

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 36

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 36,
Br. 1, str. XVIII+1-704, Rijeka, 2015.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

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

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

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

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

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

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Dionis Jurić, prof. dr. sc. Nenad Hlača, prof. dr. sc. Ivan Padjen, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Milovan Jovanović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Anamari Petranović, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc (svi iz Rijeke)

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

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:

prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento/I)

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

Prijevodi/Translations: Katja Dobrić, prof. (za njemački), dr. sc. Sandra Winkler, (za talijanski)

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

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

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 300 primjeraka

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

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

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

ISSN 1330-349X

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 36

BROJ 1

RIJEKA, 2015.

SADRŽAJ

XXI. Savjetovanje pravnika “Petar Simonetti (Vlasništvo-Obveze-Postupak)” (Poreč, 15., 16. i 17. travnja 2015.)

I. Prilozi za Savjetovanje:

Mihajlo Dika,

O standardima utvrđenosti činjenica u parničnom postupku
(izvorni znanstveni rad) 1

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

Modaliteti prodaje dionica iz portfelja Republike Hrvatske –
aktualnosti u primjeni
(izvorni znanstveni rad) 71

Aldo Radolović,

Odnos građanskopravne osnove za korištenje stana i
ustavno-konvencijskog prava za zaštitu doma
(izvorni znanstveni rad) 109

Marko Bevanda,

Nadzor nad duhanom i odgovornost proizvođača za štetu od duhanskih
proizvoda
(izvorni znanstveni rad) 125

Maja Bukovac Puvača,

Deset godina nove koncepcije neimovinske štete
(izvorni znanstveni rad) 157

Dejan Bodul, Ante Vuković,

(Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva –funkcionalizacija
stečajno pravne zaštite li placebo efekt?
(izvorni znanstveni rad) 181

Davorin Pichler,

Problematika uspostave etažnog vlasništva temeljem odgovarajućeg
suvlasničkog dijela nekretnine
(izvorni znanstveni rad) 213

Dragan, Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,

Povreda konvencijskog prava na mirno uživanje vlasništva
(izvorni znanstveni rad) 239

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

Čezmejna mobilnost gospodarskih društva u Evropski uniji
(prethodno priopćenje) 259

<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Upravno pravo i europski energetska izazovi (prethodno priopćenje)	271
<i>Sandra Laleta, Anamarija Križanović,</i> Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje – u hrvatskom, europskom i usporednom pravu (prethodno priopćenje)	305
<i>Paula Poretti,</i> Od mirenja do medijacije u obiteljskim sporovima- usklađivanje hrvatskog obiteljskog zakonodavstva o mirnom rješavanju obiteljskih sporova s pravom EU (prethodno priopćenje)	341
<i>Dinka Šago,</i> Postupak prethodnog odlučivanja pred europskim sudom – problemi i moguća rješenja (prethodno priopćenje)	381
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Strani jezik u parničnom postupku s posebnim osvrtom na troškove prevođenja (prethodno priopćenje)	409
<i>Marko Babić, Eduard Kunštek</i> Rok za pokretanje postupka - prijedpor o njegovu računanju (prethodno priopćenje)	423
<i>Dionis Jurić, Sonja Marinac,</i> Societas unius personae - prijedlog direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom (pregledni znanstveni rad)	435
<i>Jadranko Jug,</i> Naknada buduće štete (pregledni znanstveni rad)	467
<i>Ivan Tot,</i> Paket-aranžman i potpomognuti putni aranžman (pregledni znanstveni rad)	489
<i>Damir Kontrec,</i> Nepotpuno izvlaštenje i upisi u zemljišne knjige (pregledni znanstveni rad)	511
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Neki posebni subjekti i odnosi po Zakonu o zaštiti na radu (stručni rad)	533

Inga Vezmar Barlek,

Aktualna pitanja ocjene zakonitosti općih akata
(stručni rad) 547

Ante Galić,

Učinak druge novele Zakona o upravnim sporovima na upravni spor u
Hrvatskoj
(stručni rad) 557

Božidar Horvat,

Sporna pitanja naplate komunalne naknade i komunalnog doprinosa u
upravnom postupku i upravnom sporu
(stručni rad) 579

Jozo Čizmić,

Privremeni zastupnik u parničnom postupku
(prikaz) 595

II. Članci u Zborniku:

Teodor Antić,

Vjerodostojno tumačenje zakona
(izvorni znanstveni rad) 619

Silvio Čović, Damir Juras, Domagoj Vučkov,

Neka pitanja u regulaciji radnopravnog statusa državnih službenika
(prethodno priopćenje) 645

III. Prikaz knjige:

Marijan Ćurković,

Osiguranje od izvanugovorne i ugovorne (profesionalne)
odgovornosti (Loris Belanić) 671

TABLE OF CONTENTS

XXI. Conference “Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)” (Poreč, 15-17 April 2015)

I. Conference Texts:

<i>Mihajlo Dika,</i> Standards of Establishing facts in Civil Procedure	1
<i>Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,</i> Selling Shares of State Owned Enterprises – Methods Applied in privatization Process and Open Issues.....	71
<i>Aldo Radolović,</i> The Relationship Between the Civil law Right of Usufruct Over a Flat and the Right to the Protection of home Guarantees by the ECHR and the Constitution	109
<i>Marko Bevanda,</i> Tobacco Control and the Liability of the Tobacco Industry for Damag Caused By Tobacco Products	125
<i>Maja Bukovac Puvača,</i> Ten Years of Application of the New Concept of Non-Pecuniary Damage	157
<i>Dejan Bodul, Ante Vuković,</i> (Another) Bankruptcy Legislation reform - functionalization of bankruptcy legal protection or placebo effect?	181
<i>Davorin Pichler,</i> Establishing Tenant Ownership on the Basis of Proportional Co-ownership Share of the Real Property.....	213
<i>Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,</i> Violation of the Right to the Peaceful Enjoyment of Possessions Laid Down in the Convention	239
<i>Saša Prelič, Jerneja Prostor,</i> Cross-border Mobility of the Companies in EU	259

<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Administrative Law and European Energy Challenges.....	271
<i>Sandra Laleta, Anamarija Križanović,</i> Temporary Agency Work - In Croatian, European and comparative law.....	305
<i>Paula Poretti,</i> From Conciliation to Mediation in Family Disputes-Harmonization of Croatian Family Legislation on Peaceful Resolution of Family Disputes with EU law.....	341
<i>Dinka Šago,</i> Preliminary Ruling Procedure Before the European Court of Justice - Problems and Possible Solutions.....	381
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Foreign Language In Litigation with a Special Review of Translation Costs.....	409
<i>Marko Babić, Eduard Kunštek,</i> Time Limit for the Initiation of Proceedings – Calculation Dispute	423
<i>Dionis Jurić, Sonja Marinac,</i> Societas Unius Personae – Proposal for a Directive on Single-Member Private Limited Companies.....	435
<i>Jadranko Jug,</i> Future Damages.....	467
<i>Ivan Tot,</i> Package and Assisted Travel Arrangement.....	489
<i>Damir Kontrec,</i> Partial Expropriation and Entries in Land Registries - Regulations and Practice.....	511
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Some Subjects and Relations According to the Act about Safety at Work.....	533
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Recent Issues in the Control of the Legality of General Acts	547

Ante Galić,

The Effect of the Second Amendment of the Administrative Dispute
Act to the Administrative Dispute in Republic of Croatia..... 557

Božidar Horvat,

Actual Problems of the Collection of the Municipal Fee and
Municipal Contribution in the Administrative Procedure and
Administrative Dispute 579

Jozo Čizmić,

Curator ad litem in civil proceedings 595

II. Articles:

Teodor Antić,

An Authentic Interpretation of Laws..... 619

Silvio Čović, Damir Juras, Domagoj Vučkov,

Some Questions on the Regulation of Civil Servants
Employment Status 645

III. Surveyes..... 671

INHALT

XXI. Tagung

„Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)“ (Poreč, 15 – 17. April 2015)

I. Tagungsbeiträge:

- Mihajlo Dika,*
Über Standards der Tatsachenfeststellung im Zivilverfahren 1
- Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,*
Modalitäten des Aktienverkaufs aus dem Portefeuille der
Republik Kroatien – Aktualitäten bei der Anwendung..... 71
- Aldo Radolović,*
Verhältnis zwischen des im Zivilrecht gewährleisteten Niessbrauchs an der
Wohnung und dem in der Verfassung und Konvention gewährleisteten
Recht auf Schutz der Wohnung 109
- Marko Bevanda,*
Tabakkontrolle und Haftung für den durch die Tabakerzeugnisse
verursachten Schaden 125
- Maja Bukovac Puvača,*
Zehn Jahre des neuen Begriffs des Immateriellen Schadens 157
- Dejan Bodul, Ante Vuković,*
(Noch eine) Reform der Insolvenzgesetzgebung Funktionalisierung
des insolvenzrechtlichen Schutzes oder Placebo-Effekt? 181
- Davorin Pichler,*
Problematik der Feststellung des Wohnungseigentums aufgrund eines
entsprechenden Miteigentumsanteils 213
- Dragan, Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,*
Werletzung des Gemäss der EMRK gewährleisteten Rechts auf friedliche
Nutzniessung von Eigentum..... 239
- Saša Prelič, Jerneja Prostor,*
Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in der EU..... 259
- Bosiljka Britvić Vetma,*
Verwaltungsrecht und Energieherausforderungen für Europa..... 271

<i>Sandra Laleta, Anamarija Križanović,</i> Arbeit über die Zeitarbeitsagenturen-in kroatischem, europäischem und komparativem Recht	305
<i>Paula Poretti,</i> Von Schlichtung bis Mediation in Familienstreitigkeiten – Angleichung der kroatischen Familiengesetzgebung über gütliche Beilegung von Familienstreitigkeiten an das EU-Recht.....	341
<i>Dinka Šago,</i> Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union – Probleme und mögliche Lösungen.....	381
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Fremdsprache im Zivilprozess mit besonderem Rückblick auf Übersetzungskosten	409
<i>Marko Babić, Eduard Kunštek,</i> Verfahrenseinleitungsfrist – Streit um deren Berechnung	423
<i>Dionis Jurić, Sonja Marinac,</i> Societas unius Personae – Richtlinienvorschlag über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter	435
<i>Jadranko Jug,</i> Ersatz künftigen Schadens.....	467
<i>Ivan Tot,</i> Pauschal- und Bausteinreise	489
<i>Damir Kontrec,</i> Teilenteignung und Grundbucheintragungen.....	511
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Manche besondere Subjekte und Verhältnisse laut Arbeitsschutzgesetz.....	533
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Aktuelle Fragen der Überprüfung der Rechtmässigkeit von allgemeinen Akten.....	547
<i>Ante Galić,</i> Wirkung der zweiten Novelle des Gesetzes über Verwaltungstreitigkeiten auf Verwaltungstreitigkeit in der Republik Kroatien.....	557

Božidar Horvat,

Streitfälle der Erhebung von Kommunalgebühren und
Kommunalbeiträgen in dem Verwaltungsverfahren und
der Verwaltungsstreitigkeit 579

Jozo Čizmić,

Verfahrenspfleger im Zivilprozess..... 595

II. Beiträge:

Teodor Antić,

An Authentic Interpretation of Laws..... 619

Silvio Čović, Damir Juras, Domagoj Vučkov,

Manche Fragen bei der Regulierung des Arbeitsrechtlichen Status von
Beamten 645

III. Besprechungen..... 671

INDICE

XXI. Convegno **“Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)”** **(Poreč, 15 – 17 aprile 2015)**

I. Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,

Dei criteri di accertabilità dei fatti nel procedimento contenzioso 1

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

Modalità di vendita delle azioni dal portafoglio della Repubblica
di Croazia: attualità nell'attuazione 71

Aldo Radolović,

Il rapporto tra il fondamento civilistico per l'uso dell'abitazione ed
il diritto basato sulla Costituzione e sulla Convenzione volto
alla tutela del diritto alla casa..... 109

Marko Bevanda,

Vigilanza sul tabacco e responsabilità del produttore per i danni
da prodotti del tabacco 125

Maja Bukovac Puvača,

I dieci anni del nuovo concetto di danno non patrimoniale 157

Dejan Bodul, Ante Vuković,

(Ancora una) Riforma della legislazione fallimentare:
funzionalizzazione della tutela giuridica fallimentare o effetto placebo? ... 181

Davorin Pichler,

Il problema della costituzione della proprietà orizzontale in base alla
corrispettiva parte in comproprietà dell'immobile 213

Dragan, Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac,

Violazione del diritto sancito dalla Convenzione al pacifico
godimento della proprietà' 239

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

Mobilità transfrontaliera delle società commerciali nell'Unione
europea 259

<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Diritto amministrativo e sfide energetiche europee	271
<i>Sandra Laleta, Anamarija Križanović,</i> Il lavoro mediante le agenzie interinali nel diritto croato, europeo e comparato	305
<i>Paula Poretti,</i> Dalla conciliazione alla mediazione nelle liti di diritto di famiglia – armonizzazione della legislazione croata di diritto di famiglia concernente la pacifica risoluzione delle liti familiari con il diritto dell'UE	341
<i>Dinka Šago,</i> Il rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte europea: problemi e possibili soluzioni	381
<i>Katarina Knol Radoja,</i> Lingue straniere nel contenzioso con particolare attenzione alle spese di traduzione	409
<i>Marko Babić, Eduard Kunštek</i> Il termine per adire le vie legali – disputa sul calcolo.....	423
<i>Dionis Jurić, Sonja Marinac,</i> Societas unius personae – proposta di direttiva sulle società a responsabilità limitata con un unico socio.....	435
<i>Jadranko Jug,</i> Il risarcimento del danno futuro	467
<i>Ivan Tot,</i> Pacchetto di viaggio e servizi di viaggio assistiti.....	489
<i>Damir Kontrec,</i> Espropriazione parziale ed iscrizione nei libri fondiari	511
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Alcuni soggetti particolari ed i rapporti regolati dalla legge sulla protezione sul lavoro	533
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Questioni attuali sul giudizio di legittimità degli atti generali	547

Ante Galić,

L'esito della seconda novella della legge sui procedimenti
amministrativi sul contenzioso amministrativo in Croazia 557

Božidar Horvat,

Questioni controverse circa il pagamento dell'indennizzo comunale
e del contributo comunale nel procedimento amministrativo
e nel processo amministrativo 579

Jozo Čizmić,

Il rappresentante provvisorio nel procedimento contenzioso..... 595

II. Articoli:

Teodor Antić,

L'interpretazione autentica della legge..... 619

Silvio Čović, Damir Juras, Domagoj Vučkov,

Alcune questioni sulla regolamentazione dello status giuridico
lavorativo dei funzionari statali 645

III. Recensioni 671

O STANDARDIMA UTVRĐENOSTI ČINJENICA U PARNIČNOM POSTUPKU¹

Dr. sc. Mihajlo Dika
umirovljeni sveučilišni profesor
Zagreb

UDK: 347.91/95
Ur.: 25. ožujka 2015.
Pr.: 2. travnja 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se, nakon određenja pojma utvrđenja činjenica i komparativne prezentacije teorijske elaboracije problematike standarda utvrđenosti činjenica u parničnom postupku u njemačno-austrijskom, bivšem jugoslavenskom i postojugoslavenskom pravnom krugu, nastoji zauzeti stav o tome koji bi trebao biti osnovni standard utvrđenosti pravno relevantnih činjenica u hrvatskom parničnom postupku. Stav da bi to trebala biti sigurnost (izvjesnost) definirana kao utvrđenost koja isključuje razumnu sumnju u postojanje nečeg drugog nastoji se, najprije, opravdati okolnošću da je taj standard izrijeком zakonski predviđen, a zatim, između ostaloga, i okolnošću da mjerodavne norme materijalnog prava nastupanje pravnih posljedica čije se ostvarenje nastoji postići u postupku pred sudom redovito uvjetuju postojanjem ili nepostojanjem određenih činjenica, zbog čega bi i odluka suda o zatraženoj pravozaštitnoj mjeri s obzirom na te pravne posljedice trebala biti utemeljena na takvom uvjerenju o postojanju ili nepostojanju tih činjenica koje bi isključivalo razumnu sumnju u pogledu mogućnosti postojanja nečeg drugog. Povezano s time iznose se i argumenti protiv mogućnosti da se već de lege lata kriterij pretežnije vjerojatnosti prihvati kao osnovni standard utvrđivanja materijalnopravno relevantnih činjenica u hrvatskom parničnom postupku. Konstatira se, međutim, da su iznimke od sigurnosti kao osnovnog standarda utvrđenosti činjenica i prihvaćanje kriterija vjerojatnosti u određenim slučajevima, koji su posebno elaborirani, uvjetovane odredbama koje nastupanje određenih pravnih posljedica uvjetuju nastankom specifičnih pravno relevantnih činjenica, a u nekima i prirodom pravozaštitnih mjera koje treba odrediti. Konstatira se, međutim, i da razvitak materijalnopravnog uređenja, ali i postupopopravnog

1 U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili alineje, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa koristit će se njihove kratice, koje će biti definirane u popisu kratica te u tekstu kad odnosni propis bude po prvi put citiran. Jedino će se odredbe Zakona o parničnom postupku navoditi bez naznake kratice toga zakona.

koje u tome prati potrebe ovog prvog, nagovještava, osobito na nekih pravnim područjima, postupni prelazak u «novu kvalitetu», «otvaranje» prema izravnom ili posrednom prihvaćanju kriterija pretežnije vjerojatnosti. Kad je riječ o procesnopravnim odlukama, bitnija se zakonom predviđana odstupanja od navedenog osnovog standarda utvrđenosti činjenica u brojnim primjerima koji su posebno razrađeni, nastoje objasniti razlozima procesnopravnog oportuniteta i ekspeditivnosti. Naglašava se, međutim, i to se pokušava posebno obrazložiti, da je, ipak, osnovni standard određujući u onim slučajevima u kojima se donose odluke kojima se postupak procesnopravno okončava.

ključne riječi: *standard utvrđenosti činjenica, sigurnost, vjerojatnost.*

I. POSTAVLJANJE PROBLEMA

Utvrđiti činjenice znači, primjenom dopuštenih i u konkretnom slučaju dostupnih metoda utvrđivanja činjenica, formirati o njihovu postojanju zaključak koji bi trebao odgovarati za to zahtijevanoj² mjeri (njem. *Überzeugungsmaß*) (stupnju / njem. *Überzeugungsgrad*/, standardu, razini, kvaliteti, kvantiteti) uvjerenosti, zapravo utvrđenosti. Izraz uvjerenost, naime, indicira subjektivnu dimenziju zaključka suda o postojanju neke činjenice i njemu zapravo ima mjesta onda kad se činjenice utvrđuju dokazivanjem uz primjenu slobodne ocjene dokaza; izraz utvrđenost tiče se objektivne kvalitete zaključka o postojanju neke činjenice do koje se dolazi primjenom bilo koje od mogućih metoda utvrđivanja činjenica. Zbog toga se pojam utvrđenosti ne bi podudarao s pojmom uvjerenosti. U određenim će slučajevima sudac biti dužan uzeti da je neka činjenica utvrđena, iako subjektivno neće biti uvjeren da ona postoji, odnosno neće smjeti uzeti da je utvrđena, iako bi bio uvjeren da postoji. Dakle, ako se utvrđenost i uvjerenost ne bi pododurali, bilo bi relevantno ono što je utvrđeno, odnosno, točnije, što se mora uzeti kao utvrđeno.

Budući da sud utvrđuje samo činjenice koje su učinjene predmetom utvrđivanja, on bi trebao formirati odgovarajući zaključak na zahtijevanoj razini utvrđenosti samo o postojanju ili nepostojanju tih činjenica.

U zakonodavstvima pojedinih zemalja sasvim se iznimno izrijeком propisuje mjera utvrđenosti (uvjerenosti) koja treba biti ostvarena prigodom utvrđivanja određenih činjeničnih pretpostavaka. Upravo je zato, povijesno i komparativno gledano, u doktrini, tzv. srednjoeuropskog procesnopravnog kruga bilo ponuđeno i još se uvijek nudi više različitih koncepcija za prevladavanje toga problema, koncepcija koje su imale i odgovarajućih odjeka u sudskoj praksi.

Stavovi koji su o pitanju razine utvrđenosti (uvjerenosti) u postojanje ili nepostojanje činjenica koje se utvrđuju bili zastupani u bivšem jugoslavenskom te u hrvatskom i drugim postjugoslavenskim pravima u biti slijede (uglavnom s

2 Izraz «zahtijevana mjera uvjerenosti» ovdje se koristi u smislu zakonskim normama (kad ih uopće ima) ili «sudskim pravom» (u pravilu inspiriranom doktrinom) postuliranoj mjeri uvjerenosti koja treba biti *in concreto* ostvarena da bi se smjelo zaključiti da određena činjenica postoji ili ne postoji, mjeri koja će ovisiti i o tome o kakvim će činjenicama biti riječ, koja, dakle, neće u svim slučajevima biti ista.

izvjesnim zakašnjenjem) teorijska rješenja koja su ponuđena u austrijskom i (u pravilu, posredno, preko austrijskog) njemačkom doktrinarnom krugu. Upravo će se stoga ovdje u izlaganju tih teorijskih rješenja voditi računa i o njihovoj evoluciji u austrijskoj i njemačkoj doktrini.

Prigodom teorijske obrade instituta mjere utvrđenosti postojanja ili nepostojanja činjenica u hrvatskom pravu (ali i nekim drugim postjugoslavenskim pravima, koja slijede normativna rješenja ZPP 76)³ bit će, međutim, svakako, nužno uzeti u obzir i određene specifičnosti u uređenju toga instituta u tom pravu, njegovu neposrednu zakonsku osnovu, koja se, donekle, ipak, razlikuje od austrijske i njemačke.

II. O NEKIM DOKTRINARNIM STAVOVIMA

1. O nekim stavovima u austrijskoj i njemačkoj doktrini

1.1. O nekim stavovima u austrijskoj doktrini

U austrijskoj se doktrini razmatrani problem ne postavlja općenito kao problem mjere utvrđenosti postojanja ili nepostojanja činjenica na kojima treba utemeljiti odluku o određenom pravnom pitanju, neovisno o načinu njihova utvrđivanja, već se redovito svodi na problem mjere uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje činjenica do koje treba doći na temelju slobodne ocjene dokaza.⁴ Osnova takva pristupa jest odredba § 272. stavka 1. öZPO, prema kojoj je sud dužan, ako u tom zakonu nije što drugo određeno, uzimajući brižljivo u obzir rezultate cjelokupne rasprave i izvođenja dokazivanja, prema slobodnom uvjerenju ocijeniti treba li neki činjenični navod smatrati istinitim ili neistinitim.⁵

U relativno starijoj doktrini⁶ uzimalo se da je dokaz postignut kad sudac postigne **potpuno uvjerenje** o postojanju ustvrđene činjenice ili činjenice koju treba utvrditi po službenoj dužnosti.⁷ Taj stupanj uvjerenosti (dokazna mjera) ne bi mogao

3 ZPP 76: Zakon o parničnom postupku iz 1976, SL SFRJ 4/77. Republika Hrvatska je taj zakon, uključujući i njegove novele, preuzela 1991. (NN 53/91). Preuzeti je zakon opetovano noveliran: NN 912/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, Odluka USRH br. U-1-1569/04 – NN 2/07, 98/08, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 28/13.

4 U tom je smislu, prema RERCHBERGER-SIMOTTA, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2009., (ZPR), 391., uvjerenost suca prava svrha postupka dokazivanja.

5 § 272, st. 1. öZPO: «(1) Das Gericht hat, sofern in diesem Gesetze nicht etwas anderes bestimmt ist, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.» Ova se odredba u bitnome sadržajno podudara s odredbom § 368. stavka 1. starojugoslavenskog Zakona o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. (ZSPGP 29): «Ukoliko nije ovim zakonom što drugo naređeno, ima sud, obazirući se brižljivo na rezultat celokupne rasprave i izvedenih dokaza, po slobodnom uvjerenju oceniti, da li se koji činjenični navod ima smatrati istinitim ili ne.»

6 Koja se u osnovi nadovezivala na stav koji je ROSENBERG, Beweislast, 5. izd., 1965., 181., razvio o tom pitanju. Usp. i RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 391., koji daju širi pregled zastupnika toga shvaćanja.

7 FASCHING, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. izd., 1990., (ZPR), 433., na

biti određen prema apstraktno-logičkim ili strogo matematičkim pravilima. Morao bi, međutim, postojati takav stupanj vjerojatnosti (uvjerenosti) koji kod razumnog čovjeka koji jasno promišlja životne odnose ne bi mogao izazvati nikakvu sumnju u to da su činjenice koje se dokazuju nastale ili da nisu nastale.⁸ Starija je judikatura uzimala da je u pravilu dostatna vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću (tzv. teorija uvjerenosti u istinitost; njem. *Wahrheitsüberzeugungstheorie*).⁹ Prema zastupnicima ovoga shvaćanja vjerojatnost (njem. *Wahrscheinlichkeit*) da neka činjenica postoji bila bi dovoljna kad bi neku činjenicu trebalo učiniti (samo) vjerojatnom (njem. *glaubhaft*), ali ne i za dokaz prema austrijskom pravu. Tako se konstatira da u pojedinim slučajevima materijalno pravo iznimno olakšava strankama izvođenje dokazivanja određujući da je dovoljno da obvezanik dokazivanja učini vjerojatnom neku činjenicu.¹⁰

U novijoj austrijskoj doktrini, kojoj odgovaraju i trendovi u novijoj njemačkoj doktrini, ističe se da je polazna točka izloženog «starijeg» austrijskog učenja **subjektivna teorija o dokaznoj mjeri** koja od suca traži “potpuno uvjerenje” (njem. *volle Überzeugung*) o istinitosti tvrdnji o pravno relevantnim činjenicama (teorija uvjerenosti u istinitost), iako se konstatira da to učenje priznaje i potpuno objektivne elemente sudačkog vrednovanja dokaza, koji se prije svega vide u životnom iskustvu čovjeka koji se razumije u prosječno iskustveno i znanstveno blago našeg životnog kruga.¹¹ Zastupnici novije doktrine, koja je našla odjeka i u novijoj austrijskoj sudskoj praksi, smatraju, međutim, da bi prednost trebalo dati jednom drukčijem shvaćanju koje – ne poričući subjektivne komponente stvaranja uvjerenja – polazi od **objektivne teorije o dokaznoj mjeri** i zadaću sudačkog vrednovanja dokaza od početka vidi (samo) u utvrđenju vjerojatnosti (teorija uvjerenosti u vjerojatnost; njem. *Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie*).¹² Takvi noviji teorijski pristupi polaze od

SCHWAB-a, Das Beweismaß im Zivilprozeß, Festschrift Fasching, 1988., 451.

8 FASCHING, ZPR, 433., koristeći se za označavanje ove teorije izrazom koji su upotrijebili RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 3. izd., Rz 473/1 (v. i RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 7. izd., 391., 392.).

9 Usp. FASCHING, ZPR, 426., 433., 434.

10 Usp. FASCHING, ZPR, 433., koji se pritom distancira od stava koji o tome zastupaju RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 3. izd., Rz 473/2., koji naginju teoriji uvjerenosti u vjerojatnost. FASCHING, ZPR, 433., uspoređujući stav koji zastupa za austrijsko pravo s procesnim porecima po kojima je dovoljna bilo vjerojatnost ili općenito pretežnost razloga koji govore za utvrđenje činjenice, ističe da bi, ako bi se htjelo izgraditi skalu stupnjeva uvjerenosti koja bi se protezala od apsolutne nemogućnosti pa sve do bezuvjetne izvjesnosti, prema kriteriju pretežnije vjerojatnosti nešto bilo dokazano kad bi bilo vjerojatnije više od 50 %, dok bi vjerojatnost koja bi graničila sa sigurnošću koja se traži prema austrijskom pravu bila dosegnuta tek onda kad bi nedostajali samo neki promili do granice od 100 %. Upozorava, međutim, da bi vrednovanje dokaza prema brojačanoj mjeri vrijednosti vjerojatnosti moglo biti pouzdano samo na uskom području čisto prirodnozastvenih-matematičkih dokaza (npr. kod utvrđivanja izvora pogrešaka na tehničkom području, vjerojatnosti nesreća, vjerojatnosti biološkog porijekla); na svim drugim područjima vrednovanja dokaza bila bi riječ u konačnici o psihološki motiviranom vrijednosnom sudu koji se ne bi mogao brojčano vrednovati.

11 RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 391., upućujući na FASCHING-a, ZPR, 432. 433.

12 Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 391., 392., i tamo navedeni zastupnici tog novijeg teorijskog pristupa.

spoznaje da se činjenično stanje u građanskom postupku ne može nikada s apsolutnom sigurnošću utvrditi, da je i sudac čovjek s ograničenim čutilnim sposobnostima opažanja i samo subjektivnim spoznajnim sposobnostima, što sve potencira okolnost da je u procesu redovito riječ o povijesnom činjeničnom stanju.¹³ Teoriji uvjerenosti u istinu prigovara se i da se odredba § 272. stavka 1. öZPO ne zadovoljava samo dokaznim sredstvima (koji mogu dati samo činjenične sudove) kao predmetom sudačkog vrednovanja dokaza, već da upućuje i na ukupno procesno događanje, zbog čega bi vrednovanje dokaza bio iskaz o istinitosti na temelju raspoloživog procesnog materijala, rezultat čega bi bila samo relativna istina. Zatim se ističe da u određenim konstelacijama činjeničnog stanja dolazi nužno do sudačkog pravnog reduciranja dokazne mjere zbog čega se uvjerenost u istinitost smatra nepotrebnim. Konačno se upozorava na to da i sam zakon nameće, propisujući dužnost obrazlaganja, kao određujuće kriterije slobodnog vrednovanja dokaza ona pravila iskustva koja sucu dopuštaju da dođe do gledišta da "utvrđene činjenice drži istinitima". Međutim, budući da zaključci iz pravila iskustva redovito daju samo sudove o vjerojatnosti, subjektivno uvjerenje suca o istini ne bi moglo biti (jedino) odlučujuće.¹⁴

I zastupnici objektivne teorije o dokaznoj mjeri ne poriču subjektivne komponente sudačkog uvjerenja jer vrednovanje dokaza uvijek ovisi o osobnoj iskustvenoj konstituciji suca. Budući da je teško naći općepriznato mjerilo vjerojatnosti koje bi bilo prikladno za sve postupovne predmete, subjektivna prosudba ima još uvijek dosta mjesta.¹⁵ Upravo se zbog toga (u izvjesnoj mjeri u kontradikciji sa startnom tezom o tome da prednost treba dati objektivnoj teoriji o dokaznoj mjeri) zaključuje da je sukob između subjektivne i objektivne teorije o dokaznoj mjeri zapravo (kao i većina drugih teorijskih sporova) besplodan.¹⁶

Prema zastupnicima teorije o uvjernosti u vjerojatnost redovnu dokaznu mjeru (njem. *Regelbeweismaß*) u austrijskom pravu ne bi činila bilo kakva vjerojatnost niti, tzv. pretežnija vjerojatnost (njem. *überwiegende Wahrscheinlichkeit*; engl. *preponderance of probabilities*). Argumenti za to se nalaze najprije u tome što se iz zakona mogu izvesti različiti stupnjevi dokazanosti, koji pretpostavljaju redovnu mjeru dokazanosti, koja se može povećavati ili smanjivati; zatim u okolnosti da zahtjevi utvrđeni u § 272. stavak 1. öZPO-a, iako ih treba reducirati na «relativnu istinu», ipak «ljestvicu postavljaju visoko». To bi, konačno, nametala i sadržajna vezanost materijalnog i procesnog prava: statuiranje elemenata činjeničnog stanja koji utemeljuju zahtjeve i zahtjevi koje radi njihova dokazivanja treba postaviti moraju stajati u određenoj relaciji.¹⁷ Stoga se uzima da bi, i kad ne bi bila potrebna vjerojatnost koja graniči sa sigurnošću (što bi značilo povišenje dokazne mjere), vjerojatnosti koja

13 RECHBERGER u FASCHING, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. izd., 3. tom, 2004., (cit. RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3.), 556.

14 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 556, 557.

15 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.; V. i KLIČKA, Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, 1994., 24. i slj.

16 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.; V. i KLIČKA, op. cit., i slj.

17 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557., pozivajući se na LEIPOLD-a, Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß, Nakamura Festschrift, 1996., 312. i slj.

je potrebna radi dokazivanja trebalo postaviti u pravilu visoke zahtjeve.¹⁸ Takvo je gledište, tvrdi se, prihvaćeno i u novijoj austrijskoj sudskoj praksi.¹⁹

Budući da „visoka vjerojatnost“ ne predstavlja nikakvu objektivnu veličinu, takvo bi redovno pravilo o dokaznoj mjeri uključivalo izvjesnu širinu. Stoga bi, smatra se, nedvojbeno kako o objektivnim okolnostima slučaja koji je dao povoda tako i o subjektivnom vrednovanju suca ovisilo kada bi on uzeo da je ta „visoka“ vjerojatnost postignuta. Utoliko bi se moglo govoriti o jednoj „fleksibilnoj dokaznoj mjeri“, koja se, međutim, ne bi trebala shvatiti u smislu teorije o fleksibilnoj dokaznoj mjeri (koju je razvio Gottwald)²⁰ prema kojoj bi dolazio u obzir svaki stupanj vjerojatnosti koji bi bio primjeren povodu, a koju bi teoriju trebalo razumjeti u vezi s njezinom polaznom točkom, naime „teorijom o uvjerenosti u istinitost“, jer se samo iz subjektivne uvjerenosti suca o stupnju vjerojatnosti dokazne mjere može zapravo dobiti malo. Upravo se stoga primjećuje da je za Gottwalda pojam uvjerenosti neutralan i ne implicira nikakvu visoku mjeru vjerojatnosti.²¹

U austrijskom su pravu različiti stupnjevi dokazne mjere utvrđeni djelomično zakonski, a djelomično i tzv. sudskim pravom (njem. *richterrechtlich*). Kao školski se primjer u tom smislu ističu (u austrijskom pravu nakon novog Zakona o izvanparničnom postupku iz 2003. u cijelosti u domeni izvanparnične jurisdikcije) postupci o utvrđivanju odnosno osporavanju očinstva djeteta, za koje su u sudskoj praksi za dokazivanje protivno predmnjevi o očinstvu djeteta rođenog u braku razvijeni potpuno različiti zahtjevi. Utvrđenje „da dijete ne potječe od bračnog druga njegove majke“ pretpostavlja prema sudskoj praksi dokaz „nemogućnosti ili nevjerojatnosti koja graniči s izvjesnošću da dijete nije začeto od muža majke“ (povišenje dokazne mjere; njem. *Beweismaßerhöhung*). Tome nasuprot predmnjeva bi se (izvanbračnog - § 163/2. ABGB) očinstva mogla osporiti ne samo dokazom „jedne takve nevjerojatnosti očinstva“ koja bi uz vrednovanje svih okolnosti govorila protiv stava da je muškarac začeo dijete, već i dokazom da je to očinstvo manje vjerojatno nego očinstvo nekog drugog muškarca za koga predmnjeva jednako vrijedi. Stoga bi u slučaju u kojemu bi dva muškarca ili više njih dolazila u obzir kao očevi djeteta bila odlučujuća pretežnija (ne)vjerojatnost očinstva (reduciranje dokazne mjere; njem. *Beweismaßreduzierung*), a, tome nasuprot, kad bi se predmnjeva o izvanbračnom očinstvu ticala samo jednog muškarca, tražila bi se nevjerojatnost koja bi uz vrednovanje svih okolnosti govorila protiv stava da je on začeo dijete (opće pravilo). Smatra se da bi te razlike u pogledu tražene dokazne mjere upućivale na vezu s materijalnim pravom i okolnošću da ono vodi računa o pravičnosti: izvanbračnom bi djetetu trebalo maksimalno olakšati da dođe do oca. Stoga bi između više muškaraca koji dolaze u obzir kao očevi ocem trebalo utvrditi onoga čije je očinstvo najvjerojatnije; obrnuto, bračno dijete ne bi smjelo tako lako izgubiti oca pa bi zato postupak osporavanja smio tek onda uspjeti

18 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.; KLIČKA, Beweislastverteilung, 30 i slj.

19 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557.

20 GOTTWALD, Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozeß, Festschrift für Heinrich, 2000., 165.; *idem.*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979., 200. i slj.; v. i RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 557. Ovaj stav Gottwald zastupa i u knjizi ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 17. izd., 2010., (ZPR), 635., 634.

21 Usp. RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 558.

kad bi se nedvojbeno utvrdilo da ne postoji.²²

Kao slučajevi reduciranja dokazne mjere navode se određena rješenja iz propisa o zaštiti potrošača i o ostvarivanju nekih socijalnih prava, zatim institute, tzv. *prima facie* dokaza (njem. *Anscheinsbeweis*), sudačkog odmjeravanja naknade štete, utvrđivanja iznosa neke druge tražbine (§ 273/1. öZPO) ili donošenja odluke o nekom zahtjevu prema slobodnom uvjerenju (§ 273/2 öZPO), ali uvijek i u slučajevima u kojima se Zakon izrijeком zadovoljava vjerojatnošću (njem. *Glaubhaftmachung*, *Bescheinigung* - § 274. öZPO). Pritom se uzima da bi u slučajevima u kojima se traži samo vjerojatnost bila riječ o tzv. pretežnijoj vjerojatnosti.²³ Takva bi vjerojatnost bila dopuštena samo u slučajevima za koje je izrijeком predviđena;²⁴ bila bi uvijek riječ o utvrđivanju činjenica o procesnim prethodnim pitanjima, procesnim međupostupcima i provizornim odlukama, npr. razloga za izuzeće, za odgodu ročišta, za povrat u prijašnje stanje, za osiguranje dokaza, opasnosti kod ovrhe radi osiguranja tražbine i opasnost kod privremenih mjera.²⁵

1.2. O nekim stavovima u njemačkoj doktrini

U njemačkoj doktrini prevladava stajalište o mjerodavnosti subjektivne mjere za utvrđivanje istinitosti. S aspekta vladajućeg se stajališta u vezi s tzv. objektivnom teorijom konstatira da ona polazi samo od postignutog objektivnog sadržaja vjerojatnosti mogućeg dokaznog zaključka: ako je zakonska mjera postignuta, sudac će biti "uvjeren", pri čemu njegova subjektivna sigurnost nije bitna. Zbog toga, prema zastupnicima prevladavajućeg stajališta, treba inzistirati na nužnosti subjektivne uvjerenosti. Naime, u određenim se slučajevima može dokazna vrijednost indicija provjeriti gotovo matematičkim izračunom vjerojatnosti. U najvećem broju slučajeva, međutim, nije moguće postići sigurnost dokaznog rezultata. Mogući pokušaji dovode do puke prividne točnosti. Vladajuće se mišljenje stoga drži čvrsto subjektivne mjere za utvrđivanje istinitosti. Osnova i pomoćna sredstva stvaranja uvjerenosti su i ovdje objektivno prosuđivanje vjerojatnosti uz poštovanje pravila mišljenja i iskustva pomoću kontrole formiranja uvjerenosti od strane razumnog trećeg. Zbog toga se sudac smije zadovoljiti jednim za praktični život uporabljivim stupnjem sigurnosti, koji otklanja dvojbe, ne isključujući ih potpuno.²⁶

Konstatira se i da prema vladajućem mišljenju potreban stupanj sigurnosti odgovara (vrlo) visokom stupnju vjerojatnosti koje je postavljeno zakonskim pravilom o dokaznoj mjeri iz § 286. dZPO.²⁷ To mišljenje vodi računa o grupama

22 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 558. Treba primijetiti da ovdje ne bi bilo toliko govora o pravičnosti, već o rješenju koje bi polazilo od socijalno-ekonomskog i pravopolitičkog oportuniteta.

23 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 558., 559.

24 RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 559., 625.; RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 393.

25 FASCHING, ZPR, 429.; RECHBERGER, Fasching, Kom. ZPG, 3., 624., 625.; RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 393.

26 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 634., i tamo citirana literatura.

27 Prema odredbi § 286. stavka 1. dZPO-a, sud je dužan, uzimajući u obzir ukupni sadržaj raspravljanja i rezultate mogućeg izvođenja dokazivanja, prema slobodnom uvjerenju odlučiti hoće li se neka činjenična tvrdnja smatrati istinitom ili neistinitom. U presudi se trebaju dati

slučajeva s tipičnim teškoćama u dokazivanju, kod kojih se jedan takav visoki stupanj sigurnosti ne može postići, olakšavajući dokazivanje u tim slučajevima. Pored toga dokazna se mjera posebnim zakonskim pravilima ili sudskim pravom (kao kod *prima facie* kauzaliteta) smanjuje na pretežniju vjerojatnost.²⁸ Upravo se stoga otklanja i stav zastupan i s aspekta njemačkog prava da bi, po uzoru na rješenja iz *common law* sustava, pretežnija vjerojatnost u građanskim stvarima bila opća dokazna mjera, i to stoga što se vladajuće mišljenje plaši da bi posljedica toga bila prekomjerno povećanje odgovornosti.²⁹

Gottwald, uspoređujući rezultate objektivnog i subjektivnog pristupa, dolazi do zaključka da između njih praktički zapravo nema (iako je to opetovano osporeno) nikakve razlike. Naime, budući da u pravilu nedostaju sredstva kojima bi se u pojedinim slučajevima izmjerila vjerojatnost, stvar bi se svodila na formiranje uvjerenja jednog razumnog presuđivača. U graničnim bi slučajevima odlučivala subjektivna ocjena suca. Stoga se uzima da Zakon zapravo predviđa pojedina olakšanja dokazivanja, ali da nije utvrdio nikakvo redovno pravilo o dokaznoj mjeri, već da prepušta sucu da svoje uvjerenje različito formira prema značenju činjenica, teškoćama u dokazivanju i drugim, također materijalnim okolnostima, odnosno da dokaznu mjeru postavi na odgovarajući način. Stoga bi zapravo vrijedilo fleksibilno mjerilo koje bi prema kriterijima, tzv. sudskog prava bilo pragmatično stupnjevano. U tim je okvirima, ističe se, odlučujuće da sudac može formirati svoje uvjerenje.³⁰

1.3. Kritika

Stavovi „objektivistički“, autora koji zastupaju, tzv. teoriju uvjerenosti u vjerojatnost, koji općim standardom uvjerenosti proglašavaju visoki stupanj vjerojatnosti otvaraju svojim „realizmom“ put daljnjem snižavanju zahtjeva koji bi se postavljali u ime toga standarda. Naime, „objektivistički“ u svojoj kritici „subjektivistički“ u prezentaciji njihove koncepcije polaze od toga da prema subjektivistima sudac mora subjektivno doći do sigurnosti uvjerenja, da je bitno njegovo osobno uvjerenje, potiskujući pritom u bitnome u drugi plan, premda ih ne isključujući, objektivizirane zahtjeve koje pojedini subjektivisti postavljaju prigodom definiranja kriterija za isključenje razumne sumnje, kojima se u osnovi relativizira i objektivizira osobno uvjerenje suca. Međutim, ni „objektivistički“ ne mogu izbjeći subjektivne momente u definiranju svoje teorije jer i oni traže visoku vjerojatnost koja nije ništa drugo nego nešto niži stupanj subjektivnog uvjerenja od sigurnosti. Naime, i kod teorije uvjerenosti u istinitost i kod teorije uvjerenosti u vjerojatnost riječ je o osobnom uvjerenju suca, s time da bi kod prve teorije to bilo uvjerenje u istinitost utvrđenja, kod druge uvjerenje u visoku vjerojatnost istinitosti utvrđenja. Na načelnoj razini, međutim, razlike u kvaliteti tih uvjerenosti ne bi bile samo subjektivne već i objektivne, jer se objektivistički zapravo zadovoljavaju (nešto) nižom razinom subjektivne uvjerenosti.³¹ Objektivistima bi se

razlozi koji su doveli do sudačkog uvjerenja.

28 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 634.

29 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 635.

30 ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 635.

31 Time bi stavovi objektivistički otvarali put snižavanju standarda uvjerenosti u postojanje objekta

moglo prigovoriti da prigodom prezentiranja onoga što čini bit stava subjektivistu stavljaju u drugi plan da i subjektivisti, s jedne strane, uvažavaju okolnost da se, tzv. objektivna istina teško može spoznati, da i oni, kad govore o uvjerenju suca, misle na uvjerenje o postojanju visokog stupnja vjerojatnosti koja graniči s izvjesnošću, dok, s druge strane, objektiviziraju svoju teoriju inzistiranjem na kriteriju isključenja razumne (standardizirane i time objektivizirane) sumnje u pravilnost uvjerenja. Objektivistima bi se moglo prigovoriti i da su konfundirali objektivni odnos sadržaja uvjerenja i stvarnosti (nužna ograničenost na vjerojatnost podudarnosti) sa subjektivnom razinom uvjerenja (uvjerenost u visoku vjerojatnost umjesto uvjerenost u istinitost kao također uvjerenost u, u pravilu, visoki ili nešto viši stupanj vjerojatnosti). Zato se zastupnici i jedne i druge koncepcije približavaju zajedničkom stavu da su razlike između njih teorijske, a ne praktične (v. *supra ad* 1., 2.). I objektivisti moraju pristati na to da je visoka vjerojatnost za koju se opredjeljuju zapravo subjektivna.

Gottwaldova koncepcija, prema kojoj je zapravo sucu prepušteno da svoje uvjerenje različito formira prema značenju činjenica, teškoćama u dokazivanju i drugim, također materijalnim okolnostima, odnosno da dokaznu mjeru postavi na odgovarajući način, zbog čega bi zapravo vrijedilo fleksibilno mjerilo koje bi prema kriterijima, tzv. sudskog prava bilo pragmatično stupnjevano: na dogmatskoj se razini s aspekta hrvatskoga prava ne bi mogla prihvatiti s obzirom na određeno postavljene zahtjev o tome da razina uvjerenosti (u pravilu) treba korespondirati sigurnosti (*arg. ex* 221.a, v. *infra ad* III.1.-3.), čime se u načelu (dakle, osim u slučajevima za koje je izrijekom predviđenim drukčije) isključuje mogućnost fleksibiliziranja kriterija za utvrđivanje potrebne dokazne mjere, primjerenje tih kriterija specifičnostima određenih sporova. Ona se ne bi smjela prihvatiti ni iz pragmatičnih razloga jer bi mogla poslužiti kao poticaj za uvođenje prakse “nepodnošljive lakoće” u dosezanju potrebne mjere uvjerenosti. Ona je, međutim, svakako realistična i za njezino bi se opravdanje štoviše mogli naći i vrlo ozbiljni argumenti već *de lege lata*. Pristajanje na tu teoriju zahtijevalo bi ipak jednu višu razinu osposobljenosti i odgovornosti onih koji sudjeluju u suđenju, razinu za koju bi se moglo uzeti da još uvijek u hrvatskoj pravosudnoj zajednici nije dosegnuta.

2. O nekim stavovima u jugoslavenskoj i postjugoslavenskoj doktrini

2.1. Uvodne napomene

Kad je riječ o stajalištima koja su izražena o problemu mjere utvrđenosti, dokazanosti u bivšoj jugoslavenskoj i pojedinim postjugoslavenskim doktrinama, među njima i hrvatskoj, treba svakako upozoriti na starija, tradicionalističkije orijentirana stajališta jugoslavenske teorije građanskog procesnog prava i njihove zastupnike Juharta, Poznića, Trive i Udeta, a od novijih na stajališta Uzelca i Zobeca.

utvrđivanja, zapravo nagovještavali mogućnost (i možda potrebu) prihvaćanja pretežnije vjerojatnosti kao osnovnog standarda uvjerenosti (utvrđenosti).

2.2. Juhart

Juhart, primjereno vremenu objave svoga sustava (1961.), pri zauzimanju i razvijanju svojih stavova o mjeri dokazanosti (utvrđenosti) činjenica u parničnom postupku polazi od načela materijalne istine. Po njemu bi materijalna istina bila potpuna podudarnost našeg zaključka ili predodžbe s proteklim događajima ili sa sadašnjim stanjem nekog predmeta. Ona bi bila subjektivna slika objektivne stvarnosti koja nastaje u svijesti čovjeka koji opaža. Svijest bi bilo moguće izraziti govorom. Ako bi izjava bila u skladu sa slikom, a slika s događajem ili s pojavom vanjskog svijeta, bila bi i subjektivno i objektivno istinita. Ako bi izjava bila u skladu sa slikom (predodžbom), a slika se ne bi slagala s događajem, izjava bi bila subjektivno istinita, a objektivno neistinita. Izjava koja ne bi bila u skladu s predodžbom bila bi subjektivno neistinita, ali bi mogla biti objektivno istinita ili neistinita.³²

Prema stupnju podudarnosti predodžbe s činjenicama, Juhart razlikuje između izvjesnosti (slov. *gotovosti*), uvjerenosti (slov. *prepričanosti*) i vjerojatnosti. Izvjesnost bi bila najviši stupanj intenzivnosti svijesti o istini, odnosno podudarnosti predodžbe s činjenicama. Postojala bi kad bi bila isključena svaka mogućnost sumnje. Taj se stupanj istine, kaže Juhart, naziva apsolutna istina jer postoji apsolutna, bezuvjetna podudarnost subjektivne slike s objektivnom stvarnošću, jer je predodžba do pojedinosti kopija događaja. Ona je najčešće moguća onda kad sudac neposredno spoznaje svojim čutilima (uviđaj) sadašnje stanje nekog predmeta. Subjektivna bi slika bila kopija onoga što sudac opaža. Sudac bi, ipak, u tom slučaju dopuštao protutvrdnje, ali ne i protudokaze o tom stanju.³³ S time u vezi konstatira da Zakon ne zahtijeva da bi sud morao doseći apsolutnu istinu jer bi put do te istine bio pretežak. Zato se Zakon za potrebe građanske parnice zadovoljava nižim stupnjem podudarnosti predodžbe s činjenicama. Pritom Zakon ne bi stajao na stajalištu agnosticizma po kojemu se istina s našim današnjim i uopće čovjeku dostupnim sredstvima ne može i neće moći spoznati. Tome nasuprot, prema znanosti materijalističke je filozofije istinu moguće spoznati u svakom prirodnom obliku pa i u društvenim odnosima.³⁴

Uvjerенost bi bio takav visoki stupanj istinitosti (podudarnosti predodžbe s činjenicama) da o njoj ne bi dvojio niti jedan razuman u životnim odnosima iskusan čovjek. U usporedbi s izvjesnošću uvjerenost bi bila niži stupanj istine. Na uvjerenost se moramo osloniti onda kad se činjenice nisu neposredno opažale, već se do zaključka o istini došlo na temelju dokazivanja. Protiv izvjesnosti se ne dopušta protudokaz, dok bi protiv uvjerenosti takav dokaz bio moguć.³⁵

U građanskoj parnici se dokazuje ili sadašnje stanje predmeta ili povijesni događaji. Potpuna bi se izvjesnost o istini mogla dobiti o sadašnjem stanju predmeta. O proteklim događajima bi u građanskoj parnici bilo dovoljno uvjerenost. Zato se s time u vezi govori o historijskom dokazu i historijskoj istini.³⁶

U životu, smatra Juhart, uzimamo kao istinito ono što odgovara prirodnom

32 JUHART, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, 1961., (CPP), 52., 53.

33 CPP, 53.

34 CPP, 53.

35 CPP, 53.

36 CPP, 53.

tijeku stvari u njihovoj prirodnoj vezi. Kako sve čovjekove odluke vodi visoki stupanj vjerojatnosti, tako mora suci u građanskoj parnici biti dovoljan taj visoki stupanj istine, bez obzira na to što je svijetu neispravnih mogućnosti protivno uvijek moguće. Zato je materijalna istina, zaključuje Juhart, u građanskoj parnici zakonska recepcija onoga što ljudi uzimaju u redovnom životu kao istinito. U parnici bi takav visoki stupanj uvjerenosti o istinitosti (uvjerenost) bio potreban kad se utvrđuju pravnogenerativne činjenice materijalnog prava, osim kad Zakon drukčije izriječkom dopušta.³⁷

Vjerojatnost ili obična mogućnost bila bi najniži stupanj podudarnosti predodžbe o činjenicama. To bi bila mogućnost da se naše predodžbe o činjenicama podudaraju s istinitim stanjem vanjskoga svijeta. O vjerojatnosti bi se moglo govoriti tada kad bi razlozi za istinitost bili jači i brojniji nego razlozi koji bi govorili za neistinitost. Sudac bi smio činjenice materijalnog prava uzeti kao istinite samo ako bi o tome imao potpuno uvjerenje. Vjerojatnost bi bila dostatna iznimno (pravno pravilo § 1293. OGZ).³⁸ Kod izgubljene dobiti bi se radilo o vjerojatno očekivanom prihodu. U parnici se zato neće zahtijevati potpuni dokaz (uvjerenost) već vjerojatnost. Upozorava, međutim, da uzanca br. 231.³⁹ govori o izvjesnosti, ali konstatira da po prirodi stvari tu ni na koji način ne bi bilo moguće zahtijevati izvjesnost. Vjerojatnost bi, međutim, bila dovoljna za dokazivanje brojnih činjeničnih stanja procesnog prava.⁴⁰

Sumnja (dvojba) (slov. *dvom*) postojala bi onda kad su razlozi koji govore za istinitost ili neistinitost neke činjenice u ravnoteži.⁴¹

Na temelju usporedbe izvjesnosti, uvjerenosti i vjerojatnosti Juhart zaključuje da između njih nema kvalitativne već kvantitativne razlike, pri čemu bi se svijest o istini odnosno podudarnost predodžbe s činjenicama javljala s različitim intenzitetom. Procesna se zakonodavstva često zadovoljavaju već s uvjerenjem ili vjerojatnošću.⁴²

Juhart prema stupnju sukladnosti predodžbe s objektivnom stvarnošću razlikuje i strogi dokaz od utvrđenja vjerojatnosti. Strogi dokaz ili dokaz u užem smislu (*probatio plena*) bio bi dokaz koji bi sud trebao potpuno uvjeriti u istinitost ili neistinitost tvrdnje. U građanskoj bi se parnici istinitim smatralo ono što se i u životu prema redovnom tijeku stvari smatra takvim. Ne bi bila dovoljna vjerojatnost ili puka mogućnost da je neka tvrdnja istinita. Morao bi predležati tako visoki stupanj vjerojatnosti da nitko tko ima iskustva u životnim odnosima ne bi dvojio o istinitosti.⁴³

Vjerojatnost⁴⁴ (*probatio semiplena*) bila bi niži stupanj predodžbe o istini. Razliku između strogog dokaza i vjerojatnosti Juhart vidi prije svega u stupnju

37 CPP, 53., 54.

38 Opći austrijski građanski zakonik.

39 Tu autor aludira na Opće uzance za promet robom.

40 CPP, 54.

41 CPP, 54.

42 CPP, 54. Moglo bi se primijetiti da bi stav o samo kvantitativnoj razlici između navedenih stupnjeva utvrđenosti zanemarivao, s jedne strane, zakon «materijalističke dijalektike» (kao elementa materijalističke filozofije od čijih zasada, što je bilo primjereno vremenu objave djela, kao da autor polazi) da kvantiteta prelazi u kvalitetu, a s druge strane nužnost da sudac različite razine svoga uvjerenja treba subjektivno doživljavati kao bitne razlike u kvaliteti.

43 CPP, 348.

44 Juhart izraze «*verjatnost ali posvedočenje*» sinonimski koristi izgleda u smislu izraza *Glaubhaftmachung* i *Bescheinigung* iz § 274. öZPO.

podudarnosti predodžbe s objektivnom stvarnošću, u njezinu intenzitetu. Daljnja bi razlika bila u tome što su predmet strogog dokaza činjenična stanja materijalnog prava, a vjerojatnosti činjenična stanja procesnog prava. Pritom, zato što su pravila procesnog prava većinom prisilnoga karaktera, sud ne može biti vezan uz one dokaze koje je za dokazivanje vjerojatnosti predložile stranka, već bi po službenoj dužnosti trebao utvrditi postoji li zaista ustvrđeno činjenično stanje. Stranka koja bi morala činjenice učiniti vjerojatnima, morala bi navesti te činjenice i ponuditi za njih toliko dokaza da bi sud stekao potrebni niži stupanj uvjerenosti koji se naziva vjerojatnošću.⁴⁵

Konstatiravši da ZPP 56 ne govori izrijeком o vjerojatnosti, Juhart smatra da tom zakonu ta institucija nije potpuno tuđa. Smatra da se s aspekta pozitivnog prava treba u pogledu strogog dokaza i utvrđivanja vjerojatnosti držati ovih pravila: kad treba utvrditi pravnogenerativne činjenice materijalnog prava, osim u onim slučajevima u kojima se to pravo samo zadovoljava vjerojatnošću (§ 1293. OGZ); za dokazivanje činjeničnog stanja procesnog prava bila bi, u pravilu, dovoljna vjerojatnost. Tako stranka mora u prijedlogu za izuzeće suca navesti okolnosti na kojima temelji svoj prijedlog. Pritom bi opće pravilo bilo da stranka mora ako nešto traži, navesti činjenice na kojima temelji zahtjeve i dokaze kad je to potrebno (95/3. ZPP 56., 106/4. ZPP 76). Upozorava, međutim, da Zakon poznaje i slučajeve u kojima dokaze ne treba navesti kad se nešto traži, već da to eventualno treba učiniti naknadno ako se za time ukaže potreba. Tako bi sud mogao odlučiti o zahtjevu za izuzeće već na temelju okolnosti koje je stranka navela. Ako se pak sud ne bi moglo osloniti samo na ustvrđene okolnosti, tražilo bi se od stranke da predloži dokaze ili da ih sama pribavi.⁴⁶ U te slučajeve svrstava i slučajeve u kojima se donošenje određenih procesnih odluka uvjetuje utvrđenjem postojanja opravdanih razloga, npr. za produženje rokova, odgodu ročišta i povrat u prijašnje stanje. To bi bile okolnosti koje bi mogle biti takva karaktera da i bez dokazivanja pobude kod suca, ako ne potpuno, onda bar niži stupanj vjerojatnosti. Zakon ne traži da stranka dokaže te okolnosti, pa bi sud mogao odlučiti na temelju samih tvrdnji jer je predodžba o istinitosti moguća već na temelju njih. To bi vrijedilo i u svim onim slučajevima u kojima zakon određuje da stranka mora dokazati interes, npr. za pregled spisa, intervencijski interes, pravni interes za utvrđenje, opravdanu bojazan za osiguranje.⁴⁷

Zaključuje da bi sud imao pri utvrđivanju procesnih činjenica široku mogućnost slobodnog promišljanja i odlučivanja. Smatra, ipak, nedostatkom Zakona to što u njemu nije navedeno u kojim bi se slučajevima zahtijevao strogi dokaz i za procesnopravna činjenična stanja, što bi imalo za posljedicu veliku nesigurnost u suđenju jer bi jedan sud mogao tražiti strogi dokaz za to činjenično stanje, dok bi se drugi možda zadovoljio vjerojatnošću.⁴⁸

45 CPP, 348. Pozivajući se na rješenja iz “predratnog prava” (ZSPGP 29.), Juhart i za sustav prema ZPP 56 zastupa stav da saslušanje stranaka ne bi bilo dopušteno za dokazivanje vjerojatnosti te da dokazi kojima bi se ona dokazivala moraju biti likvidni.

46 CPP, 348.

47 CPP, 349.

48 CPP, 349.

2.3. Poznić

Poznić razlikuje dva stupnja dokazanosti – uvjerenje u istinitost i dovođenje do vjerojatnosti. Naime, činjenicu koja je bila predmet dokazivanja sud uzima u pogledu svoje odluke ako bude dokazana. Ovo svojstvo može imati dva stupnja intenziteta. Viši stupanj predstavlja uvjerenje (“ubeđenje”) suda da je tvrdnja u povodu koje je dokazivanje izvedeno istinita. Za postojanje tog stupnja nije potrebna izvjesnost kojom se isključuje svaka mogućnost suprotnog. Bio bi dovoljan onaj stupanj vjerojatnosti kojim se otklanja svaka razumna sumnja. Uvjerenje u istinitost mora kod suda postojati da bi se uzela kao dokazana činjenica koja je sama od značaja za meritornu odluku ili je dokazivana kao indicija. Taj intenzitet dokazanosti mora biti dostignut, po pravilu, u pogledu procesne pretpostavke kad se postavi pitanje je li postignuta. Smatra se da taj smisao Zakon pridaje tom pojmu u odredbi o slobodnoj ocjeni dokaza (8.).⁴⁹

Niži stupanj dokazanosti postiže se dovođenjem do obične vjerojatnosti. Za ovaj je stupanj dovoljno da kod suda preteže dojam da je postojanje činjenice koja je bila predmet dokazivanja moguće, tj. da ima više argumenata za postojanje određenih činjenica, nego protiv. Takvo je dokazivanje iznimno. Iako je u zakonskom tekstu teško naći za to oslonac, ipak se uzima da je i po današnjem pravu dovoljno da se činjenice od kojih zavisi odluka suda o osnovanosti nekih procesnih predloga učini samo vjerojatnim. U prilog tome govori to što bi u takvim situacijama dokazivanje radi stvaranja uvjerenja u istinitost zadržavalo razvoj postupka. Tako bi taj kriterij vrijedio za postojanje razloga za izuzeće, za produženje sudskog roka, za odgodu ročišta, za povrat u prijašnje stanje, za osiguranje dokaza, za dostavu pribijanjem pismena na oglasnu ploču suda, za uskratu svjedočenja, za postojanje interesa trećeg da razmatra i prepisuje spise, za činjenicu da se isprava na koju se stranka poziva nalazi kod protivne stranke ili treće osobe, za postojanje opasnosti kojim se obrazlaže prijedlog za izdavanje privremenih mjera. Po vladajućem mišljenju i činjenice o kojima ovisi postojanje procesnih pretpostavaka dovoljno je učiniti vjerojatnim. Međutim, činjenice od kojih zavisi dokazivanje procesnih smetnji koje dovode do odbacivanja tužbe morale bi biti utvrđene s uvjerenjem u njihovu istinitost.⁵⁰

Razlika između navedena dva stupnja dokazanosti ogledala bi se, prema Pozniću, i u tome što se za dovođenje do vjerovatnosti može upotrebiti svaki izvor saznanja, dakle ne samo dokazno sredstvo predviđeno Zakonom. Upozorava da je prema ZSPGP 29 bila propisana samo jedna iznimka od tog pravila – nije bilo dopušteno izvođenje dokaza saslušanjem stranaka. To bi odstupanje po njemu bilo prihvatljivo i za današnje pravo, ali ga sudska praksa nije prihvatila. Smatra da ne bi bilo pogodno ni dokazivanje koje se ne bi moglo odmah izvesti da se neka činjenica učini vjerovatnom. U tom bi smislu bilo nesvrhovito saslušati svjedoka koga bi tek trebalo pozvati. Sličan stav zauzima i u pogledu isprava koje se ne bi moglo odmah podnijeti, koje bi tek trebalo pribaviti. Mišljenja je da u slučajevima u kojima bi se dokaz izvodio zato da bi se neka okolnost učinila vjerojatnom, sud ne bi bio vezan

49 POZNIĆ, B. – RAKIĆ-VODINELIĆ, V., *Gradansko procesno pravo*, 1999., (POZNIĆ-RAKIĆ, GPP), 310., 311.

50 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 311.

odredbama o formi koja mora biti poštovana. Konačno, za taj stupanj dokazanosti ne bi bilo potrebno obrazloženje – bilo bi dovoljno da se sud pozove na sredstvo saznanja iz kojega je izveo zaključak o vjerojatnosti.⁵¹

Poznić se posebno osvrće na gledište (Blagojević, Načela, 331., Juhart, CPP, 53.) po kojemu intenzitet istine u postupku ima tri stupnja. Najniži bi bio dovodenje do obične vjerojatnosti. Viši stupanj bi bio uvjerenje da su činjenice koje su se dogodile u prošlosti istinite (istorijska istina). Do ovog stupnja uvjerenja sudac bi dolazio ocjenom dokaza. Drugim rječima, on bi svoje saznanje crpio iz isprava, ili iz iskaza svjedoka, vještaka, ili stranaka. Ovakav put do istine bio bi utoliko posredan što sud ne bi dolazio do uvjerenja osobnim opažanjem, nego ocjenom građe dobivene upotrebom navedenih dokaza. Uslijed toga ne bi bila isključena mogućnost da sučevo uvjerenje ne odgovara stvarnom stanju. Treći najviši stupanj istine bila bi izvjesnost do koje sud dolazi osobnim opažanjem (uviđaj), pri kojemu se ocjena dokaza s obzirom na prirodu dokaznog sredstva ne bi mogla zamisliti. Upotrebom tog sredstva postojanje bi činjenica bilo dovedeno do svoje evidentnosti, tako da je mogućnost postojanja drukčijeg stvarnog stanja sasvim isključena. Dosljedno tome protudokaz ne bi bio dopušten. U vezi s tim gledištem Poznić konstatira da je točno da je neposredno čulno opažanje od strane suca nespojivo s pojmom ocjene dokaza. Otuda je razumljivo da sud neće dopustiti protudokaz o činjenici o kojoj je stekao saznanje uviđajem, ali smatra da time nije rečeno da se postojanje te činjenice ne može žalbom osporiti. Ako netočno može biti čulno opažanje svjedoka – čak i onog koji je događaju prisustvovao kao *testis rogatus* – nije jasno zašto članovi vijeća ne bi mogli pogriješiti pri svom čulnom opažanju. Činjenično stanje, zasnovano na uviđaju, ne bi, dakle, bilo neizmjenjivo. Smatra da se suprotno stajalište ne može izvesti ni iz Zakona te zaključuje da ta konstatacija umanjuje pravnodogmatsko značenje razlikovanja između istine do koje bi sud došao ocjenom dokaza i istine koju bi utvrdio neposrednim čulnim opažanjem. Po njemu bi se ta dva stupnja svodila na jedan.⁵²

2.4. Triva

Triva⁵³ razlikuju dvije razine kvalitete uvjerenosti suda u postojanje ili nepostojanje činjenica koje treba utvrditi – izvjesnost i vjerojatnost, povezujući te kvalitete s utvrđivanjem činjenica dokazivanjem. Izvjesnost definira kao uvjerenje suda o relevantnoj činjenici (o njezinoj egzistenciji i sadržaju, odnosno o tome da je nema) koje je takvo da **isključuje svaku razumnu sumnju u njegovu pravilnost i istinitost**⁵⁴ - u tom bi slučaju teza koju je trebalo provjeriti bila **potpuno dokazana**. **Vjerojatnost**, pak, definira kao stupanj uvjerenja koje bi postojalo kad ima **više argumenata koji govore u prilog uvjerenju o postojanju relevantne činjenice nego onih koji govore protiv**. Ipak, ta se definicija relativizira tezom da stupanj

51 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 311., 312.

52 POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 312.

53 TRIVA-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004., (GPPP), 480., 481.

54 Triva zapravo ovdje ostavlja otvorenim pitanje kriterija za utvrđivanje razumne sumnje – je li to razumna sumnja svakog prosječnog čovjeka, razumna sumnja pripadnika pravosudne zajednice, sudske zajednice. To čini se vrijedi i za Poznića (v. *supra ad 2.*).

vjerojatnosti izražen odnosom povoljnih i nepovoljnih razloga ne mora biti uvijek jednak. Njegova bi intenzivnost trebala rasti u razmjeru s važnošću radnja koje treba poduzeti, s obzirom na stadij postupka u kojemu se o određenom procesnom pitanju raspravlja i odlučuje te s obzirom na težinu procesnopравnih posljedica koje se nadovezuju na utvrđenje da određene činjenice postoje ili da ih nema. Tako bi, npr., pri utvrđivanju činjenica koje su relevantne za postojanje, tzv. negativnih procesnih pretpostavaka te drugih činjenica o kojima ovisi odluka o odbacivanju istaknutog zahtjeva trebalo postići stupanj izvjesnosti uvjerenja o njihovu postojanju. Dok bi sudu trebalo dopustiti da već na uvjerenju o blagom stupnju vjerojatnosti zasniva svoju konkludentno izraženu odluku o postojanju pretpostavaka za nastavak postupka (do dokaza o protivnom), trebalo bi da taj isti sud gradi svoju odluku o prigovoru stranke upravljenom na osporavanje određenih procesnih pretpostavaka na uvjerenju o višem, a ponekad i visokom stupnju vjerojatnosti da određene činjenice postoje ili da ih nema.

Triva zapravo i sam relativizira određenje pojma vjerojatnosti. U startu ga definira kao pretežniju vjerojatnost da bi onda dopustio i stupnjeve uvjerenosti koji su vrlo blagi, a koje također naziva vjerojatnošću.

Triva smatra da se zahtjev da sud, uz rezerve uvjetovane relativnošću spoznajnih mogućnosti, formira izvjesne sudove može prihvatiti u odnosu na činjenice o kojima ovisi odluka o osnovanosti tužbenog zahtjeva do koje sud dolazi uz primjenu mjerodavnog **materijalnog** prava (osim kad se sam materijalnopравni propis zadovoljava vjerojatnošću), a da bi se teško mogao prihvatiti u odnosu na sve činjenice od čijeg postojanja zavisi dopustivost provođenja postupka, poduzimanja pojedine parnične radnje ili odlučivanje o nekom procesnom zahtjevu, dakle u odnosu na činjenice od kojih zavisi odluka do koje sud dolazi uz primjenu procesnog prava.⁵⁵ Pritom (donekle nekonzistentno i u kontradikciji sa svojom tezom da bi /ne/ postojanje nekih procesnih pretpostavaka trebalo utvrditi na razini izvjesnosti) taj svoj stav argumentira tezom da bi angažiranje jednakih napora radi utvrđivanja procesnih pretpostavaka za meritorno odlučivanje, kao i pri utvrđivanju pretpostavaka za ocjenu osnovanosti meritornih zahtjeva, bilo u pravilu neekonomično i nesvrishodno. Bilo bi, naprotiv, ekonomično i svrshodno da sud i stranke prihvate stanovit rizik koji dolazi odatle što valjanost poduzetih radnja može biti dovedena u pitanje zbog utvrđenja da nisu postojali neophodni uvjeti za rad suda i stranaka. Zbog toga smatra da pri utvrđivanju procesnih pretpostavaka i ostalih elemenata parnice od kojih zavisi primjena procesnog prava u pravilu nije potrebno da se sud uvjerava u postojanje činjenica na jednako nesumnjiv i izvjestan način kao kad utvrđuje činjenice odlučne za ocjenu osnovanosti tužbenog zahtjeva. Stupanj "izvjesnosti"⁵⁶ o postojanju određene činjenice mogao bi ovdje biti i slabiji. Bilo bi dovoljno da se utvrdi stanovita mogućnost da se ustanovljenje suda podudara sa stvarnošću.

Polazeći od konstatacije o nemogućnosti apsolutne identifikacije subjektivnih predodžaba suda sa stvarnošću koja je predmet promatranja, Triva je mišljenja da

55 Pozivajući se pritom na JUHARTA, CPP, 348., te konstatirajući drukčija stajališta izražena u prijašnjoj jugoslavenskoj doktrini.

56 Bila bi riječ o lapsusu jer se očito mislilo na stupanj uvjerenosti, dokazanosti, a ne «izvjesnosti».

između izvjesnosti i vjerojatnosti da je određena tvrdnja istinita nema u biti spoznaje kvalitativne razlike. Razlika je samo kvantitativna. No ova je kvantiteta sa stajališta praktične primjene toliko značajna da ovlašćuje na **kvalitativno** različit tretman u sudovanju.

Okolnost da važeći Zakon nema izričitih odredaba o vjerojatnosti (kao što je to imao ZSPGP 29, § 370.) ne bi, po ovom autoru, značila da on ne bi pružao osnove za primjenu kriterija vjerojatnosti. Na to bi prema njemu upućivala neka procesna pravila koja su očigledan odraz shvaćanja da nije potrebno s punom izvjesnošću utvrditi postojanje određenih bitnih činjenica. Takvo bi, npr., bilo pravilo o utvrđivanju nadležnosti suda na temelju navoda u tužbi i činjenica koje su sudu poznate (15/2.); ili pravilo koje ovlašćuje sud da **na brz i pogodan način** provjeri točnost označene vrijednosti spora (40/3.).⁵⁷

Prema Trivi bi za utvrđivanje vjerojatnosti bilo moguće koristiti sva predviđena dokazna sredstva, pa i (za razliku od Poznića – v. *supra ad* 3.2.) saslušanja stranaka, te da bi bilo umjesno da se izvode samo, tzv. **likvidni dokazi**, tj. dokazi koji se mogu odmah, na brz i pogodan način izvesti. Za to bi bile najprikladnije isprave, ali to ne bi isključivalo ni saslušanje svjedoka, naročito ako se oni već nalaze u sudu ili ih se može odmah dozvati. Nevezanost za stroge odredbe zakona o izvođenju dokaza značilo bi ovlaštenje da se vjerojatnost utvrđuje i na osnovi neovjerenih privatnih isprava; ili na temelju izvansudske pismene izjave svjedoka; na temelju saslušanja svjedoka na ročištu o kojemu stranke nisu bile obaviještene, itd.

U vezi sa stavom da je “izvjesnost” postignuta osobnim opažanjem treći, najviši stupanj istine Triva (suglašavajući se u smislu, ali ne i terminološki glede toga s Pozničem, v. *supra ad* 2.) smatra da se navodno dva stupnja izvjesnosti svode (ipak) na jedan.⁵⁸

2.5. Ude

Ude⁵⁹ također razlikuje četiri stupnja materijalne istine – izvjesnost kao najjači stupanj o kojoj se govori pri potpunoj podudarnosti subjektivne predodžbe s postojećim činjenicama, tj. s objektivnom stvarnošću, uvjerenost kad o istinitosti činjenice ne dvoji niti jedan iskusan čovjek, odnosno kad prosječan čovjek ne dvoji o postojanju ili nepostojanju određene činjenice te vjerojatnost kada su razlozi koji govore o postojanju neke činjenice jači od razloga koji govore protiv njezina postojanja. Četvrti bi stupanj bila sumnja kada se ne može govoriti o materijalnoj istini. O sumnji (slov. *dvom*) se govori onda kada su razlozi koji govore u prilog postojanja neke činjenice u

57 U skladu s navedenim **Triva** smatra da bi bilo dovoljno učiniti vjerojatnim postojanje činjenica od kojih zavisi mjesna nadležnost (52.); svrsishodna delagacija (68.); izuzeće sudaca (73.); određivanje rokova (111.); odgoda ročišta (116.); odobravanje povrata u prijašnje stanje (117.); pravo na traženje aktorske kaucije; oslobođenje od prethodnog snošenja troškova (172.); imenovanje besplatnog punomoćnika (174.); pravni interes za podnošenje tužbe za utvrđenje (187.); pravni interes umješaka da pristupi parnici (206.); osnovanost uskraćivanja edicije isprava (233., 234.) ili uskraćivanja svjedočenja (240.); pravo na traženje osiguranja dokaza (274.), itd.

58 TRIVA-DIKA, GPPP, 482.

59 UDE, Civilno procesno pravo, 2002., 116., pozivajući se na Juharta, CCP, 52., 53.

ravnoteži s onima koji govore protiv njezina postojanja.⁶⁰

Materijalna bi istina bila subjektivna predodžba objektivnih činjenica. Ljudska bi spoznaja bila istinita kad bi subjektivna slika odgovarala objektivnoj stvarnosti.⁶¹

Po ovom je autoru uvjerenost potrebna za meritorne odluke. Za neka procesna rješenja koja ne dovode do okončanja postupka i kojima sud odlučuje o incidentalnim procesnim pitanjima bila bi dovoljna vjerojatnost. U tom bi smislu za povrat u prijašnje stanje bilo dovoljno učiniti vjerojatnim postojanje opravdanog razloga za propuštanje. Vjerojatnost je dostatna i za određivanje privremenih mjera.

2.6. Uzelac

Svoje stavove o tzv. dokaznom standardu Uzelac je izložio u svojoj monografiji o teretu dokazivanja,⁶² istražujući taj problem povezano s problemom tereta dokazivanja s povijesno-komparativnog aspekta, ali i s obzirom na važeće hrvatsko pravo.

Razmatrajući pitanje dokaznog standarda u okviru vladajućeg njemačkog učenja o teretu dokazivanja, ovaj autor upozorava da je za to učenje od odlučne važnosti da se povuče jasna crta razlikovanja između ocjene dokaza (i s njome povezanog standarda dokaza potrebnog da bi sudac stekao uvjerenje o relevantnim činjenicama) i tereta dokazivanja. Ocjenjujući dokaze, sudac nastoji ispitati postoje li ili ne postoje uvjeti da se neka činjenica smatra dokazanom. Tek ako taj postupak ne uspije, dakle ako niti nakon svih dokaznih nastojanja sudac po svojoj slobodnoj ocjeni ne bude kadar uzeti neku činjenicu za dokazanu te ako ujedno ne bude mogao uzeti za dokazano niti da ona ne postoji, dolazi do primjene (objektivni) teret dokazivanja. Pitanje ocjene dokaza i njezina uspjeha pritom bi bilo činjenično pitanje, dok bi pitanje tereta dokazivanja, naprotiv, bilo pravno pitanje.⁶³ Osnovno pitanje ocjene dokaza bilo bi pitanje je li dokaz uspio ili nije. U odgovoru na to pitanje trebao bi pomoći pojam standarda dokaza, determinirajući prag koji dokaz mora prijeći da bi se pojedina činjenica smatrala utvrđenom, bilo u pozitivnom, bilo u negativnom smislu. Pitanje standarda dokazivanja, za razliku od same ocjene dokaza, također je pravno pitanje. Pritom ističe da niz autora smatra da je takva distinkcija bez posebne praktične vrijednosti te da se stoga ti pojmovi mogu koristiti *promiscue*, odnosno da je, u najmanju ruku, standard dokaza dio integralne teorije o ocjeni dokazivanja, dok se drugi takvom shvaćanju protive.⁶⁴ Najspornije područje u odnosu na teret dokazivanja i ocjene, odnosno standarda dokazivanja, bilo bi pokušaj kvantifikacije mjere tražene za sudačko uvjerenje kroz uvođenje matematičkog koncepta vjerojatnosti, o čemu su stavovi o tome kranje podijeljeni i kreću se od traženja gotovo apsolutne izvjesnosti za utvrđivanje relevantnih činjenica do plediranja za radikalnu primjenu kriterija pretežne vjerojatnosti, koja bi potpuno potisnula i samu potrebu za postizanjem za

60 UDE, CPP, 116.

61 UDE, CPP, 116.

62 Teret dokazivanja, 2003.

63 Teret dokazivanja, 85., 86., pozivajući se na PRÜTTING-a, Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere in Arbeitsrecht, 1983., 58.

64 Teret dokazivanja, 86.

teretom dokazivanja u građanskom pravu.

U dionici svoje monografije «Zaključak: teret dokazivanja – otvorena pitanja i pravci istraživanja», Uzelac, razmatrajući odnos standarda dokaza i tereta dokazivanja, taj problem povezuje s pitanjem subjektivnog i objektivnog koncipiranja tereta dokazivanja. Ako se teret dokazivanja koncipira subjektivno, kao zadatak koji se postavlja naizmjenično pred jednu odnosno drugu stranku da predloži dokaze u različitim stadijima postupka, ako želi izbjeći negativne procesne konzekvencije, pitanje o tome kako se tog tereta osloboditi (odnosno «prebaciti» ga na protivnu stranku) u krajnjoj se crti svodi na pitanje standarda dokaza, tj. na pitanja stupnja ili kvantuma (vjerojatnosti, izvjesnosti, uvjerenosti) koji se treba postići pojedinim dokazom da bi sudionik u postupku čija je funkcija utvrđivanje spornih činjenica (tj. *fact finder* – sud, porota ili drugi organ) uzeo određenu činjenicu za dokazanu. U tom smislu, sva pitanja o teretu dokazivanja koncentriraju se oko pitanja dokaznog standarda kojem odgovarajući dokazi trebaju udovoljiti da bi teret bio prebačen na drugu stranu. Takvo konfundiranje tereta i standarda dokazivanja posebno dolazi do izražaja, smatra autor, pri analizi teorije o teretu dokazivanja u angloameričkim zemljama. Osnovno pitanje koje bi se pri takvom postavljanju problema nametalo ticalo bi se određivanja objekta «standarda dokaza», a dvojbe se i ponovno koncentriraju oko njegove subjektivnosti ili objektivnosti. Jednu struju karakterizira da je kvantum dokaza stupanj unutarnjeg uvjerenja suca, koja se kreće od sumnje do izvjesnosti, pri čemu je teško povlačiti crte razlikovanja između pojedinih stepenica u tom kontinuumu. Druga je struja ona koja inzistira na postizanju određenog objektivnog, prema mogućnosti mjerljivog i provjerljivog stupnja vjerojatnosti koji može tendencijski svaki dokaz svrstati na određeno mjesto na probabilističkoj skali koja se kreće od potpune nemogućnosti do potpune izvjesnosti. Rasprave koje su se u Americi vodile oko *new evidence scholarship* i «matematičkog dokaza», ali i skandinavska škola Ekelöfa i Boldinga u Europi i reakcije na nju, dobro ilustriraju temeljnu razdjelnicu između dva učenja. «Objektivna» definicija tereta dokazivanja, dominantna na europskom kontinentu, polazi međutim od pretpostavke da teret dokazivanja igra ulogu tek na kraju dokaznog postupka, kad su iscrpljeni svi dokazi – i oni koje su predložile stranke, i oni koje je sud izveo po službenoj dužnosti. U najvećem broju slučajeva pravila o teretu dokazivanja uopće neće doći do primjene. Tako će biti samo kada unatoč tome što je dokazni materijal iscrpljen, tijelo koje je trebalo odlučiti o njegovoj dokaznoj snazi nije moglo izvesti konačan zaključak o istinitosti odnosno neistinitosti činjenica koje se nastojalo dokazati. Prema «vladajućem učenju» o teretu dokazivanja, u takvoj situaciji (koja je analogna situaciji u kojoj je, u formularnom rimskom postupku, *iudex* mogao izreći prisegu *sibi non liquere* i odreći se daljnjeg obnašanja sudačke funkcije, tijelo koje odlučuje dužno je primijeniti «pravila o teretu dokazivanja» i temeljem njih donijeti doluku. Dužnost donošenja odluke u slučaju nedostatka dokaza (tzv. *no liquet* zabrana) odnosno nepostojanja (ili nejasnoće) pravnog pravila izvodi se iz modernog stava – kod nekih autora proglašenog za «fundamentalni pravni princip civiliziranih nacija» - da u interesu pravne sigurnosti i zaštite pravnog poretka sud ne može uskratiti pravo na pravnu zaštitu i vratiti spor strankama – kojima u takvom slučaju ne preostaje ništa drugo do posegnuti za samopomoći. Naglašava

se da je i u okviru takvog «objektivnog» poimanja tereta dokazivanja standard dokaza ipak višestruko relevantan. Od toga koliko je taj standard visoko ili nisko postavljen (tj. zahtijeva li se sigurnost, visoka vjerojatnost ili tek obična pretežnja vjerojatnost) zavisi hoće li uopće doći do primjene pravila o teretu dokazivanja ili će se činjenica i bez njih smatrati utvrđenom dokazivanjem. Po definiciji, naime, samo ako ni tvrdnja A ni tvrdnja ne-A ne udovolje postavljenom standardu, može se govoriti o *non liquet* situaciji, što dovodi do pokretanja mehanizma odlučivanja temeljenog na teretu dokazivanja. Odatle proizlazi jednostavna jednadžba: čim je više standard dokaza postavljen, to je potencijalno širi broj situacija u kojima se može govoriti o primjenjivosti pravila o teretu dokazivanja, i obratno: snižavanje takvog standarda dovodi do lakše dokazivosti spornih tvrdnji, time isključujući mogućnost za primjenu tereta dokazivanja kao načina argumentacije u donijetoj odluci. Ta konzekvencija s naročitom je jasnoćom izašla na vidjelo u raspravama koje su, na poticaj skandinavske škole građanskog procesa, vođene u Njemačkoj šezdesetih i sedamdesetih godina, u kojima su pojedine autori, zalažući se za snižavanje standarda dokazivanja u građanskim stvarima, izričito tvrdili da bi se time teret dokazivanja u cijelosti isključio iz upotrebe.⁶⁵

Polazeći, dalje, od usporedne analize standarda dokaza u angloameričkom odnosno europskokontinentalnom pravnom krugu, autor otvara problem treba li postojati jedinstveni ili višestruki standard dokaza. Dok bi u potonjem standard dokaza, uz veća ili manja odstupanja, bio postavljen jedinstveno za sve vrste postupaka, *common law* tradicionalno povlači oštru crtu razlikovanja između standarda dokaza primjenjivog u kaznenom pravu i odgovarajućeg standarda u građanskom sudskom postupku. Dok se za pitanje kaznene odgovornosti u svim zemljama angloameričke pravne tradicije zahtijeva da elementi kaznenog djela budu utvrđeni *beyond reasonable doubt*, dakle sa stupnjem vjerojatnosti koji isključuje svaku razboritu sumnju u mogućnost protivnog, za građansko pravo primjenjuje se znatno niži standard, tzv. obične vjerojatnosti (*preponderance of probabilities*). Tek iznimno za potpuni dokaz traži se nešto viša vjerojatnost, tzv. *clear and convincing evidence*, što se međutim još uvijek ne smatra izjednačenim sa standardom važećim u kaznenim postupcima.⁶⁶ Različitost standarda dokaza u anglo-američkom i europskokontinentalnom dokaznom pravu može izazvati ozbiljnu sumnju u kompatibilnost tih dvaju sustava i legitimitet rezultata sudskih postupaka u njima. Ako, naime, u istovrsnim stvarima u dva sustava važe razdikalno različiti standardi – jednom obična natpolovična vjerojatnost da je jedna tvrdnja istinita, drugi puta veoma visoka vjerojatnost koja se često opisuje kao izvjesnost ili sigurnost – tada se već na prvi pogled može činiti da će se konačna odluka u oba sustava sadržajno razlikovati u svim situacijama, osim u onim graničnim slučajevima kad je dokazna snaga izvedenih dokaza toliko jaka (ili slaba) da se postoji nikakva sumnja o tome koji zaključak iz njih treba izvesti. U svijetu u kojem suvremene komunikacije i intenzivni robni promet sve više briše nacionalne i regionalne granice takva nesuglasnost ishoda može se opravdano činiti nepoželjnom. Ističe da bi se dva pitanja mogla povezati s takvim stanjem stvari. Prvo, površinsko,

⁶⁵ Teret dokazivanja, cit., 335., 336.

⁶⁶ Teret dokazivanja, cit., 337., 338.

jest pitanje o tome koji je sustav primjereniji – angloamerički ili europski – te se odnosi na eventualnu potrebu unifikacije i odabir standarda koji bi trebalo univerzalno prihvatiti (što implicira preuzimanje jedne i odbacivanje druge dvije mogućnosti), ili pak uvođenje trećeg standarda i izmjenu obaju sustava. Drugo pitanje, koje je manje očito, iako je prejudicijelno u odnosu na prvo, jest pitanje o tome jesu li dva sustava, *civil law* i *commom law*, u praksi zaista toliko različiti, to jest može li se u svjetlu empirijskog funkcioniranja obaju sustava zaključiti da sustavne razlike uistinu dovode do praktične divergencije koja bi iziskivala potrebu reforme i akomodacije. Kako pokazuju pojedina empirijska istraživanja, stvarna uloga dokaznih standarda može se dosta razlikovati od teorijske konstrukcije: različiti standardi za građansko i kazneno pravo ne moraju nužno dovoditi do različitog rezultata u angloameričkom porotonom sustavu, a jednako tako i standard «izvjesnosti» može u praksi europskih sudaca biti «postignut» mnogo ranije no što bi se to moglo pretpostaviti u teoriji. Ako je uistinu tako, tada međutim, nije dovoljno dijagnosticirati da divergentni sustavi proizvode konvergirajuće rezultate, već je potrebno i objasniti zašto je tako. Jedan od pravaca objašnjenja mogao bi se kretati prema ispitivanju relevantnosti teorijskih konstrukcija u praktičnom pravnom diskursu, to jest uloge koju imaju teorijski naputci o stupnjevima vjerojatnosti u svakodnevnoj praksi sudova i drugih tijela kojima je povjerena funkcija pravosuđenja. Neke teze o tome da pravna realnost ne odgovara u cijelosti teorijskim konstruktima našle su već svoje mjesto i u angloameričkom i u europskokontinentalnom pravnom krugu. Ako se prihvate takve teze, ponovno se postavlja pitanje o potrebi adaptacije teorijskih objašnjenja i pronalaženja novih, koja će na odgovarajući način obavljati svoju deskriptivnu funkciju opisa aktualnog funkcioniranja prava i davati primjereni normativni putokaz za primjenjivače prava.⁶⁷

Konstatirajući da su teret dokazivanja i standard dokazivanja različiti, no komplementarni koncepti, kada će dokazivanje ostati neuspješno (tj. završiti *non liquet* situacijom), ovisi u prvom redu o tome koliko je visoko postavljen prag koji dokaz određene činjenice treba prijeći da bi ona smatrala dokazanom. Ako je standard dokazivanja visok, dokazivanje bi češće trebalo završiti bez konkludentnog rezultata; ako je taj snadard niži, činjenicu je lakše dokazati pa su stoga i rjeđi slučajevi u kojima dokazni postupak ne okončava činjeničnu neizvjesnost. U ekstremnoj varijanti standard dokazivanja može biti definiran tako da praktički onemogućuje situacije nedokazanosti, svodeći ih na rijetke slučajeve potpunog ravnovjesja u dokazima. Pojedine teorije uklanjaju i tu posljednju mogućnost izjednačavajući postojanje činjenice s njenom dokazivošću. U takvim varijantama standard dokazivanja u cijelosti preuzima fukciju tereta dokazivanja, pa nije čudo da se u praktičnoj upotrebi ta dva koncepta znaju izjednačavati. Njihova bliskost vidi se i u pojedinim često korištenim sentencijama, poput *in dubio pro reo* formule, koja se koristi istovremeno za označavanje *tko* nosi teret dokazivanja kao i *načina* na koji treba dokazati (onkraj razborite sumnje). Konceptualno treba ipak ova dva pojma razlikovati jer se oni odnose na dva sasvim različita područja: standard se odnosi na proces dokazivanja, a teret na rješavanje posljedica neuspjeha toga procesa.⁶⁸

67 Teret dokazivanja, cit., 335.-339.

68 Teret dokazivanja, cit., 365.

Uzelac smatra da standard/standarde dokazivanja nije moguće izraziti u objektivnim matematičkim formulama vjerojatnosti, ali da ga se ne može prepustiti ni čistom unutarnjem kriteriju (subjektivnosti individualnog suca). Definiranje standarda dokazivanja – posebno standarda dokazivanja (materijalnopravno) relevantnih činjenica u građanskom pravu – jedno je od najspornijih pitanja i u teoriji i u komparativnoj pravnoj praksi. S obzirom na to koliko standarda postoji/treba postojati može se razlikovati monističke, dualističke i pluralističke sustave. Europskokontinentalni sustavi zastupaju u načelu samo jedan standard za dokazivanje relevantnih činjenica, iako se mišljenja razlikuju oko njegova sadržaja; u engleskom pravu koriste se dva standarda, dok američko pravo poznaje i treći. Pojedini autori zastupaju mišljenje o potrebi uvođenja višestrukih, varijabilnih standarda. Drugo, načelno pitanje nezavisno o broju standarda za koje se opredjeljuje jest pitanje o sadržaju standarda. Već u samomom pojmu standarda (kriterija, kvantuma) dokazivanja sadržana je ideja o gradaciji. Priroda te gradacije je sporna: dok objektivističko poimanje smatra da se standard može manje ili više precizno kvantificirati u terminima postignute matematičke vjerojatnosti koja se daje izraziti na skali između 0 (nevjerojatno) i 1 (sigurno), subjektivističke varijante oslanjaju se na postignut stupanj unutarnjeg uvjerenja suca. Obje varijante pate od teško prevladivih poteškoća. S jedne strane, inzistiranje na čistoj objektivnoj vjerojatnosti ili je praktički nemoguće ili vodi apsurdnim rezultatima. Čista subjektivnost intimne procjene jest s druge strane nekontrolabilna i prijeti da se pretvori u proizvoljnost u kojoj će sam «standard» izgubiti svaki obris. Stoga bi, smatra Uzelac, standard dokazivanja trebalo tumačiti tako da ga se postavi između tih dviju krajnosti – u sferu praktičnog rasuđivanja koja se nalazi između čistog subjektivizma i matematičke egzaktnosti. Ideja bejkonijanske vjerojatnosti može poslužiti kao dobra polazna osnova za kreiranje takve teorije, dok se filozofska osnova može naći u intersubjektivističkim teorijama istine i suvremenoj teoriji argumentacije. U tom svjetlu trebalo bi interpretirati i standarde pozitivnog prava, i one koji u sebi sadrže probabilističke konotacije (npr. standard pretežne vjerojatnosti), i subjektivistički intonirane standarde (npr. standard izvjesnosti).⁶⁹

Prema ovom autoru, okolnosti kojima se pravila o teretu dokazivanja tipično rukovode jesu podobnost određene činjenice za dokazivanje i razlozi vjerojatnosti, bliskost stranaka dokazima, doprinos protustranke (ne)mogućnosti izvođenja konkludentnog dokaza te posebni pravno-politički razlozi za preferiranje određenog tipa distribucije rizika nedokazanosti u području u kojem se pojavljuje *non liquet* slučaj. U sustavima u kojima je standard dokaza visoko postavljen posebnu ulogu imaju razlozi vjerojatnosti. Naime, tamo gdje bi primjena načelno važećeg standarda izvjesnosti odnosno veoma visoke vjerojatnosti dovela do očigledno neprimjerenih rezultata (npr. u slučajevima u kojima je određenu činjenicu iznimno teško dokazati uz primjenu tog standarda/npr. određenog psihičkog stanja: volje, namjere), zakon i sudska praksa često «snižavaju» potreban prag. Ta snižavanja mogu imati različitu formu – mogu biti sadržana u izričitom pravilu koje upućuje na raspodjelu tereta dokazivanja motiviranu (većom) vjerojatnošću, bilo u faktičkim ili pravnim presumpcijama, bilo u doktrinama o *prima facie* dokazu ili *ad hoc* sudskoj praksi

69 Teret dokazivanja, cit., 366.

«okretanja» tereta dokazivanja. Takva vjerojatnošću motivirana pravila obilježava ambigvitet: ona mogu biti interpretirana i kao pravila koja (samo) modificiraju standard dokazivanja i kao pravila koja (samo) sadrže distribuciju tereta dokazivanja. Bez obzira na zauzeti model teorijskog objašnjenja (koje često ovisi samo o vanjskim, formalnim okolnostima kao što je jezična formulacija), funkcija je u oba slučaja ista – premošćivanje neizvjesnosti – zbog čega se takva pravila mogu smatrati (i) pravilima o teretu dokazivanja.⁷⁰ Osim vjerojatnosti i podobnosti određene činjenice za dokazivanje pri raspodjeli tereta dokazivanja treba uzeti u obzir i položaj stranaka u procesu dokazivanja i njihov eventualni doprinos nemogućnosti utvrđivanja određene činjenice. Tako je općenito prihvaćeno da rizik neutvrđenja određene činjenice tereti stranku koja je svojim radnjama spriječila dokazivanje te činjenice. Drugi, manje univerzalno primjenjiv razlog jest odbijanje kooperacije stranke na kojoj inače ne leži teret dokazivanja, ali se nalazi u posjedu dokaza koji bi mogli pridonijeti dokazivanju sporne činjenice; na posljétku, i sama blizina određene stranke dokazima ili njezina kontrola nad područjem u kojem se dogodila sporna činjenica može pod određenim uvjetima poslužiti kao temelj posebnog pravila o teretu dokazivanja.⁷¹ Uz te opće razloge u pojedinim se pravnim granama i područjima pravila o teretu dokazivanja motiviraju promišljanjima specifičnima za odgovarajuću granu. Sudska praksa kreiranja posebnih pravila o teretu dokazivanja u nekim je područjima bila prethodnica značajnih zakonodavnih reformi.⁷²

U okviru izloženog, teorijski uopćenog, bavljenja problemom potrebne mjere utvrđenosti/dokazanosti činjenica nije određeno odgovoreno na pitanje vrijedi li u hrvatskom pravu samo jedan od teorijski nagoviještenih standarda (monistički sustav), iako se njegova mjerodavnost nagovještava, ili se ipak primjenjuju različiti standardi od kojih su neki određujući, dok neki imaju značenje iznimaka od pravila i mjerodavni su za utvrđivanje određenih kategorija činjenica.

70 Dvojnost tumačenja pravila motiviranih vjerojatnošću (a ponekad i drugim razlozima) bila bi uzrokovana pomicanjem točke iz koje se pojedino pravilo promatra. Npr., faktička presumpcija koja nalaže da se određena činjenica uzme za dokazanu ako se dokaže druga činjenica (baza presumpcije), koja je relevantna okolnost (presumiranu činjenicu) samo učini vjerojatnom, može se tumačiti bilo kao pravilo o snižavanju standarda dokazivanja (presumirana činjenica jest «utvrđena», pa time do *non liquet* situacije nije ni došlo), bilo kao posebno pravilo o teretu dokazivanja (budući da presumiranu činjenicu nije mogao s izvjesnošću utvrditi, sud primjenjuje pravilo o raspodjeli rizika takve nemogućnosti, koje mu omogućuje da odluči *kao da* je činjenica izvjesno dokazana). Gotovo bi u svakom slučaju bilo moguće na isti način transformirati pravilo o snižavanju standarda dokaza u pravilo o teretu dokazivanja (npr. transformirati iskaz «A će biti utvrđeno ako se utvrdi da je vjerojatnije A nego da ne-A» u iskaz «Ako A ne bude utvrđeno, rizik nemogućnosti (sigurnog/ utvrđenja snosi protivnik stranke koja je dokazala da je vjerojatnije da A nego da ne-A»). Usp. Teret dokazivanja, cit., 369., bilj. 78.

71 Tu autor upućuje npr. njemačku doktrinu o «sferama opasnosti» (*Gefahrenbereichlehre*) prema kojoj teret dokazivanja u nizu odnosa (npr. kod tzv. pozitivnih povreda ugovora) leži na dužniku ako se okolnosti zbog koje je do povrede došlo nalaze u njegovoj «sferi opasnosti».

72 Teret dokazivanja, cit., 368., 369. S ovime u vezi autor ističe da je, npr. u američkom pravu iz okretanja tereta dokazivanja razvijeno prihvaćanje načela presumirane krivnje u oštetnom pravu (doktrina *res ipsa loquitur*), dok je u njemačkom pravu na isti način iz sudske prakse okretanja tereta dokazivanja kod slučajeva odgovornosti proizvođača za štetu razvijena univerzalno prihvaćena doktrina.

2.7. Zobec

Ovaj autor, koji otklanja teoriju korespondencije jer smatra da ona ne daje i ne može dati odgovor na pitanje kako doći do istine⁷³ i koji se priklanja kriteriološkim teorijama koje težište stavljaju na proceduru i kriterije na kojima je utemeljena,⁷⁴ konstatira da će prema većinskom stajalištu onaj na kome je teret dokaza uspjeti ako svoje činjenične tvrdnje tako argumentira (dokaže) da će biti isključena svaka razumna sumnja, odnosno da o istinitosti tih tvrdnji ne bi dvoumio niti jedan razuman u životnim odnosima iskusan čovjek⁷⁵ te i ako ti argumenti budu i kod trećih osoba izazvali uvjerenje da bi razumni ljudi pri poštovanju istih kriterija došli do istog zaključka.⁷⁶ Taj dokazni standard mora predležati kad je riječ o tvrdnjama o činjenicama koje su potrebne za meritorno odlučivanje, tj. za uporabu materijalnog prava.⁷⁷ Za odlučivanje o pitanjima procesnopravne prirode u pravilu je dostatan niži dokazni standard (vjerojatnost), koji je ostvaren onda kad su razlozi koji govore u prilog određenoj tvrdnji uvjerljiviji od onih koji govore protiv nje,⁷⁸ kad je stupanj svijesti o istini niži.⁷⁹ U zakonu nisu definirani dokazni standardi, niti «potpunog dokaza» niti vjerojatnosti. Zato su teorija i praksa prihvatili dokazni standard «isključenja razumne sumnje»,⁸⁰ koji, opet, otvara pitanja što znači razumna sumnja. Budući da teorija (osim vrlo uopćenih formula) i judikatura ne daju odgovora na to pitanje, smatra da određivanje razlike između standarda potpunog dokaza i vjerojatnosti treba potražiti ne samo definiranjem tih pojmova već i uz pomoć kriterija.⁸¹

Po Zobecu bi razlika između navedena dva standarda bila uvjetovana (i) time što za utvrđivanje vjerojatnosti ne bi bilo potrebno primijeniti formalna dokazna pravila.^{82 83}

73 ZOBEC, PP ZK, 2., 327., 328.

74 ZOBEC, PP ZK, 2., 330.

75 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na slovensku doktrinu (JUHART, CPP, 53., 348.) i judikaturu.

76 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na Uzelca (Teret dokazivanja, 383.).

77 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., 331.

78 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na Juharta (CCP, 54.), Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393., 394.), ali i na Uzelca (Teret dokazivanja, 383.).

79 ZOBEC, PP ZK, 2., 330., pozivajući se na Juharta (CPP, 348.).

80 ZOBEC, PP ZK, 2., 331.

81 ZOBEC, PP ZK, 2., 331., pozivajući se na judikaturu Vrhovnog suda Slovenije, ali i na Uzelca (Teret dokazivanja, 382.), u pogledu problematičnosti značenja tog, ali i drugih izraza koji se koriste poput izvjesnosti.

82 ZOBEC, PP ZK, 2., 331., 332., pozivajući se na Juharta (CPP, 348.) i Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 395.).

83 ZOBEC, PP ZK, 2., 332. Pritom on upozorava na nešto što mu se čini svojevrsnim paradoksom: vjerojatnost se kao niži dokazni standard utemeljuje na drukčijim metodološkom kriteriju nego dokazanost, kriteriju čija je bit neformalnost, nevezanost na stroga pravila o izvođenju dokaza. Ono čime se utemeljuje materijalna istina (antiformalizam) postaje tu metoda za postizivanje «nižeg stupnja uvjerenosti o istini», što se ne bi moglo nazvati materijalnom istinom. I obratno: samo izvođenjem dokaza u skladu s odredbama dokaznog prava i poštovanjem temeljnih procesnih (i istovremeno gnoseoloških) načela saslušanja stranaka, kontradiktornosti i otvorenoga suđenja (dakle formalistično) može doći sud do potpunog uvjerenja odnosno do spoznaje o istinitosti tvrdnji stranaka (što bi odgovaralo pojmu materijalne istine).

I drugi bi element dokaznog standarda «s one strane razumne dvojbe», koji bi bio kriteriološki, koji bi u biti bio izveden iz konsenzualne teorije istine i koji bi se odnosio na argumentaciju dokazne ocjene, sadržavao tri zahtjeva: (1) dokazna bi ocjena morala biti slobodna, ali obavljena u skladu s metodološkim nalogima članka 8., (2) temeljiti se na snazi (neprisilnoj prisili) jačih argumenata i (3) kvaliteta bi tih argumenata morala biti takva da bi potencijalno uvjerila svakog razumnog čovjeka u vrijeme i u prostoru obavljanja dokazne ocjene (intersubjektivna uvjerljivost odnosno prihvatljivost).⁸⁴

Ono što bi razlikovalo dokazanost (potpunu uvjerenost) od vjerojatnosti bilo bi više nego sadržaj («s one strane razumne sumnje», odnosno više argumenata koji bi govorili za od onih koji bi govorili protiv) kriterij. Za dokazanost bi morali biti ispunjeni strogi zahtjevi procesne metode, za vjerojatnost bi pak bile dovoljne neformalne i pojednostavljene procesne metode koje bi mogao izraziti standard «brz i priladan način».⁸⁵

Definicijski bi pristup bio problematičan i jer pri meritornom odlučivanju nije moguće u cijelosti izbjeći razumnu sumnju.⁸⁶ Sud mora, naime, utvrđivati i buduće činjenice (koje svakako ne mogu pripadati objektivnoj stvarnosti; npr. buduću štetu), uzročnu vezu, primijeniti slobodnu ocjenu ili utvrditi nešto potpuno hipotetično što se nije i neće se dogoditi (izgubljena dobit). U svim je tim primjerima teško govoriti o isključenju razumne sumnje, već samo o tome da je više razloga za određeni dokazni zaključak nego protiv. A ipak će sud na tako nepouzdanim ili zapravo hipotetičnim činjeničnim utvrđenjima utemeljiti meritornu odluku.⁸⁷ S druge strane se i neke procesnopravno relevantne činjenice u pravilu dokazuju «s one strane razumne sumnje» (npr. dostava, sporazum o mjesnoj nadležnosti, punomoć).⁸⁸

Zato se, smatra Zobec, čini prihvatljivim stajalište koje između izvjesnosti i vjerojatnosti vidi kvalitativnu razliku. Budući da su kriteriji dokaznih standarda procesni (sadržajni ne mogu biti već zato jer nemamo neposrednoga uvida u istinu da bi mogli govoriti o većoj ili manjoj količini podudarnosti predodžbe s njom), njihova kvalitativna razlika (koja je u drugačijoj metodi koju upotrebljava sud za utvrđivanje činjeničnog stanja) uvjetuje i kvalitativnu različitost samih standarda. Dokazanost se zato od vjerojatnosti ne razlikuje po tome što sudac ima bolju («već») predodžbu o objektivnoj stvarnosti, već po tome što je do nje došao na drugačiji (možemo reći na tako procesnopravno kao i gnoseološki kvalitetniji) način da zato može imati (ali ne

84 ZOBEC, PP ZK, 2., 332.

85 ZOBEC, PP ZK, 2., 332. pozivajući se, između ostaloga, na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 395.), i stav izražen u tom djelu da su za utvrđivanje vjerojatnosti potrebni likvidni dokazi. O tome da, međutim, kriterij «na brz i pogodan način» vrijedi samo za neke od slučajeva u kojima činjenice treba utvrditi na razini vjerojatnosti i da stoga nije «opća mjera» za utvrđivanje vjerojatnosti, v. *infra*, a posebno §§ 15.-18.

86 ZOBEC, PP ZK, 2., 332., pozivajući se na Faschinga (ZPR, 433.), ističe da u nekim iznimnim slučajevima materijalno pravo olakšava položaj onih koji nose teret dokazivanja propisujući dovoljnim da se nešto učini vjerojatnim.

87 ZOBEC, PP ZK, 2., 333., pozivajući se na Rosenberga (ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 16. izd., 660.).

88 ZOBEC, PP ZK, 2., 333.

i nužno) i bolju kvalitetu spoznaje.⁸⁹ U vezi s ovim izvodom moglo bi se primijetiti da se čini prihvatljivim upozorenje autora da različiti stupanj uvjerenosti koji se hoće postići može opravdavati (uvjetovati) i različite puteve kojim će se do njega doći. Međutim, problem se ne bi smio na to svesti. Put može biti isti, ali rezultati mogu biti različiti. Tako može i «pravi» dokazni postupak dovesti samo do vjerojatnosti. U tom slučaju ako je traženi standard sigurnost, primijenit će se pravila o teretu dokazivanja, a ako je traženi standard vjerojatnost, ona se neće primijeniti jer je dokazivanjem postignut potreban standard uvjerenosti. Međutim, pravila o teretu dokazivanja se u osnovi (uz određene specifičnosti – v. §) trebaju primjenjivati i kad se neka činjenica treba utvrditi samo na razini vjerojatnosti – ako se ta razina ne postigne, morat će se (u pravilu) zaključiti da činjenice nema. Sumarnost i «deformaliziranost» dokaznog postupka nije ono što može i smije dovesti do vjerojatnosti jer se i na temelju takvog postupka može doći do sigurnosti. Pored toga, trebalo bi razlikovati različite razine vjerojatnosti koje treba postići u različitim slučajevima da bi se mogle donijeti odgovarajuće (redovito procesne) odluke – do takvih vjerojatnosti vode i različiti putovi. Tako, npr., na jedan se način i na jednoj razini uvjerenosti utvrđuju pretpostavke o kojima ovisi utvrđenje vrijednosti predmeta spora (40. – «na brz i pogodan način», v. § 18/4.), a na drugoj pretpostavke o kojima ovisi utvrđenje, tzv. pretežnije vjerojatnosti u slučajevima u kojima se traži, do koje se (redovito) dolazi provedbom iste dokazne procedure kao i kad treba doći do izvjesnosti. Konačno, i do zaključka o vjerojatnosti odnosno sigurnosti dolazi se slobodnom ocjenom u biti istih dokaza – razlika će biti u tome što će se u jednom slučaju tom ocjenom formirati stav o tome postoji li vjerojatnost kao traženi standard uvjerenosti, u drugom je li zadovoljen zahtjev sigurnosti.

Zobec opravdano upozorava na to da stajalište da je za meritorno odlučivanje potrebna dokazanost, a da je za procesnopravno relevantne činjenica dostatna vjerojatnost, zahtijeva dodatno objašnjenje. I procesne činjenice treba dokazivati «s one strane razumne sumnje» kad je riječ o rješavanju važnijih procesnih pitanja. Zapravo onih koji se tiču tužiteljeva prava na sudsku zaštitu ili na pravno sredstvo. Odbacivanje tužbe ima za tužitelja teže posljedice nego što ih ima za tuženika nastavljanje parnice i meritorno odlučivanje o tužbenom zahtjevu. Isto je tako za žalitelja sudbonosnije odbacivanje žalbe, nego što je za njezinog protivnika odlučivanje o njezinoj osnovanosti. Kad predsjednik vijeća ima ovlaštenje da po prethodnom ispitivanju odbaci tužbu ako utvrdi da odlučivanje o tužbenom zahtjevu ne spada u sudsku nadležnost, da je tužba podnesena prekazno, da o zahtjevu već teče parnica, da je stvar pravomoćno presuđena ili da nema pravnog interesa za podnošenje tužbe, to će učiniti u onim slučajevima u kojima su razlozi za odbacivanje očiti odnosno vidljivi već iz samih tužbenih navoda. Na to bi, prema ovom autoru, upućivalo i stajalište da mora biti samo pri odlučivanju o važnijim procesnim pitanjima poštovano pravo na očitovanje, a na drugoj strani nejedinstvenost odnosno raznolikost izraza kojima zakon više ili manje posredno upućuje na vjerojatnost. Standard vjerojatnosti koji je potreban za odgodu ročišta ili za produženje sudskog roka zato ne mora biti isti kao kod povrata u prijašnje stanje, kao što će biti drukčiji kad sud bude odlučivao o

89 ZOBEC, PP ZK, 2., 333.

povratu zbog propuštanja ročišta koje je pruzrokovalo mirovanje, odnosno kao onda kad bude odlučivao o povratu zbog propuštanja roka za žalbu ili roka za odgovor na tužbu. Sud mora imati uvijek pred očima težu posljedicu odluke. Što je veća pravna težina odluke za jednu ili drugu stranku, više truda treba uložiti u utvrđivanje procesnopravno relevantnog činjeničnog stanja.⁹⁰

Prema Zobecu, razlika između dokazanosti i vjerojatnosti očituje se prije svega u metodi i zatim (kao njezinoj posljedici) kvaliteti spoznaje (ali ne uvijek jer je vjerojatno teže zamisliti bolji dokaz/postojanja/parnične punomoći od prilaganja takve ovjerene punomoći). Ulaganje istog truda za utvrđivanje pretpostavaka za meritorno suđenje i za utvrđivanje pretpostavaka za ocjenu utemeljenosti meritornih zahtjeva bilo bi neekonomično i nesmotreno. Sud i stranke stoga moraju preuzeti određeni rizik da će njihova procesna djelovanja biti nevaljana jer nije bilo pretpostavaka za suđenje.⁹¹ *Differentia specifica* vjerojatnosti je ona metoda koju izražava standard «brz i pogodan i pravnoj važnosti procesne odluke razmjernan način». Tu bi dokazni postupak morao biti prije svega brz, što znači da radi izvođenja dokaza (u pravilu) ne bi smjelo doći do odgode ročišta te da načelo hitnosti i ekonomičnosti ima prednost pred kvalitetom dokaznih sredstava i procesnih jamstava u dokaznom postupku (kad je riječ o manje značajnim procesnim odlukama, čak i pred kontradiktornošću ili pred pravom na žalbu). Stoga će sud izvoditi prije svega tzv. likvidne dokaze, takve koje je moguće izvesti odmah ili vrlo brzo i jednostavno izvesti (npr. promptno telefonsko pribavljanje obavijesti, izvansudske izjave svjedoka, ili dokaze koji su zbog hitnosti i učinkovitosti izvedeni na nekontradiktorni način,⁹² pri čemu bi brzina, ekonomičnost i pojednostavljenost dokaznog postupka te (zbog toga) slabija kvaliteta spoznaje bile srazmjerne pravnoj važnosti (sudbonosnosti) konkretne procesne odluke za jednu, ali i drugu stranku.⁹³ U vezi s ovim stavom moglo bi se primijetiti da je utemeljen na “prebrz” generalizaciji kriterija “na brz i pogodan način”, kriterija koji je Zakonom predviđen samo za utvrđivanje nekih od (procesno)pravno relevantnih činjenica – vrijednosti predmeta spora, činjenici o kojoj treba formirati stav na (relativno) niskoj razini vjerojatnosti, i to na temelju sumarno provedenog postupka u kojemu se sudac izrijeком ovlašćuje da odstupi od zahtjeva koji su propisani za utvrđivanje činjenica u drugim slučajevima. Stupanj vjerojatnosti i put kojim će se do njega doći potrebno je odvojeno utvrditi za čitav niz različitih kategorija činjenica, koje same po sebi mogu biti materijalnopravno i procesnopravno relevantne.

90 ZOBEC, PP ZK, 2., 334., pozivajući se i na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393.).

91 ZOBEC, PP ZK, 2., 334., pozivajući se i na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393.).

92 ZOBEC, PP ZK, 2., 334., pozivajući se i na Trivu (TRIVA-BELAJEC-DIKA, GPPP, 393.) i Juharta (CPP, 348.).

93 ZOBEC, PP ZK, 2., 334.

III. VLASTITI STAV

1. Norma primjenom koje treba donijeti odluku i potrebna mjera utvrđenosti

U traganju za odgovorom na pitanje o potrebnoj mjeri utvrđenosti činjenica o kojima ovisi donošenje odluke u konkretnoj pravnoj stvari trebalo bi poći od pravne norme primjenom koje treba riješiti tu pravnu stvar, od toga kako ona impostira pretpostavke za nastupanje pravne posljedice čije se priznanje traži. Budući da norme tzv. materijalnog prava, ali i norme, tzv. procesnog prava, iako s mnogo većim iznimkama, nastanak, promjenu ili prestanak određenih prava, pravnih odnosa ili pravnih stanja redovito uvjetuju **postojanjem** ili **nepostojanjem** (nastankom, promjenom ili prestankom postojanja) određenih činjeničnih pretpostavaka, da bi sud koji bi trebao odlučiti o osnovanosti ili neosnovanosti zahtjeva koji je istaknut s obzirom na ta prava, pravne odnose ili pravna stanja, odnosno koji bi trebao po službenoj dužnosti odlučiti o nekom pravnom pitanju mimo zahtjeva stranaka, mogao odlučiti, redovito bi trebao utvrditi da činjenične pretpostavke o čijem postojanju ili nepostojanju ovisi njegova odluka zaista postoje ili ne postoje. Utoliko bi sud, da bi mogao donijeti određenu odluku, u načelu trebao biti **siguran** da postoji ili da ne postoji ono o čemu ovisi donošenje njegove odluke, a ne da to nešto **možda** postoji, odnosno da je **više** ili **manje vjerojatno** da postoji. U tom bi smislu potrebna mjera utvrđenosti, barem na ovoj polaznoj (načelnoj) razini razmatranja problema, bila determinirana onime čime norma na temelju koje treba suditi uvjetuje nastupanje pravne posljedice o kojoj treba odlučiti. Ako ta norma za nastupanje te pravne posljedice traži postojanje ili nepostojanje određenih činjeničnih pretpostavaka, tada bi i sud, da bi mogao donijeti odgovarajuću odluku, morao na razini sigurnosti (izvjesnosti) utvrditi njihovo postojanje ili nepostojanje, uvjeriti se da one zaista postoje ili ne postoje (**normom primjenom koje treba donijeti odluku uvjetovana potrebna mjera utvrđenosti, uvjerenosti**). Na to upućuje i odredba članka 221.a ZPP, prema kojoj će sud zaključiti o postojanju činjenice (koju treba utvrditi) primjenom pravila o teretu dokazivanja ako je na temelju izvedenih dokaza (njihovom slobodnom ocjenom - 8.) ne može (ne uspije) sa **sigurnošću** utvrditi.⁹⁴

Norme materijalnog prava (kako primarnog, dakle onog koje uređuje izvanprocesne odnose kao takve, neovisno o pretpostavkama njihove pravozaštitne operacionalizacije, tako i pravozaštitnog, dakle onog koje, eventualno ispunjenjem dodatnih pretpostavaka, uvjetuje pružanje pravne zaštite određenog sadržaja s obzirom na primarne materijalnopravne situacije) samo iznimno nastanak, promjenu ili prestanak određenih prava ili pravnih odnosa uvjetuju (i) **vjerojatnošću** (različitog stupnja) postojanja ili nepostojanja nekih od pravno relevantnih činjenica (v. *infra ad* III.5., 6.).

Norme procesnog prava, međutim, u bitno široj mjeri otvaraju mogućnost

94 Odredba članka 221.a ZPP zapravo ima u vidu standardnu situaciju – onu u kojoj činjenične pretpostavke treba sa sigurnošću utvrditi. Ona, međutim, ne isključuje posebne situacije u kojima se odstupa od njome zahtijevane mjere.

donošenja odgovarajućih odluka na temelju vjerojatnosti (različitoga stupnja) o postojanju ili nepostojanju procesnopravno relevantnih činjenica, u pravilu procesnih pretpostavaka, pri čemu se stav o vjerojatnosti kao dostatnoj razini uvjerenosti u postojanje tih činjenica izvodi iz njihove funkcije (v. *infra ad* III.7.). Pritom se činjenice u tim slučajevima redovito sumarno utvrđuju, u pravilu na temelju, tzv. likvidnih dokaza. Ipak, ako se zbog nedostatka pozitivnih ili postojanja negativnih procesnih pretpostavaka mora donijeti odluka kojom se tužba ili koji drugi prijedlog stranke odbacuje, ili predmet ustupa zbog nenadležnosti, postupak obustavlja, razina uvjerenosti u njihovo nepostojanje odnosno postojanje mora (u pravilu) odgovarati izvjesnosti⁹⁵ (sigurnosti) do koje u pravilu treba doći na temelju standardnih dokaznih sredstava, dakle ne provedbom sumarnog dokaznog postupka (v. *infra ad* III.2.).

U nekim se slučajevima, međutim, norme procesnog prava zadovoljavaju i pukom ustvrđenošću određenog činjeničnog stanja (v. *infra ad* III.7.).

2. Potrebna mjera utvrđenosti činjenica i metode njihova utvrđivanja

2.1. Općenito

Problem potrebne mjere utvrđenosti činjenica u doktrini se redovito otvara u slučajevima u kojima se činjenice utvrđuju dokazivanjem koje se provodi primjenom **slobodne ocjene dokaza**. Upravo se stoga u tim slučajevima problem potrebne mjere utvrđenosti činjenica svodi na problem potrebne mjere **uvjerenosti** suda u njihovo postojanje do koje će doći dokazivanjem koje se provodi primjenom te metode.

Naime, kad se zaključak o postojanju činjenica formira primjenom formalnih probatornih i neprobatornih metoda, od kojih neke imaju funkcionalni prioritet pred dokazivanjem primjenom slobodne ocjene dokaza, zbog čega one i isključuju njegovu primjenu, tada rezultat do kojega se dolazi njihovom primjenom po svojoj kvaliteti redovito odgovara onoj mjeri utvrđenosti do koje treba doći prema normi koja uz postojanje ili nepostojanje nekih činjenica veže nastupanje određenih pravnih posljedica, dakle sigurnosti ili vjerojatnosti. U tom smislu treba zaključiti da postoji činjenica koja je utvrđena pravomoćnom presudom onako kako je utvrđena, u objektivnim, subjektivnim, vremenskim, teritorijalnim i procesnim granicama njezine pravomoćnosti, neovisno o tome što bi eventualno bilo notorno protivno ili što bi na protivno upućivali dokazi koji su vrednovani po slobodnoj ocjeni. Ako bi sud smatrao da je neka činjenica notorna, takav je njegov stav o njezinu postojanju relevantan neovisno o tome što je objektivno stanje drukčije – sve dok se ne dokaže da ta činjenica nije notorna ili dok se ne dokaže protivno (*arg. ex* 221/4.). Ako je neka činjenica priznata, u pravilu treba uzeti da postoji onako kako su se stranke svojim sadržajno usklađenim izjavama suglasile o njezinu postojanju ili nepostojanju (*arg. ex* 221/1., 2.). Ako na postojanje neke činjenice upućuju pravila o zakonskim predmnjevanjima, treba zaključiti da postoji predmnijevana činjenica, osim ako se ne uspije dokazati protivno, kad je to dopušteno, neovisno o tome što postoje ozbiljni razlozi zbog kojih bi se moglo posumnjati u pouzdanost zaključka do kojeg se došlo (221/3.), itd.

95 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 481., 482.

Ipak, problem potrebne mjere utvrđenosti mogao bi se javiti i kad bi se činjenice utvrđivale primjenom formalnih probatornih te neprobatornih metoda – onda kad bi se tim metodama utvrđivali indiciji na temelju kojih bi tek trebao izvesti zaključak o postojanju ili nepostojanju neposredno relevantnih činjenica. Takav - na temelju indicija izvedeni – zaključak trebao bi odgovarati postuliranom standardu utvrđenosti, a ako ne bi odgovarao, o postojanju činjenica koje bi trebalo utvrditi valjalo bi (u pravilu) zaključiti primjenom pravila o teretu utvrđivanja (dokazivanja), dakle, primjenom jedne formalne neprobatorne metode.

Naznačeni se problem javlja i kad bi primjenom formalnih metoda trebalo izravno doći do zaključaka niže razine utvrđenosti o postojanju nekih činjenica. Tako se, npr., kod osiguranja prethodnim mjerama vjerojatnost postojanja tražbine koju treba osigurati utvrđuje na temelju neovršne (i – redovito - nepravomoćne) odluke suda (*arg. ex* 332. OZ).⁹⁶ Takvim bi se ispravama mogla (*arg. a maiori ad minus*) dokazati i vjerojatnost tražbine kod određivanja privremenih mjera (344., 346. OZ).

Mjeru utvrđenosti činjenica koju treba postići prema normi na temelju koje treba odlučiti u konkretnoj pravnoj stvari („normom koju treba primijeniti postulirana mjera utvrđenosti činjenica“), dakle, u pravilu, sigurnost, iznimno visoki, ali ipak niži od sigurnosti, stupanj vjerojatnosti, odnosno pretežnija vjerojatnost, neki slabiji oblik vjerojatnosti odnosno puku ustvrđenost, treba razlikovati od toga kada se prema procesnom pravu mora (smije) uzeti da je ta mjera postignuta. Stav o tome da je ona postignuta ovisit će o primijenjenim metodama utvrđivanja činjenica, odnosno o metodama koje su se smjele primijeniti.

Mjera utvrđenosti konkretnih činjenica tijekom postupka nije statična kategorija – ona se u dijalektici procesa postavlja kao dinamična i evolutivna veličina. Ona ovisi o mogućnosti korištenja pojedinih metoda utvrđivanja činjenica. Na to mogu utjecati i okolnosti zbog kojih će se naknadno otvoriti potreba da se neke činjenice ponovno utvrđuju drugim metodama, a ne onima za koje se prethodno smatralo da su mjerodavne i dostatne. Tako, npr., ako je neka činjenica bila utvrđena pravomoćnom presudom, zbog čega se ona nije utvrđivala drugim metodama, potreba da se ona utvrdi tim drugim metodama nastaje nakon što se ta presuda naknadno ukine. Ako se dokaže da činjenica za koju se smatralo da je notorna nije takva, ona se treba utvrditi drugim metodama. Ako se neka činjenica nije dokazivala jer je bila priznata, potreba da se dokazuje nastat će ako se priznanje uspješno opozove, itd. Rezultati dokazivanja mogu postati opsoletni ako se neka činjenica naknadno prizna ili ako se utvrdi postojanje presumptivne baze za formiranje zaključka o njezinu postojanju primjenom pravila o zakonskoj predmnjevi. Otkriće da je svjedok dao lažan iskaz otvara potrebu da se činjenica utvrđuje drugim dokazima, odnosno da se, eventualno, primijene pravila o teretu utvrđivanja (dokazivanja). U slučajevima u kojima se činjenice trebaju utvrditi dokazivanjem, ostvarivanje potrebne mjere utvrđenosti ovisit će o mogućnosti predlaganja i izvođenja dokaza u pojedinim stadijima postupka, o pravilima o vrednovanju njihove dokazne snage, itd.

96 OZ: Ovršni zakon, NN 112/2012, 25/2013, 93/2014.

2.2. Egzistentnost, sigurnost, vjerojatnost i puka ustvrđenost

Potreba razlikovanja između objektivno zahtijevane kvalitete datosti pravno relevantnih činjenica za nastupanje određenih pravnih posljedica od različite kvalitete njihove pravozaštitne utvrđenosti najbolje dolazi do izražaja prigodom uspoređivanja pretpostavaka za donošenje kondemnatorne odluke u usporedbi s onima za određivanje privremenih mjera kada su obje te pravozaštitne mjere zatražene s obzirom na istu tražbinu. Prema primarnoj materijalnoj pravnoj normi, da bi tražbina nastala i postojala, potrebno je (u pravilu) zbiljsko nastupanje određenih pretpostavaka (činjenica) predviđenih tom normom. Da bi sud mogao prihvatiti kondemnatori zahtjev istaknut s obzirom na tu tražbinu, potrebno je da ona postoji i da je (u pravilu) dospjela (*arg. ex 326/1.*). Zato bi za izricanje kondemnacije bilo potrebno da sud sa **sigurnošću** utvrdi: (1) postojanje pretpostavaka uz koje primarna materijalnoj pravna norma veže nastanak tražbine te (2) (u pravilu) njezinu dospelost (*arg. ex 221.a*). Da bi sud, međutim, odredio privremene mjere radi osiguranja neke tražbine, bilo bi dovoljno utvrditi da je **vjerojatno** da ona postoji te (u pravilu) da je **vjerojatna** opasnost da će protivnik osiguranja bez te mjere svojim ponašanjem onemogućiti njezino ostvarenje u budućnosti (*arg. ex 344., 346. OZ*).⁹⁷ Moglo bi se zaključiti: o zbiljskoj, objektivnoj egzistentnosti (nastupanju) pretpostavaka koje predviđa primarna materijalnoj pravna norma ovisili bi nastanak i postojanje tražbine po sebi; o sigurnosti uvjerenja suda o postojanju tih pretpostavaka kao o pravozaštitno relevantnoj razini njihove utvrđenosti ovisio bi njegov stav o postojanju tražbine te o njezinoj dospelosti kao dopunskoj pravozaštitnoj pretpostavci za izricanje kondemnacije; o vjerojatnosti kao dostatnoj pravozaštitnoj razini utvrđenosti (uvjerenosti) suda u postojanje tražbine i opasnosti osujećenja njezina ostvarenja u budućnosti ovisilo bi određivanje privremenih mjera. Sigurnost i vjerojatnost bile bi dvije razine utvrđenosti (uvjerenosti suda) u postojanje bitnih pretpostavaka o kojima bi ovisilo donošenje dviju vrsta njegovih odluka – te bi dvije razine utvrđenosti (uvjerenosti) bile kategorije pravozaštitnog prava, kategorije o kojima bi ovisila različita kvaliteta pravne zaštite koja bi se mogla tražiti i pružiti.

U nekim slučajevima sud je ovlašten odrediti privremene mjere osiguranja i ako predlagatelj ne učini vjerojatnim postojanje tražbine i opasnosti da se bez određivanja privremene mjere ona ne bi mogla ostvariti u budućnosti ili da bi njezino ostvarenje bilo znatno otežano: ako položi (dâ) odgovarajuću jamčevinu (osiguranje) za štetu koja

⁹⁷ Vjerojatnost kod privremenih mjera u pravilu treba biti pretežnija – o argumentima u prilog takva stava usp. DIKA, Građansko ovršno pravo, I., Opće građansko ovršno pravo, 2007., (GOP), 55., 56. Ipak, iznimno, sud bi se mogao zadovoljiti i slabijom razinom vjerojatnosti. Naime, njegov će stav o potrebnoj mjeri vjerojatnosti ovisiti o razini traženog zahvaćanja u pravnu sferu protivnika osiguranja (jedna je razina potrebna ako se stvari oduzimaju, druga ako se ne oduzimaju), o pravnim posljedicama koje će to zahvaćanje imati za njegova prava (o tome je li riječ samo o zabrani otuđenja ili opterećenja – konzervacijske privremene mjere, ili o oduzimanju posjeda, iseljenju, nalaganju plaćanja nečega - anticipacijske privremene mjere), život, o tome je li ili nije dana odgovarajuća jamčevina, itd. (*arg. ex 344., 346., 349. OZ*). Izloženim stavom autor zapravo relativizira (korigira) određenje pojma vjerojatnosti kao pretpostavke za određivanje privremenih mjera kao (nužno) pretežnije vjerojatnosti kako ga je postavio u *supra* navedenog knjizi. O vjerojatnosti kao zahtijevanoj (dostatnoj) mjeri utvrđenosti činjenica, v. *amplius infra ad III.5.-7.*

bi protivniku osiguranja mogla nastati određivanjem i provedbom privremene mjere (349/1. OZ). U tim bi slučajevima bilo dovoljno da predlagatelj ustvrdi postojanje svoje tražbine i navedene opasnosti.

Puka ustvrđenost postojanja određenih procesnopravno relevantnih činjenica bila bi dostatna za ocjenu suda o postojanju pretpostavaka za zasnivanje stanovitih procesnopravnih odnosa. U tim bi slučajevima sud svoj stav o postojanju tih pretpostavaka formirao na hipotezi o istinitosti tvrdnji stranaka i zaključka o njihovoj konkluzivnosti s obzirom na ono što treba utvrditi (hipotetska vjerojatnost) (v. npr. *infra ad* III.8.). On bi pritom uzimao u obzir i okolnost da su radi utvrđivanja činjenica bitnih za donošenje odnosne odluke predloženi odgovarajući dokazi, koji, međutim, ne bi morali biti priloženi odnosno koje sud ne bi morao izvesti. Naime, i puka ustvrđenost u određenim slučajevima može sama po sebi imati određenu razinu uvjerenosti, može dovesti do određene razine uvjerenosti o postojanju nečega pa onda i do utvrđenosti postojanja toga nečega.⁹⁸ Sud bi zapravo, polazeći od pukih navoda stranaka, mogao, primjenjujući na njih na odgovarajući način kriterije po kojima slobodno vrednuje dokaze (8.), formirati svoje uvjerenje o postojanju odgovarajućih pretpostavaka za donošenje svoje odluke.⁹⁹ U tom bi se smislu moglo govoriti o «dokaznoj vrijednosti», uvjerenosti puke ustvrđenosti nečega.

2.3. *Uvjerljivost, uvjerenost, utvrđenost*

Uvjerljivost bi bila podobnost (sposobnost) nekog medija utvrđivanja činjenica da pridonese formiranju stava o postojanju ili nepostojanju nečega na određenoj razini uvjerenosti, dok bi uvjerenost bila subjektivna kvaliteta stava onoga koji bi ga bio ovlašten formirati o postojanju ili nepostojanju nečega na određenoj razini izglednosti, mogućnosti njegove istinitosti.

Utvrđenost bi bila objektivna kvaliteta zaključka onoga koji nešto vrednuje o postojanju ili nepostojanju toga nečega na zahtijