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu , vol. 15, br. 2/2008, str. 978.

P.G. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva[36]).

Iz ovakvih utvrđenja Europskog suda proizlazi da utvrđena povreda članka 8. Konvencije u kaznenom postupku nije *a priori* utjecala na načelo pravednosti postupka, pa tako dokazi pribavljeni povredom članka 8. Konvencije mogu biti dokazi kojima se utvrđuju odlučne činjenice ako su zadovoljeni uvjeti koje traži načelo poštenog suđenja iz članka 6. Konvencije. U tom slučaju povreda članka 8. Konvencije nije utjecala na dokaznu građu u postupku, već kao posljedicu ima samo isplatu novčane naknade.

Ovakvo stajalište Europskog suda problematizirano je u pojedinim izdvojenim mišljenjima[37] tako da činjenica utvrđene povrede članka 8. Konvencije u kaznenom postupku nužno dovodi u pitanje načelo pravednosti ne samo postupka već i pravednosti kažnjavanja od strane države koja se nezakonito i arbitrarno miješala u temeljno ljudsko pravo i slobodu pojedinca i povrijedila ga. Pritom se u presudi *Dragojević protiv Hrvatske* utvrđuje da sudska praksa Vrhovnog suda kao i Ustavnog suda "nije u potpunosti u skladu sa zakonom" i nije poštovan uvjet "nužnosti u demokratskom društvu", pa se valja upitati kako je uz takva utvrđenja moguće procijeniti da je kazneni postupak u cjelini (engl. "as a whole") bio pravedan te kvalitetu dokaza proizašlih iz nezakonitog miješanja javne vlasti u prava pojedinca poštivanjem prava na obranu i mogućnost podnositelju da ospori autentičnost dokaza te da se protivi njihovoj uporabi pred nacionalnim sudovima uz istovremenu tvrdnju Europskog suda da je praksa po izjavljenim pravnim lijekovima nezakonita i arbitrarna u istom kaznenom postupku. Postavlja se daljnje pitanje je li tada poštovano načelo učinkovitog pravnog lijeka.

Ovdje valja naglasiti da se u najuglednijoj kontinentalnoj teoriji kaznenog procesnog prava – njemačkoj, smatra da problematika nezakonitih dokaza pripada skupu najvažnijih pitanja za kazneni postupak što je posljedica primjene načela pravne države koja donosi samoograničenje državne vlasti u njezinoj represivnoj djelatnosti jer se država u suzbijanju kriminaliteta ne smije služiti svim, pa možda i kriminalnim metodama što bi, s jedne strane, delegitimiralo moralnu snagu kaznene osude, a s druge bi prekršilo postulat javnog kažnjavanja društveno štetnog ponašanja uz samo najnužnija ograničenja temeljnih prava građana – koji se do pravomoćne osude imaju smatrati nedužnima.[38]

3. NEZAKONITOST DOKAZA PRIBAVLJENIH NADZOROM I TEHNIČKIM SNIMANJEM TELEFONSKIH RAZGOVORA I DRUGIH KOMUNIKACIJA NA DALJINU U KAZNENOM PROCESNOM PRAVU DRŽAVA ČLANICA EU-A

Pitanje dopuštenosti dokaza koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije različito je uređeno u procesnim sustavima država članica Europske unije te u nekima

36 *Khan protiv Velike Britanije* od 12. svibnja 2000. (zahtjev broj 35394/97), *P.G. i J.H. protiv Velike Britanije* od 25. rujna 2001. (zahtjev broj 44787/98).

37 Npr. izdvojeno mišljenje suca Loucaidesa u presudi *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ili suca Tulkensa u presudi *P.H. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

38 Krapac, D., op. cit. u bilj 18., str. 1208.

u odnosu na takve dokaze postoji apsolutna dokazna zabrana korištenja u kaznenom postupku, a u nekima se provodi vaganje između nezakonitosti takvih dokaza i drugih interesa kaznenog postupka.

U studiji[39] koju je izradila mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim pravima koju je sastavila Europska komisija 2003. godine prikazan je način reguliranja u 17 država članica Europske unije pitanja nezakonitosti dokaza pribavljenih nadzorom i tehničkim snimanjem razgovora pri čemu je došlo do povrede osobnog i obiteljskog života.[40]

Države su podijeljene u dvije skupine (A i B) ovisno o tomu koji utjecaj na pitanje nezakonitosti dokaza ima činjenica da su pribavljeni kršenjem prava na privatni i obiteljski život. Skupina A obuhvaća države (Austrija, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Švedska i Velika Britanija) u kojima sud ocjenjuje u svakom pojedinom slučaju radi li se o nezakonito pribavljenom dokazu vaganjem težine povrede, utjecaja povrede na pouzdanost dokaza i položaja tog dokaza – je li njegov značaj središnji ili periferni za utvrđivanje odgovornosti optuženika. Pritom svi ti elementi imaju svoj značaj utvrđivanjem povrede prava na pošteno suđenje koje ima propisane minimalne zahtjeve u članku 6. Konvencije. U odnosu na Njemačku istaknuto je da je svrstana u skupinu A upravo zbog sudske prakse koja pitanje dopuštenosti takvog dokaza crpi izravno iz Ustava i temelji odluku na vaganju težine kaznenog djela i težine povrede prava na privatni život dok nacionalno procesno pravo izrijekom propisuje kao nezakonit dokaz samo ako je sloboda optuženika na njegovo mišljenje i očitovanje volje bila ugrožena zlostavljanjem, izazivanjem umora, davanjem lijekova, mučenjem, obmanom ili hipnozom.[41] Međutim, u odnosu na ove države istaknut je primjer članka 15. UN Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja[42] koji se temelji na ideji da je jedan od načina "obeshrabrivanja" državnih tijela u upotrebi mučenja upravo uvođenje pravila da izjava za koju se dokaže da je dobivena mučenjem ne može biti dokazna građa u nekom postupku (osim u postupku protiv osobe koja je primijenila mučenje), a koja argumentacije se koristi u nekim izdvojenim mišljenjima Europskog suda i to da se isti razlozi mogu primijeniti i na dokaze pribavljene povredom prava na poštovanje privatnog života ili drugih temeljnih prava.

39 Opinion on the status on illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union (CFR-CDF, 30 XI 2003). http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR, CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf, pristupljeno dana 21. prosinca 2016.

40 Austrija, Belgija, Cipar, Danska, Španjolska, Francuska, Finska, Njemačka, Grčka, Irska, Italija, Luksembourg, Malta, Nizozemska, Portugal, Švedska i Velika Britanija.

41 Članak 136a Zakona o kaznenom postupku - Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 3 of the Act of 23 April 2014 (Federal Law Gazette Part I p. 410), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, pristupljeno dana 07. siječnja 2017.

42 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMISSIONER, UN Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja Usvojena 1984., stupila na snagu 1987., ima 141 državu stranku http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIndex.aspx, pristupljeno dana 7. siječnja 2017.

Tako je u izdvojenom mišljenju sudac Loucaides u prethodno navedenoj odluci *Khan protiv Velike Britanije* istaknuo da ne može prihvatiti da je suđenje bilo pošteno, kako to zahtjeva članak 6. Konvencije, ako se krivnja za bilo koje djelo utvrđuje dokazima pribavljenim kršenjem ljudskih prava zajamčenih Konvencijom, a ako se kršenje članka 8. Konvencije prihvaća kao "pošteno", tada ne vidi kako se javna vlast može učinkovito odvratiti od ponavljanja svojeg nedopuštenog ponašanja. Navodi da je osnovni argument protiv isključivanja takvih dokaza traženje istine i postojanje javnog interesa za kaznenim progonom, ali ističe da je kršenje zakona, u cilju da se taj isti zakon provede, u međusobnoj kontradikciji i time postaje apsurdan argument. [43]

Države skupine B (Belgija, Cipar, Španjolska, Grčka, Irska, Italija, Luksembourg, Malta, Nizozemska i Portugal) dokaze koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije smatraju nezakonitim dokazima. Međutim, u odnosu na ove države istaknuto je kako je pogrešno odmah zaključiti da takav položaj dokaza koji su pribavljeni kršenjem temeljnoga ljudskog prava nužno ide u korist optuženika jer je moguće da čak i ovako pribavljeni dokazi mogu ponekad služiti utvrđivanju optuženikove nevinosti. Primjer je Danska iz skupine A gdje sudovi ne primjenjuju vaganje već prihvaćaju dokaze koji idu u prilog optuženiku. Upravo ta okolnost je u nekim državama iz skupine B dovela do stvaranja iznimke od pravila nedopuštenosti dokaza pribavljenih kršenjem članka 8. Konvencije za što je naveden primjer Belgije u kojoj je Ustavni sud zauzeo stajalište da apsolutna zabrana korištenja takvih dokaza može dovesti do nerazmjernog ograničavanja prava optuženika na obranu.

Zaključuje se da, gledajući u cjelini svih 17 analiziranih država, nacionalno kazneno procesno pravo tih država pruža više zaštite optuženiku nego što se to zahtijeva člankom 6. Konvencije. Naime, Europski sud je zauzeo stajalište da dokazi koji su pribavljeni kršenjem članka 8. Konvencije nemaju nužno za posljedicu nepravičnost postupka u cjelini, dok se zakonitost takvih dokaza u kaznenom postupku ostavlja nacionalnim sudovima na odluku u skladu s nacionalnim kazneno procesnim pravom. Pitanje pravičnosti postupka u cjelini ocjenjuje se utvrđenjem je li dokaz mogao biti osporavan na suđenju, je li to jedini dokaz na kojem se temelji osuda ili je li dokaz bio pribavljen na primjer kršenjem prava na šutnju odnosno samooptuživanjem optuženika.[44] Međutim, neovisno o takvom stajalištu Europskog suda, deset od 17 država smatra nezakonitim dokaze pribavljene kršenjem članka 8. Konvencije.

Iako je predmetna studija izradila komparativnu analizu i u odnosu na pitanje dopuštenosti dokaza koji su pribavljeni krštenjem prava na privatnost od fizičke osobe, napominje se da je Europski sud u brojnim različitim kontekstima utvrdio kako članak 8. Konvencije nameće javnoj vlasti donošenje potrebnih mjera kojima se osigurava učinkovita zaštita tih prava i u privatnim odnosima odnosno da pojedinac mora uživati zaštitu i od kršenja njegovih prava od drugog pojedinca. U odnosu na pribavljanje dokaza u kaznenom postupku u svjetlu članka 8. Konvencije, Europski sud utvrđuje je li došlo do miješanja samo javne vlasti, a ne i pojedinaca, u ostvarivanju prava iz tog članka i zatim je li ono u skladu sa zakonom i potrebno za ostvarenje iscrpno

43 Vidi i izdvojeno mišljenje suca Tulkensa u presudi *P.G. i J.H. protiv Velike Britanije* od 25. rujna 2001. (zahtjev broj 44787/98).

44 Povredom načela *nemo tenetur se ipsum accusare*

navedenog i ograničenog broja legitimnih ciljeva kao i je li nužno za ostvarenje tih ciljeva. Dakle, potrebno je da je prikupljanje dokaza koje su provela državna tijela ili da su javne vlasti bile u tolikoj mjeri uključene u prikupljanje dokaza da to povlači odgovornost države u svjetlu Konvencije.[45] Dakle, ako se radi o privatnoj snimci, Europski sud ne razmatra eventualnu povredu članka 8. Konvencije već procjenjuje radi li se o povredi članka 6. Konvencije (§ 40 odluke *Schenk protiv Švicarske*).

Komparativnim proučavanjem "jačine" nezakonitosti dokaza, a kao u konkretnom slučaju dovodi li kršenje određenog konvencijskog prava do posljedice apsolutne zabrane korištenja takvih dokaza ili se oni pod određenim uvjetima koriste u kaznenim postupcima, pogrešno bi bilo zaključiti da države s apsolutnom dokaznom zabranom teže utvrđuju kaznenu odgovornost ili da imaju nižu stopu osuđivanosti. Pogrešno bi bilo i zaključiti da sustavi s "jačim" dokaznim zabranama preciznije utvrđuju činjenice jer s povećanjem zaštite da nevina osoba bude osuđena povećava se i mogućnost da počinitelj kaznenog djela izbjegne osudu. [46]

Pojam nezakonitih dokaza u aktualnom hrvatskom kaznenom procesnom pravu propisan je člankom 10. ZKP/08 pa su tako nezakoniti dokazi oni: a) koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja, b) 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 i c) koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ZKP-om i d) za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza. Dakle, ovisno o načinu utvrđivanja nezakonitosti dokaza, ZKP/08 razlikuje nezakonite dokaze *ex judicio* i *ex lege*, a dokazi koji su pribavljeni kršenjem zajamčenog prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života predstavljaju nezakonite dokaze *ex judicio,* jer ih sud kao takve mora utvrditi svojom odlukom. Iznimku predstavljaju dokazi pribavljeni nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, čime se ograničava zajamčeno pravo na poštovanje osobnog života i dopisivanja, koji pribavljeni suprotno zakonskim odredbama predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze.

Dakle, prema načinu reguliranja nezakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem članka 8. Konvencije sukladno ZKP/08, Hrvatska bi pripadala skupini A jer članak 10. ZKP/08 nalaže obvezu sudu da u slučaju pribavljanja dokaza takvim kršenjem prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života provede vaganje sukladno stavku 3. članka 10. ZKP/08 koji propisuje da se ne smatraju nezakonitima dokazi pribavljeni povredom prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života u postupku za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. Međutim, ZKP/08 posebne dokazne radnje nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, koje predstavljaju ograničenje konvencijskog i ustavnog prava na poštovanje osobnog i obiteljskog života, posebno izdvaja iz općeg pojma tog prava i radi iznimku tako da su dokazi pribavljeni provedbom tih mjera suprotno

45 Presuda *A. protiv Francuske* od 23. studenog 1993., § 36

46 Damaška, M., Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 Universitiy of Pennsylvania Law Review, 1973., str. 508

odredbi članka 332. ZKP/08 *ex lege* nezakoniti dokazi iz članka 10. stavak 2. točka 3. ZKP/08, a na temelju članka 335. stavak 8. ZKP/08 što će se u daljnjem tekstu detaljno obrazložiti.

4. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA PO ZKP/97

Prije stupanja na snagu ZKP/08, člankom 9. Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine, broj 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 62/03 – pročišćeni tekst, 178/04, 115/06; dalje: ZKP/97) bilo je propisano da su nezakoniti 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 (*ex judicio* nezakoniti dokazi) kao i oni dokazi koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i koji su izričito predviđeni ZKP/97 (*ex lege* nezakoniti dokazi) te drugi dokazi za koje se iz njih saznalo (plodovi otrovne voćke).

Članak 180. stavak 1. ZKP/97 propisivao je da se mogu odrediti mjere kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, a kao jedna od njih je propisan i nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora odnosno sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu, pod uvjetom da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama. Tada, na zahtjev državnog odvjetnika, istražni sudac može naložiti mjere protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u taksativno nabrojanim kaznenim djelima iz članka 181. ZKP/97.[47] Članak 182. u stavku 1. ZKP/97 propisivao je da se mjere kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana određuju pisanim obrazloženim nalogom. Dakle, ZKP/97 je obvezu obrazlaganja naloga propisivao u članku 182. stavak 1. ZKP/97, a kao nezakoniti dokazi člankom 182. stavak 6. ZKP/97[48], propisani su samo oni podatci pribavljeni protivno članku 182. stavak 2. ZKP/97[49], ali ne i protivno članku

47 Djela protiv Republike Hrvatske ili protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom za koja je predviđena kazna od pet ili više godina zatvora, ubojstva, razbojništva s teškim posljedicama, prikrivanja protuzakonito dobivenog novca, krivotvorenja novca, nedopuštenog držanja oružja i eksplozivnih tvari, primanja i davanja mita, ucjene, otmice, iznude, udruživanja za počinjenje kaznenog djela, protiv tjelesne ili spolne zlouporabe djece i maloljetnih osoba i zlouporabe opojnih droga, protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice, međunarodne prostitucije, podvođenja, izbjegavanja carinskog nadzora, sprječavanja dokazivanja, prisile prema pravosudnim dužnosnicima i zlouporabe u obavljanju dužnosti državne vlasti ili za koja je predviđena kazna od pet godina zatvora kad postoji osnovana sumnja da se takva djela pripremaju ili da su ih počinile grupe ljudi ili zločinačke organizacije.

48 (6) Ako su mjere iz članka 180. ovoga Zakona poduzete bez naloga istražnog suca ili je postupljeno protiv odredbi iz članka 180. i članka 182. stavka 2. ovoga Zakona, na pribavljenim podacima i obavijestima kao i na dokazima za koje se iz tih podataka i obavijesti saznalo ne smije se temeljiti sudska odluka u kaznenom postupku.

49 (2) Poduzete mjere mogu trajati najdulje četiri mjeseca. Na prijedlog državnog odvjetnika istražni ih sudac može produljiti iz važnih razloga za još tri mjeseca. O neslaganju između državnog odvjetnika i istražnog suca odlučuje vijeće županijskog suda (članak 20. stavak 2.). Čim prestanu pretpostavke za nadzor, istražni je sudac dužan odrediti obustavu poduzetih mjera. Ako državni odvjetnik odustane od kaznenog progona, odnosno ako podaci i obavijesti pribavljeni primjenom poduzetih mjera nisu potrebni za kazneni postupak, uništit će se pod

182. stavak 1. ZKP/97 (koji propisuje obvezu obrazlaganja naloga).

Vrhovni sud je višegodišnjom sudskom praksom zauzeo stav da izostanak zakonom propisanog obrazloženja naloga suca istrage za određivanje mjera kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, ne čini podatke pribavljene na temelju tih naloga *ex lege* nezakonitim kada je obrana upirala na postojanje *ex judicio* nezakonitih dokaza zbog nedostatnog obrazloženja. Sudska praksa se temeljila na tumačenju odredbe članka 182. stavak 6. ZKP/97 koja nije izrijekom sankcionirala izostanak obrazlaganja naloga time da se prikupljeni podatci i obavijesti ne mogu upotrijebiti u kaznenom postupku.

Tako je Vrhovni sud u svojoj odluci I Kž-61/09 od 03. veljače 2009. naveo: *Prema tome izostanak obrazloženja naloga kojim se nalažu posebni izvidi kaznenih djela kojima se privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode ne rezultira nezakonitošću dokaza prikupljenih provođenjem ovih mjera. Ovakav smisao jasnom proizlazi i iz odredbe čl. 9. st.* 2. *Zakona o kaznenom postupku u dijelu kada zakonodavac nezakonitim u odnosu na postupanje suprotno normama zakona određuje da su nezakoniti dokazi tek oni dokazi koji su prikupljeni povredom odredaba kaznenog postupka, ali i pod daljnjim uvjetom da su kao nezakoniti izričito predviđeni normom zakona, što nije slučaj u odnosu na postupanje suprotno odredbi čl. 182. st. 1. Zakona o kaznenom postupku*.

Dakle, Vrhovni sud je pitanje nezakonitosti dokaza pribavljenih posebnim izvidima kojima se privremenom ograničavaju konvencijska i ustavna prava vezao isključivo uz pitanje radi li se o *ex lege* nezakonitim dokazima, iako je i članak 9. stavak 2. ZKP/97 radio razliku između *ex judicio* i *ex lege* nezakonitih dokaza. U odnosu na dokaze koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenog prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života nije propisivao uvjet da su izričito predviđeni zakonom kao nezakoniti dokazi. Stoga, upiranje na nedostatnost sudskog obrazloženja naloga kojima se privremeno ograničavaju ustavna prava građana Vrhovni sud po ZKP/97 je mogao ocjenjivati isključivo režimom *ex judicio* nezakonitosti tako pribavljenih dokaza jer zakon nije izrijekom propisao da se radi o nezakonitom dokazu u tim slučajevima.

U kaznenom predmetu u kojem je obrana prigovarala da nalog ne sadrži obrazloženje u pogledu postojanja osnova sumnje za počinjenje kaznenih djela iz kataloga u članku 181. ZKP/97, te da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način zbog čega mjere određene takvim nalogom krše ustavno jamstvo nepovredivosti osobnog i obiteljskog života iz čl. 35. Ustava, te slobodu i tajnost svih oblika općenja, iz čl. 36. Ustava i čl. 8. Konvencije, Vrhovni sud je u svojoj odluci I Kž-Us-83/09 od 9. srpnja 2013. naveo: *... da sam zakonodavac postupanje suda koje bi bilo suprotno odredbi čl. 182. st. 1. ZKP (da mjere iz čl. 180. ZKP određuje istražni sudac pisanim obrazloženim nalogom), ne sankcionira u čl. 182. st. 6. ZKP…*

U odnosu na iste prigovore obrane Vrhovni sud je u odluci I Kž-Us-110/12 od 9. srpnja 2013. naveo: *Svi nalozi izdani su na temelju obrazloženih zahtjeva USKOK-a uz prateću odgovarajuću dokumentaciju, što je istražni sudac cijenio prilikom donošenja naloga, dok ispunjenje daljnjeg uvjeta za izdavanje tih naloga - postojanje osnova*

nadzorom istražnog suca, koji će o tome sastaviti posebni zapisnik i priložiti ga spisu.

sumnje da je određena osoba počinila ili zajedno s drugim osobama sudjelovala u kaznenom djelom iz članka 181. ZKP/97 te okolnost da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama - smisleno proizlazi iz činjenice da je istražni sudac takve naloge izdao jer bi u protivnom izrazio neslaganje, kako to predviđa odredba članka 182. stavak 2. ZKP/97.

Osim toga, Vrhovni sud je sudskom praksom uveo mogućnost retroaktivnog obrazlaganja naloga, s obzirom na to da, u slučaju da ih sudac istrage nije obrazložio jer nije utvrđena *ex lege* nezakonitost, pa je tako u svojoj odluci broj I-Kž-61/09 od 3. veljače 2009. naveo: *Ove odgovore, suprotno tvrdnjama iz žalbi, moguće je dati i u ovoj fazi odlučivanja o zakonitosti izdanih naloga obzirom da stvarno izdani nalozi, sukladno čl. 182. st. 1. ZKP, ne sadrže obrazloženje, time da izostanak obrazloženja zakonodavac, u skladu sa sadržajem odredbe čl. 182. st. 6. ZKP, ne sankcionira nezakonitošću dokaza u odnosu na prikupljene dokaze kao rezultat takvog manjkavog naloga. Naime, smisao odredbi o nezakonitim dokazima nije u izdvajanju prikupljene dokazne građe radi pogodovanja osobama za koje postoji osnovana sumnja da su počinili kazneno djelo, već zaštita građana za koje postoji pretpostavka njihove nedužnosti (do dokazanosti krivnje) od nedopuštenih postupanja sudbene i izvršne vlasti i koji postupci su do te mjere suprotni zakonu da je sam zakonodavac rezultate takvih postupanja izrijekom označio kao nezakonite dokaze.*

U odnosu na takvu sudsku praksu Vrhovnog suda u presudi Europskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* ističe se da prigovori podnositelja nisu usredotočeni na manjak pravnog temelja u mjerodavnom domaćem zakonu već ponajprije na činjenicu da istražni sudac nije djelovao u skladu s postupcima predviđenima zakonom, posebice onima vezanima uz učinkovitu procjenu je li uporaba tajnog nadzora bila nužna i opravdana u ovom predmetu, kao što je propisano člankom 182. stavkom 1. ZKP/97. Nadalje, u § 97. navodi se: *Iz navedenoga slijedi da su, iako je u Zakonu o kaznenom postupku izričito predviđena prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju naloga za tajni nadzor kako bi takve mjere bile provedene, nacionalni sudovi uveli mogućnost retroaktivnog opravdanja za njihovu uporabu, čak i kad zakonska pretpostavka prethodne sudske kontrole i detaljnog obrazloženja u nalogu nije ispoštovana. U području koje je toliko osjetljivo kao što je provođenje tajnog nadzora, koji se prema Konvenciji tolerira samo u onoj mjeri koja je strogo potrebna za očuvanje demokratskih institucija, Sud ima poteškoća u prihvaćanju te situacije koju su stvorili nacionalni sudovi…* dok se u § 98. navodi: Štoviše, Sud smatra da u situaciji u kojoj je zakonodavna vlast predvidjela prethodnu detaljnu sudsku kontrolu proporcionalnosti uporabe mjera tajnog nadzora, zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu.

Dakle, Europski sud je odlukom *Dragojević protiv Hrvatske*, kao i odlukom *Bašić protiv Hrvatske,* utvrdio povredu članka 8. Konvencije, jer postupanje nacionalnih sudova nije ispunilo uvjete zakonitosti (engl. "in accordance with the law") i nužnosti (engl. "necessary in a democratic society").

U odluci *Bašić protiv Hrvatske*, § 35. i 36., Europski sud zaključuje da su ista utvrđenja koja su se pojavila u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* (§ 90.-101. odluke) primjenjiva i na predmetni slučaj, pa Europski sud nije imao razloga odstupiti od sustava presedana u tom slučaju, a što je bilo dovoljno da se utvrdi povreda članka 8. Konvencije. Navedeno je u § 34. da je Europski sud utvrdio u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* da nedostatak obrazloženja kod naloga suca istrage zajedno sa sudskom praksom nacionalnih sudova, koji su zaobilazili takav nedostatak obrazloženja naknadnim retrospektivnim opravdanjima upotreba tajnih mjera, nije u skladu s mjerodavnim domaćim pravom i time nije u praksi osigurao prikladne mjere zaštite protiv raznih mogućih zlouporaba. Europski sud je stoga zaključio da takva praksa nije bila u skladu sa zakonom niti je dovoljno ograničila miješanja u podnositeljevo pravo na privatni život i dopisivanje na ono što je bilo "nužno u demokratskom društvu".

5. SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA PO ZKP/97

U svojoj odluci br. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008. godine[50], Ustavni sud je ispitujući ustavnu tužbu o nezakonitosti naloga za tajni nadzor izdanih tijekom trajanja kaznenog postupka istaknuo mjerodavna načela, navodeći:

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 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*

50 Odluka br. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008., https://www.usud.hr/hr/praksa-ustavnog-suda, pristupljeno 7. siječnja 2017.

provjerljiv pred drugim sudskim tijelima.

8.3. Kada tako nije postupljeno, onda je nalog o primjeni posebnih izvidnih mjera prekršio Zakon o kaznenom postupku. (...).

U prethodno navedenoj odluci, Ustavni sud utvrdio je mjerodavna načela koja su sukladna općim načelima koja je utvrdio Europski sud kao i stavovima izraženim u presudama *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*, a koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Međutim, Ustavni sud u svojoj odluci br. U-III-2781/2010 od 9. siječnja 2014. godine prihvaća stav Vrhovnog suda iz odluke br. I-Kž-61/09-3 od 3. veljače 2009. godine[51] o mogućnosti retroaktivnog obrazlaganja naloga ako je takvo obrazloženje nedostatno, ističući sljedeće:

Sporni su nalozi, prema mjerodavnim odredbama ZKP/97, morali 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. ZKP/97, te (b) ocjenu da se izvidi kaznenih djela »ne bi mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama.

Ustavni sud je razmotrio navedeni dio obrazloženja presude Vrhovnog suda te utvrdio da je Vrhovni sud pravilno primijenio navedene odredbe ZKP/97, te zaključio da, ukoliko su nalozi za poduzimanje posebnih izvida kaznenih djela bez obrazloženja, oni se mogu, u određenim uvjetima, obrazložiti u obrazloženju prvostupanjske presude ili kod donošenja rješenja kada stranka predloži utvrđenje dokaza nezakonitim.

Odlukom *Dragojević protiv Hrvatske* Europski sud apostrofirao je i odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske u odnosu na naloge kojima se određuju tajne mjere pozivanjem na ZKP/97 te je naveo u § 96., 97. i 98.:

96. Iako je to očito bilo u suprotnosti s pretpostavkama mjerodavnog domaćeg prava i gore citirane sudske prakse Ustavnog suda (vidi stavke 55. i 93. gore), čini se da je odobreno kroz praksu Vrhovnog suda i kasnije podržano od strane Ustavnog suda. Konkretno, Vrhovni sud je smatrao, kad se pitanjem bavio u kontekstu dopuštenosti dokaza, što je prema Konvenciji drugo pitanje (vidi stavak 99. dolje), da manjak obrazloženja u nalozima za tajni nadzor, u suprotnosti s člankom 182. stavkom 1. Zakona o kaznenom postupku, može biti nadoknađen retroaktivnim specifičnim obrazloženjem u pogledu relevantnih pitanja u kasnijoj fazi postupka time što će se od suda zatražiti da izuzme dokaze dobivene na taj način iz spisa (vidi stavak 58. gore). Čini se da je to prihvatio i Ustavni sud koji je u svojoj odluci br. U-III-2781/2010 od

51 "U obrazloženju pobijanog rješenja se navodi da svi nalozi o određivanju i produljenju posebnih izvidnih mjera (...) sadrže ocjenu osnove sumnje za počinjenje kaznenog djela i ocjenu da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način, odnosno da bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama. Ovakvo obrazloženje rješenja bez konkretizacije koje to činjenice u citiranom rješenju upućuju na postojanje osnova sumnje [da je djelo počinjeno], te sama zakonska konstatacija da se izvidi ne bi mogli provesti na drugi način, odnosno da su skopčani sa nerazmjernim teškoćama bez davanja razloga o tome u pobijanom rješenju je (...) nerazumljivo i proturječno. Isto tako u pobijanom rješenju su izostali valjani i dostatni razlozi o postojanju osnova sumnje u odnosu na počinjenje kaznenog djela od strane pojedinih optuženika ili njihovog zajedničkog sudjelovanja u počinjenju djela iz čl. 181. ZKP/97, pri čemu treba navesti razlog da se izvidi na drugi način ne bi mogli provesti ili bi bili skopčani nerazmjernim teškoćama kako je to zakonom propisano u čl. 180. st. 1. ZKP/97."

9. siječnja 2014. godine smatrao da je, u slučaju kad nalozi za tajni nadzor ne sadrže obrazloženje, u određenim uvjetima obrazloženje moguće navesti u prvostupanjskoj presudi ili odluci vezanoj uz zahtjev za izuzimanjem nezakonito dobivenih dokaza (vidi stavak 60. gore).

97. Iz navedenoga slijedi da su, iako je u Zakonu o kaznenom postupku izričito predviđena prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju naloga za tajni nadzor kako bi takve mjere bile provedene, nacionalni sudovi uveli mogućnost retroaktivnog opravdanja za njihovu uporabu, čak i kad zakonska pretpostavka prethodne sudske kontrole i detaljnog obrazloženja u nalogu nije ispoštovana. U području koje je toliko osjetljivo kao što je provođenje tajnog nadzora, koji se prema Konvenciji tolerira samo u onoj mjeri koja je strogo potrebna za očuvanje demokratskih institucija, Sud ima poteškoća u prihvaćanju te situacije koju su stvorili nacionalni sudovi. Ta situacija sugerira da je praksa u primjeni zakona koja sama po sebi nije dovoljno jasna s obzirom na dva suprotstavljena stava koja su usvojili Ustavni sud i Vrhovni sud (vidi stavke 93. i 96., te 57.-61. gore), u sukobu s jasnim tekstom zakona koji ograničava ostvarivanje diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti kad je u pitanju provođenje tajnog nadzora (usporedi Kopp, citirano gore, stavak 73.; i Kvasnica, citirano gore, stavak 87.).

98. Štoviše, Sud smatra da u situaciji u kojoj je zakonodavna vlast predvidjela prethodnu detaljnu sudsku kontrolu proporcionalnosti uporabe mjera tajnog nadzora, zaobilaženje tog zahtjeva retroaktivnim opravdanjem koje su uveli sudovi ne može se osigurati odgovarajuća i dostatna zaštita od potencijalne zlouporabe jer otvara vrata proizvoljnosti time što dozvoljava provođenje tajnog nadzora suprotno postupku koji je predviđen u mjerodavnom pravu.

Dakle, Europski sud je u odluci naveo da su prakse Vrhovnog suda i Ustavnog suda u pogledu potrebe jasnog obrazlaganja naloga za tajni nadzor razvile praksu koja je izravno suprotna sadržaju relevantnih odredaba ZKP/97, kada su zaključili da nedostatak obrazloženja u nalozima za tajni nadzor može retroaktivno biti nadoknađen odgovarajućim obrazloženjem u kasnijem tijeku postupka. Tako iz presude *Dragojević protiv Hrvatske* proizlazi da takvo zaključivanje domaćih sudova u izravnoj je suprotnosti s jasnim zakonskim tekstom koji izričito propisuje da se mjere tajnog nadzora mogu naložiti samo na temelju pisanog obrazloženog naloga jer se ispravnost korištenja mjera tajnog nadzora u smislu poštovanja prava na zaštitu privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije može ispitivati samo u postupku u kojem se odlučuje o korištenju ove mjere. U kasnijem kaznenom postupku sudovi mogu ispitivati samo je li dopušteno koristiti dokaze pribavljene korištenjem mjera tajnog nadzora, ali se ne mogu baviti pitanjem je li određivanje tajnog nadzora zadovoljilo pretpostavke iz članka 8. Konvencije.[52]

Kada se uzme u obzir da ZKP/97 nije nedostatak obrazloženja predviđao kao razlog za preispitivanje *ex lege* nezakonitosti dokaza, kao što to propisuje članak 335. stavak 8. ZKP/08, time nije otklonio ispitivanje nezakonitosti dokaza proizašlih iz takvih naloga kao *ex judicio* nezakonitih dokaza, propisanih člankom

52 Analiza presuda *Dragojević protiv Hrvatske* zastupnice Ureda zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava.

9. stavak 2. ZKP/97. Na navedeno ukazuje i dio presude *Dragojević protiv Hrvatske* u kojem Europski sud i ističe da podnositelj nije niti ukazivao da bi se radilo o *ex lege* nezakonitim dokazima, pa je takvo preispitivanje trebalo biti omogućeno po podnesenom izvanrednom pravnom lijeku - obnovi kaznenog postupka iz članka 502. ZKP/08[53] nakon konačnosti te presude Europskog suda.

Poslije konačnosti presude Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske,* osuđenik Dragojević podnio je, na temelju članka 502. ZKP/08, zahtjev za obnovu kaznenog postupka na temelju presude Europskog suda, koji je odbijen rješenjem Županijskog suda u Dubrovniku[54] kao neosnovan uz obrazloženje:

Osuđenikove tvrdnje iz podnesenog zahtjeva su točne, odnosno točno je da je presudom Europskog suda za ljudska prava utvrđena povreda prava iz čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda na štetu osuđenika Anta Dragojevića u provedenom kaznenom postupku, ali tom istom presudom je također utvrđeno da ovaj sud svoju pravomoćnu presudu nije temeljio samo na dokazima koji su pribavljeni uporabom tajnih prislušnih uređaja, već i na iskazima svjedoka i drugih suoptuženika, te činjenicama proizašlih iz pregledanih isprava, pa slijedom toga osuđenik nije bio lišen pravičnog suđenja, odnosno nije bilo povrijeđeno njegovo pravo na obranu, niti je došlo do povrede čl. 6. st. 1. Konvencije.

Očito dakle, presudom Europskog suda za ljudska prava je utvrđeno da osuđeniku Anti Dragojeviću tijekom provedenog postupka kako pred Županijskim sudom u Dubrovniku tako i pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske nije povrijeđeno pravo na obranu i osuđujuća presuda se pretežito temelji na zakonitim dokazima bez obzira na naznačenu povredu iz čl. 8. Konvencije, pa se stoga u ovom konkretnom slučaju ne radi o nikakvim novim činjenicama niti dokazima utvrđenim presudom Europskog suda za ljudska prava, niti se tom presudom tvrdi da je presuda ovog suda temeljena na lažnoj ispravi ili snimci, niti lažnom iskazu svjedoka, vještaka ili tumača, niti je u podnesenom zahtjevu istaknut bilo koji od razloga za obnovu kaznenog postupka predviđenih u čl. 501. ZKP/08.

Predmetno rješenje potvrđeno je rješenjem Vrhovnog suda RH broj: Kž-552/15-4 od 22. listopada 2015., u kojem se navodi:

Naime, unatoč tome što presuda Europskog suda za ljudska prava, kojom je utvrđeno da je u predmetnom postupku vođenom protiv osuđenika pred Županijskim sudom u Dubrovniku i pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske došlo do povrede članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ('Međunarodni ugovori' broj: 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. -Ispravak, 14/02. i 1/06. - dalje u tekstu: Konvencija), predstavlja novi dokaz u smislu članka 501. stavka 1. točke 3. ZKP/08., pravilan je zaključak prvostupanjskog suda da taj novi dokaz nije prikladan da dovede do obnove kaznenog postupka.

Točno je da je tom presudom utvrđeno da je u postupku čija se obnova sada traži došlo do povrede članka 8. Konvencije, jer, kako se to navodi u presudi Europskog suda za ljudska prava, postupak za nalaganje i nadziranje provođenja mjera prisluškivanja osuđenikovog telefona nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti

53 Prijelazne i završne odredbe iz ZID ZKP (Narodne novine, br. 145/13), čl. 257. st. 3.

54 Broj: Kv-I-12/15 (K-12/09) od 3. rujna 2015.

niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštivanje njegovog privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo 'nužno u demokratskom društvu'.

Međutim, protivno žalbenim tvrdnjama, navedeno još uvijek ne znači da se radi o nezakonitim dokazima, a što se ne utvrđuje niti predmetnom presudom, pa se onda niti dokazi proizašli iz tih dokaza ne mogu smatrati nezakonitima. Osim toga, presudom Europskog suda za ljudska prava također je utvrđeno i da u postupku vođenom protiv osuđenika nije došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije. Ovo stoga jer da sporni dokazi do kojih se je došlo povredom članka 8. Konvencije nisu bili jedini dokazi na kojima se temeljila presuda. Prilikom suđenja podnositelja, Županijski sud u Dubrovniku je uzeo u obzir osuđenikov iskaz i iskaze njegovih suoptuženika te ih ispitao zajedno s iskazima drugih svjedoka i dokazima dobivenim brojnim pretragama i zapljenama.

Dakle, kao što to utvrđuje i presuda Europskog suda za ljudska prava, osuđenikova krivnja za počinjenje kaznenih djela iz članka 173. stavka 2. KZ/97. i članka 279. stavka 1. KZ/97. je u pravomoćno dovršenom kaznenom postupku čija se obnova sada traži, osim na temelju dokaza pribavljenih posebnim izvidima kaznenih djela privremenim ograničenjem ustavnih prava i sloboda (za koje dokaze nije utvrđeno da bi bili nezakoniti), utvrđena i na temelju obrane samog osuđenika, obrane optuženog B. Ž., iskaza prvenstveno svjedoka I. Ž. i Ž. B., a i svjedoka T. Ž. te A. D. te potvrda o privremeno oduzetim predmetima i ostale spisu predmeta priložene dokumentacije.

Stoga, imajući na umu sve navedeno, i prema ocjeni ovog suda, pravilan je zaključak prvostupanjskog suda da navedena presuda Europskog suda za ljudska prava, iako ista predstavlja novi dokaz, nije takva da bi sama za sebe ili u vezi s prijašnjim dokazima bila prikladna da prouzroči osuđenikovo oslobođenje ili njegovu osudu po blažem zakonu.

Valja problematizirati gore iznesene razloge za odbijanje obnove i to da se odluka o krivnji ne temelji samo na dokazima koji su pribavljeni povredom članka 8. Konvencije jer je ovlast samo nacionalnog suda da ocijeni radi li se predmetno o nezakonitom dokazu *ex lege* prema članku 335. stavak 8. ZKP/08, a ako predstavlja nezakonit dokaz to za sobom povlači i primjenu članka 10. stavak. 2. točka 4. ZKP/08 koji kao nezakonite dokaze smatra sve dokaze za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza. Radi li se o nezakonitom dokazu, a posljedično postoji li u spisu i dokazi koji su plodovi otrovne voćke, jedino je moguće utvrđivati u obnovljenom postupku. Tada je upitan zaključak oba suda da navedena presuda Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske*, iako predstavlja novi dokaz, nije takva da bi sama za sebe ili u vezi s prijašnjim dokazima bila prikladna da prouzroči osuđenikovo oslobođenje ili njegovu osudu po blažem zakonu jer je izostala ocjena nacionalnog suda u odnosu na nezakonitost dokaza u tom kaznenom postupku i to kako dokaza za koje je utvrđeno da krše članak 8. Konvencije u vezi sa člankom 335. stavak 8. ZKP/08, a potom i u svjetlu članka 10. stavak 2. točka 4. ZKP/08.

6. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA PO ZKP/08

Stupanjem na snagu "novog" Zakona o kaznenom postupku, u odnosu na "stari" Zakon o kaznenom postupku, izmijenjena je odredba koja je regulirala pitanje *ex lege* nezakonitosti naloga (prijašnji članak 182. stavak 6. ZKP/97 koji nije izrijekom sankcionirao izostanak obrazlaganja naloga time da se prikupljeni podatci i obavijesti ne mogu upotrijebiti u kaznenom postupku), na način da je "novom" odredbom sada člankom 335. stavak 8. ZKP/08 propisano da ako su radnje iz članka 332. ZKP/08 poduzete protivno odredbi tog članka, dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku.

Naime, odredba članka 332. stavak 1. ZKP/08 propisuje da 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. ZKP/08[55], pisanim, obrazloženim nalogom odrediti posebne dokazne radnje kojima se privremeno

55 a) Spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (Glava XVII.), protiv računalnih sustava, programa i podataka (Glava XXV.), protiv Republike Hrvatske (Glava XXXII.), protiv oružanih snaga Republike Hrvatske (Glava XXXIV.), a za koja je propisana kazna zatvora od pet ili više godina.

b) Protiv intelektualnog vlasništva (Glava XXVII.) ako su počinjena uporabom računalnih sustava ili mreža, genocida (članak 88. stavak 3.), zločina agresije (članak 89. stavak 2. i 3.), ratnog zločina (članak 91. stavak 2.), odgovornosti zapovjednika (članak 96.), terorizma (članak 97. stavak 1., 2. i 3.), financiranja terorizma (članak 98.), javnog poticanja na terorizam (članak 99.), novačenja za terorizam (članak 100.), obuke za terorizam (članak 101.), terorističkog udruženja (članak 102.), pripremanja kaznenih djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom (članak 103.), ropstva (članak 105.), trgovanja ljudima (članak 106.), trgovanja dijelovima ljudskog tijela i ljudskim zamecima (članak 107.), ubojstva (članak 110.), protupravnog oduzimanja slobode (članak 136.), otmice (članak 137.), prostitucije (članak 157.), neovlaštene proizvodnje i prometa drogama (članak 190.), neovlaštene proizvodnje i prometa tvarima zabranjenim u sportu (članak 191.a), teških kaznenih djela protiv opće sigurnosti (članak 222.), napada na zračni i plovidbeni promet (članak 223.), razbojništva (članak 230. stavak 2.), iznude (članak 243.), primanja i davanja mita u postupku stečaja (članak 251.), primanja mita u gospodarskom poslovanju (članak 252.), davanja mita u gospodarskom poslovanju (članak 253.), zlouporabe u postupku javne nabave (članak 254.), izbjegavanja carinskog nadzora (članak 257.), subvencijske prijevare (članak 258.), pranja novca (članak 265.), krivotvorenja novca (članak 274.), zlouporabe položaja i ovlasti (članak 291.), nezakonitog pogodovanja (članak 292.), primanja mita (članak 293.), davanja mita (članak 294.), trgovanja utjecajem (članak 295.), davanja mita za trgovanje utjecajem (članak 296.), sprečavanja dokazivanja (članak 306.), otkrivanja identiteta ugrožene osobe ili zaštićenog svjedoka (članak 308.), prisile prema pravosudnom dužnosniku (članak 312.), protuzakonitog ulaženja, kretanja i boravka u Republici Hrvatskoj (članak 326.), zločinačkog udruženja (članak 328.), počinjenja kaznenog djela u sastavu zločinačkog udruženja (članak 329.), nedozvoljenog posjedovanja, izrade i nabavljanja oružja i eksplozivnih tvari (članak 331.), ubojstva osobe pod međunarodnom zaštitom (članak 352.), otmice osobe pod međunarodnom zaštitom (članak 353.), napada na osobu pod međunarodnom zaštitom (članak 354.), prijetnje osobi pod međunarodnom zaštitom (članak 355.).

c) Za kaznena djela počinjena na štetu djece (članak 113. Zakona o sudovima za mladež) ili za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora

ograničavaju određena ustavna prava građana. Dakle, sadržaj obrazloženja naloga jasno je propisan odredbom članka 332. stavak 1. ZKP/08, dok članak 335. stavak 8. ZKP/08[56] sada izrijekom navodi da se ne mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku dokazi za koje se saznalo na temelju radnji iz članka 332. ZKP/08, a koje su poduzete protivno odredbi iz članka 332. ZKP/08. Dakle, ZKP/08 ove dokaze, za razliku od ZKP/97 prema kojem su oni predstavljali *ex judicio* nezakonite dokaze, "prebacuje", u slučaju povrede članka 332. stavak 1. ZKP/08 u *ex lege* nezakonite dokaze.

Vezano uz *ex judicio* nezakonite dokaze, ZKP/08, za razliku od ZKP/97, u odnosu na pitanje pribavljanja dokaza provođenjem dokaznih radnji kojim je došlo do kršenja članka 8. Konvencije, člankom 10. stavak 3. ZKP/08, uvodi "vaganje" interesa kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja nad povredom prava, u postupcima za teške oblike kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, pa se tako neće smatrati nezakonitima dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života ako sud utvrdi da interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava. U odnosu na dokaze pribavljene provođenjem posebnih dokaznih radnji nadzora i tehničkog snimanja razgovora, a ako su pribavljeni protivno članku 332. stavak 1. ZKP/08 i istovremeno povredom članka 8. Konvencije, pitanje njihove nezakonitosti ocjenjivalo bi se isključivo kroz režim *ex lege* nezakonitosti dokaza.

Dakle, nakon stupanja na snagu ZKP/08 dokazi koji su pribavljeni primjenom tajnih mjera nadzora i tehničkog snimanja, a u odnosu na koje se upire da se temelje na nalogu koji nije obrazložen u skladu s relevantnim zakonskim odredbama, više se ne mogu razmatrati kroz institut *ex judicio* nezakonitih dokaza.

Međutim, sudska praksa Vrhovnog suda je različita pa u nekim odlukama pitanje zakonitosti veže uz institut *ex lege* nezakonitih dokaza, što proizlazi iz odluke I Kž-Us 59/16-5 od 25. listopada 2016., iako se u postupku upiralo na *ex judicio* nezakonitost dokaza, gdje se navodi: *U svakome od predmetnih naloga sudac istrage je u obrazloženju potanko prenio argumente USKOK-a o postojanju osnova sumnje na učin kaznenih djela koja ulaze u katalog kaznenih djela po čl. 334. ZKP/08 za konkretno označene osobe uz navođenje detalja i specifičnih činjenica za pojedine osobe i kriminalnu aktivnost, kao i razloge zbog kojih je neophodno upravo određivanje posebnih dokaznih radnji. Izričaj suca istrage "Prijedlog je osnovan" nesumnjivo implicira da su upravo tako navedeni razlozi razmotreni i da po ocjeni suca istrage imaju uporište u materijalu-dokumentaciji priloženoj uz podneseni prijedlog… Nadalje, kada se ima na umu da je odredbom čl. 332. st. 1. ZKP/08 propisana obveza suca istrage da "pisanim, obrazloženim nalogom" odredi posebne dokazne radnje, da prema čl. 335. st. 1. ZKP/08 nalog mora sadržavati podatke o osobama protiv koje se primjenjuju posebne dokazne radnje, rok trajanja, način, opseg i mjesto provođenja radnje te "činjenice iz kojih proizlazi potreba poduzimanja", a da nema odredbe koja bi nezakonitost dokaza vezala uz ocjenu o kvaliteti obrazloženja naloga, pri*

56 Ako su radnje iz članka 332. ovog Zakona poduzete bez rješenja suca istrage ili je postupljeno protivno odredbi iz članka 332. ovog Zakona, dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku.

čemu predmetni nalozi imaju sve zakonom propisane sastavnice koje su pretpostavka zakonitosti pribavljanja dokaza pogrešan je zaključak suda prvog stupnja da su dokazi pribavljeni protivno čl. 332. st. 1. ZKP/08.

No, u odluci broj I Kž-Us 116/16-5 od 24. listopada 2016. Vrhovni sud analizirao je naloge kojima su određene posebne dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana u svjetlu povrede članka 8. Konvencije odnosno i kroz institut *ex judicio* nezakonitosti dokaza gdje je naveo: *Nadalje, prvostupanjski sud je pravilno zaključio da nalozi sudaca istrage o provođenju posebnih dokaznih radnji u predmetu broj Kir-Us-483/14 ....sadrže sve podatke propisane odredbom članka 335. stavka 1. ZKP/08 te dostatno obrazloženje svih pretpostavki propisanih odredbom članka 332. stavka 1. ZKP/08. Svi nalozi temelje se na obrazloženim i dokumentacijom potkrijepljenim zahtjevima Ureda za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (dalje u tekstu: USKOK) te odgovaraju, kako standardima zaštite ljudskih prava i prava okrivljenika propisanima odredbama ZKP/08, tako i onima zajamčenima Ustavom 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. i 5/14. – dalje u tekstu: Ustav) i Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine, Međunarodni ugovori" br: 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. – dalje u tekstu: Konvencija). S obzirom na izloženo, nisu osnovani žalbeni navodi okrivljenih B. K., Ž. N., I. L., Ž. B. i M. N. kojima se, kao i u prijedlozima za izdvajanje dokaza, u bitnome ističe da su ti nalozi nedostatno i paušalno obrazloženi te da sudac istrage u njima nije iznio svoju argumentaciju, već je prepisana ona iz zahtjeva USKOK-a, zbog čega su ti nalozi protivni odredbama domaćeg procesnog prava, Ustava i Konvencije…. U odnosu na ove žalbene navode prije svega treba navesti da već sama činjenica da su suci istrage nakon pažljive analize sadržaja zahtjeva USKOK-a i dokumentacije koja je uz njih dostavljena izdali naloge iz članka 332. stavka 1. ZKP/08 inkludira da su time prihvatili razloge za njihovo izdavanje iz pisanih obrazloženih zahtjeva USKOK-a. Budući da su zahtjevi USKOK-a za izdavanje tih naloga sadržavali vrlo iscrpnu argumentaciju kojom su obuhvaćene sve pretpostavke za njihovo izdavanje, a što je sve potkrijepljeno i priležećom dokumentacijom, obrazloženja naloga sudaca istrage u kojima se najprije navodi argumentacija iz zahtjeva USKOK-a, a potom se utvrđuje da su ti zahtjevi osnovani sasvim su dostatna i u cijelosti sukladna zahtjevima USKOK-a.*

Analizirajući sudsku praksu Vrhovnog suda utvrđuje se da se upiralo na nezakonitost tih dokaza jer su pribavljeni suprotno stavku 1. članka 332. ZKP/08 odnosno da ne sadrže dostatno obrazloženje kako je to propisano tom odredbom, a pozivajući se na standarde sudskog obrazloženja izražene u odlukama Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*. Nalozi koji su bili predmetom razmatranja Vrhovnog suda sadržavali su sadržaj zahtjeva tužitelja, tvrdnju da je taj zahtjev osnovan i nakon toga navođenje uvjeta nužnosti iz dijela članka 332. stavak 1. ZKP/08, "da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način odnosno da bi to bilo moguće uz nerazmjerne teškoće" bez obrazlaganja u odnosu na konkretne osobe i konkretna djela tog uvjeta. Isto tako navodi se da se radi o djelu iz članka 334. ZKP/08 bez navođenja o konkretno kojem djelu se radi i iz kojih konkretnih dokaza iz

konkretnog spisa u odnosu na konkretne osobe proizlazi osnova sumnje u odnosu na konkretno djelo iz članka 334. ZKP/08. Dakle, nakon prepričavanja sadržaja zahtjeva državnog odvjetnika obrazloženje sadrži navođenje teksta zakonske odredbe članka 332. stavak 1. ne dovodeći ga u vezu s konkretnom građom predmeta i konkretnim osobama čije pravo na poštovanje osobnog i obiteljskog života se ograničava.

Kao primjer navodi se obrazloženje više naloga u predmetu poslovnog broja Kir-Us-830/13 Županijskog suda u Zagrebu, izdanih prema različitim osobama zbog različitih djela, koji svi osim prijepisa prijedloga USKOK-a, sadrže identično obrazloženje:

Prijedlog USKOKA je osnovan.

U konkretnom slučaju radi se o takvoj vrsti kaznenih djela gdje osobe koje sudjeluju u izvršenju takovih djela koriste posebne mjere opreza i konspirativnost kako ne bi bile otkrivene i procesuirane, što znači da redovitim izvidima ne bi bilo moguće pribaviti podatke i dokaze za kazneni postupak ili bi pak pribavljanje dokaza o počinjenju kaznenog djela bilo povezano s nerazmjernim poteškoćama ili se uopće ne bi moglo pribaviti. Nadalje, radi se o kaznenim djelima koja su predviđena u čl. 334. ZKP/08 za koje se mogu odrediti ove mjere.

Navedene mjere potrebno je proširiti prema naprijed navedenoj osobi i telefonima koje isti koristi, te tajnog praćenja i tehničkog snimanja osoba i predmeta, a radi utvrđivanja odlučnih činjenica i prikupljanja materijalnih i drugih dokaza za navedena kaznena djela, a što se sve bez posebnih dokaznih radnji ne bi moglo obaviti i bilo bi povezano s nerazmjernim teškoćama.

Iz citiranih odluka zaključuje se da ako postoji pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, dovoljan standard sudskog obrazloženja je navod prijedlog je osnovan, nakon što se reproducira zahtjev državnog odvjetnika. Međutim, odredba članka 332. stavak 1. ZKP/08 jasno navodi da se na pisani obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika pisanim obrazloženim nalogom određuju posebne dokazne radnje, dakle, propisana je kumulacija obrazloženja k zahtjeva tako i sudskog naloga. Dakle, zakonska regulativa da nalog mora biti obrazložen usmjerena je na ocjenu i analizu zahtjeva državnog odvjetnika te zakonskih pretpostavki za izdavanje naloga propisanih u članku 332. stavak 1. ZKP/08 (postojanje osnova sumnje i nužnosti nalaganja mjere) koje se, prema sudskoj praksi Vrhovnog suda, iscrpljuje u tvrdnji da je zahtjev državnog odvjetnika osnovan, a koja pretpostavlja prethodnu detaljnu analizu istražnog suca i zahtjeva i građe spisa.

Iako se sukladno relevantnim odredbama ZKP/08 pitanje dostatnosti obrazloženja sudskog naloga u konkretnoj stvari sada razmatra u svjetlu *ex lege* nezakonitosti dokaza, presuda Europskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* primjenjiva je i u odnosu na ZKP/08 jer se u njoj jasno navodi da obrazloženja sudskih naloga i mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti te posebice u praksi nije osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba jer nisu bili ispunjeni uvjeti zakonitosti i nužnosti. Smisao zakonske obveze obrazlaganja naloga, uz ispunjenje prethodnog zakonskog uvjeta da postoji obrazloženi zahtjev državnog odvjetnika, upravo je

osiguravanje mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba analizom i ocjenom zahtjeva državnog odvjetnika dovodeći ga u vezu s konkretnom građom predmeta, koji standardi se prema praksi Vrhovnog suda iscrpljuju samo i jedino u tvrdnji da je prethodno reproducirani zahtjev osnovan.

Naime, iz prikaza sudske prakse Vrhovnog suda, s naglaskom na praksu koja je uslijedila nakon donošenja presuda Europskog suda *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*, proizlazi da nalozi suca istrage kojima se nalaže provođenje posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana zbog čega moraju predstavljati "uravnotežujući akt" između prava na poštovanje privatnog (osobnog) i obiteljskog života osobe i drugih prava i interesa s kojima je predmetno pravo u sukobu odnosno zbog kojih se ono ograničava (npr. interes državne sigurnosti, javni red i mir, gospodarska dobrobit zemlje, sprječavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja ili morala, zaštita prava i sloboda drugih), samom konstatacijom da je reproducirani zahtjev državnog odvjetnika osnovan daje odgovor na pitanje je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu za ostvarivanje legitimnog cilja i utvrđivanje osnove sumnje da su počinjenja kataloška kaznena djela kao i ocjena da se izvidi kaznenih djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće i takvim obrazloženjem zadovoljavaju standarde "uravnotežujućeg akta".

Međutim, kada Europski sud presudom u odnosu na Republiku Hrvatsku utvrdi pretpostavke koje mora ispunjavati miješanje javne vlasti u prava pojedinaca zajamčena Konvencijom, te nakon što su presude Europskog suda u predmetima *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske* utvrdile povredu članka 8. Konvencije te navele da nalozi sudaca istrage kojima su određivane tajne mjere nisu bili u skladu sa zakonom zbog manjkavog obrazloženja, tada su navedene presude *de facto* utvrdile da nedostatnost obrazloženja naloga predstavlja povredu članka 332. stavak 1. ZKP/08 i sada je Republika Hrvatska dužna postupati po navedenim presudama i tumačiti ih kao smjernice pri ocjenjivanju *ex lege* nezakonitosti dokaza u smislu članka 335. stavak 8. ZKP/08. U slučaju postojanja takvih presuda Europskog suda postoji obveza države da mijenja ne samo sudsku praksu već i zakonodavstvo kako se slične povrede ne bi ponavljale u budućnosti.

7. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA U ODNOSU NA EX JUDICIO NEZAKONITE DOKAZE

Pregledom sudske prakse Vrhovnog suda[57] tako da su traženi rezultati pretraživanja u odnosu na utvrđeno postojanje *ex judicio* nezakonitih dokaza u smislu članka 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08 pronalaze se tri rješenja kojim je utvrđena *ex judicio* nezakonitost dokaza pribavljenih nadzorom i tehničkim snimanjem telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu, a radi se o snimkama razgovora sačinjenih bez odobrenja suca istrage i bez pristanka optuženika na takvo snimanje od strane druge fizičke osobe, pa je utvrđeno da se radi o nezakonitom dokazu u smislu odredbe

57 SupraNova RH, portal sudske prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske, http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=473, pristupljeno 15. siječnja 2017.

članka 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08.

Ovdje valja komparativno prikazati sudsku praksu Njemačke, čiji kazneni postupak nije stranački već jednostrano istraživanje istine koje provodi sud i državni odvjetnik, a jedina zakonska apsolutna dokazna zabrana je ona propisana u § 136a st. 3.[58] njemačkog procesnog zakona te je upravo sudska praksa razvila ostale dokazne zabrane koje rezultiraju nezakonitim dokazom neposredno iz Ustava i načela pravne države. Dokazi pribavljeni povredom prava u području poslovnih aktivnosti u cijelosti su upotrebljivi, dokazi pribavljeni povredom prava u individualnom području u pravilu je upotrebljivo, a postoje slučajevi u kojima sudovi važu između zaštite osobnosti i interesa funkcionalnog kaznenog progona. Jezgru privatnog života čovjeka predstavlja intimna sfera koja je potpuno zabranjena za državne zahvate, a ne samo za pribavljanje dokaza, a neupotrebljivost dokaza u tim slučajevima služi zaštiti ljudskog dostojanstva koja je temeljna vrijednost pravnog poretka zajamčena ustavom i slobodnom razvoju osobnosti.[59] Pregledom sudske prakse Vrhovnog suda, kako je to prethodno prikazano, dolazi se do zaključka da nisu razvijeni kriteriji za ocjenu zakonitosti dokaza u slučajevima gdje ga nije postavio zakonodavac odnosno kada se upiralo na *ex judicio* nezakonite dokaze, koji institut daje ovlast sudu da proširi pojam nezakonitih dokaza i na slučajeve koji nisu izrijekom propisani ZKP/08.[60]

U odnosu na navedena tri rješenja, primjenom članka 10. stavak 3. ZKP/08 ("vaganja") u dva slučaja je utvrđeno da se ne radi o teškim oblicima kaznenih djela iz nadležnosti županijskog suda, kod kojih interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom prava, a radilo se o kaznenim djelima iz članka 337. stavak 4. KZ/97 (zlouporaba položaja i ovlasti), članka 294.a stavak 2. KZ/97 (primanje mita u gospodarskom poslovanju) te članka 295. stavak 1. KZ/11 (trgovanje utjecajem), dok se u drugom slučaju utvrdilo da se radi o teškim oblicima kaznenih djela iz članka 339. stavak 2. KZ/11 (podmićivanja zastupnika) iz nadležnosti županijskog suda.

Tako je odlukom Vrhovnog suda broj: I Kž-Us 31/12-4 od 25. rujna 2012. izdvojen dokaz jer je pribavljen povredom Ustavom zajamčenih prava na zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti, iz čl. 35. Ustava. Provedeno je "vaganje" u smislu stavka 3. članka 10. ZKP/08 pri čemu je istaknuto: *Prvostupanjski sud, u konkretnom slučaju, nakon pravilnog utvrđenja da se radi o dokazima, pribavljenim povredom zajamčenih prava iz čl. 10. st. 2. toč. 2. ZKP/08, isto tako pravilno zaključuje da u ovom slučaju nisu ispunjeni uvjeti da se unatoč tome tako pribavljeni dokazi ne bi smatrali nezakonitim dokazima, jer kaznena djela koja se na temelju potvrđene optužnice optuženicima stavljaju na teret, primanje mita u gospodarskom poslovanju, iz čl. 294. a. st.2. KZ, i zlouporaba položaja i ovlasti, iz čl. 337. st. 4. KZ, 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/08, niti po visini zapriječenih kazni, jer je za kazneno djelo iz čl. 294. a. st. 2. KZ propisana*

58 Kada je sloboda optuženika na njegovo mišljenje i očitovanje volje bila ugrožena zlostavljanjem, izazivanjem umora, davanjem lijekova, mučenjem, obmanom ili hipnozom što se odnosi i na svjedoke i vještake.

59 Bojanić, I., *i dr.,* op. cit. u bilj 35, str. 982 i 983

60 Ibid., str. 997

kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, a za kazneno djelo iz čl. 337. st. 4. KZ, propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina, niti prema činjeničnom stanju koje se optuženicima stavlja na teret, koje ne prelazi uobičajene okvire počinjenja ovakvih kaznenih djela (da su optuženici kao odgovorne osobe zahtijevali i primili dar, odnosno iskoristili svoj položaj i ovlasti s ciljem pribavljanja znatne imovinske koristi i nanošenja štete velikih razmjera), niti po visini pribavljene imovinske koristi od oko tri i po milijuna kuna, koja je bez sumnje znatna, ali ne takva da bi sama po sebi počinjenim kaznenim djelima dala traženi značaj teških kaznenih djela u smislu čl. 10. st. 3. toč. 2. ZKP/08.

Jednako je odlučeno u rješenju Vrhovnog suda broj: I Kž-Us 151/15 od 15. prosinca 2015. u kojem je u odnosu na "vaganje" navedeno: *Nadalje, po ocjeni Vrhovnog suda Republike Hrvatske kao drugostupanjskog suda, a na temelju ispravno utvrđenih svih odlučnih činjenica, nisu ispunjene niti pretpostavke za primjenu odredba čl. 10. st. 3 ZKP/08 tj. za tzv. konvalidaciju izvorno nezakonitog dokaza. Naime, kazneno djelo koje se okr. Z. A. stavlja na teret u toč. 4 optužnice USKOK-a od 17. srpnja 2015. broj K-US-16/15 kvalificirano je kao kazneno djelo protiv službene dužnosti, trgovanja utjecajem iz čl. 295. st. 1 KZ/11, a način počinjenja tog djela prema činjeničnom opisu inkriminacije uklapa se u uobičajene okvire počinjenja takvih kaznenih djela i ne spada u težak oblik tog djela u smislu odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08. Uvažavajući značaj i težinu tzv. koruptivnih kaznenih djela valja istaći da se niti prema navodima optužbe niti prema visini zahtijevanog i primljenog mita, niti prema nekoj drugoj posebnoj okolnosti, a niti prema zapriječenoj kazni za to djelo, radnjama optuženika opisanim u optužnici ne daju karakteristike postupanja težeg značaja koji je uvjet za primjenu odredbe čl. 10. st. 3. ZKP/08.*

Odlukom Vrhovnog suda broj: I Kž-Us 6/14-4 od 21. siječnja 2014. nije izdvojen kao nezakonit dokaz iz članka 10. stavak 2. točka 2. ZKP/08 jer je primjenom članka 10. stavak 3. ZKP/08 utvrđeno: *Optuženik se u ovom postupku tereti za počinjenje dvaju kaznenih djela protiv biračkog prava - podmićivanja zastupnika iz članka 339. stavka 2. KZ/11 za koja je, neovisno o propisanoj kazni (kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina), u prvom stupnju nadležan suditi županijski sud… nastojanje optuženika da "kupnjom" vijećničkog mandata članice druge političke stranke izmijeni izvornu biračku volju građana G. V. predstavlja izrazitu prijetnju demokraciji… Stoga se s pravom ističe u žalbi USKOK-a 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 interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja preteže nad povredom njegovih prava iz članka 10. stavka 2. točke 1. ZKP/08, time što je sniman razgovor bez naloga sudbene vlasti, odnosno bez optuženikovog znanja i pristanka na takvo snimanje*.

8. ZAKLJUČAK

Republika Hrvatska je obvezna osigurati stvarnu i učinkovitu zaštitu prava na poštovanje privatnog (osobnog) i obiteljskog života kao temeljnog prava zajamčenog Ustavom i Konvencijom kada se radi o zadiranju javne vlasti u pravo pojedinca. Europski sud svojom višegodišnjom sudskom praksom utvrdio je opća načela koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Međutim, iz utvrđenja Europskog suda proizlazi da utvrđena povreda članka 8. Konvencije u kaznenom postupku nije *a priori* od utjecaja na načelo pravednosti postupka, pa tako dokazi pribavljeni povredom članka 8. Konvencije mogu biti dokazi kojima se utvrđuju odlučne činjenice ako su zadovoljeni uvjeti koje traži načelo pravičnog suđenja iz članka 6. Konvencije. Stoga, ostaje za zaključiti da povreda članka 8. Konvencije ne utječe na dokaznu građu u postupku, već u većini slučajeva kao posljedicu ima samo isplatu novčane naknade. U tom dijelu postavlja se pitanje može li postupak biti "pravičan" ako su u tom istom postupku prihvaćeni dokazi pribavljeni povredom temeljnih ljudskih prava zajamčenih Konvencijom, obzirom na to da se, ne samo postupak, već i Konvencija mora tumačiti u cjelini kao jedinstvo (engl."as a whole") dok je zadaća Europskog suda u odnosu na pitanje prihvatljivosti dokaza pribavljenih kršenjem Konvencije osigurati da države članice izvršavaju svoje obveze koje su preuzeli pristupanjem Konvenciji. Prava koja su zajamčena Konvencijom ne mogu ostati na razini teorije jer se ona mora tumačiti i primjenjivati tako da štiti prava na praktičan i učinkovit način (*Comingersoll S.A. protiv Portugala* [GC], broj 35382/97, § 35, ECHR 2000-IV; *Beer i Regan protiv Njemačke* [GC], broj 28934/95, § 57, 18. veljače 1999.; *García Manibardo protiv Španjolske*, broj 38695/97, § 43, ECHR 2000-II).[61]

Kao što je prethodno navedeno u izdvojenom mišljenju sudac Loucaides u odluci *Khan protiv Velike Britanije* od 12. svibnja 2000. (zahtjev broj 35394/97) ako se kršenje članka 8. Konvencije prihvaća kao "pošteno", tada nije jasno kako se javna vlast može učinkovito odvratiti od ponavljanja svojeg nedopuštenog ponašanja. Europski sud je isto tako istaknuo, u odluci *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*[62], potrebu da se osigura da policija provodi svoje ovlasti kontrole i prevencije kriminaliteta na način koji u potpunosti poštuje pravila postupanja te zakonska ograničenja njihovih postupanja uključujući zaštitu sadržanu u člancima 5. i 8. Konvencije.

Stoga, sudac Tulkens u svom izdvojenom mišljenju u odluci *P.H. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, opravdano se pita: Hoćemo li doći do točke na kojoj će shvaćanje većine biti prihvaćanje dokaza nastalih povredom drugih odredba Konvencije, kao na primjer članka 3. Konvencije? Gdje i kako povući granicu? Prema kojoj hijerarhiji zajamčenih prava? Na kraju, sam pojam pravednosti u postupku možda ima tendenciju nestajanja ili postaje predmetom loptanja unutar postavljenih stativa?

Provedenom studijom koju je izradila mreža nezavisnih stručnjaka o temeljnim

61 Izdvojeno mišljenje suca Tulkensa u presudi *P.H. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

62 *Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. listopada 1998., Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, pp. 3159-60, § 116

pravima koju je sastavila Europska komisija 2003. godine prikazan je način reguliranja pitanja nezakonitosti dokaza pribavljenih povredom osobnog i obiteljskog života u 17 država članica te se zaključuje da, gledajući u cjelini svih 17 analiziranih država, nacionalna kaznena procesna prava većine država članica pruža više zaštite optuženiku nego što se to zahtijeva člankom 6. Konvencije. To ukazuje na to da su države prepoznale značaj i težinu povreda Konvencije u koje uključuju i povredu članka 8. Konvencije i utjecaj povreda na pravičnost postupka u cjelini.

Republika Hrvatska, po zakonskoj regulativi, također spada u države članice koje pružaju više zaštite optuženiku nego što se to zahtijeva člankom 6. Konvencije jer dokazi pribavljeni ograničavanjem ustavnih prava građana provođenjem tajnih mjera nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu koje nije ispunjavalo uvjete zakonitosti i nužnosti predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze.

Naime, s obzirom na nužnost obrazloženja naloga kojim se određuju tajne mjere sudaca istrage proizlazi iz članka 332. ZKP/08, te s obzirom na to da je Europski sud u odlukama *Dragojević protiv Hrvatske i Bašić protiv Hrvatske* utvrdio povredu članka 8. Konvencije u slučaju nedostatka obrazloženja naloga suca istrage, tada utvrđivanje nezakonitosti dokaza koji su proizašli iz postupanja javne vlasti koja temelj ima u nalogu koji nije "u skladu sa zakonom" i "nužnosti u demokratskom društvu" predstavlja *ex lege* nezakonite dokaze kod kojih nije moguće "vaganje" budući da ZKP/08 u odredbi 335. stavak 8. ZKP/08 propisao da dokazi pribavljeni protivno odredbi članka 332. ZKP/08 se ne mogu upotrijebiti u postupku. Nakon utvrđivanja da takvi dokazi predstavljaju *ex lege* nezakonite dokaze, potrebno je ocijeniti i ostale dokaze u smislu članka 10. stavak 2. točka 4. ZKP/08 ("plodovi otrovne voćke").

Kada se razmatra sudska praksa Vrhovnog suda po ZKP/97 dolazi se do zaključka da su razvijeni standardi kvalitete obrazloženja sudskog naloga, a koje je izrazio i Ustavni sud u svojim odlukama.

Tako je u odluci Vrhovnog suda broj I Kž-61/09 od 3. veljače 2009. utvrđeno da je sudac pri izdavanju naloga kojim se nalaže provođenje posebnih dokaznih radnji kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana dužan s posebnom pažnjom analizirati sadržaj zahtjeva državnog odvjetnika, kao i ostalu građu dostavljenu uz taj zahtjev i zatim se izrijekom očitovati odnosno dati ocjenu, nalazi li da u tom trenutku iz obrazloženja zahtjeva proizlaze osnove sumnje da je određena osoba počinila kataloško kazneno djelo te zašto se smatra da bi prikupljanje dokaza bez zadiranja u ustavna prava građanina prema kojem se mjere provode bilo nužno. Nadalje, jednake standarde obrazloženja sudske odluke utvrdio je i Ustavni sud u prethodno citiranoj odluci U-III-857/2008 od 1. listopada 2008. u odnosu na koju je Europski sud naveo da takvo tumačenje zadovoljava sva opća načela koja je potrebno poštovati pri miješanju javne vlasti u prava iz članka 8. Konvencije.

Sudska praksa Vrhovnog suda po ZKP/08 tumači te standarde obrazloženja tako da je nakon reprodukcije zahtjeva državnog odvjetnika dovoljan zaključak suda kako je taj zahtjev osnovan i da takva konstatacije daje odgovor na pitanje je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu za ostvarivanje legitimnog cilja i utvrđivanje osnove sumnje da su počinjena kataloška kaznena djela kao i ocjenu da se izvidi kaznenih

djela ne bi mogli provesti na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nerazmjerne teškoće i takvim obrazloženjem zadovoljavaju standarde "uravnotežujućeg akta".

U odnosu na takvu praksu Vrhovnog suda po ZKP/08, Ustavni sud još nije imao priliku odlučivati kao niti Europski sud.

LITERATURA

ČLANCI

1. Bojanić, I.; Đurđević, Z., Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, br. 2/2008, str. 978.
2. Damaška, M., Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 Universitiy of Pennsylvania Law Review, 1973., str. 508
3. Krapac, D., Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3), 2010., str. 1207-1240

PRAVNI AKTI

1. Ustav 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.
2. Povelja o temeljnim pravima Europske unije svečano su proglasili Europski parlament, Vijeće i Komisija u Nici 2000.
3. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10
4. Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine, br. 14/2001.
5. Zakon o potvrđivanju Ugovora između Kraljevine Belgije, Republike Bugarske, Češke Republike, Kraljevine Danske, Savezne Republike Njemačke, Republike Estonije, Irske, Helenske Republike, Kraljevine Španjolske, Francuske Republike, Talijanske Republike, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Velikog Vojvodstva Luksemburga, Republike Mađarske, Republike Malte, Kraljevine Nizozemske, Republike Austrije, Republike Poljske, Portugalske Republike, Rumunjske, Republike Slovenije, Slovačke Republike, Republike Finske, Kraljevine Švedske, Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske (države članice Europske unije) i Republike Hrvatske o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji, NN br. 2/2012.
6. Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08., 76/09., 80/11., 91/12. - Odluka i Rješenje USRH, 143/12., 56/13., 145/13. i 152/14.
7. Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. – pročišćeni tekst i 115/06.

VRELA S INTERNETA

1. Izvori i područje primjene prava Europske unije, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hr/FTU_1.2.1.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
2. Lisabonski ugovor, http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski prociscena.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
3. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/accessioneu, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
4. EUROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA, ESLJP u 50 pitanja, www.echr.coe.int/Documents/50Questions_HRV.pdf, pristupljeno dana 20. prosinca 2016.
5. Povelja o temeljnim pravima Europske unije - EDIC PULA na stranici www.edic.pulapola.eu, pristupljeno dana 15. siječnja 2017.
6. Roagna, I., Protecting the right to respect for private and family life, Council of Europe human rights handbooks, www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/.../hb11_privatelife_en.pdf, str. 10., pristupljeno dana 16. siječnja 2017.
7. Opinion on the status on illegally obtained evidence in criminal procedures in the

Member States of the European Union (CFR-CDF, 30 XI 2003). http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR, CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf, pristupljeno dana 21. prosinca 2016.

8. Članak 136a Zakona o kaznenom postupku - Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 3 of the Act of 23 April 2014 (Federal Law Gazette Part I p. 410), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, pristupljeno dana 07. siječnja 2017.
9. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMISSIONER, UN Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovječnih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja Usvojena 1984., stupila na snagu 1987., ima 141 državu stranku http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIndex.aspx, pristupljeno dana 7. siječnja 2017.
10. Odluka br. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008., https://www.usud.hr/hr/praksa-ustavnog-suda, pristupljeno 7. siječnja 2017.
11. SupraNova RH, portal sudske prakse Vrhovnog suda Republike Hrvatske, http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=473, pristupljeno 15. siječnja 2017.

Odluke Europskog suda za ljudska prava:

1. Pretty protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 29 travnja 2002., br. 2346/02
2. Y.F. protiv Turske, 22. srpnja 2003., br. 24209/94
3. Friedl protiv Austrije, 31. siječnja 1995., br. 15225/89
4. Klass i dr. protiv Njemačke, 6. rujna 1978., br. 5029/71
5. Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 2. kolovoza 1984., br. 8691/79
6. Kvasnica protiv Slovačke, 9. lipnja 2009., br. 72094/01
7. Kruslin protiv Francuske, 24. travnja 1990., br. 11801/85
8. Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 18. svibnja 2010., br. 26839/05
9. Huvig protiv Francuske, 24. travnja 1990., br. 11105/84.
10. Venezuela Contreras protiv Španjolske, 30. srpnja 1998.,br. 58/1997/842/1048
11. Barfod protiv Danske, 22. veljače 1989., br. 11508/85
12. Khan protiv Velike Britanije od 12. svibnja 2000., br. 35394/97
13. P.G. i J.H. protiv Velike Britanije od 25. rujna 2001., br. 44787/98
14. A. protiv Francuske od 23. studenog 1993., br.14838/89
15. Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 28. listopada 1998., br. 23452/94
16. Dragojević protiv Hrvatske od 15. siječnja 2015., br. 68955/11
17. Bašić protiv Hrvatske od 25. listopada 2016., br. 22251/13

Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske:

1. U-III-857/2008 od 1. listopada 2008.
2. U-III-2781/2010 od 9. siječnja 2014.
3. U-III-4536/2012 od 14. siječnja 2016.

Odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske:

1. I Kž-61/09 od 03. veljače 2009.
2. I Kž-Us-83/09 od 9. srpnja 2013.
3. I Kž-Us-110/12 od 9. srpnja 2013.
4. Kž-552/15-4 od 22. listopada 2015.,
5. I Kž-Us 59/16-5 od 25. listopada 2016.
6. I Kž-Us 116/16-5 od 24. listopada 2016.
7. I Kž-Us 31/12-4 od 25. rujna 2012.
8. I Kž-Us 6/14-4 od 21. siječnja 2014.
9. I Kž-Us 151/15 od 15. prosinca 2015.

Odluka Županijskog suda u Dubrovniku Kv-I-12/15 (K-12/09) od 3. rujna 2015.

Summary

EVIDENCE OBTAINED THROUGH SURVEILLANCE AND TECHNICAL RECORDING OF TELEPHONE CONVERSATIONS AND OTHER DISTANCE COMMUNICATIONS IN THE LIGHT OF ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The paper elaborates the problems of the admissibility of the use as evidence in criminal proceedings records collected under special investigative procedure of surveillance and technical recording of telephone conversations and other communications if they are obtained in violation of Article 8 of the Convention. In the introduction of the paper it the cumulative conditions are clarified which must be met in order that the interference was justified under Article 8, paragraph 2 of the Convention with the presentation of case law of the European Court of Human rights which established general principles that should be followed when public authorities interfere with the rights under Article 8 of the Convention.

After showing the impact of violations of these rights and the issue of admissibility of evidence in criminal proceedings in the 17 EU Member States based on a study produced by a network of independent experts on fundamental rights set up by the European Commission in 2003, the central part of the paper shows relevant case law of the Supreme Court and the Constitutional Court in the light of the judgment of the European Court of 15 January 2015 in the case Dragojevic against Croatia and the relevant legal provisions before and after the amendment of the criminal procedure act in 2008.

***Keywords**: Article 8 of the Convention, supervision and technical recording of telephone conversations, ex judicio illegal evidence, ex lege illegal evidence.*

Zusammenfassung

BEWEISE ÜBER DIE ÜBERWACHUNG UND TECHNISCHE AUFZEICHNUNG VON TELEFONGESPRÄCHEN UND ANDEREN FERNMITTEILUNGEN IN BEZUG AUF ARTIKEL 8 DER MENSCHENRECHTSKONVENTION

In diesem Artikel wird die Problematik des besonderen Ermittlungsverfahrens für die Überwachung und technische Erfassung von Telefongesprächen und anderen Fernmitteilungen in Bezug auf die Zulässigkeit der Verwendung solcher Verfahren als Beweismittel in Strafverfahrensakten erörtert, wenn es unter Verstoß gegen Artikel 8 der Menschenrechtskonvention steht. In der Einleitung dieses Artikels werden die

kumulativen Bedingungen geklärt, die erfüllt werden müssen, damit die Eingriffe nach Artikel 8 Absatz 2 der Menschenrechtskonvention mit der Vorlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gerechtfertigt werden, welche die allgemeinen Grundsätze festlegten, wenn die öffentlichen Behörden in die Rechte aus Artikel 8 der Menschenrechtskonvention hineindrängen.

Nach der Darstellung der Auswirkungen der Verletzung dieser Rechte und der Frage der Zulässigkeit von Beweismitteln in Strafverfahren in den 17 EU - Mitgliedstaaten, die auf einer von der Europäischen Kommission im Jahr 2003 durchgeführten Untersuchung eines Netzes unabhängiger Sachverständiger für Grundrechte beruhen, stellt der mittlere Teil des Artikels die relevante Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und des Verfassungsgerichts im Lichte des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 15. Januar 2015 in der Rechtssache *Dragojević gg. Kroatien* und die einschlägigen Rechtsvorschriften nach der Änderung des Strafverfahrens Handeln im Jahre 2008 dar.

***Schlüsselwörter**: Artikel 8 der Menschenrechtskonvention, Überwachung und technische Aufzeichnung von Telefongesprächen, ex judicio illegale Beweise, ex lege illegale Beweise.*

Riassunto

LE PROVE PROCURATE MEDIANTE LA SORVEGLIANZA E LA REGISTRAZIONE TECNICA DELLE CONVERSAZIONI TELEFONICHE E DEGLI ALTRI MEZZI DI COMUNICAZIONE A DISTANZA ALLA LUCE DELL'ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Nel lavoro si disamina la questione della determinazione dell'attività probatoria speciale di sorveglianza e di registrazione tecnica delle conversazioni telefoniche e degli altri mezzi di comunicazione a distanza con riferimento all'ammissibilità dell'utilizzo di tali prove nel procedimento penale, qualora queste siano procurate in violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. A tale riguardo introduttivamente si illustrano le condizioni cumulative che vanno soddisfatte affinché l'interferenza nella realizzazione dei diritti del singolo possa trovare giustificazione ai sensi del capoverso dell'art. 8 della Convenzione; ancora si passa in rassegna la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con la quale sono stati accertati i principi fondamentali che vanno rispettati qualora il potere pubblico interferisca nei diritti di cui all'art. 8 della Convenzione. Dopo la rassegna delle conseguenze derivanti dalla violazione di detti diritti in occasione della raccolta delle prove mediante le attività

probatorie in esame sulla questione dell'ammissibilità delle prove nel procedimento penale in diciassette stati membri dell'Unione europea, basato sulla ricerca condotta da una rete di esperti autonomi sui diritto fondamentali creata dalla Commissione europea nel 2003, la parte centrale del lavoro tratta della giurisprudenza rilevante della Corte suprema e della Corte costituzionale alla luce della sentenza della Corte europea del 15 gennaio 2015 nel caso *Dragojević vs. Croazia* e delle disposizioni di legge rilevanti prima e dopo le modifiche della legge sulla procedura penale del 2008.

***Parole chiave**: articolo 8 della Convenzione, sorveglianza e registrazione tecnica delle conversazioni telefoniche, prove illegali ex judicio, prove illegali ex lege.*

ZAKUP I NAJAM NEKRETNINA I STEČAJNI DUŽNIK KAO UGOVARATELJ[1]

Mario Vukelić, dipl. iur. oec.,
predsjednik Visokog trgovačkog suda
Republike Hrvatske

UDK: 347.235:347.736
Ur.: 30. siječnja 2017.
Pr.: 8. veljače 2017.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analiziraju pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka u odnosu na sklapanje, raskid, otkaz ili odustanak od ugovora o zakupu i najmu nekretnina. Posebno se razmatra položaj stečajnog dužnika kao najmoprimca ili zakupnika te kao najmodavca ili zakupodavca kao i pravo stečajnog upravitelja na izbor nastavka, odustanka, raskida ili otkaza tih ugovora. Razmataju se odredbe Stečajnog i drugih zakona koji reguliraju materiju zakupa i najma nekretnina , a odnose se na ugovaratelja- stečajnog dužnika.

Ključne riječi: *zakup, najam, nekretnina, stečajni dužnik, stečajni vjerovnik, vjerovnik stečajne mase.*

1. NAJAMNI I ZAKUPNI ODNOSI U STEČAJU

Otvaranje stečajnog postupka u pravnom, ali i u ekonomskom pogledu predstavlja bitnu, nezaobilaznu novinu o odnosu na najam i zakup nekretnina.

Stoga svaka od ugovornih strana mora žurno preispitati svoje ekonomske interese i pravni položaj u odnosu na novonastalu situaciju. Pritom su gospodarski potezi omeđeni pravnim okvirom Stečajnog zakona.[2]

Opće odredbe o ugovoru o zakupu sadržane su u člancima 519.-549., a o ugovoru o najmu u člancima 550.-578. Zakona o obveznim donosima.[3]

U odnosu na stečajni postupak, osnovno je pravilo da najam i zakup nekretnina ne prestaju otvaranjem stečajnoga postupka,[4] a stečajnom upravitelju pripada posebno pravo na izbor hoće li ili ne održati te ugovore na snazi.

To jednako vrijedi za zakupne i najamne odnose koje je stečajni dužnik sklopio bilo kao zakupodavac ili najmodavac, bilo kao zakupnik ili najmoprimac.

Drugim riječima, otvaranjem stečajnog postupka, ugovori o najmu i zakupu nekretnina ne prestaju po sili zakona.

---

1 Stajališta iznesena u ovom radu teorijskog su karaktera, ne predstavljaju pravno shvaćanje autora u odnosu na bilo koji stvarni predmet ili slučaj, kao ni pravno shvaćanje VTSRH.

2 Narodne novine, br. 71/15.

3 Narodne novine, br. 35/05., 41/08. i 125/11., dalje u tekstu ZOO.

4 Čl. 186. st. 1. SZ.

Ti se ugovori nakon otvaranja stečajnog postupka, voljom ugovornih strana mogu u skladu sa zakonom sklopiti, otkazati, raskinuti ili se od njih može odustati.

Početna pravna pozicija ugovornih strana nastala prije stečaja uvelike je promijenjena[5] činjenicom otvaranja stečajnog postupka i primjenom posebnih zakonskih odredaba.

Tako Stečajni zakon u odnosu na nekretnine između ostalog posebno uređuje:

1. najam i zakup u odnosu na otvaranje stečajnoga postupka (čl. 186.),
2. položaj stečajnog dužnika kao najmoprimca ili zakupnika (čl. 187.),
3. položaj stečajnog dužnika kao najmodavca ili zakupodavca (čl. 188.),
4. otuđenje predmeta najma ili zakupa (čl. 189.) i
5. zabranu otkazivanja najma ili zakupa (čl. 190.).

Pritom je nužno uzeti u obzir nekoliko terminoloških napomena. Stečajni zakon koristi pojmove dužnik, predstečajni dužnik, stečajni dužnik, dužnik pojedinac[6] (čl. 3. SZ) i dužnik pravna osoba (čl. 207. SZ).

Katkad se riječ dužnik nedosljedno navodi u značenju predstečajnog dužnika, katkad stečajnog dužnika, a katkad dužnika pojedinca.[7] Pridodajmo tomu da postoje i dužnici predstečajnog dužnika, stečajnog dužnika i dužnika pojedinca.

Također se i pojam stečajni upravitelj ponegdje koristi u značenju pojma stečajnog dužnika.[8]

Stoga se napominje da se zbog jasnoće izričaja u nastavku rada upotrebljava riječ stečajni dužnik u značenju stečajnog dužnika pravne osobe i dužnika pojedinca. Kada je riječ o slučaju koji se isključivo odnosi na dužnika pojedinca, koristi se naziv dužnik pojedinac. Također se riječ nekretnina koristi i u značenju riječi prostorija (o čemu više pod točkom 2. ovoga rada).

2. NEKRETNINE KOJE MOGU BITI PREDMET ZAKUPA ILI NAJMA U STEČAJNOM POSTUPKU

Već je uvodno rečeno da najam i zakup nekretnina ne prestaju otvaranjem stečajnoga postupka (čl. 186. st. 1. SZ) i to neovisno je li stečajni dužnik zakupodavac ili najmodavac, odnosno zakupnik ili najmoprimac.

U praksi su u stečajnim postupcima zabilježeni brojni pa i gospodarski vrlo značajni ugovori o najmu i zakupu (primjerice poslovnih zgrada, hotela, toplica,

5 Tako primjerice u odnosu na ugovorene otkazne rokove ali i zabranu otkazivanja, o čemu više u nastavku rada.

6 Riječ dužnik u raznim oblicima navodi se u SZ-u više od 1.346 puta, riječ stečajni dužnik u raznim oblicima više od 39 puta (!), a riječ dužnik pojedinac više od 54 puta.

7 Tako primjerice čl. 179. st. 1. i. 2. SZ-a određuje da: 1. vjerovnici na ročištu odlučuju hoće li se i u kojem obujmu dužniku pojedincu i njegovoj obitelji davati uzdržavanje iz stečajne mase, 2. do odluke vjerovnika stečajni upravitelj može, uz suglasnost odbora vjerovnika, odnosno stečajnoga suda ako taj odbor nije osnovan, odrediti dužniku nužno uzdržavanje.

8 Tako primjerice čl. 181. st. 1. SZ-a određuje da: "Ako dužnik i njegov suugovaratelj u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka nisu ili nisu u potpunosti ispunili dvostrano obvezni ugovor, stečajni upravitelj može umjesto dužnika ispuniti ugovor i zahtijevati ispunjenje od druge strane."

brodogradilišta, pogona i tvornica).

Postavlja se teorijsko i praktično pitanje što Stečajni zakon podrazumijeva pod pojmom "nekretnine ili prostorije" čiji najam ili zakup ne prestaje otvaranjem stečajnoga postupka?

Pojam "nekretnina" trebalo bi ponajprije tumačiti u smislu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima[9] koji u čl. 2. st. 2. određuje da su nekretnine čestice zemljine površine, zajedno sa svime što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod.

Stečajni zakon povezuje pojam nekretnine i u smislu odredbi Ovršnog zakona[10] koji u čl. 81. propisuje da predmet ovrhe može biti samo nekretnina kao cjelina, odnosno idealni suvlasnički dio nekretnine (ili pravo građenja kada je na nekretnini izgrađena zgrada) u skladu s pravilima koja uređuju vlasništvo i druga stvarna prava i zemljišne knjige.

Nekretnine su nesporno i poljoprivredna zemljišta u skladu sa Zakonom o poljoprivrednom zemljištu.[11] U skladu s čl. 3. st. 1. navedenoga zakona poljoprivrednim zemljištem 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.[12]

Pojam "prostorija" trebalo bi tumačiti u smislu Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora.[13] U čl. 2. st. 3. do 7. određuje se da je u smislu toga Zakona poslovna zgrada namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti koja se pretežitim dijelom i koristi u tu svrhu. 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 zasebni glavni ulaz.[14]

U odredbama Zakona o najmu stanova,[15] stanom se smatra skup prostorija namijenjenih za stanovanje s prijeko potrebnim sporednim prostorijama koje čine jednu zatvorenu cjelinu i imaju poseban ulaz.[16]

Jasno je da se u zakup ili najam može dati prostorija koja je samo dio poslovnog prostora ili stana.

---

9 Narodne novine, br. 91/96,, 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 90/10., 143/12., 152/14.

10 Narodne novine, br. 112-2421/12., 25-405/13., 93-1877/14., 55-1440/16.

11 Narodne novine, br. 39/13. i 48/15.

12 Također se u st. 2. navodi da se poljoprivrednim zemljištem smatra i neobraslo šumsko zemljište i zemljište obraslo početnim ili degradacijskim razvojnim stadijima šumskih sastojina (makija, garig, šikare, šibljaci i drugo).

13 Narodne novine, br. 125/11. i 64/15.

14 Istim propisom u čl. 2. st. 6. i 7., garaža je definirana kao prostorija za smještaj vozila, a garažno mjesto kao prostor za smještaj vozila u garaži.

15 Narodne novine, br. 91/96., 48/98., 66/98. i 22/06.

16 U skladu sa st. 2. istog članka, predmet ugovora o najmu stana mogu biti i ostale prostorije u zgradi koje najmoprimac koristi (garaže, praonica i sušionica rublja i sl., a za njihovo korištenje plaća se posebna naknada.

3. STEČAJNI DUŽNIK KAO NAJMOPRIMAC ILI ZAKUPNIK NEKRETNINA

3.1. Prestanak ugovora voljom stečajnog dužnika

Stečajni dužnik kao najmoprimac ili zakupnik nekretnina može biti u više različitih pravnih situacija pritom imajući u vidu: a) trenutak sklapanja ugovora - koji može biti prije ili poslije otvaranja stečajnog postupka i b) preuzimanje u posjed nekretnina ili prostorija - koje može biti prije ili poslije otvaranja stečajnog postupka.

Slijedom navedenoga u praksi su moguće slijedeće činjenične i pravne situacije koje su radi preglednosti i grafički prikazane.

3.1.1. Najam ili zakup nekretnine koju je stečajni dužnik ugovorio i preuzeo prije otvaranja stečaja

Odredbom članka 187. st. 1. SZ-a određeno je da najam ili zakup nekretnine ili prostorije koji je stečajni dužnik ugovorio kao najmoprimac ili zakupnik stečajni upravitelj može otkazati bez obzira na ugovoreno trajanje, pridržavajući se zakonskoga otkaznog roka.

Stečajni dužnik kao najmoprimac ili zakupnik može ugovoriti najam ili zakup nekretnina prije, ali i nakon otvaranja stečajnog postupka.

Ovu odredbu treba tumačiti tako da je stečajni dužnik prije otvaranja stečajnog postupka:

1. sklopio ugovor kao najmoprimac ili zakupnik i
2. uzeo u posjed nekretnine ili prostorije.

Dakle, nastupom činjenice stečajnog postupka u odnosu na stečajnog dužnika kao najmoprimca ili zakupnika:

1. ne prestaje najam ili zakup,
2. stečajni upravitelj može jednostrano otkazati te ugovore
   a. bez obzira na njihovo ugovoreno trajanje,
   b. pritom se pridržavajući zakonskoga (a ne ugovorenog) otkaznog roka.

Ratio ove odredbe koja propisuje poseban režim otkaza je u zaštiti stečajnih vjerovnika i prestanku nepotrebnih i ekonomski neopravdanih troškova stečajne mase.

Ako stečajni upravitelj izjavi otkaz, druga strana može kao stečajni vjerovnik zahtijevati naknadu štete nastale prijevremenim prestankom ugovornoga odnosa (čl. 187. st. 2. SZ). Na drugoj strani bio bi teret dokaza u odnosu na osnovu i visinu štete. Ona bi mogla predstavljati neosnovani gubitak najamnine odnosno zakupnine zbog prijevremenog prestanka ugovora radi otvaranja stečajnog postupka.

Ako je ugovoreni otkazni rok kraći od zakonskog, stečajni upravitelj bi mogao izabrati za stečajnog dužnika povoljniji, kraći - ugovoreni otkazni rok.[17]

17 Tako i M. Dika: Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 100.

3.1.2. Najam ili zakup nekretnine koju je stečajni dužnik ugovorio prije, ali ih je preuzeo nakon otvaranja stečaja

Stečajni zakon ništa posebno ne određuje ni za situaciju ako do trenutka otvaranja stečajnog postupka stečajni dužnik nije preuzeo nekretninu kao najmoprimac ili zakupnik, ali to učini kasnije.

U tom bi se slučaju trebalo smatrati da su stranke prihvatile prava i obveze iz ugovora.

Obveze stečajnog dužnika iz tih ugovora nastale do otvaranja stečajnog postupka imale bi status potraživanja stečajnog vjerovnika, a obveze nastale nakon otvaranja stečajnog postupka imale bi status potraživanja vjerovnika stečajne mase.

3.1.3. Najam ili zakup nekretnine koju je stečajni dužnik ugovorio prije, ali nije preuzeo do otvaranja stečaja

3.1.3.1. O vremenu preuzimanja

Odredbom čl. 187. st. 2. SZ-a određeno je da: "ako dužnik u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka nije preuzeo nekretninu ili prostoriju, stečajni upravitelj i druga strana mogu odustati od ugovora".

Odredbom čl. 129. st. 1. SZ-a određeno je da rješenje o otvaranju stečajnoga postupka osobito mora sadržavati između ostalog i dan, sat i minutu otvaranja stečajnoga postupka. Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka nastupaju u trenutku kad je rješenje o otvaranju stečajnoga postupka objavljeno na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova (čl. 158. st. 1. SZ).

Nije životno niti logično da bi dužnik "u vrijeme" otvaranja stečajnoga postupka "preuzeo nekretninu ili prostoriju".

Odredbu dakle treba tumačiti u smislu da ako stečajni dužnik "do trenutka" otvaranja stečajnoga postupka nije preuzeo nekretninu ili prostoriju, dužnik i druga strana mogu odustati od ugovora.

Ako stečajni upravitelj odustane, druga strana može kao stečajni vjerovnik zahtijevati naknadu štete nastalu prijevremenim prestankom ugovornog odnosa.

Iako Stečajnim zakonom nije izrijekom propisano, dužnik ima pravo zahtijevati naknadu štete nastalu prijevremenim prestankom ugovornog odnosa primjenom pravila o naknadi ugovorne štete.

3.1.3.2. Pravo na odustanak i obavijest o odustanku od ugovora

Svaka strana ima pravo na odustanak od ugovora.

Svaka je strana dužna u roku od 15 dana obavijestiti drugu stranu, na njezin zahtjev, o tomu namjerava li odustati od ugovora. Ako to ne učini, gubi pravo na odustanak (čl. 187. st. 2. SZ).

Mišljenje autora je da bi obavijest "o tome namjerava li odustati od ugovora" trebala sadržavati jasnu i nedvosmislenu izjavu da strana odustaje od ugovora, a ne najavu neke buduće namjere o mogućem odustanku. Stoga bi ispravnije bilo govoriti o izjavi o odustanku, a ne o obavijesti o namjeravanom odustanku.[18]

Iako Stečajnim zakonom nije izrijekom propisano, odredbu bi trebalo tumačiti na način da rok od 15 dana teče od dana zaprimanja zahtjeva o namjeravanom odustanku.[19]

Ne bi se mogla prihvatiti neka doslovna tumačenja da se radi o roku od 15 dana od dana otvaranja stečajnog postupka. U tom slučaju moglo bi se govoriti o tzv. "nemogućem roku".

Stečajnom upravitelju bilo bi praktički nemoguće u roku od 15 dana od otvaranja stečajnog postupka upoznati se sa svim ugovorima u kojima je stečajni dužnik najmoprimac ili zakupnik te povrh toga procijeniti opravdanost za odustankom od tih ugovora.

Tim više što je stečajni upravitelj dužan dobiti suglasnost odbora vjerovnika za pravne radnje koje su posebno važne za stečajni postupak. Između ostalog, to osobito ako stečajni upravitelj namjerava sklopiti ili nastaviti ugovor o zakupu na rok duži od šest mjeseci.

Kako se radi o ugovorima o zakupu ili najmu nekretnina, izjava o odustanku trebala bi biti u istom obliku u kojem je i sklopljen ugovor, dakle u pisanom obliku, uz dokaz o primitku pismena.

Stečajni zakon nije propisao formu niti rok u kojem se zahtjev za obavijest o namjeri odustanka od ugovora trebao dostaviti drugoj strani.

Također ništa nije propisno ni za slučaj ako druga strana uopće nije postavila zahtjev za obavijest o namjeri odustanka od ugovora.

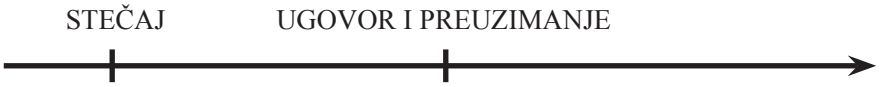
Trebalo bi uzeti da bi i bez zahtjeva druge strane, svaka strana mogla drugu stranu obavijestiti o tomu namjerava li odustati od ugovora. Pitanje je u kojem roku i od kada bi taj rok tekao?

U svakom slučaju pritom bi trebalo bi imati u vidu primjereni rok, a sve u odnosu na trenutak otvaranja stečajnog postupka.

Ako ne dođe do odustanka od ugovora, stečajni upravitelj će nekretninu preuzeti nakon otvaranja stečajnog postupka. Tada imamo situaciju da je ugovor sklopljen prije otvaranja stečaja, a nekretnina preuzeta nakon otvaranja stečaja. Za prava i obveze iz takvog odnosa vrijede naprijed iznesena pravila pod točkom 3.1.2. ovoga rada.

18 Ibid., str. 102.
19 Loc. cit.

3.1.4. Najam ili zakup nekretnine koju je stečajni dužnik ugovorio i preuzeo nakon otvaranja stečaja



Ako stečajni upravitelj namjerava sklopiti ili nastaviti ugovor o zakupu na rok duži od šest mjeseci (što je posebno važna pravna radnja), dužan je dobiti suglasnost odbora vjerovnika. Ako odbor vjerovnika nije osnovan, suglasnost daje skupština vjerovnika (čl. 230. SZ).

Iako o tomu u SZ-u nema zasebnih odredbi, posebno pravo na otkaz stečajnom upravitelju (odnosno stečajnom dužniku) ne bi pripadalo za zakupne ili najamne odnose nekretnina koje je stečajni dužnik ugovorio kao najmoprimac ili zakupnik nakon otvaranja stečajnog postupka (*arg. a contrario ex* čl. 187. SZ).

Obveze iz takvog odnosa teretile bi stečajnu masu te bi najmodavac odnosno zakupodavac bio u položaju vjerovnika stečajne mase.

Kada bi stečajni upravitelj u takvom slučaju izjavio otkaz, bez obzira na ugovoreno trajanje, druga strana bi kao vjerovnik stečajne mase mogla zahtijevati naknadu štete nastale prijevremenim prestankom ugovornoga odnosa.

3.1.5. Otkaz dužnika pojedinca - najmoprimca iz ugovora o najmu stana

Dužnikom pojedincem[20] u smislu čl. 3. st. 1. SZ-a smatra se fizička osoba obveznik poreza na dohodak od samostalne djelatnosti prema odredbama Zakona o porezu na dohodak i fizička osoba obveznik poreza na dobit prema odredbama Zakona o porezu na dobit.

Članak 12. Zakona o najmu stanova[21] određuje da najmodavac predaje najmoprimcu stan u stanju pogodnom za stanovanje.

Kako pravna osoba ne može "stanovati", otkaz ugovora o najmu stana moguć je ako dužnik pojedinac (fizička osoba) u dijelu stana obavlja neku djelatnost u vezi s kojom je otvoren stečajni postupak.

Zakon o najmu stanova u članku 23. određuje da najmoprimac (u našem slučaju dužnik pojedinac op.a.) može otkazati ugovor o najmu stana sklopljen na neodređeno vrijeme, ali je o tomu dužan izvijestiti najmodavca najmanje tri mjeseca prije dana kada namjerava iseliti iz stana.

I u slučaju ugovora o najmu stana, trebaju se kao *lex specialis* primijeniti odredbe SZ-a. Posebice čl. 186. SZ-a kojim je određeno da najam i zakup nekretnina ili prostorija ne prestaju otvaranjem stečajnoga postupka. Također i čl. 187. st. 1. SZ-a kojim je određeno da najam ili zakup nekretnine ili prostorije koji je stečajni dužnik ugovorio kao najmoprimac ili zakupnik, stečajni upravitelj može otkazati bez obzira na ugovoreno trajanje, pridržavajući se zakonskoga otkaznog roka.

Imajući u vidu da dužnik pojedinac stan koristi i za stanovanje, upitno je bi li

20 Mišljenje autora je da je termin "dužnik pojedinac", neovisno o zakonskoj definiciji jezično nedovoljno precizan. I pravna osoba - stečajni dužnik je jedinka, dakle dužnik pojedinac.

21 Narodne novine, br. 91/96., 48/98., 66/98., 22/06.

i u kojem slučaju stečajni upravitelj u ime dužnika pojedinca uopće mogao otkazati ugovor o najmu stana. Iako stečajni upravitelj zastupa dužnika, on vodi samo one poslove dužnika pojedinca koji se odnose na stečajnu masu i zastupa ga kao stečajnoga dužnika s ovlaštenjima zakonskoga zastupnika.

Posebice treba imati na umu i odredbu čl. 364. SZ-a koja određuje da dužnik pojedinac ima pravo za sebe i osobe koje je po zakonu dužan uzdržavati iz stečajne mase dobiti sredstva koja će im omogućiti, s obzirom na dotadašnje životne prilike, skroman način života. Također, u skladu s čl. 372. SZ-a dužnik pojedinac može se prema odredbama SZ-a osloboditi svojih obveza prema stečajnim vjerovnicima koje su u stečajnom postupku ostale nenamirene.

Odredbom čl. 24. st. 1. Zakona o najmu stanova određeno je da u slučaju smrti najmoprimca ili kada najmoprimac napusti stan, prava i dužnosti najmoprimca iz ugovora o najmu stana prelaze na njegova bračnog druga. Ako bračnog druga nema, prava i obveze iz ugovora o najmu prelaze na dijete, pastorka ili najmoprimčeva usvojenika koji je naveden u ugovoru o najmu, ovisno o njihovu sporazumu.

3.2. Prestanak ugovora voljom najmodavca ili zakupodavca

3.2.1. Zabrana otkazivanja najma ili zakupa stečajnom dužniku

Imajući u vidu propisane stečajne razloge: nesposobnost za plaćanje i prezaduženost, nerijetko se u praksi susrećemo sa situacijama da stečajni dužnik u razdoblju prije otvaranja stečajnog postupka kasni ili uopće ne plaća najamninu odnosno zakupninu.

Stečajni zakon u čl. 190. propisuje posebne slučajeve zabrane otkazivanja najma ili zakupa stečajnom dužniku i to u odnosu na nekretnine, ali i u odnosu na pokretnine.

Nakon otvaranja stečajnog postupka stečajni dužnik nerijetko još određeno vrijeme nastavlja svoju djelatnost, u većem ili manjem opsegu.

Tako će se do izvještajnoga ročišta završiti oni započeti poslovi čije je ispunjenje potrebno da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnoga dužnika i oni poslovi za koje stečajni upravitelj utvrdi da su korisni za stečajnu masu. Nakon toga, na izvještajnom ročištu stečajni vjerovnici odlučuju hoće li se poslovanje dužnika nastaviti ili obustaviti.[22]

Stoga je odredbom čl. 190. SZ-a određeno da ako je stečajni dužnik najmoprimac ili zakupnik, druga ugovorna strana ne može otkazati ugovor o najmu ili zakupu:

1. nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka,
2. zbog zakašnjenja s plaćanjem najamnine ili zakupnine:
   a. do kojega je došlo prije otvaranja stečajnoga postupka te
   b. zbog pogoršanja dužnikova imovnoga stanja.

Naglašava se da se takva zaštita stečajnog dužnika traje već od trenutka podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, ali se zabrana otkazivanja odnosi samo zbog kašnjenja u plaćanju do kojih je došlo prije otvaranja stečaja i to

22 I to najduže godinu i pol dana od dana održanoga izvještajnog ročišta, osim ako je sudu podnesen stečajni plan (čl. 217. SZ).

zbog pogoršanja dužnikova imovnoga stanja.

Zbog ostalih razloga, propisanih drugim zakonima (npr. ZOO-om, Zakonom o zakupu i kupoprodajni poslovnog prostora, Zakonom o poljoprivrednom zemljištu, Zakonom o najmu stanova) takvi ugovori mogu se otkazati neovisno o fazi stečajnog postupka, a iz razloga koji su nastali prije ili poslije otvaranja stečajnog postupka.

Za neplaćenu najamninu odnosno zakupninu dospjelu do podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka zakupodavac odnosno najmodavac nesporno će imati položaj stečajnog vjerovnika, a za razdoblje nakon otvaranja stečajnog postupka položaj vjerovnika stečajne mase.

Stečajni zakon izrijekom ne uređuje status tražbina prema stečajnom dužniku s osnove zakupnine odnosno najamnine za razdoblje nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka pa do trenutka otvaranja stečajnog postupka.

Prethodni postupak može trajati najduže 60 dana od podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka.[23] Razdoblje nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka pa do trenutka otvaranja stečajnog postupka (koje ne korespondira uvijek s trajanjem prethodnog postupka) može potrajati i znatno duže (primjerice radi žalbenog postupka i sl.).

U odnosu na status tražbina prema stečajnom dužniku s osnove zakupnine odnosno najamnine za razdoblje nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka pa do trenutka otvaranja stečajnog postupka moguća su dva rješenja.

Prema jednom, kako su te tražbine nastale prije otvaranja stečajnog postupka, radi se o tražbinama stečajnih vjerovnika. Prema drugom rješenju, ako ugovor nije otkazan radi zabrane otkaza iz čl. 190. SZ-a, radilo bi se o tražbinama vjerovnika stečajne mase.

3.2.2. Otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora - stečajnom dužniku kao zakupniku

Već je navedeno da se (uz poštovanje odredbe članka 190. SZ-a), stečajnom dužniku kao zakupniku radi razloga propisanih drugim zakonima može otkazati ugovor o zakupu.

Tako članak 26. Zakona o zakupu i kupoprodajni poslovnog prostora[24] propisuje da: zakupodavac može otkazati ugovor o zakupu u svako doba, bez obzira na ugovorne ili zakonske odredbe o trajanju zakupa ako:

1. zakupnik i poslije pisane opomene zakupodavca koristi poslovni prostor protivno ugovoru ili mu nanosi znatniju štetu koristeći ga bez dužne pažnje,
2. zakupnik ne plati dospjelu zakupninu u roku od petnaest dana od dana priopćenja pisane opomene zakupodavca,
3. 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.

Postavlja se pitanje dopustivosti otkaza iz st. 2. navedene odredbe, a u odnosu na zabranu otkazivanja po čl. 190. SZ-a.

23 Čl. 115. st. 3. SZ.

24 Narodne novine, br. 125/11., 64/15.

Odredbu čl. 190. Stečajnog zakona u odnosu na odredbu čl. 26. st. 1. i 2. Zakona o zakupu i kupoprodajni poslovnog prostora trebalo bi tumačiti kao *lex specialis*.

Dakle, zakupodavac ne može valjano otkazati stečajnom dužniku ugovor o zakupu poslovnog prostora ako stečajni dužnik ne plati dospjelu zakupninu u roku od petnaest dana od dana priopćenja pisane opomene zakupodavca i to:

1. nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka, a
2. zbog zakašnjenja s plaćanjem zakupnine do kojega je došlo prije otvaranja stečajnoga postupka zbog pogoršanja dužnikova imovnoga stanja.

Još jedan otkazni razlog propisan je odredbom čl. 27. Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora:

"Zakupnik može otkazati ugovor o zakupu poslovnoga prostora 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."

Ovaj otkazni razlog, čini se ne potpada pod posebne odredbe SZ-a o zabrani ili ograničavanju otkaza ugovora o zakupu stečajnom dužniku.

3.2.3. Raskid ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države - stečajnom dužniku kao zakupniku

Zakon o poljoprivrednom zemljištu[25] sadrži u čl. 38. st. 6. posebna pravila koja se odnose na raskid ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države ako je nad zakupnikom otvoren stečajni postupak:

"Zakupodavac će raskinuti ugovor o zakupu i zakupu za ribnjake ako nakon otvaranja stečajnog postupka zakupnik, kao stečajni dužnik, ne nastavi korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države."[26]

Zakon o poljoprivrednom zemljištu propisuje za stečajnog dužnika poseban slučaj u kojem je dopušten prijenos prava i obveza iz ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države.

Opće pravilo spomenutog zakona propisuje da se poljoprivredno zemljište u vlasništvu države dano u zakup i zakup za ribnjake ne može dati u podzakup (čl. 35. st. 1.). Zakupnik također ne može prenijeti svoje pravo i obveze iz ugovora o zakupu i zakupu za ribnjake na drugu osobu (čl. 35. st. 2.).

Stavkom 10. čl. 35. Zakona o poljoprivrednom zemljištu propisano je da se iznimno od stavka 2. ovoga članka, prava i obveze zakupnika koji je pravna osoba mogu se prenijeti iz ugovora o zakupu i zakupu za ribnjake, uz suglasnost Agencije, do isteka roka na koji je ugovor sklopljen, na osobu koja je u stečajnom postupku kupila ili je preustrojem stekla cjelokupnu imovinu zakupnika namijenjenu poljoprivrednoj proizvodnji, odnosno dio imovine zakupnika koju čine:

- cjelokupni gospodarsko-proizvodni dio primarne poljoprivredne proizvodnje i

25 Narodne novine, br. 39/13., 48/15.

26 Pritom obavijest o prestanku i raskidu ugovora o zakupu mora biti dostavljena nadležnom područnom uredu za katastar Državne geodetske uprave, odnosno Gradskom uredu za katastar i geodetske poslove Grada Zagreba i zemljišnoknjižnom odjelu nadležnog suda (čl. 38. st. 9. Zakona o poljoprivrednom zemljištu).

prerade s povezanim skladišnim kapacitetima ili
- cjelokupni gospodarsko-proizvodni dio primarne poljoprivredne proizvodnje.

Dio odredbe koji se odnosi na preustroj treba tumačiti u smislu pravila SZ-a o stečajnom planu.[27] Ovo je nesumnjivo bitna odredba u pravcu omogućavanja nastavka djelatnosti (poduzeća) stečajnog dužnika putem trećih osoba kupaca ili u skladu sa stečajnim planom.

3.2.4. Otkaz dužniku pojedincu kao najmoprimcu iz ugovora o najmu stana

Kao što je već prije navedeno, u ovom bi se slučaju moglo samo raditi o otkazu ugovora o najmoprimcu - dužniku pojedincu (fizičkoj osobi).

Otkazni rok za iseljenje najmoprimca iz stana ako se najmoprimac ili drugi korisnici stana koriste stanom suprotno Zakonu o najmu stanova[28] i ugovoru o najmu stana je tri mjeseca. Najmodavac daje otkaz ugovora o najmu stana u pisanom obliku s obrazloženjem, neposredno uz potpis najmoprimca ili preporučeno poštom.

Otkazni rok počinje teći prvoga dana sljedećeg mjeseca od mjeseca u kojem je otkaz primljen. Ako najmoprimac odbije primiti pisani otkaz, otkazni rok počinje teći od dana kada je obavijest o otkazu predana na pošti (čl. 19. i 22. Zakona o najmu stanova).

Neovisno o razlozima otkaza iz Zakona o najmu stanova, mišljenje je autora da se i u ovom slučaju kao *lex specialis*, primjenjuju odredbe SZ-a, posebice čl. 190. SZ-a[29] o zabrani otkaza ugovora o najmu te odredaba čl. 186. i 187. SZ-a.

Kao i kad stečajni dužnik otkazuje ugovor o najmu stana i u obrnutom slučaju, treba imati u vidu da dužnik pojedinac stan koristi i za stanovanje.

Stoga se ponovo upućuje na odredbu čl. 364. SZ-a koja određuje da dužnik pojedinac ima pravo za sebe i osobe koje je po zakonu dužan uzdržavati iz stečajne mase dobiti sredstva koja će im omogućiti, s obzirom na dotadašnje životne prilike, skroman način života.

Ako je dužnik pojedinac zaštićeni najmoprimac primjenjuju se pravila Zakona

27 Zakon o poljoprivrednom zemljištu nije terminološki usklađen s važećim Stečajnim zakonom koji propisuje institut stečajnog plana, ali ne sadrži termin preustroj. Preustroj je bio naziv VI. glave novele Stečajnog zakona iz 1966. godine kojom se uređuje stečajni plan.

28 Osobito: 1. ako najmoprimac ne plati u ugovorenom roku najamninu i druge ugovorene troškove u svezi sa stanovanjem, 2. ako najmoprimac stan ili dio stana daje u podnajam, bez dopuštenja najmodavca, 3. ako najmoprimac ili drugi korisnici stana ometaju druge najmoprimce ili korisnike zgrade u mirnom korištenju stanom ili poslovnim prostorom, 4. ako se stanom koristi osoba koja nije navedena u ugovoru o najmu i to za vrijeme dulje od 30 dana bez dopuštenja najmodavca, osim u slučaju kad je riječ o bračnom drugu, potomku, roditelju, osobi koju je prema Zakonu dužan uzdržavati ili o osobi koja pruža najmoprimcu ili drugim korisnicima stana nužnu njegu i pomoć samo dok potreba za nužnu njegu i pomoć traje, 5. ako se najmoprimac ili drugi korisnici stana ne koriste stanom za stanovanje, već se njime koriste u cijelosti ili djelomično za druge namjene. (čl. 22. st. 2. u vezi s čl. 19. st. 1. Zakona o najmu stanova).

29 Ako je dužnik najmoprimac ili zakupnik, druga ugovorna strana ne može otkazati ugovor o najmu ili zakupu nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka: 1. zbog zakašnjenja s plaćanjem najamnine ili zakupnine do kojega je došlo prije otvaranja stečajnoga postupka, 2. zbog pogoršanja dužnikova imovnoga stanja.

o najmu stanova. Stoga stečajni dužnik ne bi mogao radi otvaranja stečaja otkazati ugovor o najmu stana zaštićenom najmoprimcu.

I u ovom slučaju[30] treba imati u vidu da čl. 24. st. 2. Zakona o najmu stanova propisuje da u slučaju smrti najmoprimca ili kada najmoprimac napusti stan, prava i dužnosti najmoprimca iz ugovora o najmu stana prelaze na njegova bračnog druga. Ako bračnog druga nema, prava i obveze iz ugovora o najmu prelaze na dijete, pastorka ili najmoprimčeva usvojenika koji je naveden u ugovoru o najmu, ovisno o njihovu sporazumu.

4. STEČAJNI DUŽNIK KAO ZAKUPODAVAC ILI NAJMODAVAC NEKRETNINA

4.1. Prestanak ugovora voljom stečajnog dužnika

Opće je pravilo ZOO-a da ugovor o zakupu odnosno najmu sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom tog vremena. Ugovor o zakupu odnosno najmu sklopljen na neodređeno vrijeme otkazuje se u ugovorenom otkaznom roku.[31]

Stečajni upravitelj može u ime stečajnoga dužnika kao najmodavca ili zakupodavca otkazati najamni ili zakupni odnos u zakonskom otkaznom roku neovisno o ugovorenom otkaznom roku (čl. 188. st. 3. SZ).

Iako se to u Stečajnom zakonu izrijekom ne navodi, iz pravila o načelima i ciljevima stečajnog postupka proizlazi da tu odredbu treba tumačiti na način da stečajni upravitelj može otkazati te ugovore i bez obzira na njihovo ugovoreno trajanje. Oni mogu biti ekonomski nepovoljni za stečajnog dužnika i to ne samo radi ugovorenog trajanja već i radi drugih okolnosti (npr. prenisko određene cijene zakupnine). Time se sprječava nastupanje štete na imovini stečajnoga dužnika.

Stečajni upravitelj je naime dužan kao dobar gospodar brinuti se o završetku započetih, a neobavljenih poslova dužnika i poslova potrebnih da bi se spriječilo nastupanje štete nad sredstvima dužnika (čl. 89. st. 1. t. 5. SZ).

To proizlazi i iz odredbe čl. 187. st. 1. SZ-a koja određuje da najam ili zakup nekretnine ili prostorije koji je stečajni dužnik ugovorio kao najmoprimac ili zakupnik, stečajni upravitelj može otkazati bez obzira na ugovoreno trajanje, pridržavajući se zakonskoga otkaznog roka.

Dakle, nastupom činjenice stečajnog postupka u odnosu na stečajnog dužnika kao zakupodavca ili najmodavca:[32]

1. ne prestaje najam ili zakup,
2. stečajni upravitelj može otkazati te ugovore:
   a. bez obzira na njihovo ugovoreno trajanje,
   b. pritom se pridržavajući zakonskoga, a ne ugovorenog otkaznog roka.

30 Kao i u slučaju otkaza dužnika pojedinca - najmoprimca iz ugovora o najmu stana.

31 Ugovor o zakupu čije trajanje nije određeno niti se može odrediti iz okolnosti ili mjesnih običaja, prestaje otkazom koju svaka strana može dati drugoj poštujući određeni otkazni rok. Ako duljina otkaznog roka nije određena ugovorom ili zakonom ili mjesnim običajima, ona iznosi osam dana, s tim da otkaz ne može biti dan u nevrijeme (čl. 547. st. 1. i. 2. ZOO).

32 Isto kao i u situaciji kada je stečajni dužnik najmoprimac odnosno zakupnik.

I u ovom slučaju (kao i kod otkaza stečajnog dužnika kao najmoprimca ili zakupnika) ako je ugovoreni otkazni rok kraći od zakonskog, stečajni upravitelj bi mogao izabrati kraći, po stečajnog dužnika povoljniji - ugovoreni otkazni rok.

Ovo pravo mu pripada ne samo neposredno nakon otvaranja stečajnog postupka već i tijekom cijelog njegova trajanja. U suprotnom, zakupni odnosno najamni odnosi bili bi potencijalna prepreka zaključenju stečajnoga postupka.

Stečajni upravitelj može i bez davanja otkaznog roka otkazati ugovor o zakupu ako zakupnik i nakon opomene zakupodavca koristi stvar protivno ugovoru ili njezinoj namjeni ili zanemaruje njezino održavanje te postoji opasnost znatne štete za zakupodavca (čl. 533. ZOO). Isto vrijedi i u situaciji ako zakupnik ne plati zakupninu ni u roku od petnaest dana nakon što ga je zakupodavac pozvao na plaćanje (čl. 535. ZOO).

4.1.1. Otkaz stečajnog dužnika kao zakupodavca poslovnog prostora

Nema posebnih odredbi SZ-a o otkazu ugovora o zakupu poslovnog prostora koji stečajni dužnik daje kao zakupodavac. Stoga se analogijom primjenjuje odredba iz čl. 188. st. 4. SZ-a. Stečajni upravitelj može dakle otkazati ugovor bez obzira na ugovoreno trajanje i bez obzira na ugovoreni otkazni rok, pridržavajući se zakonskoga otkaznog roka.

Prava koja se odnose na vrijeme prije otvaranja stečajnoga postupka, kao i štetu nastalu prijevremenim otkazom ugovora druga strana može ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik.

U odnosu na zakonske otkazne rokove posebna je situacija u odnosu na zakup poslovnog prostora.

Odredbom čl. 25. Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora propisano je da se ugovor o zakupu sklopljen na neodređeno vrijeme otkazuje pisanim otkazom koji se dostavlja preporučeno poštom.

Ako je ugovor o zakupu sklopljen na neodređeno vrijeme potvrdio (solemnizirao) javni bilježnik otkazuje se putem javnog bilježnika. U tom slučaju, javni bilježnik o priopćenom otkazu sastavlja zapisnik i poduzima radnje propisane posebnim zakonom.

Odredbom čl. 24. Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora određeno je da ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme, na temelju otkaza prestaje danom isteka otkaznog roka.

Otkazni rok predstavlja vrijeme između dana dostave otkaza protivnoj strani i dana kada prestaje zakup. Taj rok može biti utvrđen ugovorom, a u suprotnom zakonom je određen otkazni rok od trideset dana. Također ako ugovorom nije drukčije određeno, otkaz se može dati samo prvog ili petnaestog dana u mjesecu.

Ako je ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na određeno vrijeme, u skladu s čl. 22. Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, on prestaje istekom vremena na koji je sklopljen. I u tom slučaju stečajni upravitelj može ga otkazati bez obzira na ugovoreno trajanje i bez obzira na ugovoreni otkazni rok, u zakonskom otkaznom roku.

4.1.2. Otkaz stečajnog dužnika kao najmodavca nekretnina ili prostorija

U skladu s odredbom čl. 188. st. 4. SZ-a stečajni upravitelj može i u ime stečajnoga dužnika kao najmodavca otkazati najamni odnos u zakonskom otkaznom roku neovisno o ugovorenom otkaznom roku, a i neovisno o ugovorenom trajanju ugovora. Prestanak najma uređen je i odredbama članaka 573.- 578. ZOO-a.

Otkazni rok za najam nekretnina je trideset dana i daje se u pisanom obliku (čl. 576. st. 2. i 3. ZOO).

4.1.3. Otkaz stečajnog dužnika kao najmodavca stana

Zakon o najmu stanova posebno propisuje otkaz ugovora o najmu stana.

Otkazni rok za iseljenje najmoprimca iz stana ako se najmoprimac ili drugi korisnici stana koriste stanom suprotno tom Zakonu[33] i ugovoru o najmu stana je tri mjeseca.

Najmodavac - stečajni dužnik, daje otkaz ugovora o najmu stana u pisanom obliku s obrazloženjem, neposredno uz potpis najmoprimca ili preporučeno poštom.

Otkazni rok počinje teći prvoga dana sljedećeg mjeseca od mjeseca u kojem je otkaz primljen. Ako najmoprimac odbije primiti pisani otkaz, otkazni rok počinje teći od dana kada je obavijest o otkazu predana na pošti.[34]

Stečajni dužnik kao najmodavac ne bi mogao radi otvaranja stečaja otkazati ugovor o najmu stana zaštićenom najmoprimcu.

Naime, odredbom članka 24. Zakona o najmu stanova, propisano je da u slučaju smrti ili promjene najmodavca, odnosno prestanka najmodavca kao pravne osobe, prava i dužnosti najmodavca iz ugovora o najmu stana prelaze na njegova nasljednika ili pravnog sljednika.

Kako je stan imovina stečajnog dužnika, trebao bi biti prodan prije zaključenja stečajnog postupka. U tom slučaju prava i dužnosti najmodavca iz ugovora o najmu stana prelaze na novog vlasnika stana - kupca stana. To može biti i zaštićeni najmoprimac, ali i bilo koja druga pravna ili fizička osoba koja je kupila stan od stečajnog dužnika.

4.2. Prestanak ugovora voljom najmoprimca ili zakupnika

Ako najmoprimac ili zakupnik otkaže te ugovore stečajnom dužniku, u pravilu će se primjenjivati opća pravila ZOO-a, odnosno drugih odgovarajućih zakona te odredbe ugovora koji su sklopile strane.

Stečajni zakon u čl. 188. st. 2. sadrži posebnu odredbu za slučaj prijeboja tražbina. Najmoprimac ili zakupnik tako može prebiti svoju tražbinu prema stečajnom dužniku s tražbinama stečajnog dužnika iz najamnoga ili zakupnoga odnosa u smislu odredbe stavka 1. toga članka.[35]

---

33 O razlozima vidjeti fusnotu br. 28.

34 Čl. 22. u vezi s čl. 19. Zakona o najmu stanova.

35 Čl. 188. st. 1. SZ-a određuje da ako je dužnik kao najmodavac ili zakupodavac nekretnine ili prostorije prije otvaranja stečajnoga postupka raspolagao tražbinama iz najamnoga i zakupnoga

U skladu s odredbama čl. 545. i čl. 547. ZOO-a, ugovor o zakupu prestaje protekom vremena ili otkazom.

Ako je ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme, protekom tog vremena prestaje i ugovor. Ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme prestaje otkazom tog ugovora.

Ugovor o zakupu može se i prešutno obnoviti ako bi nakon proteka vremena zakupnik nastavio koristiti stvar, a zakupodavac se tomu ne bi usprotivio. U praksi se u pravilu kod sklapanja ugovora o zakupu na neodređeno vrijeme ugovara i duljina otkaznog roka. U tom slučaju takav ugovor prestaje otkazom, uz poštovanje otkaznog roka.[36]

I ugovor o najmu, u skladu s odredbama čl. 574. i 576. ZOO-a, prestaje protekom vremena ili otkazom.

Ugovor o najmu sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom toga vremena.

Ugovor o najmu nekretnine sklopljen na određeno vrijeme smatra se prešutno obnovljenim na isto vrijeme ako ni jedna ugovorna strana, najmanje trideset dana prije isteka ugovorenog vremena, ne obavijesti u pisanom obliku drugu stranu da ne namjerava sklopiti ugovor na određeno vrijeme za daljnje razdoblje.

Ugovor o najmu čije trajanje nije određeno, prestaje otkazom koji svaka strana može dati drugoj poštujući određeni otkazni rok.

Otkaz ugovora o najmu nekretnine daje se u pisanom obliku.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

U stečajnim postupcima prisutni su brojni pa i gospodarski vrlo značajni ugovori o najmu i zakupu. Sklapanje ili nastavljanje ugovora o zakupu na rok duži od šest mjeseci pravna je radnja posebno važna za stečajni postupak.

Otvaranjem stečajnog postupka ne prestaju po sili zakona najamni ili zakupni odnosi nekretnina ili prostorija. Održavanje na snazi ugovora o zakupu ili najmu nekretnina ili prostorija u trajanju i pod uvjetima ugovorenim prije otvaranja stečajnog postupka, moglo bi biti protivno zakonitim interesima stečajnog dužnika te priječiti učinkovitu provedbu odnosno zaključenje stečajnog postupka.

Stoga Stečajni zakon daje stečajnom upravitelju posebno pravo na izbor hoće li ili ne održati te ugovore na snazi. To pravo mu pripada neovisno o tomu je li stečajni dužnik zakupodavac ili najmodavac odnosno zakupnik ili najmoprimac. Stečajni upravitelj može otkazati, raskinuti ili odustati od tih ugovora bez obzira na njihovo ugovoreno trajanje, pritom se pridržavajući zakonskoga, a ne ugovorenog otkaznog roka.

Opće je pravilo da tražbine prema stečajnom dužniku nastale do otvaranja

odnosa za neko kasnije vrijeme, ta raspoložba ima pravni učinak samo u mjeri u kojoj se odnosi na najamninu, odnosno zakupninu za kalendarski mjesec koji teče u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka. Ako je stečajni postupak otvoren nakon petnaestoga dana u mjesecu, raspoložba ima pravni učinak i za sljedeći kalendarski mjesec. Odredba st. 2. čl. 188. SZ-a ne utječe na primjenu odredbi čl. 175. i 176. točaka 2. - 4. SZ-a.

36 Ako duljina otkaznog roka nije određena ugovorom ili zakonom ili mjesnim običajima, ona iznosi osam dana.

stečajnog postupka druga strana može ostvarivati kao stečajni vjerovnik, a tražbine nastale nakon otvaranja stečajnog postupka, kao vjerovnik stečajne mase.

Stečajni zakon propisuje i posebne slučajeve zabrane otkazivanja najma ili zakupa stečajnom dužniku kao najmoprimcu ili zakupniku.

LITERATURA

1. Dika, Mihajlo, Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, Narodne novine, Zagreb, 2002.
2. Gorenc,Vilim (urednik), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014.
3. Vukelić, Mario, Zakup i najam nekretnina ili prostorija u stečaju, u "Dani hrvatskog insolvencijskog i ovršnog prava", Ius-Info, Zagreb, 2017.
4. Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12., 25/13., 93/14., 55/16.
5. Stečajni zakon, Narodne novine, br. 71/15.
6. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 90/10., 143/12., 152/14.
7. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Narodne novine, br. 39/13., 48/15.
8. Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, Narodne novine, br. 125/11., 64/15.
9. Zakon o najmu stanova, Narodne novine, br. 91/96., 48/98., 66/98., 22/06.
10. Zakon o obveznim donosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11.

Summary

REAL PROPERTY LEASE AND RENT AND INSOLVENCY DEBTOR AS CONTRACTOR

This paper analyses the legal consequences of initiating insolvency proceedings with respect to entering into, cancellation, termination or withdrawal from a Real Property Lease or Rent Agreement. The position of the insolvency debtor as tenant or lessee, and as landlord or lessor, as well as the right of the insolvency administrator to choose to continue with, to withdraw from, to cancel or terminate such agreements are discussed herein. The provisions of the Insolvency Act and other acts are taken into consideration, since such acts regulate real property lease and rent issues, and which refer to the contractor - insolvency debtor.

Keywords: *lease, rent, real property, insolvency debtor, insolvency creditor, insolvency estate creditor.*

Zusammenfassung

PACHT- UND MIETVERTRAG VON IMMOBILIEN UND DER INSOLVENZSCHULDNER ALS AUFTRAGNEHMER

Dieser Artikel analysiert die rechtlichen Konsequenzen der Einleitung von Insolvenzverfahren in Bezug auf das Eingehen, die Kündigung, die Auflösung oder den Rücktritt aus einem Pacht- oder Mietvertrag. Die Position des Insolvenzschuldners als Mieter oder Pachtnehmer und als Vermieter oder Pachtgeber sowie das Recht des Insolvenzverwalters mit diesen Verträgen fortzuführen, sie zurückzuziehen, aufzulösen oder beenden, werden hier diskutiert. Die Bestimmungen des Insolvenzgesetzes und anderer Handlungen werden in Betracht gezogen, da diese Handlungen Immobilien- und Mietprobleme regeln und sich auf den Auftragnehmer - Insolvenzschuldner beziehen.

Schlüsselwörter: *Pachvertrag, Mietvertrag, Immobilien, Insolvenzschuldner, Schuldner der Insolvenzmasse.*

Riassunto

L'AFFITTO E LA LOCAZIONE DI IMMOBILI ED IL DEBITORE FALLIMENTARE NELLA VESTE DI PARTE CONTRATTUALE

Nel lavoro si analizzano le conseguenze giuridiche dell'apertura del procedimento fallimentare nei confronti della stipulazione, della risoluzione, dello scioglimento e della revoca dei contratti di affitto e di locazione degli immobili. In particolare si disamina la posizione del debitore fallimentare nella veste di affittante o di affittuario e nella veste di locatore o conduttore. Ancora si esaminano i diritti del curatore fallimentare nell'espletamento dei poteri contrattuali con riferimento a tali contratti. Si analizzano le disposizioni della legge fallimentare e delle altre leggi che regolano la materia dell'affitto e della locazione degli immobili con riguardo alla parte contrattuale che sia anche debitore fallimentare.

***Parole chiave**: affitto, locazione, immobile, creditore fallimentare, creditore della massa fallimentare.*

NEUSKLAĐENOSTI U REGISTARSKIM STVARIMA (ODABRANA PITANJA)

Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Jakob Nakić, zamjenik županijske državne odvjetnice u Rijeci, naslovni docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.961
Ur.: 26. siječnja 2017.
Pr: 6. veljače 2017.
Stručni rad

Sažetak

Autori u radu analiziraju određena pitanja neusklađenosti u registarskom pravu. Radi se o slučajevima u kojima je narušena konzistencija sustava uspostavljenog načelima materijalnog registarskog prava. U radu su naglašena pitanja koja se tiču: konkurencije javnih upisnika, posebno u vezi s konstitutivnim upisima; posebnih rješenja o prvenstvenom redu; zakonodavnih intervencija kojima se mijenja stvarnopravni režim nekretnine i dr. Ukazuje se na otvorena pitanja i na konkretnim primjerima pokazuje složenost promatrane materije. U tom se smislu provedena analiza može se pokazati korisnom zakonodavcu za unificiranje registarskih pravila.

Ključne riječi: *registarsko pravo, javni upisnici, registarska pravila, konkurencija javnih upisnika, ekstabulacija upisa.*

1. UVOD

U našem pravnom sustavu postoji niz javnih upisnika (javnih evidencija ili javnih registara).[1] Osnovani su s različitim zadaćama, a temeljne su sustavno vođenje (evidentiranje, popisivanja) mjerodavnih (relevantnih) podataka i njihovo publiciranje (činjenje vidljivim prema vani).[2] I što se tiče ustroja javnih upisnika može se reći da

1 U nekim varijantama moguće je da je javnost upisnika sužena (ograničena), pa, čak, i isključena. Nerijetko se traži plaćanje određene naknade. Vidi, npr. čl. 3. Pravilnika o naknadama za upise u upisnik, Narodne novine (dalje u tekstu: NN) br. 77/06 (dalje u tekstu: PNUU) koji kaže da: "(…) podatke iz Upisnika (misli se na Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, dalje u tekstu: Upisnik SJBO ili USJBO) može, uz naknadu, dobiti svatko (u daljnjem tekstu: tražitelj) neposredno u Službi upisa." Vidi za javnost i Pravilnik o uvjetima korištenja i o naknadi za korištenje podataka preko elektroničkih medija sadržanih u upisnicima i drugim evidencijama službe upisa, NN, br. 77/06, dalje u tekstu: PUKNKPEMSUDESU.

2 Ponekad izgleda kako javni upisnici "niču kao gljive poslije kiše." U kojoj se mjeri (javno) evidentiraju najrazličitiji podatci pokazuje postojanje, npr. Upisnika dobavljača božićnih drvaca (dalje u tekstu: UDBD) koji je uređen Pravilnikom o Upisniku dobavljača božićnih drvaca, NN, br. 27/15 (dalje u tekstu: PUDBD) ili Registra "Ne zovi" (dalje u tekstu: RNZ) koji

je zakonodavac upotrijebio više kriterija, pa postoje upisnici koji se vode za određene vrste stvari ili prava ili pravnih činjenica. Ponekada se za neke stvari ili prava predviđa da ih se upisuju u više upisnika, a takve situacije postoje i kada se radi o upisima pravnih činjenica.[3] Na takav način dolazi do raspršivanja podataka o nekoj vrsti stvari ili prava što, nužno, ne mora biti loše. Međutim, mogu se pojaviti i neželjene posljedice dođe li do neusklađenosti upisa.[4] Takve su pojave tim problematičnije kada se radi o upisima kojima se ostvaruju konstitutivni učinci po osnivanje kakvog prava.[5]

Jedan o kriterija kako se mogu podijeliti javni upisnici u vezi je s karakterom pravnih učinaka koji se polučuju upisima. Zanimaju nas slučajevi kada se upisima ostvaruju privatnopravni (imovinskopravni) učinci (i takvi javni upisnici). Oni se, u pravilu, vode za određenu (pod)vrstu stvari (pokretnih i nepokretnih) i subjektivnih imovinskih prava.

Javni upisnici uređeni su pravilima iz različitih pravnih izvora. Primjetno je da su ta pravila često s različitih razina i da ih puno dolazi iz podzakonskih propisa.[6] Pojedina su registarska pravila ona u užem smislu i kreirana su upravo za javne upisnike (njihov ustroj, organizaciju, funkcioniranje, i sl.). Međutim, brojna su i ona kojim nije primarna zadaća baviti se registarskim pitanjima, ali su za njih važna (registarska pravila u širem smislu).

Pravna teorija kreirala je načela koja su zajednička većini javnih upisnika i pod nazivima zajednička načela materijalnog i postupovnog registarskog prava promatrana su njihova obilježja.[7] Namjeravamo vidjeti postoje li u registarskim pravilima kakva rješenja koja, osim što su drukčija, ne slijede načela materijalnoga registarskog

je uređen Pravilnikom o Registru "Ne zovi," NN, br. 47/16 (dalje u tekstu: PRNZ).

3 Jedan od novijih javnih upisnika je Registar izvlaštenih nekretnina (dalje u tekstu: RIN). Ustrojen je na temelju čl. 44. st. 1. Zakona o izvlaštenju i određivanju naknade, NN, br. 74/14 (dalje u tekstu: ZION), a uređen je Pravilnikom o sadržaju i načinu vođenja registra izvlaštenih nekretnina, NN, br. 17/16 (dalje u tekstu: PSNVRIN).

4 U ovom kontekstu može biti zanimljivo vidjeti suživot (u prethodnoj bilješci spomenutog) RIN-a i tzv. Zajedničkog informacijskog sustava zemljišne knjige i katastra (dalje u tekstu: ZIS) koji je, kako se navodi, ovog trenutka: "(…) u punom produkcijskom radu na području cijele Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH)." https://oss.uredjenazemlja.hr/public/index.jsp, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

5 Nekim se upisima ostvaruju konstitutivni učinci po osnivanje (stjecanje) prava. S druge strane, nizom upisa polučuju se samo deklaratorni učinci ili se, tek, čine vidljivim. Određeni upisnici uopće nisu u službi ostvarivanja privatnopravnih učinaka.

6 Vidljivo je u puno slučajeva da zakonska pravila samo ovlaš uređuju registarska pitanja, a da se zakonodavac odlučio urediti ih podzakonskim pravilima, npr. radi li se o upisima u tzv. registre intelektualnog vlasništva, Registar zadužnica i bjanko zadužnica (dalje u tekstu: RZBZ) i sl. Nerijetko, podzakonska pravila ne slijede zakonska pravila ili su, čak, s njima u koliziji, što je posebno problematično kada ne postoje izvorna registarska pravila, već se odgovarajuće primjenjuju pravila koja je, uvjetno, moguće smatrati takvim općima pravilima.

7 JOSIPOVIĆ, T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u: DIKA, M., ERNST, H., JELČIĆ, O., JOSIPOVIĆ, T., LISIČAR, H., MARIN, J., MARKOVIĆ, N., MATANOVAC, R., RAČKI MARINKOVIĆ, A., RADIŠIĆ, N., ROIĆ, M., (opća redakcija: JOSIPOVIĆ, T.), Hrvatsko registarsko pravo - registri pravnih osoba, nekretnina, pokretnina i prava (dalje u tekstu: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo), Narodne novine, Zagreb., 2006., str. 1.-28. DIKA, M., Zajednička načela registarskog postupovnog prava - sumarni pregled, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo, str. 29.-39.

prava.[8] Ponukalo nas je za to više razloga.[9] Neki idu na adresu zakonodavac i tiču se normativnog uređenja kao, npr. kada postoje proturječna, nejasna ili nepotpuna pravila ili kada ih uopće nema.[10] Ima i slučajeva kada se u praksi, relativno jasna, zakonska ili podzakonska rješenja neodgovarajuće tumače.

U radu nisu analizirana rješenja koja bi imala veze sa strukturom i funkcioniranjem javnih upisnika, povredama prouzročenima nezakonitim ili nepravilnim radom tijela koja vode javne upisnike kao niti s odgovornosti za tako prouzročenu štetu.[11]

2. MOGUĆE DVOJBE U (ODABRANIM) REGISTARSKIM PITANJIMA

2.1. Općenito

Postoje određena rješenja koja se mogu negativno odraziti na zahtjev da javni upisnici daju istinitu i potpunu vanjsku sliku (npr. o nekoj stvari ili pravu). Tako ima slučajeva da se određeni upis može provesti u više upisnika, pa se postavlja pitanje je li neko pravo osnovano upisom u jedan ili drugi javni upisnik. Neke posebne situacije pojavljuju se u vezi s prvenstvenim redom. U pojedinim upisnicima ne slijedi se pravilo o vremenskom prvenstvu ("prvi u vremenu jači u pravu"), a dvojbe postoje i kod postupanja s istodobno zaprimljenim prijedlozima za upis prava koja se međusobno isključuju. Registarska pravila za pojedine upisnike vrlo detaljno uređuju određena pitanja, ponekada, čak, predviđajući «suvišna» rješenja. S druge strane, ima primjera da nedostaju temeljna pravila o upisima u neke javne upisnike.

Posebno poglavlje je ono koje polazi od neizravnih utjecaja na registarska pravila u užem smislu koja zakonodavac provodi preko promjena učinjenih u pravilima koja

8 Nomenklatura i naziv prema: JOSIPOVIĆ, T. *Ibidem.*

9 Npr. dulje vrijeme je zakonodavac upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu uvjetovao plaćanjem dužnih poreznih tražbina. Takvo uređenje napušteno je nakon što je odlukom Ustavnog suda (dalje u tekstu: US) ukinut čl. 22. starog Zakona o porezu na promet nekretnina, NN, br. 53/90, 59/90, 61/91, 26/93 i 95/95 (dalje u tekstu: sZPPN). US, U-I-28/93 od 17. travnja 1996., NN, br. 32/96.

10 U pojedinim slučajevima, točnije kada se radi o zemljišnoj knjizi, pojedina su registarska pitanja vrlo detaljno uređena. Vidi, npr. da je donesen Pravilnik o tehničkim i drugim uvjetima elektroničkog poslovanja u zemljišnim knjigama, NN, br. 119/15 (dalje u tekstu: PTDUEPZM) u čijem čl. 3. stoji da se "(…) primjenjuje u postupcima izdavanja verificiranih zemljišnoknjižnih izvadaka elektroničkim putem na zahtjev stranke putem ovlaštenog korisnika." Njegovi su ovlašteni korisnici: javni bilježnik, odvjetnik i pravna osoba koja ima javne ovlasti (čl. 4. PTDUEPZM). Međutim, takvo detaljno uređenje nije vidljivo u drugim javnim upisnicima, pa je zemljišna knjiga, zapravo, iznimka.

11 Vidi kod: BUKOVAC, M., ŽUNIĆ KOVAČEVIĆ, N., Problem temelja odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom njezinih tijela, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 32(1), 2011, str. 271.-293. ERNST, H., MIHELČIĆ, G., Odštetnopravna zaštita zbog neodgovarajuće usluge privatnopravnih registara u hrvatskom pravu, u: Uslužno pravo: [zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 10. maja 2013. godine na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu] / urednik Miodrag Mićović, Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta, Institut za pravne i društvene nauke, 2013., str. [915]-948.

se tiču javnih upisnika u širem smislu. Jednostavnije rečeno, promjenama u pravnom režimu stvari ili prava koje se upisuje u javni upisnik mijenja se i sudbina upisa određenih prava na njima, a, ponekada i njih samih. Ilustrativne su promjene koje su se dogodile u pogledu založenog pripatka nekretnine, "proglašenjem" nekretnine zajedničkim vlasništvom, i sl.

2.2. Problematika konkurencija javnih upisnika

2.2.1. Upis u određeni javni upisnik kao pretpostavka osnivanja prava

Najčešće se javni upisnici vode za određenu (pod)vrstu stvari ili subjektivnih imovinskih prava. Takav je slučaj kod nekretnina, većine pokretnih stvari i subjektivnih imovinskih prava. Postoje, npr. javni upisnici nekretnina, brodova,[12] zrakoplova,[13] motornih vozila,[14] žigova, patenata, i sl. Upisnik SJBO uređen je prema drugom kriteriju i u njega se upisuju prava i mjere na pokretnim stvarima i subjektivnim imovinskim pravima, ako se "(…) ne upisuju u koju drugu javnu knjigu."[15]

Dakle, u USJBO određene pokretnine i prava dospijevaju tek kada se opterete pravom ili mjerom koja se ne upisuju u drugi javni upisnik, pa u njega ne bi trebalo upisivati opterećenja na pokretninama ili pravima za koja je predviđeno da se upisuju u kakav drugi javni upisnik. Ako bi se, pak, iz bilo kojeg razloga to činilo,[16] za očekivati

12 Prema čl. 6. Pravilnika o načinu vođenja i podacima koji se unose u upisnike pomorskih objekata, vođenju postupka EOP upisa, obrascima te nadležnosti lučkih kapetanija za upis, NN, br. 124/15 (dalje u tekstu: PNVPUPO) za pomorske objekte vode se: Upisnik trgovačkih brodova (dalje u tekstu: UTB), Upisnik ribarskih brodova (dalje u tekstu: URB), Upisnik javnih brodova (dalje u tekstu: UJB), Upisnik jahti (dalje u tekstu: UJ), Upisnik plutajućih objekata (dalje u tekstu: UPO), Upisnik nepomičnih odobalnih objekata (dalje u tekstu: UNOO), Upisnik brodova u gradnji (dalje u tekstu: UBG), Upisnik jahti u gradnji (dalje u tekstu: UJG), Upisnik plutajućih objekata u gradnji (dalje u tekstu: UPOG) i Upisnik nepomičnih odobalnih objekata u gradnji (dalje u tekstu: UNOOG).

13 Čl. 2. st. 1. Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja Hrvatskog registra civilnih zrakoplova, NN, br. 137/12 (dalje u tekstu: PNSVHRCZ) određeno je da se u Hrvatski registar civilnih zrakoplova (dalje u tekstu: HRCZ) upisuju: avioni, helikopteri, žirokopteri, jedrilice, mahokrilci, slobodni baloni, vezani baloni i zračni brodovi.

14 Čl. 20. st. 1. Pravilnika o registraciji i označavanju vozila, NN, br. 151/08, 89/10, 104/10, 83/13, 52/15 i 45/16 (dalje u tekstu: PROV) predviđeno je da "(…) Evidencija o registriranim vozilima (dalje u tekstu: ERV) koja se vodi na Informacijskom sustavu Ministarstva unutarnjih poslova (dalje u tekstu: MUP) sadrži podatke o: nadležnom tijelu, registarskoj oznaci, prometnoj dozvoli, osiguranju, vlasniku i korisniku te tehničkom pregledu vozila i tehničkim podacima vozila." Prema čl. 1. PROV, vozila su: motorna, priključna i *oldtimer* vozila.

15 Čl. 6. Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, NN, br. 121/05 (dalje u tekstu: ZU).

16 Zanimljiv je čl. 6. Pravilnika o obliku i sadržaju upisnika te unutarnjem ustrojstvu i radu službe upisa, NN, br. 77/06 (dalje u tekstu: POSUUURSU) koji (drukčije od ZU-a) kaže da se u "(…) USJBO upisuju prava i mjere utvrđeni sudskim i javnobilježničkim osiguranjima i propisani čl. 6. ZU," a "(…) ne upisuju: dionice na računu nematerijaliziranih vrijednosnih papira (…), zrakoplovi (…), pomorski brodovi (…), plutajući i nepomični odobalni objekti (…), jahte i brodice (…), brodovi unutarnje plovidbe (…)." Zato se "(…) upisuju u USJBO: vozila (…) i patenti (…)."

bi bilo da se takvom upisu neće pridodavati konstitutivno značenje. Međutim, postoje slučajevi konkurencije upisa između matičnog javnog upisnika (koji se vodi za neku pokretninu ili pravo), a u koji se upisuju prava i mjere iz čl. 6. ZU, s jedne strane i u sam USJBO, s druge.[17] Tako, kada se radi o osnivanju (stjecanju) sudskog i javnobilježničkog založnog prava na temelju sporazuma stranaka na žigu[18] postoji različita relevantna stajališta po pitanju osniva li se ono upisom u RŽ ili u USJBO. Dika smatra da se sudsko i javnobilježničko založno pravo na temelju sporazuma stranaka na žigu osniva upisom u RŽ,[19] dok Matanovac Vučković i Ernst argumentiraju drukčije stajalište.[20]

Povodom upisa navedene podvrste založnog prava u neke druge registre intelektualnog vlasništva, kreiran je zaključak da se ono ne osniva kada se upiše u matični javni upisnik intelektualnog vlasništva (da takav upis nije konstitutivan).

17 Dio ove problematike čine i slučajevi kada se predviđaju različita uređenja o tomu kako se osniva (stječe) neko pravo, a u vezi s tim o kojoj se podvrsti tog prava radi, tako da se, npr. na pokretnoj stvari to pravo osniva (konstitutivnim) upisom u različite javne upisnike. Školski primjer je sudbina založnog prava na motornom vozilu. Sudsko i javnobilježničko založno pravo na temelju sporazuma stranaka na motornom se vozilu osniva upisom u USJBO, a sudsko prisilno založno pravo u ovrsi na motornom vozilu upisom u ERV. Vidi čl. 161. Ovršnog zakona, NN, br. 112/12, 25/13 i 93/14, dalje u tekstu: OZ, i čl. 20. st. 5. PROV. ERNST, H., Hrvatski upisnik oporuka i drugi javni registri privatnog prava, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo, str. 260. *et seq.*

18 Prema, čl. 6. st. 1. toč. 1. i 2. ZU, u USJBO se upisuje "(…) založno pravo na pokretnini, pravu, dionici, udjelu i poslovnom udjelu u trgovačkom društvu koje se, u skladu sa zakonom, stječe ovrhom ili osiguranjem" te "(…) založno pravo na ukupnosti stvari koje pripadaju protivniku osiguranja, odnosno dužniku ili ukupnosti stvari tih osoba koje se nalaze u ili na određenom prostoru, čiji se sadržaj može mijenjati." Zakon o žigu, NN, br. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11 (dalje u tekstu: ZoŽ) u čl. 40. st. 2. i 3. ZoŽ određuje da se založno pravo "(…) upisuje u Registar žigova (dalje u tekstu RŽ) na zahtjev založnog vjerovnika ili založnog dužnika" i "(…) objavljuje u službenom glasilu državnog zavoda za intelektualno vlasništvo (dalje u tekstu: DZIV)," a "(…) učinke prema trećim stranama ima nakon upisa u registar." (Vidi da, prema čl. 40. st. 1. i 2. Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga, NN, br. 173/03, 186/03, 54/05, 76/07 i 49/11 (dalje u tekstu: ZOZPOIPU) "(…) oznaka zemljopisnog podrijetla ili oznaka izvornosti ne može biti predmet ugovora o (…) zalogu" i ograničenje prema kojem "(…) ako je (oznaka podrijetla ili izvornosti) predmet prijavljenog ili registriranog žiga, da se takav se žig ne može prenositi, ustupati, davati u zalog i slično.") U čl. 16. st. 1. toč. 30. Pravilnika o žigu, NN, br. 117/07, 66/11 i 125/13 (dalje u tekstu: PŽ) predviđa se da se u RŽ, između ostalog, upisuju: "(…) podaci o promjenama na žigu ili prijavi (prijenos prava, licencija, zalog, ovrha (…) i drugi podaci bitni za pravni status žiga." Kako se upis promjene provodi uređuju čl. 19. do 21. PŽ, no ne kažu ništa o pravnim učincima upisa.

19 DIKA, M., Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 762.

20 MATANOVAC VUČKOVIĆ, R., ERNST, H., Ovrha na žigu - kako premostiti podnormiranost?, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 34., br. 1., 2013., str. 199.

Primjerice, radi li se o patentu.[21] Dika[22] smatra da je upis sudskog i javnobilježničkog založnog prava na temelju sporazuma stranaka na patentu u (matični) javni upisnik (RP-a) samo u službi publiciranja njegova osnivanja (deklaracije), dakle bez konstitutivnog značaja.[23] Prema Diki, isto vrijedi i za osnivanju dobrovoljnog sudskog i javnobilježničkog založnog prava na industrijskom dizajnu i topografiji poluvodičkih proizvoda.[24]

2.2.2. Postojanje više javnih upisnika za istorodne objekte upisa

U nekim se slučajevima predviđa da se određena vrsta prava upisuje u više javnih upisnika koji su, u biti, svi matični javni upisnici (tog prava) s tim da je jedan među njima opći javni upisnik, a drugi su posebni javni upisnici. Primjer su javni upisnici koncesija, jer postoji opći javni upisnik koncesija, a to je Registar koncesija (dalje u tekstu: RK)[25] i veći broj posebnih javnih upisnika koncesija.[26] Mogu se razlikovati

21 U čl. 62.a st. 2. Zakona o patentu, NN, br. 173/03, 87/05, 54/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11 i 76/13 (dalje u tekstu: ZoP) predviđen je upis založnog prava na patentu u Registar patenata (dalje u tekstu: RP) po "(…) zahtjevu založnog vjerovnika ili založnog dužnika" i određeno da "(…) osnivanje ima učinak prema trećima od datuma upisa u registar." (Prema čl. 62.a st. 4. ZoP, odgovarajuće se primjenjuje i na "(…) osnivanje založnog prava na pravu iz prijave patenta, konsenzualnog patenta i svjedodžbe o dodatnoj zaštiti," te, sukladno čl. 108.k ZoP, na "(…) europske prijave patenata i europske patente s učinkom na području RH-a.") Pravilnik o patentu, NN, br. 117/07, 3/11, 66/11, 145/12 i 85/13 (dalje u tekstu: PoP) koji uređuje čak četiri javna upisnika: spomenuti RP, Registar prijava patenata (dalje u tekstu: RPP) te Registar zahtjeva za izdavanje svjedodžbi i Registar svjedodžbi o dodatnoj zaštiti (dalje u tekstu: RZIS i RSDZ) jednako kao i kod žiga predviđa upisivanje podataka o promjenama uključivo onima koje se tiču zaloga. (Vidi čl. 26.a st. 2. toč. 18. ZoP; čl. 16. toč. 19. ZoP te čl. 42. st. 3. ZOP.)

22 DIKA, M., *op. cit.*, str. 761.-762. Vidi i kod Matanovac Vučković i Ernst. MATANOVAC VUČKOVIĆ, R., ERNST, H., *op. cit.*, str. 200.

23 U prilog zaključku o deklaratornim pravnim učincima upisa založnog prava u RP-a svakako govori čl. 6. POSUUURSU. Ipak, potrebno je primijetiti da se u njemu poziva na Pravilnik o patentu, NN, br. 72/04 (dalje u tekstu sPP) u kojem je korisno vidjeti odredbe o RP (čl. 24. do 27. sPP) i o RPP (čl. 15. i 16. sPP) te o upisu promjene (čl. 32. sPP) koji više nije na snazi.

24 Dika se poziva na pravilo čl. 40. Zakona o industrijskom dizajnu, NN, br. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11 (dalje u tekstu: ZID). DIKA, M., *op. cit*., str. 762. Suštinski su (uređenja) jednaka uređenju patenta i žiga, a takva su i podzakonska pravila koja se tiču zaloga industrijskog dizajna (vidi Pravilnik o industrijskom dizajnu NN, br. 72/04, 117/07, 66/11 i 125/13 (dalje u tekstu: PID) koji uređuje dva registra: Registar prijava industrijskoga dizajna (dalje u tekstu: RPID) i Registar industrijskoga dizajna (dalje u tekstu: RID) i, jednako, u čl. 18. PID, predviđa upis promjene, zalaganja) kao i iz onih o zalogu topografije poluvodičkih proizvoda. Stajalište temelji na odgovarajućoj primjeni pravila o industrijskom dizajnu. DIKA, M., *op. cit*., str. 762.-763. Vidi čl. 23. Zakona o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda, NN, br. 173/03, 76/07, 30/09 i 49/11 (dalje u tekstu: ZZTPP).

25 RK je uređen Pravilnikom o Registru koncesija, NN, br. 26/13 (dalje u tekstu: PRK). U njega se upisuju koncesije nabrojane *infra* u bilješci 26., a još i mnoge druge. RK je dostupan na http://regkon.fina.hr/RegistarKoncesija.web/index.html, stranica posjećena 27. prosinca 2016.

26 Postoji tako, npr.: Upisnik koncesija na pomorskom dobru (dalje u tekstu: UKNPD) koji je uređen Pravilnikom o Upisniku koncesija na pomorskom dobru, NN, 176/04 (dalje u tekstu: PUKPD), Upisnik koncesija na kulturnom dobru (dalje u tekstu: UKKD) koji je uređen Pravilnikom o upisniku koncesija na kulturnom dobru, NN, 77/15 (dalje u tekstu: PUKKD),

prema tomu imaju li upisi koji se u njima provode konstitutivno značenje. Kada je, npr. riječ o založnom pravu na koncesiji na pomorskom dobru u teoriji se podcrtava pravilo o tome da se "(…) založno pravo na koncesiji stječe upisom u upisnik koncesija,"[27] kao potencijalno nejasno pravilo u kojem nije perfektualizirana vrsta javnog upisnika.[28] Upisi koncesija u neke javne upisnike koncesija imaju zadaću, s druge strane, samo publicirati (deklarirati) činjenicu da postoji koncesija. Ima i takvih (upisnika koncesija) koji su, kolokvijalno rečeno, samo popisi koncesija (u kojima se upisi obavljaju radi obavijesti, npr. UKKD-u).

Postoje razlozi smatrati kako bi bilo svrsishodnije i ekonomičnije, voditi koncesije sa svim mjerodavnim podatcima u jedinstvenom javnom upisniku koncesija (alternativa bi bila bolja povezanost postojećih registara). Napose, jer se u praksi može primijetiti da se u javne upisnike koncesija upisuje *nešto* što ne bi trebalo upisati[29] ili da se povodom (nepravilnih) upisa kreiraju kakvi odnosi koja nisu trebali nastati.[30]

2.3. Posebna rješenja o prvenstvenom redu

Načelno se može tvrditi da je u registarskim pravilima emancipirano pravilo o tomu kako se prvenstveni red ravna prema vremenskom prvenstvu (prednost ima prije zatraženi upis odnosno upis predložen ranije predanim prijedlogom za upis).[31] Ipak,

Upisnik rudarske koncesije (dalje u tekstu: URK) koji je uređen Pravilnikom o jedinstvenom informacijskom sustavu mineralnih sirovina i registrima, NN, br. 142/13 (dalje u tekstu: PJISMSR), i dr.

27 Npr. vidi čl. 34. st. 2. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, NN, br. 158/03, 100/04, 141/06, 38/09, 123/11 i 56/16 (dalje u tekstu: ZPDML). U prilog konstitutivnosti upisa u UKPD govori postojanje registarskih pravila podzakonske naravi. Vidi čl. 10. st. 1. PUKPD.

28 Vidi kod TASIĆ, Z., Založno pravo na koncesiji na pomorskom dobru, Poredbeno pomorsko pravo, god. 48(2009), 163, str. 193.-201., STANKOVIĆ, G., Raspolaganje koncesijom na pomorskom dobru: prijenos, potkoncesija, zalaganje, Zbornik radova - Znanstveni skup Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme, Rijeka, 2005., str. 37.-53., Vidi odluku US, U-I-4445/08 od 4. listopada 2011., https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Ustav/C12570D30061CE54C125791F0042302C?OpenDocument, stranica posjećena 16. siječnja 2017.

29 Vidi, npr. da je u RK kao davatelj koncesije za zauzetu površinu odobrenog istražnog prostora upisan Ured državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji. Dostupno na: http://servisi.fina.hr/regkonc/trazi.do, stranica posjećena 30. prosinca 2016. Takva se koncesija ne predviđa u Zakonu o rudarstvu, NN, br. 56/13 i 14/14 (dalje u tekstu: ZR), a nije bila predviđena niti u starom Zakonu o rudarstvu, NN, br. 75/09 (dalje u tekstu: sZR).

30 Tako su u RK-a kojeg vodi Ministarstvo financija (dalje u tekstu: MF) vidljivi upisi koncesija za istraživanje mineralnih sirovina temeljem koje nadležna upravna tijela duže pravnu ili fizičku osobu, a zapravo, je u pitanju naknada za istraživanje mineralnih sirovina koju je dužan plaćati nositelj odobrenja. Vidi Uredbu o novčanoj naknadi za istraživanje mineralnih sirovina, NN, br. 40/11 (dalje u tekstu: UNNIMS). Eksploataciju mineralnih sirovima uređuje Uredba o novčanoj naknadi za koncesiju za eksploataciju mineralnih sirovina, NN, br. 31/14 (dalje u tekstu: UNNKEMS).

31 U nekim upisnicima predviđena je mogućnost raspolaganja prvenstvenim redom. Vidi čl. 46.-51. Zakona o zemljišnim knjigama, 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), čl. 267.-272. Pomorskog zakonika, NN, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13 i 26/15 (dalje u tekstu: PZ), i sl.

ne mogu se izbjeći dva posebna rješenja koja relativiziraju ovo pravilo, a odnose se na uređenje trenutka predaje prijedlog za upis (pa time i prvenstvenog reda koji se time uspostavlja) i konkurencije više istodobno pristiglih prijedloga za upis međusobno isključujućih prava.

Primjerice, trenutak predaje prijedloga za upis u zemljišnu knjigu najčešće je vezan uz zahtjev predaje ovlaštenom ili drugom službeniku,[32] a konkurencija istodobno pristiglih[33] međusobno isključujućih prijedloga za upis (kakvog prava)[34] rješava se osiguravanjem istog prvenstvenog reda tim pravima[35] i odluka o njihovu osnivanju prepušta se nadležnom tijelu (parničnom sudu).[36] Za razliku od ovih pravila koja ne diraju u vremenski kriterij uređenja prvenstvenog reda, iznimke postoje u pravilima iz ZU-a.

Načelno, i ova pravila sam trenutak predaje prijedloga za upis uvjetuju predajom,[37] ali je, ipak, manje odstupanje od pravila o vremenskom prioritetu učinjeno predviđanjem jednog posebnog rješenja.[38] Značajnija iznimka postoji kada se radi o pravilima koja rješavaju konkurenciju istodobno pristiglih prijedloga za upis koji se međusobno isključuju (odnosno koji se tiču međusobno isključujućih prava). Takvim prijedlozima nije osiguran isti prvenstveni red niti je omogućeno daljnje odlučivanje (o tomu je li i koje je pravo osnovano), već se prednost[39] daje prijedlozima za upis određene vrste prava ili mjere.[40] Primjena ovih pravila onemogućuje, *pro futuro*, da se

32 Vidi čl. 45. st. 1. ZZK i čl. 54. st. 1. Pravilnika o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik), NN, br. 81/97, 109/02, 153/02, 123/02, 14/05, 60/10, 60/10 i 55/13 (dalje u tekstu: ZP). Osobito vidi čl. 54. st. 2. ZP s pravilima o mjerodavnom vremenu prijema. Još vidi i čl. 13. st. 4. ZU i čl. 31. st. 1. POSUUURSU.

33 Npr., prema čl. 55. st. 2. ZP takvi su oni "(…) koji su istodobno predani prijamnoj pisarnici, kao i oni (…) koje zemljišnoknjižnom službeniku određenom za primitak (…) u vrijeme otvaranja prijamne pisarnice predaju drugi sudski službenici."

34 Ako je istodobno podneseno više prijedloga ili prijava za upis konkurirajućih prava koji se međusobno ne isključuju sva upisana prava imaju isto mjesto prvenstva osim ako je posebnim zakonom za takve prijedloge ili prijave nešto drugo određeno. Vidi npr. čl. 129. ZZK i čl. 79. ZP, čl. 348. PZ, čl. 34. ZU, i sl.

35 Vidi čl. 45. st. 2. ZZK. U upisniku brodova konkurencija prijedloga za upis prava koja se međusobno isključuju, rješava se primjenom čl. 266. st. 2. PZ koji određuje da "(...) upisi obavljeni na temelju prijedloga koji su stigli u isto vrijeme imaju isti prvenstveni red, ako drugim zakonom nije drukčije određeno."

36 Vidi čl. 115. ZZK. U literaturi je upozoreno na nepravilno postupanje kada se, iako su dva ili više podnesaka (za istu nekretninu) stigla istovremeno, npr. u vreći s poštom, raniji prvenstveni red osigurava onom "(…) koji je prvi izvađen iz vreće s poštom." RUŽIČKA, B., Istodobno zaprimljeni zemljišnoknjižni predmeti, Novi Informator, br. 5756 i 5757, str. 6.

37 Vidi čl. 13. st. 4. ZU.

38 Prema njemu, poštanske pošiljke "(…) smatraju se istodobno pristigle, ako su odjednom preuzete od pošte," čl. 13. st. 5. ZU.

39 Zanimljivo je da Zakon (ZU) odbija govoriti o davanju prednosti već se služi predmnijevom o ranije pristiglom prijedlogu. Izravnije termin prednost koriste podzakonska pravila. Npr. vidi čl. 31. st. 2. POSUUURSU.

40 Vidi čl. 17. st. 3. ZU, za prednost zabrane otuđenja ili opterećenja pred dobrovoljnim založnim pravom. Također, čl. 18. st. 3. ZU, za prednost založnog prava (neovisno je li riječ o dobrovoljnom sudskom i javnobilježničkom založnom pravu ili sudskom prisilnom založnom

određeno pravo uopće osnuju. Kao, npr. u slučaju konkurencije osiguranja prijenosom prava vlasništva na stvari i prijenosom prava i sudskog i javnobilježničkog založnog prava na temelju sporazuma stranaka koji se rješava u korist založnog prava ili konkuriraju li istodobno zaprimljeni prijedlozi za upisi (više takvih prijedloga) osiguranja prijenosom prava vlasništva na stvari i prijenosom prava.[41] Uzgred se spominje i kolizija zakonskih i podzakonskih registarski pravila ZU-a u odnosu na potonje pitanje.[42]

2.4. Utjecaj izmjena stvarnopravnog režima

Zemljišna knjiga trebala bi istinito i potpuno odražavati pravno stanje nekretnina (barem kada nema mjesta primjeni pravila o odgodi povjerenja). Moguće je da se donošenjem i izmjenama propisa mijenja pravno stanje nekretnine tako da se pojave ograničenja ili uvedu novi režimi i da oni postoje, pa i ako "nisu vidljivi" iz javnog upisnika.

2.4.1. Uvođenje zajedničkog vlasništva za određene nekretnine

U jednoj varijanti može se raditi o takvoj izmjeni propisa kojom se određene nekretnine podvrgavaju režimu zajedničkog vlasništva.[43] Primjerice, kada su se 2013. novelirala zemljišnoknjižna pravila,[44] propisano je da će se na nekim nekretninama

pravu) pred prijenosom prava vlasništva radi osiguranja na stvarima i prijenosu prava (dionica, udjela i poslovnih udjela), kao i čl. 18. st. 4. ZU, za prednost zabrane otuđenja ili opterećenja pred prijenosom prava vlasništva radi osiguranja na stvarima i prijenosu prava (dionica, udjela i poslovnih udjela). Vidi još vidi čl. 32. POSUUURSU.

41 Određeno je da se u slučaju radi li se o prijedlozima za upis iste vrste prava (prijenosa ili zadržanja prava vlasništva stvari ili prijenosa prava, dionice, udjela ili poslovnog udjela) koji međusobno konkuriraju svi odbacuju (čl. 13. st. 3. ZU). Iz nejasnog razloga podzakonska pravila predviđaju jednako postupanje (odbačaj prijedloga) i u slučaju kada se radi o istodobno pristiglim prijedlozima za upis založnog prava (čl. 32. st. 4. u vezi st. 2. POSUUURSU).

42 Npr., za razliku od *supra* (u bilješci 40.) prikazanog zakonskog rješenja, podzakonskim pravilima predviđena su drukčija postupanja. Svakako da ih, kao i uvijek, treba prosuđivati ovisno o usklađenosti sa zakonskim pravilima, no, ipak je za spomenuti kako u čl. 32. st. 1. i 2. POSUUURSU (istina, konfuzno već i na podzakonskoj razini) konkurenciju više prijedloga za upis založnog prava odnosno takvih prijedloga za upis zabrane otuđenja ili opterećenja rješava prema vremenu kada su pristigli (čl. 32. st. 1. ali. 1. POSUUURSU). Ali, već u sljedećoj rečenici određuju da će se "(…) kod primitka tih prijedloga na svakom od njih i u bilješci o primitku uputit na drugi prijedlog koji je stigao istodobno," čl. 32. st. 1. ali. 2. POSUUURSU.

43 Vidi čl. 57. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14 i 81/15 - pročišćeni tekst (dalje u tekstu: ZV). Za nasljedničku zajednicu, vidi čl. 141. Zakona o nasljeđivanju, NN, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13 i 33/15 - pročišćeni tekst (dalje u tekstu: ZN), za zajedničku pričuvu etažnih vlasnika, čl. 90. ZV, za imovinu ortaštva, čl. 637.-660. Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15 (dalje u tekstu: ZOO), za imovinu osnivača preddruštva, čl. 6. st. 2. Zakona o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13 i 110/15 (dalje u tekstu: ZTD).

44 Vidi čl. 84. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, NN, br. 55/13,

"(…) dopustiti (…) upis zajedničkog vlasništva RH-a i pravnog sljednika dotadašnjeg nositelja prava upravljanja odnosno korištenja i raspolaganja."[45] Drugim riječima, propisom je uspostavljeno zajedničko vlasništvo tih osoba na određenim nekretninama. Projekcija takve izmjene, ako se, npr. pogleda iz perspektive osiguranja tražbine udjelom zajedničara značajno se razlikuje od situacije kada je nekretnina u suvlasništvu, a predmet raspolaganja suvlasnički dio.[46] Jednak slučaj je i s prisilnim namirenjem vjerovnika zajedničara iz udjela u zajedničkoj stvari. Naime, udjel zajedničara u zajedničkoj stvari ne može biti predmet osiguranja tražbine, pa je osiguranje tražbine udjelom zajedničara moguće tek kada se odredi veličina udjela i zajedničarstvo pretvori u suvlasništvo. Iako je, u nekim nijansama, situacija povodom prisilnog namirenja iz udjela zajedničara malo drukčija, ni njega (namirenje) nije moguće provesti dok se ne odredi veličina udjela, a zajedničarstvo pretvori u suvlasništvo, s tim da je vjerovniku dopušteno da to inicira.[47]

2.4.2. Posebni režimi za dijelove nekretnine

Postoje slučajevi kada je zakonodavac svojim intervencijama uspostavio svojevrsni dvostruki režim za dijelove nekretnine. Takvo je uređenje, točnije riječ je o dva uređenja, nastalo nakon što su uvedene posebna pravila (iz ZU) za zalaganje

corrigendum NN, br. 60/13 (dalje u tekstu: ZIDZZK/13). U bitnom, odredba glasi: "Na nekretnini koja je u zemljišnim knjigama upisana kao društveno vlasništvo s upisanim pravom upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja, a na dan 24. srpnja 1991. se nalazila dijelom unutar, a dijelom izvan granica građevinskog područja, dopustit će se (…) upis zajedničkog vlasništva RH-a i pravnog sljednika dotadašnjeg nositelja prava upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja." Prema st. 2., čl. 84. ZIDZZK/13, jednaka sudbina predviđena je za nekretninu koja "(…) prema uvjerenju Hrvatskih šuma jednim svojim dijelom predstavlja šumu ili šumsko zemljište" odnosno "(…) prema uvjerenju Hrvatskih voda jednim svojim dijelom predstavlja javno vodno dobro," a "(…) uz zabilježbu da zemljišnoknjižna čestica jednim dijelom predstavlja javno vodno dobro" (st. 3., čl. 84. ZIDZZK/13). Kao i nekretnina koja "(…) jednim svojim dijelom predstavlja željezničku infrastrukturu u vlasništvu RH-a," a "uz zabilježbu da zemljišnoknjižna čestica jednim dijelom predstavlja željezničku infrastrukturu" (st. 4., čl. 84. ZIDZZK/13).

45 Ostavljajući sa strane činjenicu što je pravilo uvedeno 2013. kada je slučajeva kojih se ticalo ostalo vrlo malo pojavilo se i pitanje kohabitacije RH-a i jedinica lokalne samouprave kao zajedničara.

46 Dvije su temeljne odrednice zajedničkog vlasništva: da zajedničar ne može raspolagati (prodavati, dati u osiguranje i sl.) svojim udjelom u zajedničkom vlasništvu (iznimno ga je dopušteno prenijeti na drugog zajedničara, vidi čl. 58. st. 1. ZV) te da sve odluke o upravljanju i raspolaganju zajedničkom stvari zajedničari donose sporazumno (vidi čl. 60. i 61. ZV). Zapravo, dok se stvar u zajedničkom vlasništvu ne podjeli zajedničar svoj dio ne može založiti ili ponuditi za drugo osiguranje, a što bi sve mogao suvlasnik da je zakonodavac izabrao takvo uređenje.

47 Budući da odgovornost zajedničara za dugove obuhvaća i odgovornost udjelom u zajedničkom vlasništvu (vidi čl. 58. st. 3. ZV), vjerovnik koji je poduzeo prisilno namirenje ima pravo zahtijevati diobu zajedničkog vlasništva u odnosu na udio svoga dužnika (vidi čl. 64. st. 1. ZV), pa neizravno predmet ovrhe može biti i udio zajedničara u zajedničkom vlasništvu nekretnine kada se ono podijeli.

pripadka (perinencije) nekretnine (mobilijarna hipoteka na pripatku nekretnine).[48] Naime, temeljno je pravilo da je pripadak nekretnine njezin dio i kao takav, načelno, slijedi stvarnopravni režim nekretnine,[49] osim "(…) nije li zakonom drukčije određeno."[50]

Postoje posebna pravila (uvedena ZU-om) o tome kako se pripadak nekretnine opterećuje mobilijarnom hipotekom, a nalaze se u čl. 6. st. 2. i 3. ZU. Prema njima, kada se pripadak nekretnine optereti založnim pravom emancipira se u samostalnu stvar.[51] Zakonodavac se nije "zaustavio" na ovome. Učinio je i daljnji korak i u prijelaznim i završnim odredbama ZU-a predvidio kako će od njegova stupanja na snagu nastati jedna nova situacija na založenoj nekretnini. Za razliku od (općeg) pravila prema kojem se hipoteka na nekretnini proteže i na njezine dijelove, sada se za opterećenje pripadaka traži da je u takvom značenju upisan u zemljišnu knjigu. Kaže se: "(…) da bi se u zemljišnoj knjizi upisom hipoteke na nekretnini steklo založno pravo i na pokretnini koja ima značenje pripadka" potrebno je da "(…) pokretnina u zemljišnoj knjizi bude određena i upisana kao pripadak nekretnine."[52] U suprotnom, hipoteka se ne proteže na neupisani pripadak.

2.5. Određena pitanja u vezi s prestankom stvarnih prava i privolom za brisanje

2.5.1. Posebni režim pomorskog dobra i brisanje upisanih prava[53]

Može se dogoditi da određena stvar (nekretnina) nije sposobna biti objekt stvarnih prava odnosno da takva postane. Dođe li do toga da na određenoj nekretnini nije moguće osnivati (stjecati) stvarna prava, a da ona koja su, eventualno, postojala prestaju, javljaju se različita pitanja u vezi s tim prestankom. Ovakav se situacija

48 Moglo bi se reći da je čl. 6. st. 2. i 3. ZU i čl. 39. ZU izazvana i konkurencija sa zemljišnom knjigom.

49 Vidi čl. 5. st. 2. i 3. ZV.

50 Pravila iz čl. 7. st. 5. ZV i čl. 9. st. 4. ZV određuju kada se smatra da su različite pokretne stvari (npr. strojevi i slični uređaji) namijenjene trajno služiti svrsi "(…) nekretnine (…) namijenjenoj poljoprivredi" ili "(…) zgradi (…) namijenjenoj proizvodnji" kao glavnim stvarima. Moguće je, u slučaju iz čl. 9. st. 5. ZV, da se (pripadajuće) pokretnine smatraju samostalnim stvarima «(…) ako se s pristankom vlasnika nekretnine u zemljišnoj knjizi zabilježi da su u vlasništvu druge osobe." Takva zabilježba ostvaruje učinke "(…) dok ne bude izbrisana, s time da i bez brisanja njezini učinci prestaju protekom pet godina od upisa, ali tijek roka zastaje za vrijeme stečajnoga i ovršnoga postupka."

51 To je moguće samo ako za "(…) nekretninu (o čijoj se pertinenciji radi) nije upisana hipoteka ili koje drugo pravo koje obuhvaća i taj pripadak." Dođe li do upisa založnog prava u USJBO-o takva pokretnina "(…) gubi svojstvo pripatka nekretnine." Predviđeno je i da će o tomu " (…) Služba upisa obavijesti zemljišnoknjižni sud." Vidi čl. 298. st. 2. ZV o tomu da se založnim pravom "(…) ujedno opterećuju i sve pripadnosti zaloga, ako nije što drugo određeno."

52 Vidi čl. 39. ZU.

53 O slučaju kada nekretnina postane nesposobna biti objekt stvarnih prava moguće je bilo raspravljati u dijelu pod 2.4., ali nam je osobito zanimljivo bilo pitanje ekstabulacije stvarnih prava.

dogodila u vezi s pomorskim dobrom[54] i daljnjim postojanjem stvarnih prava na pomorskom dobru.[55]

Načelno se, u zemljišnoj knjizi ne evidentiraju opća dobra, ali se evidentira pomorsko dobro. Odnosno, za pomorsko dobo u zemljišnoj se knjizi čini vidljivim da određena nekretnina predstavlja opće dobro (pomorsko dobro).[56] S obzirom na pitanje postojanja stvarnih prava na općem dobru u teoriji se jasno kaže da su takva prava prestala prestankom sposobnosti stvari da bude objekt stvarnih prava.[57] No, situacija, nipošto, nije jednoznačna u svjetlu pitanja o brisanju tih prava kao pretpostavci za njihov prestanak i u praksi su vidljivi slučajevi kada su zahtjevi za brisanje upisanih stvarnih prava na pomorskom dobru (založnog prava) odbijeni.[58]

2.5.2. Posebni slučaj brisanja založnog prava iz zemljišne knjige ex officio

Registarska prava prestaju kada se izbrišu iz javnog upisnika u koji su upisana.[59] U ovom smislu iznimka nije niti založno pravo na nekretnini koje prestaje brisanjem iz zemljišne knjige.[60] U pravilu, brisanje (ekstabulaciju) založnog prava iz zemljišne knjige prati privola založnog (hipotekarnog) vjerovnika za brisanje (tzv. brisovno očitovanje). U vezi sa založnim pravu postoji, međutim, jedan poseban slučaj koji Gavella naziva "umrtvljenjem hipotekarne tražbine uslijed neaktiviteta,"[61] a radi se o

54 Prema čl. 5. st. 3. ZPDML, na pomorskom dobru "(...) ne može se stjecati pravo vlasništva ni druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi."

55 Vidi čl. 3. ZPDML.

56 Usp. da su se za važenja Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije, Službene novine Kraljevine Jugoslavije (dalje u tekstu: SNKJ), br. 146/30 i 281/31 (dalje u tekstu: ZZKKJ) i Zakona o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, SNKJ br. 146/30 (dalje u tekstu: ZUUOIZK) u zemljišnu knjigu, po službenoj dužnosti, unosila sva zemljišta, osim onih koja su bila predmet upisa u posebne knjige željeznica i javnih kanala ili u rudničke knjige. Također, javna su se dobra (a takvo je bilo i javno pomorsko dobro) upisivala u zemljišnu knjigu samo po prijedlogu javne vlasti ili onoga kome je pripada kakvo pravo na njemu koje se moglo upisati u zemljišnu knjigu. Za ZZKKJ, http://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Zakon_o_zemljisnim_knjigama.pdf, stranica posjećena 30. prosinca 2016., za ZUUOIZK, http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2005_03/t03_0114.htm, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

57 "(…) Oduzme li zakonska norma toj stvari sposobnost da bude objektom stvarnih prava (stavi je izvan prometa), ostat će time bez svojeg objekta sva stvarna prava koja su do tada postojala glede te stvari. Kako stvarna prava ne mogu postojati bez objekta, ona će time prestati egzistirati, što znači da će njihovi dotadašnji nositelji ostati bez njih (stavljanjem stvari izvan prometa jedan je od načina prestanka prava vlasništva; a dakako i drugih stvarnih prava)." GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak I. (dalje u tekstu: GAVELLA, N., *et al.,* Stvarno pravo I.), Zagreb, Narodne novine, 2007., str. 136. i 137.

58 Vidi zk. ul. 3448 k.o. Kostrena Lucija u zemljišnim knjigama Općinskog suda u Rijeci, https://oss.uredjenazemlja.hr/public/lrextracts.jsp?action=publicLdbExtract, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

59 Vidi, npr. čl. 495. st. 3. Zakon o tržištu kapitala, NN, br. 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15 i 110/15 (dalje u tekstu: ZTK), u kojem se određuje da "(….) založno pravo na nematerijaliziranom vrijednosnom papiru prestaje u trenutku njegovog brisanja."

60 Prema čl. 347. st. 1. ZV, "(…) hipoteka prestaje brisanjem iz zemljišne knjige."

61 GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak II. (dalje u tekstu: GAVELLA, N., *et al.,* Stvarno pravo II.), Zagreb, Narodne novine,

brisanju hipoteke (koja je osiguravala takvu tražbinu) u amortizacijskom postupku.[62]

Za tzv. amortizaciju hipoteka traže se određene pretpostavke, koje, međutim, nisu potrebne kada je riječ o jednoj podskupini hipoteka. Od noveliranja zemljišnoknjižnih pravila iz 2007. godine[63] predviđeno je da se "(…) iz zemljišne knjige *ex officio* brišu hipoteke upisane do 25. prosinca 1958. godine."[64] [65] Stipulacija pravila koje predviđa brisanje ovih hipoteka pokazuje da zakonodavac izrijekom predviđa dužnost ekstabulacije od strane suda i po službenoj dužnosti ako ne dođe do brisanje po prijedlogu stranaka (i ne traži se stjecanje pretpostavki koje su inače potrebne za redovnu amortizaciju, vidi čl. 141. st. 1. ZZK). Usporedba, pak, pravila o izvanrednoj amortizaciji (čl. 141. st. 2. ZZK) s onim iz čl. 93. st. 2. ZZK[66] koje određuje "(…) da će zemljišnoknjižni sud po službenoj dužnosti preporučiti strankama i nadležnom tijelu da zahtijevaju neki upis, ako nađe da bi on bio svrhovit," pokazuje da je u čl. 141. st. 2. ZZK zakonodavac odustao od zahtjeva svrhovitosti.[67] U biti, sasvim je dovoljno da zemljišnoknjižni sud uoči postojanje takve hipoteke u zemljišnoj knjizi, pa da je i izbriše. No, zemljišnoknjižni sudovi nerado to čine - po službenoj dužnosti brišu stare hipoteke.[68]

2007., str. 355.

62 GAVELLA, N., *et al.,* Stvarno pravo II., str. 355.-357., JOSIPOVIĆ, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 324.-325.

63 Vidi čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, NN, br. 107/07 (dalje u tekstu: ZIDZZK/07).

64 Bilo je prilike da stranke same zatraže brisanje hipoteka, npr. čl. 50. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Službeni list FNRJ (dalje u tekstu: Sl. list), br. 52/58 (dalje u tekstu: ZNNZGZ) propisivao je da "(…) hipoteke i drugi stvarni tereti, osim stvarnih služnosti, upisani na nekretninama koje su ovim zakonom nacionalizirane, gube pravnu važnost i imaju se brisati iz zemljišnih knjiga i drugih javnih knjiga u kojima se upisuje vlasništvo na nekretninama," s tim da "(…) brisanje (..) vrši se po prijedlogu organa uprave općinskog narodnog odbora nadležnog za poslove financija, a na osnovu pravomoćnog rješenja o utvrđenju predmeta nacionalizacije." Riječ je bila o tzv. društvenopolitičkim zajednicama: općinama i tzv. zajednicama općina (one su bile stranke). Vidi kod OPAČIĆ. N., Društveno-političke zajednice, Međunarodna štampa-Interpress, Beograd, 1968., str. 69.

65 Čl. 141. st. 2. ZZK glasi: "Odredba stavka 1. ovoga članka ne odnosi se na hipoteke upisane do 25. prosinca 1958. Takve hipoteke brisat će se po službenoj dužnosti ili po prijedlogu stranke."

66 Prema čl. 93. st. 1. ZZK "(…) zemljišnoknjižni sud pokreće postupak samo na prijedlog stranaka ili nadležnoga tijela, osim kad je zakonom što drugo određeno."

67 Postoji preporuka da se u tzv. neprepisanom ulošku ili ulošku koji nije verificiran brisanje obavi stavljanjem bilješke u ručno vođenu zemljišnu knjigu. Preporuka Ministarstva pravosuđa, Uprave za građansko pravo, Sektor za zemljišnoknjižno pravo, Klasa: 932-01/07-01/294, Ur. broj: 514-03-01-02/3-07-1, studeni 2007., Vidi kod ANTONIĆ, LJ., BARJAKTAR, B., KONČIĆ A. M., Nekretnine i zemljišne knjige, Izbor sudskih odluka i mišljenja ministarstava, Novi Informator, Zagreb, 2009., str. 181.

68 U praksi nije osobito teško naći takve upise. Vidi npr. egzistirajući upis hipoteke u zk.ul. 401k.o. Markuševec u zemljišnim knjigama Općinskog građanskog suda u Zagrebu prema kojem proizlazi da je predmet "(…) primljen: 15. listopada 1938., 6477/Dn (…) 13,200.00 DIN (…) Na temelju jamčevinskog očitovanja od 12. listopada 1938., i odobrenja, uknjižuje se pravo zaloga za sigurnost blagajničke jamčevine u iznosu od trinaesttisućaidvjesto dinara spp., za korist: UPRAVNA OPĆINA SESVETE (…) Zabilježuje se da se glavna hipoteka nalazi u ulošku br. 9 ove općine." https://oss.uredjenazemlja.hr/public/lrextracts.jsp?action=publicLdbExtract, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

2.5.3. Brisanje stvarnih prava iz USJBO-a

U *supra* navedenim slučajevima pokazana je potreba da se iz javnog upisnika izbrišu upisana prava kako bi ona prestala. Pravila o tomu sadržana su u više registarskih odredbi koje uređuju različite javne upisnike, a za očekivati bi bilo da ih zakonodavac nije "zaboravio" ni kada je riječ o pravilima ZU-a. Međutim, nije tako, pa je u teoriji[69] upozoreno da u ZU-u, jednostavno, nije predviđeno da je "(…) pretpostavka prestanka prava upisanih u USJBO-u njihovo brisanje (ekstabulacija)."[70]

2.6. Određene neusklađenosti koje se tiču određenosti upisa

2.6.1. (Pod)normiranosti pravila o određenosti upisa

2.6.1.1. Upis založnog prava na brodu

Za primjer podnormiranosti pravila o određenosti upisa mogu se uzeti pravila koja uređuju upis založnog prava (hipoteke) na brodu po pitanju njezina opsega. Pogleda li se, naime, jasno pravilo iz čl. 36. ZZK koje pitanje opsega hipoteke rješava u slučaju založnog prava na nekretnini,[71] primjetno je da se ne može povući paralela s uređenjem tog pitanja kada je riječ o brodu kao predmetu osiguranja založnim pravom. Javni upisnici koji se tiču brodova i drugih plovila (tzv. pomorskih objekata)[72] odnosno registarska pravila koja uređuju upise u te upisnike,[73] jednostavno ne uređuju

69 GAVELLA, N., *et al.,* Stvarno pravo II., str. 551.

70 Istina, u čl. 36. ZU uređuje se brisanje upisa (predviđa se kako se i tko pokreće postupak za brisanje i koje su njegove pretpostavke), ali nema temeljnog pravila o prestanku upisanog prava ekstabulacijom koje bi odgovaralo, npr. čl. 347. st. 1. ZV ili čl. 495. st. 3. ZTK.

71 Ova se odredba može uzeti kao primjer jasne zakonske odredbe. Međutim, u praksi je moguće vidjeti i ovakve upise: "(…) Temeljem Sporazuma radi osiguranja novčane tražbine zasnivanjem založnog prava (…) i Dodatka (…) uknjižuje se založno pravo u iznosu od 14.761.904,76 EUR, s ugovorenom kamatnom stopom u visini referentna kamata 3 mjesečni EURIBOR uvećan za kamatnu maržu 5,00 postotnih poena godišnje, te prema ostalim uvjetima iz Sporazuma i Dodatka (..) za korist (…)" ili "(…) "Temeljem Sporazuma o zasnivanju založnog prava na nekretninama i pravu na neposrednu ovrhu (…) uknjižuje se založno pravo u iznosu od 100.000,00 EUR u kunskoj protuvrijednosti po prodajnom tečaju (…) na dan dospijeća, s redovnom kamatom po stopi u visini tromjesečnog EURIBOR-a uvećanog za 4,25 p.p., minimalno 7,75% godišnje, promjenjiva u skladu s aktima Vjerovnika, s kamatom po dospijeću u visini zakonske zatezne kamate određene za odnose iz trgovačkih ugovora, a koja je promjenjiva u skladu s propisima i trenutno iznosi 17% godišnje, odnosno u visini redovne kamate ukoliko ista bude viša od zakonske zatezne kamate, naknadama, te drugim uvjetima utvrđenih Ugovorom i Sporazumom za korist (…)." Cit. prema: NAKIĆ J., RUŽIČKA B., Što je to kauciona hipoteka? (uz primjer iz sudske prakse), Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, (1-2/2015), str. 133.

72 Za ove upisnike, vidi bilješku 12.

73 Prema odredbi čl. 208. PZ, "(…) brod i brod u gradnji i jahta i jahta u gradnji jesu pokretne stvari." Za brod kao nekretninu u ovršnom postupku, vidi čl. 841. st. 5. i 6. PZ. Vidi i odluku Vrhovnog suda (dalje u tekstu: VS) Gzz-154/01 od 24. travnja 2002., https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba80278e22, stranica posjećena 30. prosinca 2016. Valja imati na umu da se, npr. pomorske privilegije (čl. 241.-252. PZ) ne upisuju u upisnike plovnih objekata (čl. 214. st. 2. PZ), a i da PZ-e predviđa još neke iznimke (vidi čl. 215. PZ). Usp. npr.

(nemaju pravilo) kojim bi bio uređen opsega (hipotekarnog) osiguranja[74] po uzoru na zemljišnoknjižna pravila.[75]

U ovom kontekstu potrebno je imati u vidu da se u praksi, a kada je riječ o tzv. sporednim tražbinama smatra da čl. 36. st. 1. i 2. ZZK treba razumjeti na način da se "(…) založno pravo u vezi sporednog potraživanja s naslova kamata stječe ako je upisano u zemljišne knjige."[76] Ekvivalent takvom tumačenju u vezi s osiguranjem sporednih tražbina na založenom brodu upućuje na pitanje imaju li upisi hipoteke na nekretnini i na brodu isti režim kada je riječ o opsegu osiguranja. Moguće je smatrati da nemaju, ako čl. 36. st. 1. i 2. ZZK nije moguće odgovarajuće primijeniti za upis založnog prava na brodu odnosno, da imaju, ako se zaključi da je takva primjena moguća.[77]

2.6.1.2. Upis založnog prava na temelju prethodne mjere u USJBO-o

Kada je riječ o jednoj podvrsti založnog prava - prisilnom sudskom založnom pravu na temelju prethodne mjere na pokretnoj stvari (i određenim pravima) postoji zanimljiv slučaj nastao kao posljedica promjena zakonskog uređenja. Pravila ZU-a koja se s obzirom na upis u USJBO mogu smatrati registarskim pravilima u užem smislu sadrže rješenje drukčije od onog iz ovršnih pravila koja bi po istom pitanju, ipak, bila registarska pravila u širem smislu. Ta su pravila, međutim, novija. Tako ZU (starijim pravilima) određuju da založno pravo stečeno osiguranjem bez suglasnosti protivnika osiguranja smatra stečenim na način i u vrijeme utvrđeno odredbama OZ-a, a problem je u tomu što se poziva na derogirani OZ-e[78] i stara ovršna pravila kada se

čl. 247. Stečajnog zakona, NN, br. 71/15 (dalje u tekstu: SZ), a osobito njegov st. 8., čl. 247. SZ koji kaže: "(…) stavci 1.-7. ovoga članka na odgovarajući se način primjenjuju na prodaju brodova, brodova u gradnji, zrakoplova i drugih prava upisanih u javne knjige."

74 Usp., npr. pravila PNVPUPO-a.

75 Kao što sličnog pravila nema ni u PZ-u niti je upućeno odgovarajuće primijeniti čl. 36. ZZK. Vidi da se u čl. 214. PZ, određuje da se "(…) pravo vlasništva i druga stvarna prava na brodu, jahti ili brodici mogu steći, prenijeti, ograničiti i ukinuti jedino upisom u odgovarajući upisnik ili očevidnik."

76 VS smatra kako su "(…) sudovi (…) pogrešno primijenili čl. 36. st. 1. i 2. ZZK kada su usvojili pravno stajalište da je podnositelj (…) u vezi tog potraživanja stekao založno pravo, iako ono nije upisano u zemljišnim knjigama (…) u konkretnom sporazumu (…) nije određen najviši iznos glavnice koji bi sadržavao i troškove kredita, jer je u toj ispravi navedena samo glavnica (…) pa je stoga nedopuštena ovrha na spornom stanu, a radi podnositeljevog namirenja s naslova kamata i troškova kredita (…)" zbog čega su "sudovi (…) pogrešno primijenili materijalno pravo i povrijedili čl. 122. ZV, jer je tužitelj u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige i čl. 8. st. 4. ZZK, pa je stoga stekao nekretnine, tj. stan neopterećen spornim teretima". VS, Gzz-229/01-2 od 28. ožujka 2002., cit. prema: US, U-III-1569/02 od 27. listopada 2005., https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Praksa/C1256A25004A262AC12570AB002DC1D8?OpenDocument, stranica posjećena 26. prosinca 2016. U obrazloženju odluke US kaže: "Pravna stajališta navedena u osporenoj presudi VS-a zasnivaju se na pravilnoj primjeni mjerodavnog materijalnog prava i na ustavnopravno prihvatljivom tumačenju tog prava."

77 Ne treba zaboraviti da se u postupku upisa plovnih objekata uz odredbe PZ-a primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku, NN, br. 47/09 (dalje u tekstu: ZOUP).

78 Vidi čl. 16. st. 1. ZU.

kao radnja osiguranja kojom se stječe založno pravo predviđala pljenidba. Sada je kao radnja osiguranja predviđen upis prisilnog založnog prava (na pokretnini) u USJBO-o i taj bi upis trebao ostvariti konstitutivne učinke za nastanak ove podvrste založnog prava.[79] Stoga bi, prije nego li se uskladi čl. 16. ZU s novim ovršnim pravilima, neusklađenost koja iz njega proizlazi trebalo tumačiti u naznačenom smislu.

2.6.1.3. (Pre)normiranosti upisa u zemljišnu knjigu

Primjer tzv. pozitivne zabilježbe[80] dobar je za ilustraciju kako je zemljišnu knjigu moguće opteretiti upisima[81] koji (nužno) nisu u službi njezine preglednosti.[82] Institut je uveden u vrijeme kada se pokušalo riješiti problem tzv. bespravne gradnje, a (navodno) "(…) u svrhu afirmacije načela potpunosti i istinitosti (…) i načela

79 Vidi čl. 335, st. 1. toč. 2. u vezi s čl. 300. OZ.

80 Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji, NN, br. 90/11 (dalje u tekstu: ZIDZPUG/11) i Zakonom o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, NN, br. 86/12 i 143/13 (dalje u tekstu: ZPNIZ) naloženo je katastarskim uredima da zemljišnoknjižnom sudu dostave akte o građenju odnosno rješenja o izvedenom stanju, a (ujedno) zemljišnoknjižnim sudovima da upišu zabilježbe kako bi se učinile vidljivim sljedeće okolnosti: zakonitost i uporabljivost zgrada upisanih u zemljišne knjige prema odredbama propisa koji su uređivali tu materiju do stupanja na snagu ZID ZPUG/11, kao i zgrada koje se upisuju *po* izmijenjenim odredbama Zakona o prostornom uređenju i gradnji NN, br. 76/07., 38/09. i 55/11, 90/11, 50/12, 55/12, 80/13 i 78/15 (dalje u tekstu: ZPUG), odnosno zakonitost i uporabljivost onih zgrada koje će tek biti upisane po odredbama ZPNIZ-a. Čl. 268.a ZPUG (uveden ZIDZPUG/11) propisivao je da: "(…) nadležni sud prilikom upisa građevine u zemljišnu knjigu po službenoj dužnosti u posjedovnici zemljišne knjige stavlja zabilježbu da je priložen akt za uporabu građevine koja se upisuje uz navođenje naziva i oznake tog akta, odnosno uz navođenje oznake potvrde nadležnoga upravnog tijela da se za uporabu građevine ne izdaje akt za uporabu," čl. 268.a st. 1. ZPUG te da , "(…) građevina upisana u zemljišnoj knjizi bez zabilježbe iz stavka 1. ovoga članka smatra se građevinom izgrađenom bez akta na temelju kojega se može pristupiti građenju građevine i bez akta za uporabu iste, a tko tvrdi suprotno, treba to dokazati" čl. 268.a st. 2. ZPUG.

81 "(…) Odredbe članka 268.a stavka 2. Zakona o prostornom uređenju i gradnji znače da je prilikom prometa zgrade za koju u zemljišnoj knjizi nije stavljena zabilježba o aktu za uporabu u svrhu uknjižbe prava vlasništva na temelju kupoprodajnog ugovora potrebno dokazati da je zgrada zakonita, a što se prema Zakonu o prostornom uređenju i gradnji dokazuje predočenjem građevinske dozvole, drugog akta na temelju kojega je zgrada izgrađena, akta za uporabu zgrade, odnosno pozivanjem na odredbu zakona kojom je zgrada izgrađena bez akta za građenje izjednačena sa zgradom izgrađenom na temelju zakona." Vidi Ministarstvo zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva, Klasa: 360-01/11-01-01/218, Urbroj: 531-01-11-1. od 28. rujna 2011., http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=11112, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

82 Zakon o gradnji, NN, br. 153/13 (dalje: ZG), u čl. 149. ZG određuje: "(…) nadležni sud prilikom upisa građevine u zemljišnu knjigu po službenoj dužnosti u posjedovnici zemljišne knjige stavlja zabilježbu da je za evidentiranje građevine u katastru priložena uporabna dozvola, navodi tijelo graditeljstva koje je dozvolu izdalo te njezinu klasu, urudžbeni broj i datum izdavanja," čl. 149. st. 1. ZG te da «(…) stavljanjem zabilježbe iz stavka 1. ovoga članka nadležni sud istodobno po službenoj dužnosti briše zabilježbu iz zemljišne knjige da građevinska i/ili uporabna dozvola nije priložena, ako takva zabilježba postoji," čl. 149. st. 2. ZG kao i da "(…) upis zabilježbe iz stavka 1. ovoga članka je dokaz o evidentiranju isprave, a ne o zakonitosti i uporabljivosti građevine," čl. 149. st. 3. ZG. Vidi i čl. 174. ZG.

povjerenja."[83] Međutim, čini se da ni sam zakonodavac nije bio dovoljno uvjeren da su takvi upisi nužni (i opravdani), budući da je odredbe o potrebi prilaganja dozvole za građenje i uporabne dozvole višekratno mijenjao.[84]

Još je jedna zabilježba pokazala svoje naličje - tzv. zabilježba pokretanja postupka pred sudom ili upravnim tijelom.[85] U teoriji je, polazeći od toga da je praksa vrlo restriktivno tumačila mogućnost upisa zabilježbe spora, pokazan niz slučajeva kada bi takvu zabilježbu bilo moguće upisati u postupcima ovrhe[86] i osiguranja.[87] Pitanje je radi li se o stvarnoj potrebi za takvom zabilježbom čiji su pravni učinci vrlo slični onima koji se ostvaruju zabilježbom spora.[88]

---

83 U Prijedlogu ZIDZPUG/11 iz lipnja 2011. godine navedeno je: "(…) odredbama ovih članka u svrhu afirmacije načela potpunosti i istinitosti podataka u zemljišnim knjigama i načela povjerenja u zemljišne knjige uvodi se stavljanje zabilježbe u zemljišnim knjigama akta na temelju kojega se građevina smije rabiti i (oboriva) predmnijeva da se građevina koja je upisana bez takve zabilježbe smatra građevinom izgrađenom bez akta na temelju kojega se može pristupiti građenju, s time da se s odgovarajućim aktom za uporabu, ako je to u pravnom prometu ili kakvom postupku potrebno, može dokazati suprotno." https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//133%20-%201.2.pdf, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

84 Vidi kod RUŽIČKA, B., Zemljišna knjiga »pravna" i »bespravna" iz/gradnja, Novi Informator, br. 5278, str. 7. KONČIĆ, A. M., Zabilježba akta za uporabu i promet nekretnina, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji i Zakon o postupanju sa nezakonito izgrađenim zgradama, Narodne novine broj 90/11, Hrvatska gospodarska komora, Šesnaesti forum poslovanja nekretninama, http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-16/16-forum-Zabiljezba-akta-za-uporabu-i-promet-nekretnina.pdf, stranica posjećena 30. prosinca 2016.

85 Uvedena je s ZIDZZK/13. Prema čl. 84.a st. 1. ZZK, "(…) zemljišnoknjižni sud, a na temelju podneska kojim je pokrenut postupak i potvrde da je podnesak predan sudu ili upravnom tijelu, dopustiti će zabilježbu pokretanja postupka ako se u tom postupku može odrediti upis i pod pretpostavkom da u odnosu na taj postupak (činjenicu njegova vođenja) nije dopušteno odrediti zabilježbu spora."

86 Tako, npr. zabilježba pokretanja postupka za proglašenje ovrhe na nekretnini nedopuštenom, zabilježba pokretanja postupka ovrhe na nekretnini (pokretanje tzv. "obične ovrhe," pokretanje ovrhe kada je upisano dobrovoljno sudsko ili javnobilježničko založno pravo na temelju sporazuma stranaka, pokretanje ovrhe na nekretnini temeljem vjerodostojne isprave), zabilježba stupanja u već pokrenuti ovršni postupak na nekretnini (pristupanja ovrsi), zabilježba pokretanja postupka ovrhe na tražbini da se preda nekretnina, zabilježba pokretanja postupka ovrhe diobom nekretnine, i sl. MIHELČIĆ, G., Zabilježba pokretanja postupka pred sudom ili upravnim tijelom (I. i II.), Pravo i porezi, 2013.-2014., br. 12.-1., str. 40. *et seq*.

87 Tako, npr. zabilježba pokretanja postupka osiguranja prisilnim osnivanjem založnoga prava na nekretnini, zabilježba pokretanja postupka sudskog osiguranje novčane tražbine zasnivanjem založnoga prava na temelju sporazuma stranaka, zabilježba pokretanja postupka sudskog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, zabilježba pokretanja postupka prethodnom ovrhom, zabilježba pokretanja postupka osiguranja prethodnim mjerama, zabilježba pokretanja postupka osiguranja privremenom mjerom, i sl. MIHELČIĆ, G., *Ibidem.*

88 Prema čl. 84.a st. 2. ZZK, "(…) ima učinak da odluka donesena pred drugim sudom ili tijelom povodom pokrenutog postupka djeluje i protiv onih osoba koje su stekle knjižna prava nakon što je prijedlog za zabilježbu pokretanja postupka stigao zemljišnoknjižnom sudu."

2.7. Raspršenost registarskih pravila

Postoji puno slučajeva kada je za odgovor na neko pitanje koje se tiče i registarskog uređenja potrebno izvršiti uvid u više javnih upisnika i konzultirati više registarskih pravila.[89] Npr. za odgovor na naizgled jednostavno pitanje: tko može biti davatelj kredita (pored svih drugih pitanja koja nisu predmet ove analize) potrebno je "pregledati" brojna registarska (i druga) pravila (i same upisnike).[90] S druge strane, u nekim se javnim upisnicima, iako upisi u njih nemaju konstitutivni značaj za osnivanje prava,[91] previdjelo upise određenih pravnih činjenica koje mogu utjecati na raspolaganje kakvim pravima.[92]

89 Npr. zabilježbe temeljno uređuju pravila ZZK-a, ali i brojni drugi propisi. Ostavljajući sa strane druge zabilježbe, kada se radi o onima u postupku ovrhe na nekretnini, zabilježbu ovrhe predviđa čl. 84. OZ, zabilježbu odbijanja ovrhe i zabilježbu dosude predviđaju, pak, čl. 88. i 89. ZZK, i sl.

90 Tako Zakon o sudskom registru, NN, 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13, 93/14 i 110/15 (dalje u tekstu: ZSR) u čl. 6. ZSR određuje koji se subjekti upisuju u Sudski registar (dalje u tekstu: SR), a, zatim u čl. 21. do 38.a ZSR koji se njihovi podatci upisuju u SR. Između ostalog, u čl. 34. ZSR predviđeno je da se "(…) za banku i druge kreditne institucije upisuju podaci propisani za dioničko društvo i ostali podaci predviđeni posebnim propisima." Pravilo o tomu koje se podatke o dioničkom društvu upisuju u SR-a predviđa čl. 31. ZSR. On se veže na čl. 24. ZSR koji propisuje one podatke koje treba upisati za svakog subjekta koji se upisuje u SR-a. Propisi koji uređuje kreditne institucije je Zakon o kreditnim institucijama, NN, 159/13, 19/15 i 102/15 (dalje u tekstu: ZKI). U njemu je određeno da odobrenje za rad kreditnoj instituciji kako bi radila "(…) kao banka, štedna banka ili stambena štedionica" daje Hrvatska narodna banka (dalje u tekstu: HNB). Takvo odobrenje, uz iznimku iz čl. 60. st. 5. ZKI, pretpostavka je za upis kreditne institucije u SR-a (čl. 60. st. 1. i 4. ZKI). HNB-e vodi svojevrsni upisnik kreditnih institucija kojima je izdala odobrenje za rad tzv. Popis kreditnih institucija. Takav popis sa stanjem 31. prosinca 2015. objavljen je u Biltenu o bankama br. 29. od 24. kolovoza 2016 koji izdaje HNB i u čijem Prilogu I. je objavljen i popis grupa kreditnih institucija. Bilten o bankama br. 29., HNB, ISSN 1334-0115 (online), http://www.hnb.hr/documents/20182/950978/hbilten-o-bankama-29.pdf/f037d986-a62d-402a-bb32-9794e88a1a51, stranica posjećena 14. prosinca 2016.

91 Npr., SR nije takav javni upisnik upisima u koji se stječu stvarna prava (ili osiguranja), pa nema ni govora o kakvim pravnim učincima koji bi se njih ticali. Za ulogu i načela SR-a kod: MARKOVIĆ, N., Sudski registar, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo, str. 205.-206.

92 Nije li zanimljivo, primjerice da čl. 353. st. 1. ZKI predviđa kako će se «(…) uvođenje reorganizacijske mjere (…) u drugoj državi članici, upisat (…) u Republici Hrvatskoj (…) u sudski (…) registar," kao što će i "(…) ako je likvidacijski, odnosno stečajni postupak otvoren u Republici Hrvatskoj kao matičnoj državi (…) predložiti upis otvaranja likvidacijskog, odnosno stečajnog postupka u svim državama članicama domaćinima" (čl. 353. st. 2. ZKI), ali ne kaže što s upisom reorganizacijske mjere uvedene u RH-a.

3. ZAKLJUČAK

U sustavu javnih upisnika koje je moguće smatrati tzv. upisnicima privatnoga prava postoji više situacija koje se odražavaju na međusobnu usklađenost tih upisnika. U jednoj se varijanti može raditi o problematičnim pojavama unutar pojedinih javnih upisnika, a u drugoj kada te pojave postoje u odnosima između dva ili više javnih upisnika. Posebno je problematična posljedica neusklađenosti, neovisno je li riječ o konkurenciji javnih upisnika istorodnih ili različitih predmeta (objekata upisa), ona koja se odražava na upise s konstitutivnim učincima.

Ima registarskih pravila koja su, uređujući prvenstveni reda upisa u javne upisnike, odstupila od pravila o vremenskom prvenstvu (npr. kada se nejasnim kriterijima uređuje primitak prijedloga za upis ili kada se privilegira upis određenog prava predložen istodobno s upisom drugog prava koje ne uživa takav položaj).

Primjetno je i da zakonodavac izmjenama i dopunama registarskih pravila u širem smislu mijenja (dotadašnje) pravno stanja objekta upisa, ponekad i ograničavajući vlasničkopravne ovlasti, a što u nekim slučajevima nije vidljivo iz javnih upisnika. Posebno poglavlje predstavljaju problemi koji se pojavljuje u vezi s brisanjem (registarskih, knjižnih) prava iz javnih upisnika.

Određeni problemi postoje i u vezi s hijerarhijom registarskih pravila, pa se ponekad može "imati osjećaj" da se propituju temeljna pravila o odnosu između općih i posebnih (posebnijih) registarskih pravila ili onih zakonske ili podzakonske naravi (npr. da "posebno pravilo derogira opće" ili da "novije pravilo derogira ono starije" i sl.). Takve pojave su osobito složene kada vode dodatnom raslojavanju (ionako značajno usitnjenog) registarskog sustava.

Njegovoj usklađenosti ne doprinose ni pojave podnormiranosti pojedinih uređenja (npr. u vezi s određenosti upisa hipoteke na brodu) ili prenormiranosti (kao u vezi s nekim zabilježbama) i sl. Postoji više pitanja koja u nekim javnim upisnicima nisu uređena ili su uređena tek djelomično (npr. kada nisu uređene pretpostavke upisa ili sl.). S druge strane, predviđeni su "suvišni" upisi. Kao problem ocjenjeni su i slučajevi raspršenosti registarskih pravila.

Jasno da registarska pravila u užem smislu moraju voditi računa o posebnostima upisa i značajkama objekata upisa u "svojim" javnim upisnicima. Nije nelogično, stoga, da postoje posebna rješenja i u njima predviđene iznimke. No, ne bi trebala negativno utjecati na načela, a čine li to, koristilo bi određena rješenja preispitati i drukčije urediti.

LITERATURA

1. ANTONIĆ, LJ., BARJAKTAR, B., KONČIĆ A. M., Nekretnine i zemljišne knjige, Izbor sudskih odluka i mišljenja ministarstava, Novi Informator, Zagreb, 2009.
2. BUKOVAC, M., ŽUNIĆ KOVAČEVIĆ, N., Problem temelja odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom njezinih tijela, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 32(1), 2011.
3. DIKA, M., ERNST, H., JELČIĆ, O., JOSIPOVIĆ, T., LISIČAR, H., MARIN, J., MARKOVIĆ, N., MATANOVAC, R., RAČKI MARINKOVIĆ, A., RADIŠIĆ, N., ROIĆ, M., (opća redakcija: JOSIPOVIĆ, T.), Hrvatsko registarsko pravo - registri

pravnih osoba, nekretnina, pokretnina i prava Narodne novine, Zagreb., 2006.
4. DIKA, M., Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2007.
5. DIKA, M., Zajednička načela registarskog postupovnog prava - sumarni pregled, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo
6. ERNST, H., Hrvatski upisnik oporuka i drugi javni registri privatnog prava, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo.
7. ERNST, H., MIHELČIĆ, G., Odštetnopravna zaštita zbog neodgovarajuće usluge privatnopravnih registara u hrvatskom pravu, u: Uslužno pravo: [zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 10. maja 2013. godine na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu] / urednik Miodrag Mićović, Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta, Institut za pravne i društvene nauke, 2013.
8. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak I., Zagreb, Narodne novine, 2007.
9. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak II., Zagreb, Narodne novine, 2007.
10. JOSIPOVIĆ, T., Zajednička načela registarskog materijalnog prava, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo - registri pravnih osoba, nekretnina, pokretnina i prava Narodne novine, Zagreb., 2006.
11. JOSIPOVIĆ, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001.
12. KONČIĆ, A. M., Zabilježba akta za uporabu i promet nekretnina, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji i Zakon o postupanju sa nezakonito izgrađenim zgradama, Narodne novine, broj 90/11, Hrvatska gospodarska komora, Šesnaesti forum poslovanja nekretninama, http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-16/16-forum-Zabiljezba-akta-za-uporabu-i-promet-nekretnina.pdf
13. KONČIĆ, A. M., Zabilježba akta za uporabu i promet nekretnina, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji i Zakon o postupanju sa nezakonito izgrađenim zgradama, Narodne novine broj 90/11, Hrvatska gospodarska komora, Šesnaesti forum poslovanja nekretninama, http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-16/16-forum-Zabiljezba-akta-za-uporabu-i-promet-nekretnina.pdf
14. MARKOVIĆ, N., Sudski registar, u: DIKA, M., *et al.,* Hrvatsko registarsko pravo pravo - registri pravnih osoba, nekretnina, pokretnina i prava Narodne novine, Zagreb., 2006.
15. MATANOVAC VUČKOVIĆ, R., ERNST, H., Ovrha na žigu - kako premostiti podnormiranost?, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 34., br. 1., 2013., str. 199.
16. MIHELČIĆ, G., Zabilježba pokretanja postupka pred sudom ili upravnim tijelom (I. i II.), Pravo i porezi, 2013.-2014., br. 12.-1.
17. NAKIĆ J., RUŽIČKA B., Što je to kauciona hipoteka? (uz primjer iz sudske prakse), Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, 1-2/2015.
18. OPAČIĆ. N., Društveno-političke zajednice, Međunarodna štampa-Interpress, Beograd, 1968.
19. RUŽIČKA, B., Istodobno zaprimljeni zemljišnoknjižni predmeti, Novi Informator, br. 5756 i 5757.
20. RUŽIČKA, B., Zemljišna knjiga »pravna" i »bespravna" iz/gradnja, Novi Informator, br. 5278.
21. STANKOVIĆ, G., Raspolaganje koncesijom na pomorskom dobru: prijenos, potkoncesija, zalaganje, Zbornik radova - Znanstveni skup Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme, Rijeka, 2005.

22. TASIĆ, Z., Založno pravo na koncesiji na pomorskom dobru, Poredbeno pomorsko pravo, god. 48(2009), 163.

PRAVNI IZVORI:

1. Ovršni zakon, NN, br. 112/12, 25/13 i 93/14
2. Pomorski zakonik, NN, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13 i 26/15
3. Pravilnik o industrijskom dizajnu NN, br. 72/04, 117/07, 66/11 i 125/13
4. Pravilnik o jedinstvenom informacijskom sustavu mineralnih sirovina i registrima, NN, br. 142/13
5. Pravilnik o načinu vođenja i podacima koji se unose u upisnike pomorskih objekata, vođenju postupka EOP upisa, obrascima te nadležnosti lučkih kapetanija za upis, NN, br. 124/15
6. Pravilnik o naknadama za upise u upisnik, NN, br. 77/06
7. Pravilnik o obliku i sadržaju upisnika te unutarnjem ustrojstvu i radu službe upisa, NN, br. 77/06
8. Pravilnik o patentu, NN, br. 117/07, 3/11, 66/11, 145/12 i 85/13
9. Pravilnik o patentu, NN, br. 72/04
10. Pravilnik o registraciji i označavanju vozila, NN, br. 151/08, 89/10, 104/10, 83/13, 52/15 i 45/16
11. Pravilnik o Registru "Ne zovi," NN, br. 47/16
12. Pravilnik o Registru koncesija, NN, 26/13
13. Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja Hrvatskog registra civilnih zrakoplova, NN, br. 137/12
14. Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja registra izvlaštenih nekretnina, NN, br. 17/16
15. Pravilnik o tehničkim i drugim uvjetima elektroničkog poslovanja u zemljišnim knjigama, NN, br. 119/15
16. Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik), NN, br. 81/97, 109/02, 153/02, 123/02, 14/05, 60/10, 60/10 i 55/13
17. Pravilnik o Upisniku dobavljača božićnih drvaca, NN, br. 27/15
18. Pravilnik o upisniku koncesija na kulturnom dobru, NN, br. 77/15
19. Pravilnik o Upisniku koncesija na pomorskom dobru, NN, br. 176/04
20. Pravilnik o uvjetima korištenja i o naknadi za korištenje podataka preko elektroničkih medija sadržanih u upisnicima i drugim evidencijama službe upisa, NN, br. 77/06
21. Pravilnik o žigu, NN, br. 117/07, 66/11 i 125/13
22. Stečajni zakon, NN, br. 71/15
23. Uredba o novčanoj naknadi za istraživanje mineralnih sirovina, NN, br. 40/11
24. Uredba o novčanoj naknadi za koncesiju za eksploataciju mineralnih sirovina, NN, br. 31/14
25. Zakon o gradnji, NN, br. 153/13
26. Zakon o industrijskom dizajnu, N, br. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11
27. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju i gradnji, NN, br. 90/11
28. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, NN, br. 107/07
29. Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade, NN, br. 74/14
30. Zakon o kreditnim institucijama, NN 159/13, 19/15 i 102/15
31. Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Sl. list FNR,J br. 52/58
32. Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13 i 33/15-pročišćeni tekst
33. Zakon o obveznim odnosima, NN, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15
34. Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 47/09
35. Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga,

NN, br. 173/03, 186/03, 54/05, 76/07 i 49/11
36. Zakon o patentu, NN, br. 173/03, 87/05, 54/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11 i 76/13
37. Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama, NN, br. 158/03, 100/04, 141/06, 38/09, 123/11 i 56/16
38. Zakon o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, NN, br. 86/12 i 143/13
39. Zakon o prostornom uređenju i gradnji NN, br. 76/07., 38/09. i 55/11, 90/11, 50/12, 55/12, 80/13 i 78/15
40. Zakon o rudarstvu, NN, br. 56/13 i 14/14
41. Zakon o sudskom registru, NN, 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13, 93/14 i 110/15
42. Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13 i 110/15
43. Zakon o tržištu kapitala, NN, br. 88/08, 146/08, 74/09, 54/13, 159/13, 18/15 i 110/15
44. Zakon o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, NN, br. 121/05
45. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14 i 81/15 - pročišćeni tekst
46. Zakon o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda, NN br. 173/03, 76/07, 30/09 i 49/11
47. Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 i 60/13
48. Zakon o žigu, NN, br. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11
49. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, NN, br. 55/13, corrigendum NN br. 60/13
50. Zakon o porezu na promet nekretnina, NN, br. 53/90, 59/90, 61/91, 26/93 i 95/95
51. Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, SNKJ,br. 146/30
52. Zakon o zemljišnim knjigama, SNKJ, br. 146/30 i 281/31
53. Zakon o rudarstvu, NN, br. 75/09

SUDSKA PRAKSA:

1. US, U-I-28/93 od 17. travnja 1996., NN, br. 32/96.
2. US, U-I-4445/08 od 4. listopada 2011., https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Ustav/C12570D30061CE54C125791F0042302C?OpenDocument
3. US, U-III-1569/02 od 27. listopada 2005., https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Praksa/C1256A25004A262AC12570AB002DC1D8?OpenDocument
4. VS, Gzz-154/01 od 24. travnja 2002., https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba80278e22,
5. VS, Gzz-229/01-2 od 28. ožujka 2002., u: US, U-III-1569/02 od 27. listopada 2005., https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Praksa/C1256A25004A262AC12570AB002DC1D8?OpenDocument

Summary

DISCREPANCIES IN REGISTRATION MATTERS (SELECTED ISSUES)

In this paper, the authors analyse specific issues of non-compliance in the registration law, namely, the cases where there is a disruption of consistency in the system established by the principles of substantive registration rights. Specific issues pointed out in the paper are the competition of public registers (particularly in relation with the constituent registration); special solutions in the order of priority; legislative interventions that change the property law regime of real estates; and other. This paper indicates debatable questions and demonstrates, on concrete examples, the complexity of the discussed matter. In this sense, the conducted analysis may prove useful to the legislator for the unification of the registration rules.

Keywords: *Registration law, public registers, registration rules, competition of public registers, discharge of entry.*

Zusammenfassung

ABWEICHUNGEN IN REGISTER-ANGELEGENHEITEN (AUSGEWÄHLTE FRAGEN)

Die Autoren analysieren spezifische Fragen der Abweichungen im Registerrecht. Dies sind Fälle, in denen die Konsistenz des Systems, das anhand der etablierten Prinzipien des materiellen Registerrechts, verletz wurde. Im Artikel werden die folgenden Fragen bearbeitet: Konkurrenz der öffentlichen Registern, insbesondere im Zusammenhang mit Bestandteil-Eintragungen; Sonderlösungen anhand Priotritätsreihenfolgen; legislative Maßnahmen, die das Sachenrecht Regime von Immobilien ändern; und andere. Es wird auf noch offene Fragen und konkrete Beispiele verwiesen, welche die Komplexität in diesem Zusammenhang wiederspiegeln. Diese Analyse kann dem Gesetzgeber in Fragen der Vereinheitlichung der Registrierungsrvorschriften.

Schlüsselwörter*: Registerrecht, öffentliche Eintragungen, Registrierungsregeln, Konkurrenz der öffentlichen Register, Extabulation.*

Riassunto

DIFFORMITÀ NELLE QUESTIONI PUBBLICITARIE (TEMI SCELTI)

Gli autori nel lavoro trattano di alcune questioni di difformità nel diritto pubblicitario. Si tratta di casi in cui in cui risulta compromessa la consistenza del sistema fondato sui principi del diritto pubblicitario sostanziale. Nel lavoro sono evidenziate le questioni che riguardano: la concorrenza dei registri pubblici, con particolare riferimento alle iscrizioni di carattere costitutivo; le soluzioni speciali circa l'ordine di iscrizione; gli interventi legislativi che si riflettono sul regime giuridico reale degli immobili ed altro. Si osservano le questioni aperte e, mediante esempi pratici, si segnala la complessità delle questioni. In tale senso l'analisi condotta può risultare utile al legislatore al fine di uniformare le regola pubblicitarie.

Parole chiave: *diritto pubblicitario, registri pubblici, regole pubblicitarie, concorrenza dei registri pubblici, estavolazione.*

PRIMJENA NAČELA RAZMJERNOSTI U PRAKSI SUDA EUROPSKE UNIJE

Mr. sc. Inga Vezmar Barlek, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 341.645(4)EU
Ur.: 15. prosinca 2016.
Pr.: 11. siječnja 2017.
Stručni rad

Sažetak

Načelo razmjernosti u zaštiti subjektivnih prava zadnjih je godina dosta razrađeno u stručnoj literaturi pa se u radu polazi od pretpostavke kako su pojam načela razmjernosti i temeljni koraci za njegovu primjenu (test primjenjivosti, nužnosti i razmjernosti stricto sensu) već dobro poznati. U radu se kroz analizu nekih odluka iz bogate jurisprudencije Suda EU-a u primjeni načela razmjernosti, iznose neka njegova stajališta koja se prema mišljenju autorice čine važnima za domaću upravnosudsku praksu, radi razmatranja mogućnosti primjene načela razmjernosti u hrvatskom upravnom sporu i njegove lakše konkretizacije u praksi.

Ključne riječi: *opća načela prava, načelo razmjernosti, jurisprudencija Suda EU-a, pojedinačni i opći akti, diskrecijska ocjena, javni interes.*

1. UVOD

Uvodno valja naglasiti kako pojam razmjernosti (proporcionalnosti) u sustavu prava Europske unije[1] susrećemo u dvojakom značenju. Tako se pojam razmjernosti može susresti kao regulatorno pravilo[2] koje određuje dopustivost donošenja sekundarnog zakonodavstva institucija EU-a u odnosu na nadležnosti država članica, ali i kao opće načelo koje služi zaštiti subjektivnih prava i objektivnom poretku u cjelini. U ovom drugom smislu, njegovom primjenom ocjenjuje se valjanost pojedinačnih i općih mjera i akata odnosno ono služi tumačenju pravnih pravila. S obzirom na različito značenje pojma razmjernosti (proporcionalnosti) napominje se da priroda toga načela kao regulatornog načela u institucionalnom smislu nije tema ovog rada, već se u radu izučava primjena načela razmjernosti kao općeg načela prava.

1 Dalje: EU.

2 O načelu razmjernosti kao regulatornom načelu vidjeti u: Ćapeta, T., Rodin, S., Osnove prava Europske unije, Zagreb, Narodne novine, 2011., str. 20. Članak 5. stavak 4. Ugovora o Europskoj uniji (dalje: UEU) propisuje kako u skladu s načelom proporcionalnosti, sadržaj i oblik mjere koju poduzima Unija ne smije prelaziti ono što je prijeko potrebno za postizanje ciljeva Ugovorā. Institucije Unije načelo proporcionalnosti primjenjuju na način utvrđen Protokolom o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti.

U okviru obavljanja svojih nadležnosti[3], Sud Europske unije[4] razvio je brojna načela, koja su danas obuhvaćena pojmom općih načela prava. Budući da opća načela prava nastaju kroz praksu Suda EU-a, Sud je shvaćanja da ih pravo EU-a ne konstituira, već deklarira. To zbog toga jer je njihov izvor u ustavnim tradicijama država članica kao i nacionalnim pravnim (ponajprije upravnopravnim) doktrinama.

Opća načela prava mogu se ubrojiti u hijerarhijski najviše, primarne izvore prava EU-a,[5] jer se smatraju svojstvenima pravnom poretku EU te doprinose ostvarenju vladavine prava, jer upravo iz nje i deriviraju.[6]

U odnosu na pravo EU-a ona služe za interpretaciju normi prava EU-a (i to svih razina), ali mogu biti i temelj za proglašavanje nevaljanim određenog akta sekundarnog zakonodavstva. Isto tako mogu poslužiti kao osnova osporavanja pojedinačne odluke ili mjere koje je donijela neka institucija EU-a. Uz to, opća načela prava moraju poštovati i države članice pri donošenju i primjene svojih nacionalnih propisa, što znači da nacionalno pravo koje im je suprotno treba izuzeti iz primjene.

Brojna su načela koja je Sud EU ustanovio kroz svoju dugogodišnju praksu. Tako kao opća načela prava nalazimo: načelo poštovanja temeljnih procesnih jamstava, učinkovite pravne zaštite, razmjernosti, pravne sigurnosti, legitimnih očekivanja, zabrane retroaktivnosti, jednakog postupanja i zabrane diskriminacije, itd. U praktičnoj primjeni ona se međusobno prožimaju, a neka od njih svoje mjesto su našla i u Povelji Europske unije o temeljnim pravima, primjerice načelo razmjernosti, koje je pozicionirano unutar općih odredbi kojima se uređuje tumačenje i primjena Povelje.[7]

Primarna svrha načela razmjernosti ogleda su u funkciji ograničenja djelovanja javne vlasti,[8] a razmjernost mjere javne vlasti privatnom interesu u koji se takvom mjerom zadire, utvrđuje se kroz tri faze. Prije svega potrebno je utvrditi je li poduzeta mjera primjerena cilju koji se želi postići; je li nužna za postizanje tog cilja ili ga je moguće postići nekom manje restriktivnom mjerom te nameće li mjera obvezniku pretjerani teret u odnosu na cilj koji se njom nastoji postići. Radi se o testovima primjenjivosti, nužnosti i razmjernosti *stricto sensu*.

---

3 Za potrebe ovoga rada nije odlučno o kojem postupku predviđenom Ugovorom o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU) se radi: o postupanju Suda EU-a u prethodnom postupku, po izravnim tužbama, postupku po žalbi na odluke Općeg suda ili drugim UFEU-a predviđenim postupcima. U odnosu na nadležnosti Suda vidi članak 19. stavak 3. UEU-a i članke 258.-273. UFEU-a.

4 Dalje: Sud EU ili Sud.

5 Primarni izvori su osnivački ugovori i Povelja Europske unije o temeljnim pravima (članak 6. stavak 1. UEU).

6 Vidi Wimmer, M., The dinghy rudder: General principles of law thorugh the lens of proportionality, Hull University, European Public Law, vol. 20, 2014., no. 2., str. 332.

7 Članak 52. stavak 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima propisuje da svako ograničenje pri ostvarivanju prava i sloboda priznatih ovom Poveljom mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit tih prava i sloboda. Uz poštovanje načela proporcionalnosti, ograničenja su moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba.

8 Hagenau - Moizard, C., The judge and the proportionate use of discretion, Routledge research in EU law 2016., str. 142.

U teoriji postoje dvojbe ulazi li i ovaj treći korak u test razmjernosti, a u praksi Sud ga provodi kada podnositelj izričito iznese argumente kojima osporava baš pravilnost njegove primjene. U pravilu se slučaj riješi u nekom od prva dva koraka, pri čemu provođenje testa razmjernosti uvijek ovisi i o okolnostima konkretnog slučaja.[9]

2. NAČELO RAZMJERNOSTI KAO OSNOVA OSPORAVANJA POJEDINAČNIH MJERA

Valjanost pojedinačnih mjera odnosno akata na nacionalnoj ili EU razini moguće je preispitati primjenom načela razmjernosti. U odnosu na nacionalne mjere, a imajući na umu nadležnost Suda EU-a, u pravilu će do toga doći u prethodnom postupku, dok je u odnosu na mjere institucija EU-a, Sud unutar Ugovornog okvira kojim su određene osnove osporavanja akta,[10] također prihvatio primjenu općih načela prava pa tako i načela razmjernosti. Takav se pristup čini osobito važnim za domaću upravnosudsku praksu, jer Sud radi postizanja svrhe propisa, široko tumači izričito propisane osnove pobijanja akta. Stoga je u tom normativnom okviru našao prostor za osporavanje akta i zbog povrede općih načela prava,[11] koje shvaća sastavnim dijelom vladavine prava, imanentnima pravnom sustavu u cjelini.

Moguće je da je intencija Ugovorne odredbe kojom se kao osnova osporavanja navodi povreda bilo koje norme (uz povrede osnivačkih ugovora), upravo osiguranje međusobne kompatibilnosti svih akata koji se donose na razini EU-a, odnosno suglasnost svih mjera ne samo sa sekundarnim zakonodavstvom, nego i sa svim drugim pravilima koja ulaze u pojam vladavine prava.[12] Ovakvim pristupom Sud EU-a osigurava maksimalnu djelotvornost u provođenju svojih nadležnosti kojima postiže djelovanje pravnog sustava u cijelosti.

Govoreći o općim načelima prava ne smiju se zanemariti stajališta Suda u odnosu na poštovanje temeljnih procesnih jamstava. Ta jamstva (mogućnost sudjelovanja u postupku, odnosno obvezne konzultacije i participacije određenih tijela kod donošenja općenormativnih akata te nužnost obrazloženja akta) mogu se shvatiti kao temeljna prava[13] pa samu činjenicu njihove povrede Sud uzima kao osnovu nevaljanosti akta. U slučaju povrede temeljnih procesnih jamstava dakle nije potrebno dalje istraživati posljedice povrede, jer je povreda sama po sebi takve težine da neovisno o posljedicama dovodi do nevaljanosti mjere/akta.

Za domaću upravnopravnu praksu važno je uočiti kako Sud EU-a temeljna

9 O ispitivanju razmjernosti ovisno o okolnostima konkretnog slučaja vidjeti u: Hagenau - Moizard, C., *op. cit*., str. 159.

10 Vezano na tzv. izravne tužbe, UFEU propisuje da se akti institucija mogu osporavati zbog nenadležnosti, povrede bitnog postupovnog uvjeta, povrede Ugovora ili bilo kojeg propisa koji se odnosi na njihovu primjenu te zbog zlouporabe ovlaštenja (članak 263. stavak 2. UFEU).

11 Craig, P., De Burca., G., EU law - text, cases and materials, Fifth edition, Oxford, University press, 2011., str. 109. Osnove osporavanja propisane Ugovorom, Sud uzima kao početnu točku za razradu daljnjih osnova, sve u cilju postizanja maksimalne učinkovitosti u osiguravanju svojih nadležnosti.

12 Craig, P. i De Burca., G., *op. cit.,* str. 110.

13 Craig, P., De Burca, G., *op. cit.,* str. 519.

procesna jamstva ne zahtijeva samo u odnosu na pojedinačne odluke, nego i u odnosu na općenormativne akte. Tako i u odnosu na obrazloženje akta, koje se ne zahtijeva samo u ocjeni valjanosti pojedinačnih odluka (s primarnom svrhom da se stranci omogući osporavanje odnosno preispitivanje odluke), već i u odnosu na općenormativne akte,[14] jer se time proces donošenja akta čini transparentnim, olakšava se razumijevanje svrhe općeg akta te se omogućuje i provođenje testa razmjernosti. Utoliko Sud EU-a nastoji pribaviti materijale koji su prethodili donošenju akta sekundarnog zakonodavstva, ali za razliku od pojedinačnih, u odnosu na općenormativne akte nužno ne inzistira na obrazloženju, posebice ako je cilj i svrha akta jasna iz njegovih normi.

Načelo razmjernosti danas ima važnu ulogu u osporavanju pojedinačnih akata i mjera te se stranke redovito na njega pozivaju i Sud EU ga redovito primjenjuje. Njegova važnost posebice se očituje u upravnom pravu, s obzirom na to da se radi o javnom pravu u primjeni u čijoj je prisutan niz intervencija/mjera/ograničenja javne vlasti u privatnu sferu. U domeni osporavanja pojedinačnih mjera javne vlasti danas se radi o vrlo često korištenom prigovoru stranaka, jer se upravo primjenom toga načela ograničava autoritativna ovlast.

3. INTERPRETATIVNA ULOGA NAČELA RAZMJERNOSTI

Osim što služi osporavanju akta, načelo razmjernosti ima i važnu interpretativnu ulogu koja se ogleda u tomu da ono služi tumačenju normi i njihovoj pravilnoj primjeni radi postizanja svrhe propisa te ga Sud EU-a primjenjuje i pri interpretaciji normi. Zbog toga Sud radi njegovog pravilnog provođenja, a u postizanju boljeg razumijevanja svrhe norme, nastoji pribaviti pripremni materijal[15] izrađen prije donošenja propisa i iz njega iščitati koja se svrha nastojala postići. Utvrđivanju svrhe norme može poslužiti i uvodni tekst akta odnosno preambula, ako takva postoji.

Osim toga, primjenom načela razmjernosti moguće je popuniti pravne praznine[16] te u okviru odlučivanja po slobodnoj ocjeni pravilno odabrati jedno od mogućih rješenja. Odnosno njegovom primjenom može se prekontrolirati zakonitost u postizanju svrhe slobodnom ocjenom odabranog rješenja.[17]

Primjenom općih načela prava može se oblikovati i valjani okvir za interpretaciju norme.

14 Craig, P., De Burca, G., *op. cit.,* str. 523. i 104. Članak 296. UFEU-a propisuje da se u pravnim aktima navode razlozi na kojima se akti temelje i u njima se upućuje na prijedloge, inicijative, preporuke, zahtjeve ili mišljenja predviđena Ugovorima.

15 Franc. *travaux préparatories.*

16 Šikić, M., Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, Zagreb, Novi informator, br. 5857, 24. travnja 2010., str. 3.

17 Šikić, M., Ofak, L., 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. 151.

4. NAČELO RAZMJERNOSTI I OPĆENORMATIVNI AKTI

S obzirom na hijerarhijski položaj općih načela prava u sustavu prava EU-a, opća načela pa tako i načelo razmjernosti, mogu biti osnova za preispitivanje valjanosti odredbi sekundarnog zakonodavstva i u slučaju povrede dovesti do nevaljanosti tih akata.

Još u predmetu *Atalanta*[18] Sud EU-a je valjanost određene odredbe Uredbe ocjenjivao primjenom načela razmjernosti navodeći kako je priroda odredbe koja ne dopušta odmjeravanje kazne ovisno o težini povrede, protivna načelu razmjernosti.

I u novijim odlukama Sud primjenjuje ovo načelo u ocjeni valjanosti sekundarnog zakonodavstva. Primjerice u predmetu *Kadi I*[19] Sud EU-a ocijenio je nezakonitom Uredbu (EC) broj 881/2002 od 27. svibnja 2002. (iako ne zbog povrede načela razmjernosti). Iz obrazloženja presude može se zaključiti o relevantnosti takvog prigovora u ocjeni valjanosti sekundarnog zakonodavstva.

Isto tako načelo razmjernosti radi zaštite prava građana respektira se i u postupku donošenja sekundarnog zakonodavstva.[20] Tako je, primjerice postupak donošenja Direktive o uporabi podataka iz evidencije podataka o putnicima (PNR) u svrhu sprečavanja, otkrivanja, istrage i kaznenog progona kaznenih djela terorizma i teških kaznenih djela[21] bio otežan, jer je tijekom donošenja Direktive iznesena primjedba kako se prijedlogom Direktive vrijeđa načelo razmjernosti. Naime, PNR Direktivom predviđeno je da zračni prijevoznici iz sigurnosnih razloga skupljaju podatke o osobama koje putuju izvan EU-a i prosljeđuju ih nadležnom tijelu, što je otvorilo pitanje zaštite osobnih podataka građana.

Primjedba se posebice odnosila na činjenicu da iz prijedloga PNR Direktive nije bila jasno vidljiva ravnoteža interesa: javnog (sigurnosni razlozi) i privatnog (zaštita osobnih podataka), jer je normirano prikupljanje podataka o građanima samo jer su rezervirali kartu za zrakoplov. Istaknuto je kako se poštovanje načela razmjernosti ne može ispitati ako donositelj općenormativnog akta nije jasno definirao ciljeve koji se mjerama ograničenja nastoje postići, posebice, u konkretnom slučaju, što paralelno postoje druge slične baze podataka. Nadalje je bilo prigovoreno izostanku učinkovite pravne zaštite.

Ove primjedbe dovele su do preispitivanja predloženog teksta Direktive i

18 C-240/78 *Atalanta Amsterdam BV v Produktschap voor Vee en Vlees.* Presuda od 21. lipnja 1979. Vidi i De Burca, G., The principle of proportionality and its application in EC law, Yearbook of European Law, vol. 13., br. 1., 1993.

19 C-402 i 415/05 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Comission.* Sud EU-a je u ovom predmetu odlučivao o žalbi protiv presude Općeg suda koju je, kao i osporene akte, stavio izvan snage.

20 U postupku donošenja sekundarnog zakonodavstva ono dolazi u primjenu prije svega kao regulatorno načelo (prijeko potrebna regulacija radi postizanja ciljeva EU integracije), a tek onda kao opće načelo prava čijom će se primjenom ocijeniti sadržaj akta. Naime, ako bi bilo povrijeđeno načelo razmjernosti kao regulatorno načelo, već bi to dovelo do nevaljanosti akata pa ne bi bilo moguće odnosno potrebno ispitati njegovu sadržajnu valjanost.

21 Direktiva (EU) 2016/681 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. Dalje: PNR Direktiva. Iz preambule PNR Direktive jasno se razlikuje načelo razmjernosti kao regulatornonačele i njegova primjena u smislu općeg načela prava.

dugotrajnog postupka njezinog izglasavanja te se u konačnici u prihvaćenom tekstu PNR Direktive više puta naglašava poštovanje načela razmjernosti, što će posebice trebati imati na umu i u njezinoj primjeni.

Iz svega ovog proizlazi kako je respektirajući stajališta i argumentaciju Suda EU-a o primjeni i poziciji općih načela prava u pravnom sustavu, moguće i u hrvatskom objektivnom upravnom sporu problematizirati mogućnost ocjene zakonitosti općeg akta zbog povrede načela razmjernosti.

5. ANALIZA NEKIH ODLUKA SUDA EU-A

5.1. Diskrecijska ocjena i načelo razmjernosti

Uobičajeniji slučajevi u kojima se primjenom načela razmjernosti ocjenjuje valjanost nekog akta sekundarnog zakonodavstva, predmeti su u kojima se osporava valjanost izbora određenog normativnog rješenja. Ovdje valja uočiti razliku između povrede granica slobodnog odlučivanja i povrede načela razmjernosti.

Pristup Suda EU-a takvim slučajevima je oprezan jer Sud respektira pravo donositelja akta da u okviru svoje nadležnosti sam odabere rješenje koje smatra najsvrhovitijim za postizanje željenog cilja. To znači da, dok god se donositelj akta kreće u okviru granica svojeg izbora, Sud neće ocijeniti akt nevaljanim samo zato što smatra da postoji neko bolje rješenje, nego tek ako ocijeni da je mjera jasno i očigledno nerazmjerna cilju.

U tom pravcu Sud EU-a izrazio je stajališta u predmetu *British American Tobacco*[22] u kojem se ocjenjivala valjanost Direktive 2001/37/EZ odnosno zabrana prometa cigaretama u kojima su prekoračene dopuštene granice određenih štetnih supstanci; obveza proizvođača duhanskih proizvoda da na pakiranjima navedu količine štetnih supstanci te zabrana da se na pakiranju navede kako je određeni proizvod manje štetan od drugih. Sud je uzeo u obzir da donositelj akta uživa široku mjeru diskrecije u odabiru mjera kojima je cilj sprječavanje deformacija na unutarnjem tržištu, sprječavanje razvoja ilegalnog tržišta te očuvanje javnog zdravlja i nije našao povredu načela razmjernosti.

Zanimljivo je da su proizvođači koji su osporavali navedena ograničenja upozoravali na neprimjerenost mjera prema proizvođačima duhanskih proizvoda čiji proizvodi zakonito cirkuliraju na tržištu uz činjenicu egzistentnosti ilegalnog tržišta cigaretama, na kojem se vrši promet cigaretama koje ne udovoljavaju propisanim mjerama koje korespondiraju ograničenjima na tržištu. Također su prigovarali kako se cilj mogao postići i blažom mjerom, primjerice provođenjem inspekcijskog nadzora ili klasificiranjem proizvoda po količini štetnih supstanci. Ti su prigovori bili usmjereni na dokazivanje da su propisane mjere neprimjerene cilju Direktive te na odsutnost nužnosti mjera, jer se prema shvaćanju proizvođača cilj mogao postići i blaže restriktivnim mjerama. Sud je naglasio da osporene mjere same po sebi možda

22 C-491/01 *R v Secretary of State for Health, ex p British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd.* Sud EU-a je u prethodnom postupku odlučivao o valjanosti i tumačenju određenih odredbi Direktive 2001/37/EZ.

ne postižu željene ciljeve, ali učinkovito doprinose njihovom postizanju te zaključio kako granice diskrecije Direktivom nisu prekoračene niti je povrijeđeno načelo razmjernosti.

Prigovore o spekulacijama negativnim ekonomskim interesima proizvođača duhanskih proizvoda, Sud nije posebno razmotrio.

I u kasnijoj odluci poznatoj kao slučaj *Fedesa*[23] Sud EU-a izrazio je stajalište kako se eventualni financijski gubitci onih koje mjera pogađa, sami po sebi ne mogu smatrati kao očigledno neprimjerenima. Precizno razrađujući test razmjernosti, u presudi je istaknuo da ako postoji više mjera za postizanje legitimnog cilja, treba odabrati mjeru koja je najmanje teška za pravni subjekt o kojem se radi. Ponovio je ako tijelo javne vlasti ima diskrecijske ovlasti koje korespondiraju njegovoj političkoj odgovornosti, mjera će biti proglašena nezakonitom samo ako je očito neodgovarajuća cilju koji se želi postići.

Može se zaključiti kako Sud EU-a ponajprije detektira konkretno područje diskrecije i njegovu širinu te u područjima u kojima nadležni donositelj uživa široku slobodu odabire rješenja kojima će postići željeni cilj, test razmjernosti provodi pod blažim kriterijima. Za razliku od toga u područjima u kojima su granice diskrecije uže, test razmjernosti je striktniji. Mjera poduzeta unutar granica diskrecije biti će proglašena nerazmjernom samo ako je jasno i očito nerazmjerna zadanom cilju.

Iz svega je vidljiva razlika između povrede učinjene prekoračenjem granica diskrecijske ovlasti s testom razmjernosti. Ako je došlo do prekoračenja margine diskrecije, akt/mjera bit će nezakonita već po toj osnovi. Tek ako ta granica nije prekoračena, može doći do ocjene valjanosti akta/mjere primjenom testa razmjernosti. Drugim riječima, do primjene načela razmjernosti dolazi samo unutar granica diskrecijskog odlučivanja.

Ova stajališta su iznimno važna za hrvatski upravni spor, budući da je uloga upravnog suda nešto izmijenjena u ocjeni zakonitosti odluka koje se donose primjenom slobodne ocjene u odnosu na druge predmete upravnog spora.[24] Važno je prepoznati radi li se o diskrecijskom odlučivanju javnopravnog tijela te u vezi s primjenom načela razmjernosti, pravilno odrediti granice diskrecije, budući da je navedeno načelo moguće primijeniti tek ako je javnopravno tijelo postupalo unutar granica diskrecije.

5.2. Prekoračenje granica slobodne ocjene

Radi razjašnjenja prethodno navedenog razlikovanja valja razmotriti predmet u kojem je Sud EU utvrdio povredu autoritativne ovlasti prekoračenjem granica

23 C-331/88 *R v Minister for Agriculture, Fisheries and food, ex p Fedesa*. U prethodnom postupku Sud EU-a odlučivao je o valjanosti Direktive 88/146/EEC.

24 Upravni spor ne može se voditi o pravilnosti pojedinačne odluke donesene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela, ali se može voditi o zakonitosti takve odluke, granicama ovlasti i svrsi zbog koje je dana ovlast (članak 4. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima NN, br. 20/10., 143/12., 152/14. i 94/16. - odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske. Dalje: ZUS.). U upravnim sporovima u kojima se ocjenjuje zakonitost pojedinačne odluke donesene na temelju slobodne ocjene isključeno je suđenje u sporu pune jurisdikcije (članak 58. stavak 1. ZUS-a).

diskrecije, primjerice u predmetu *Giuffrida v Council.*[25]

Radilo se o imenovanju službenika na višu poziciju putem internog natječaja. Natjecatelj koji nije imenovan tvrdio je da je natječaj raspisan upravo kako bi se unaprijedilo određenu (unaprijeđenu) osobu te da su i uvjeti natječaja prilagođeni tom određenom službeniku. Vijeće (donositelj pojedinačne odluke) to u biti nije osporilo te je obrazložilo kvalifikacije i uvjete imenovanog službenika, koji je već nekoliko godina obavljao poslove radnog mjesta na koje je unaprijeđen. Sud EU-a zaključio je kako je svrha imenovanja bila ispravljanje dotadašnjeg pogrešnog statusa određenog službenika, zbog čega je njegovo imenovanje protivno objektivnim kriterijima (interesu službe) te ima značenje zlouporabe ovlasti. Odluka o imenovanju je poništena.

Iako je Sud u toj presudi dodao kako donositelj pojedinačne odluke nije dokazao da je njegova odluka bila nužna za postizanje interesa službe, naglasak presude bio je na ispitivanju granica u vršenju javne ovlasti.

Iz svega naprijed navedenog može se zaključiti kako je cilj koji tijelo javne vlasti želi postići prekoračenjem granica diskrecije sam po sebi nelegitiman zbog čega prekoračenje granica slobodne ocjene uvijek dovodi do nevaljanosti poduzete mjere. Provođenje testa razmjernosti pretpostavlja legitimnost cilja[26] pa do provođenja tog testa može doći tek ako je mjera poduzeta unutar granica slobodnog odlučivanja tijela javne vlasti.

5.3. Načelo razmjernosti u zaštiti subjektivnih prava

Danas Sud EU u okviru svojih nadležnosti pruža zaštitu i individualnim subjektivnim pravima, međutim pri ocjeni valjanosti javnih mjera kojima se zadire u subjektivna prava, subjektivna prava ne uzima apsolutnima, nego je na stajalištu da mogu biti ograničena, između ostalog pod uvjetom da ograničenje zadovolji uvjete testa razmjernosti. Dakle, ako pojedinac tvrdi da je povrijeđeno njegovo subjektivno pravo, u provođenju testa razmjernosti Sud EU-a će utvrditi korespondira li zadiranje u pravo (odnosno njegovo ograničenje) s legitimnim ciljem (EU-a ili nacionalnim, ovisno o konkretnom predmetu) koji se želi postići te uzrokuje li ono nerazmjeran i nepodnošljiv teret na način da umanjuje samu bit prava.

Test razmjernosti u odnosu na pojedinačno subjektivno pravo (pravo vlasništva) Sud EU-a proveo je, primjerice u ranije spomenutom predmetu *Kadi I.* Žalitelji su tražili poništavanje Uredbe EU koja je donesena u provođenju Rezolucije Vijeća sigurnosti UN-a te poništavanje pojedinačnih odluka Vijeća koje su utemeljene na toj Uredbi, a kojima im je zamrznuta imovina. Svi spomenuti propisi doneseni su u javnom interesu borbe protiv terorizma i u konkretnom slučaju do zamrzavanja imovine došlo je jer su se žalitelji nalazili na UN-ovoj listi osoba povezanih s *Al-*

25 C-105/75 *Giuffrida v Council.* Sud EU-a odlučivao je o poništavanju odluke Vijeća o imenovanju službenika.

26 U pravnoj se teoriji nalazi razmišljanja kako određivanje legitimnosti cilja ne ulazi u prvi korak testa razmjernosti, nego je pretpostavka za provođenje tog testa. Vidi Harbo, T. I., The function of the proportionality principle in EU law, European Law Journal, vol. 16., no. 2, 2010., str. 165.

Qaedaom. Sud EU-a poništio je osporenu uredbu uz obrazloženje kako ne jamči učinkovitu sudsku zaštitu osobama na koje se odnosi i čija imovina dolazi pod udar propisanih restrikcija. Žalitelji naime uopće nisu imali mogućnost sudjelovanja u postupku, nisu im predočene odlučne činjenice i dokazi, niti su se o njima mogli izjasniti te nije postojalo učinkovito pravno sredstvo kojim bi štitili svoja prava.

Sud je u toj presudi više puta istaknuo kako je poštovanje temeljnih prava integralni dio općih načela prava EU-a[27] i u slučaju tvrdnje da je došlo do njihove povrede, treba osigurati punu sudsku zaštitu u ocjeni valjanosti mjere kojom se interferira u neko pravo. Zaključio je kako s obzirom na nedostatak temeljnih procesnih jamstava u postupku, mjera zamrzavanja imovine ima značenje nerazmjernog i nepodnošljivog miješanja u pravo vlasništva žalitelja.

Slijedi kako nedostatak učinkovitog pravnog sredstva za zaštitu temeljnih prava i povrede procesnih jamstava koja ne samo normativno, već i stvarno trebaju biti na raspolaganju radi zaštite individualnih subjektivnih prava, dovode do nezakonitosti mjere javne vlasti.

5.4. Načelo razmjernosti i upravne mjere (novčane kazne)

S aspekta domaće upravnopravne prakse čini se zanimljivim razmotriti primjenu načela razmjernosti Suda EU-a u ocjeni valjanosti norme sekundarnog zakonodavstva kojom je bilo propisano izricanje upravne mjere (oduzimanja položenog depozita, zapravo novčane kazne) zbog nepostupanja po propisanoj obvezi.

U tom smislu relevantan je predmet *Man (Sugar)*[28] u kojem je podnositelju zahtjeva za dobivanje dozvole za izvoz šećera izvan EU-a izrečena mjera oduzimanja depozita u cijelosti (1,670,370 funti), koji je radi osiguranja položio prilikom podnošenja ponude. Do oduzimanja je došlo jer je nekoliko sati zakasnio s podnošenjem zahtjeva za izdavanje dozvole (nakon što mu je ponuda prihvaćena). Takva mjera bila je propisana Uredbom te je nedvojbeno izrečena sukladno Uredbi. Tražeći povrat depozita od nacionalnog suda, tužitelj je isticao da se mjera oduzimanja depozita zbog propuštanja roka za podnošenje zahtjeva za izdavanje dozvole, ne može izjednačiti s mjerom koju bi trebalo izreći zbog propuštanja roka za podnošenje ponude, jer se svrha Uredbe postiže podnošenjem ponude, a ovaj drugi korak (podnošenje zahtjeva za izdavanje dozvole) je samo tehničke naravi. U konkretnom slučaju nije bilo sporno da se radilo o opravdanom i ne prevelikom kašnjenju u podnošenju zahtjeva (nešto više od tri sata iz razloga odsutnosti zaposlenika), iako ne i o višoj sili u kojem slučaju je Uredbom bio predviđen povrat depozita. Tužitelj je smatrao kako je mjera koja mu je izrečena zbog kašnjenja s podnošenjem zahtjeva za izdavanje dozvole trebala biti blaža, jer bi se i blažom mjerom postigao isti učinak.

U konkretnom slučaju Sud je valjanost mjere/odredbe ocijenio primjenom testa razmjernosti. Prije svega je napravio razlikovanje između tzv. primarnih obveza, kojima se postiže svrha norme i tzv. sekundarnih obveza koje su administrativne,

27 Stavak 326. presude *Kadi I.* Vidi bilješku br. 19.

28 C-181/84 *R v Intervention Bord, ex p ED & Man (Sugar) Ltd.* U ovom predmetu Sud je odlučivao u prethodnom postupku o valjanosti odredbe članka 6. stavka 3. Uredbe, br. 1880/83.

odnosno tehničke naravi i služe postizanju primarne obveze. Kada postoje obje vrste obveza, prema ocjeni Suda EU-a sama činjenica da se identična mjera izriče za povrede obaju obveza, ima za posljedicu da mjera izrečena za sekundarnu obvezu, krši načelo razmjernosti, jer nije nužna postizanje cilja norme.

Promatrajući odredbe Uredbe zaključio je kako se svrha kontrole tržišta šećera postiže podnošenjem ponude (primarna obveza), a ne izdavanjem dozvole (sekundarna obveza). Stoga je našao nevaljanom spornu odredbu (mjeru) kojom se depozit automatski oduzima u cijelosti kao kazna zbog kašnjenja s podnošenjem zahtjeva za izdavanje dozvole (odnosno neispunjenja sekundarne obveze) u situaciji kada je primarna obveza ispunjena. Obrazložio je da se cilj Uredbe mogao postići i manje teškom mjerom, koja bi bolje odgovarala učinjenom propustu.

Sud EU-a je dakle analizirao osporeni akt sekundarnog zakonodavstva u cijelosti, njegovu svrhu i cilj te je kroz okolnosti konkretnog slučaja primjenom načela razmjernosti ocijenio valjanost sporne odredbe. Budući da se za dozvole ne može reći da imaju odlučujući efekt u kontroli tržišta šećera, činjenica da je za kašnjenje s podnošenjem zahtjeva za izdavanje dozvole bila propisana mjera oduzimanja cjelokupnog depozita, kao da se radi o kršenju primarne obveze (podnošenja ponude), ima za posljedicu da je mjera nerazmjerna.

Pristup Suda ocjeni valjanosti općenormativnog akta (iako u nešto drukčijem procesnopravnom okviru: u povodu pitanja nadležnog nacionalnog suda) stoga je sličan postupku ocjene zakonitosti općeg akta u povodu zahtjeva ovlaštenog predlagatelja pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, koji također, s obzirom na nužnost da podnositelj zahtjeva raspolaže pojedinačnom odlukom utemeljenom na osporenom općem aktu,[29] polazi od okolnosti konkretnog slučaja.

6. O JAVNOM INTERESU

S obzirom na to da se u kontekstu primjene načela razmjernosti privatnom interesu suprotstavlja javni interes, valja ukazati na neka stajališta Suda EU-a o javnom interesu i njegovom dokazivanju.

Tako Sud ističe da je svatko dužan podnijeti dokaze za svoje tvrdnje,[30] pa se to pravilo može primijeniti i na dokazivanje postojanja javnog odnosno suprotno tome, privatnog interesa.

Nadalje, javni interes mora biti razumno prihvatljiv i ne samo hipotetski te ga treba konkretizirati.[31] Dakle nije dovoljno samo pozvati se na postojanje javnog interesa, bez jasnog izražavanja o kojem konkretno interesu se radi. U domaćem sustavu ovo bi trebala primjenjivati ne samo javnopravna tijela, nego i upravni sudovi, jer je jedino tako moguće ispitati pravilnost provođenja testa razmjernosti i pravilno ga provesti.

Osim toga nužni okvir koji služi za postizanje zadanog cilja u javnom interesu

29 Članak 83. stavak 1. i članak 84. stavak 2. ZUS-a.

30 C-74/74 *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA v Commission.* Craig, P., De Burca., G., *op. cit.,* str. 538.

31 C-39 i 52/05 *Kingdom of Sweden i Maurizio Turco v Council.*

trebao bi također biti jasno i precizno definiran, kako bi se omogućila učinkovita kontrola zakonitosti poduzete mjere.

7. ZAKLJUČNA RAZMIŠLJANJA

Iz izloženih stajališta Suda EU-a može se zaključiti kako primjena načela razmjernosti doprinosi ostvarenju vladavine prava[32] te ga Sud primjenjuje u ocjeni valjanosti i općih i pojedinačnih administrativnih mjera, tražeći ravnotežu između javnog interesa s jedne strane i privatnih interesa, individualnih subjektivnih prava i temeljnih sloboda, s druge strane.

Ako izneseni pristup Suda EU inkorporiramo u hrvatski pravni poredak neprijeporna je mogućnost korištenja načela razmjernosti subjektivnom upravnom sporu, dok se, za sada bez odgovarajuće domaće sudske prakse, može naznačiti potreba o raspravi njegove moguće primjene u objektivnom upravnom sporu. Osim toga, ono ima i zamjetnu interpretativnu ulogu te omogućuje popunjavanje pravnih praznina kao i da se pravilnom interpretacijom normi postiže svrha propisa.

Nadalje iz jurisprudencije Suda EU-a proizlazi kako konkretizacija testa razmjernosti ovisi o mjeri diskrecije koju donositelj akta (općenormativnog ili pojedinačnog) uživa u konkretnom pravnom području. Ako je ta diskrecija relativno široka, test razmjernosti provodi se pod blažim kriterijima. I obrnuto, što je područje diskrecije uže, razmjernost se ispituje strože.[33] A da bi se pravilno odredile granice diskrecije, potrebno je utvrditi svrhu norme čija se primjena ispituje.

Za domaće upravnopravne praktičare u primjeni nacionalnog procesnog prava čini se važnim uočiti razliku između prekoračenja granica slobodne ocjene i povrede načela razmjernosti, i to zbog specifičnosti kontrole zakonitosti odluka donesenih primjenom slobodne ocjene.[34] Kao što je ranije navedeno u slučaju kada javnopravno tijelo odlučuje na temelju slobodne ocjene, upravni sud nije ovlašten donijeti presudu u sporu pune jurisdikcije,[35] a do primjene načela razmjernosti, između ostalog, dolazi i unutar diskrecijske ocjene ako granice diskrecije nisu prekoračene. Ako je došlo do prekoračenja margine diskrecije, poduzeta mjera odnosno pojedinačna odluka bit će nezakonita već iz tog razloga.

Za zaključiti je kako unatoč činjenici da su koraci za provedbu testa razmjernosti do sada relativno jasno definirani, njegova primjena u praksi otvara daljnja pitanja te sucu nalaže osjetljiv zadatak pronalaženja ravnoteže između javnog i privatnog interesa.

Vrijedno je u nacionalnom pravnom sustavu prihvatiti pristup Suda EU-a naznačenim problemima, jer pokazuje fleksibilnost prema konkretnim okolnostima i nacionalne sudove usmjerava kako koristiti načelo razmjernosti[36] pritom

32 U teoriji se navodi kako se poštovanjem pojedinih načela koja se mogu podvesti pod širi pojam vladavine prava, a među kojima je i načelo razmjernosti, upravo postiže vladavina prava. Vidi Harbo, T. I., *op. cit*.

33 De Burca, G., *op. cit*.

34 Članak 4. stavak 2. i članak 58. stavak 1. ZUS-a. Vidi bilješku broj 24.

35 Članak 58. stavak 1. ZUS-a.

36 Mengozzi, P., The judicial protection of individual rights and the principle of proportionality

standardizirajući kriterije za njegovu primjenu.[37]

Iz prakse Suda EU-a nadalje se može zaključiti o potrebi preciznog definiranja svih u konkretnom slučaju primijenjenih kriterija (cilja, javnog interesa i nužnosti) te nije dovoljno samo paušalno pozivanje na ove pravne standarde. Sveukupnim pristupom Suda EU-a u primjeni načela razmjernosti postiže se maksimalna učinkovitost u postizanju svrhe propisa, odnosno osigurava se koherentnost sustava u cjelini.

LITERATURA

1. Craig, P., De Burca., G., EU law - text, cases and materials, 5th ed. Oxford, University press, 2011.
2. Ćapeta, T., Rodin, S., Osnove prava Europske unije, Zagreb, Narodne novine, 2011.
3. De Burca, G., The principle of proportionality and its application in EC law, Yearbook of European Law, vol. 13., no. 1., 1993.
4. Đerđa, D., Načelo razmjernosti u donošenju upravnih odluka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37., br. 1., 2016.
5. Hagenau-Moizard, C., The judge and the proportionate use of discretion, Routledge research in EU law, 2016.
6. Harbo, T.- I., The function of the proportionality principle in EU law, European Law Journal, vol. 16., no. 2, 2010.
7. Hartley, T. C., Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004.
8. Mengozzi, P., The judicial protection of individual rights and the principle of proportionality after the Lisbon Treaty, Cambridge, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 16/2013 - 2014.
9. Šikić, M., Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, Novi informator, br. 5857, 24. travnja 2010.
10. Šikić, M., Ofak, L. 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.
11. Wimmer, M., The dinghy rudder: General principles of law thorugh the lens of proportionality, Hull University, European Public Law, vol. 20, 2014., br. 2.

Pravni izvori:

Ugovor o Europskoj uniji
Ugovor o funkcioniranju Europske unije
Povelja Europske unije o temeljnim pravima
Protokol o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti
Direktiva (EU) 2016/681 o uporabi podataka iz evidencije podataka o putnicima (PNR) u svrhu sprečavanja, otkrivanja, istrage i kaznenog progona kaznenih djela terorizma i teških kaznenih djela
Zakon o upravnim sporovima, NN 20/10., 143/12., 152/14. i 94/16. - odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske.

after the Lisbon Treaty, Cambridge, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 16., 2013.-2014., str. 345.

37 Hagenau-Moizard, C., *op. cit.,* str. 157.

Sudska praksa:

C-402 i 415/05 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Comission*
C-39 i 52/05 *Kingdom of Sweden i Maurizio Turco v Council*
C-491/01 *R v Secretary of State for Health, ex p British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*
C-331/88 *R v Minister for Agriculture, Fisheries and food, ex p Fedesa*
C-181/84 *R v Intervention Bord, ex p ED & Man (Sugar) Ltd*
C-240/78 *Atalanta Amsterdam BV v Produktschap voor Vee en Vlees*
C-105/75 *Giuffrida v Council*
C-74/74 *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA v Commission*

Summary

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE CJEU CASE LAW

The article emphasizes the principle of proportionality as a general principle of law. Analysis of some CJEU case law is introduced, regarding interpretative role of the principle of proportionality and its legal basis for annulment of individual and general acts. The distinction between the infringement of margin of appreciation and the principle of proportionality is given. The specificity of the Croatian administrative dispute law regarding the control of legality of the acts issued within margin of appreciation is emphasized. The principle of proportionality role as a legal basis for annulment of general acts in Croatian administrative dispute law is opened for discussion.

***Keywords**: the general principles of law, the principle of proportionality, CJEU jurisprudence, individual and general acts, margin of appreciation, public interest.*

Zusammenfassung

DER GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT IN DER RECHTSPRECHUNG DES EUGH

Der Artikel hebt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz hervor. Es wird eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH eingeführt, welche die Auslegungsrolle des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und ihre Rechtsgrundlage für die Aufhebung einzelner und allgemeiner Akte betrifft. Der Unterschied zwischen der Verletzung des Beurteilungsspielraums und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist auch dargestellt.

Die Besonderheit des kroatischen Verwaltungsstreitgesetzes wird im Hinblick auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit und im Rahmen der im Ermessensspielraum erlassenen Handlungen hervorgehoben. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsfunktion als Rechtsgrundlage für die Aufhebung allgemeiner Handlungen im kroatischen Verwaltungsstreitgesetz wird erörtert.

***Schlüsselwörter**: allgemeine Grundsätze des Rechts, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, EuGH Rechtslehre, einzelne und allgemeine Handlungen, Ermessensspielraum, das öffentliche Interesse.*

Riassunto

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Nel lavoro si espone la natura dei principi generali di diritto quali fonti giuridiche con particolare attenzione al principio di proporzionalità. Si analizzano alcune sentenze della Corte di giustizia dell'UE con riguardo al ruolo interpretativo svolto dal principio di proporzionalità ed alla sua applicabilità come fondamento per contestare singoli atti generali, come pure per distinguere le violazioni circa le decisioni prese secondo libera valutazione e le violazioni del principio di proporzionalità. Si rileva altresì la peculiarità del contenzioso amministrativo croato in relazione al controllo degli atti emanati in applicazione della valutazione discrezionale e si osserva il problema della possibilità di applicazione del principio di proporzionalità quale fondamento per la contestazione degli atti generali.

Parole chiave: *principi generali di diritto, principio di proporzionalità, giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, singoli atti generali, valutazione discrezionale, interesse pubblico.*

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (CD ili e-mail) i otisnuti na papiru poštom u tri istovjetna primjerka. Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu treba biti priložen sažetak na hrvatskom jeziku. Sažetak se prevodi na engleski jezik te po izboru autora na njemački ili talijanski jezik. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom "Sažetak".

Rukopis koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici:

http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20za%20oblikovanje%20teksa%20rada.pdf

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stanici:

http://pravri.uniri.hr/files/zbornik/upute%20autorima%20i%20recenzentima%20glede%20razvrstavanja%20radova.pdf

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Rukopisi se ne vraćaju. Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Rukopisi se upućuju na adresu: zbornik@pravri.hr, Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, HR-51000 Rijeka.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers from the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may according to its internal decision accept for publishing scientific papers in some other foreign language. The papers should be submitted in the electronic form (CD or e-mail) and printed out in three identical copies sent by post. The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address as well as their e-mail.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). A summery in Croatian language should be attached to the paper. The summary will be translated in English and German or Italian language. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf .

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf .

All papers will be subjected to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

Submitted contributions will not be returned. The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: zbornik@pravri.hr, Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka, Hahlic 6, CROATIA-51000 Rijeka.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po jedinstvenoj cijeni od **26,25 kn**

Vol. 20 br. 2 (1999.):_____ primjeraka
Vol. 21 br. 1 (2000.): _____ primjeraka
Vol. 21 br. 2 (2000.): _____ primjeraka
Vol. 22 br. 1 (2001.): _____ primjeraka
Vol. 22 br. 2 (2001.): _____ primjeraka
Supplement br. 1 (2001.): _____ primjeraka
Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**
Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka
Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka
Vol. 24 br. 1 (2003.): _____ primjeraka
Vol. 24 br. 2 (2003.): _____ primjeraka
Supplement br. 3 (2003.): _____ primjeraka
Vol. 25 br. 1 (2004.): _____ primjeraka
Vol. 25 br. 2 (2004.): _____ primjeraka
Vol. 26 br. 1 (2005.): _____ primjeraka
Vol. 26 br. 2 (2005.): _____ primjeraka
Vol. 27 br. 1 (2006.): _____ primjeraka
Vol. 27 br. 2 (2006.): _____ primjeraka
Vol. 28 br. 1 (2007.): _____ primjeraka
Vol. 28 br. 2 (2007.): _____ primjeraka
Vol. 29 br. 1 (2008.): _____ primjeraka
Vol. 29 br. 2 (2008.): _____ primjeraka
Vol. 30 br. 1 (2009.): _____ primjeraka
Vol. 30 br. 2 (2009.): _____ primjeraka
Vol. 31 br. 1 (2010.): _____ primjeraka
Vol. 31 br. 2 (2010.): _____ primjeraka
Supplement, Vol. 31 br. 1. (2010.): **rasprodan**
Vol. 32 br. 2 (2011.): _____ primjeraka
Vol. 32 br. 1 (2011.): **rasprodan**
Vol. 32 br. 2 (2011.): _____ primjeraka
Vol. 33 br. 1 (2012.): **rasprodan**
Vol. 33 br. 2 (2012.): _____ primjeraka
Vol. 34 br. 1 (2013.): **rasprodan**
Vol. 34 br. 2 (2013.): _____ primjeraka
Vol. 35 br. 1 (2014.): _____ primjeraka
Vol. 35 br. 2 (2014.): _____ primjeraka
Vol. 36 br. 1 (2015.): **rasprodan**
Vol. 36 br. 2 (2015.):_____ primjeraka

• po cijeni od **50,00 kn**

Vol. 37 br. 1 (2016.):_____ primjeraka

• po cijeni od **90,00 kn**

Vol. 37 br. 2 (2016.):_____ primjeraka
Vol. 37 br. 3 (2016.):_____ primjeraka

*** Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

_____

Sjedište, adresa, telefon, fax:

_____

OIB:_____

U _____, _____ godine

MP Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005
Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka
Tel.: 051/359-516, fax 051/675-113, e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Urednik: Prof. dr. sc. Miomir Matulović

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. **(rasprodano)**
- Vinko Hlača, Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. **(rasprodano)**
- V. Đ. Degan, Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. **(unutarnja cijena: 165,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)**
- Matthias Herdegen, Europsko pravo, 2003. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. **(rasprodano)**
- Vladimir Đ. Degan, Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. **(rasprodano)**
- Zvonimir Slakoper, Bankovni i financijski ugovori, 2007. **(rasprodano)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2007. **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. **(rasprodano)**
- Dorotea Ćorić, Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. **(cijena: 577,50 kn)**
- Berislav Pavišić, Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. **(rasprodano)**
- Anamari Petranović, Obligationes iuris romani: (breviarum), 2010. **(cijena 157,50 kn)**
- Milovan Jovanović i Ivo Eškinja, Osnove ekonomske politike, 2012. **(cijena 157,50 kn)**
- Dario Đerđa, Osnove upravnog prava Europske unije, 2012. **(cijena 115,00 kn)**
- Berislav Pavišić i Tadija Bubalović, Međunarodno kazneno pravo, 2013. **(cijena 94,50 kn)**
- Velinka Grozdanić, Marissabell Škorić i Igor Martinović, Kazneno pravo – opći dio, 2013. **(cijena 68,25 kn)**
- Edita Čulinović-Herc, Dionis Jurić, Mihaela Braut Filipović i Nikolina Grković: Pravno uređenje UCITS fondova na tržištu kapitala, 2013. **(cijena 300,00 kn)**
- Teodor Antić, Ustrojstvo i djelokrug javnog sektora, 2014. **(cijena 150,00 kn)**

- Berislav Pavišić i suradnici, Kazneno postupovno pravo, 6. izdanje, 2014. **(cijena 140,00 kn)**
- Željko Bartulović, Povijest prava i države (I. dio – Opća povijest prava i države, 2014. **(cijena 50,00 kn)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, 2015. **(rasprodano)**
- Ivan Padjen, Metodologija pravne znanosti, 2015. **(cijena 120,00 kn)**
- Robert Blažević, Upravna znanost, V. izdanje, 2016. **(cijena 120,00 kuna)**
- Milovan Jovanović, Osnove ekonomike javnog sektora, 2016. **(cijena 60,00 kuna)**

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, Politički poretci i legitimitet, 1995. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur, Pomorsko radno pravo, 1997. **(rasprodano)**
- Vesna Tomljenović, Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. **(rasprodano)**
- Edita Čulinović-Herc, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. **(cijena: 73,50 kn)**
- Lujo Margetić, Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. **(rasprodano)**
- Milovan Jovanović, Kapitalizam iznutra, 1999. **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. **(cijena: 105,00 kn)**
- Vesna Crnić-Grotić, Pravo međunarodnih ugovora, 2002. **(cijena: 126,00 kn)**
- Eduard Kunštek, Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. **(cijena: 136,50 kn)**
- Petar Simonetti, Denacionalizacija, 2004. **(rasprodano)**
- Petar Šarčević, Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. **(cijena: 294,00 kn)**
- Robert Blažević, Karizma, Politička vlast i karizmatske ličnosti, 2006. **(rasprodano)**
- Mirela Župan, Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, 2006. **(cijena: 103,95 kn)**
- Ivana Kunda, Internationallly Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, 2007. **(cijena: 114,45 kn)**
- Petar Simonetti, Prava na građevinskom zemljištu, 2008. **(rasprodano)**
- Petar Simonetti, Prava na nekretninama, 2009. **(rasprodano)**
- Sanja Barić, Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) **(rasprodano)**

- Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) **(cijena: 556,50 kn)**
- Maša Marochini, SOCIO-ECONOMIC DIMENSION OF THE ECHR - Should there be limits to the European Court of Human Rights reading significant socio-economic elements into Convention rights?, 2013. **(cijena 73,50 kn)**
- Marija Pospišil Miler, Novi sustav odgovornosti za smrt i tjelesne ozljede putnika u pomorskom prijevozu, 2014. **(cijena 299,00 kn)**
- Sanja Grbić, Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6. stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja), 2014. **(cijena 120,00 kn)**
- Dalida Rittossa, Zablude u kaznenom pravu, 2014. **(cijena 110,00 kn)**
- Igor Martinović, Institut namjere u kaznenopravnoj teoriji i sudskoj praksi, 2014., **(cijena 80,00 kn)**
- Tadija Bubalović, Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu, 2015. **(cijena 180,00 kn)**
- Velinka Grozdanić (urednica), Komentar Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, 2015. **(cijena 100,00 kn)**

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, Žene i kazna zatvora, 2001. **(rasprodano)**
- Velinka Grozdanić i dr., Kad žena ubije, 2011. **(cijena: 105,00 kn)**
- Susan Šarčević, Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, Prekogranična i regionalna suradnja, 2007. (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), **(cijena: 126,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala, 2005. **(rasprodano)**
- Nada Bodiroga Vukobrat, Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja, 2008. **(cijena: 147,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar, Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području, 2009. **(cijena: 189,00 kn)**
- Vesna Tomljenović i Kunda: Uredba Bruxelles I. – izazovi u hrvatskom pravosuđu, 2013. **(cijena 150,00 kn)**
- Vesna Tomljenović, Silvija Petrić i Emilia Mišćenić, Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, 2013. **(cijena: 150,00 kn)**
- Zbornik radova povodom 70. godine života Berislava Pavišića, Kazneno

pravo i kazneno postupovno pravo i kriminalistika, 2014. **(cijena 190,00 kn)**

- Zbornik radova, Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost, urednica: Ivana Kunda, 2015, **(cijena 157,50 kn)**
- Zbornika radova, Povijest i sadašnjost građanskih kodifikacija Baltazar Bogišić 1908-2008., urednik: Nenad Hlača, 2015. **(cijena: 115,50 kn)**

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998.* **(besplatno izdanje)**
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999.* **(besplatno izdanje)**
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 2004*. **(cijena: 315,00 kn - meki uvez)**
- Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava, 2011. **(rasprodano)**

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe, 2001.* **(cijena: 157,50 kn)**

*** Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Nakladnik
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI
51000 Rijeka, Hahlić 6
Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593
Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113
Skriptarnica tel.: 051/359-516
e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005
Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA

ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava, Rijeka, 1997.* **(rasprodano)**
- *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002.* **(rasprodano)**
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II., 2004.* **(cijena: 236,25 kn)**
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta, 2005.* **(cijena: 189,00 kn)**
- *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, poredbeni pregled: Vanina Ferreccio, 2005.* **(rasprodano)**
- Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva, 2006.* **(rasprodano)**
- Marinko Đ. Učur*, Radni odnosi u privatnoj zaštiti,* 2006. **(rasprodano)**
- Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1, 2009.* **(cijena: 136,50 kn)**
- Berislav Pavišić*, Hrvatska kaznena jurisdikcija za kaznena dijela na moru/ Croatian criminal jurisdiction over the crime at sea, 2013.* **(cijena 105,00 kn)**
- *Zakonik o kaznenom postupku Ruske Federacije,* urednik: prof. em. dr. sc. Berislav Pavišić, prijevod Iva Parenta, 2015., **(cijena: 460,00 kn)**

*** Napomena: u cijenu nije uračunt porez na dodanu vrijednost u visini 5%.**

Nakladnik
PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI
51000 Rijeka, Hahlić 6
Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593
Dekanat tel.: 051/359-600 fax.: 051/675-113
Skriptarnica tel.: 051/359-516
e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
IBAN: **HR26 2402 0061 1001 1002 5** poziv na broj: 66142005
Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka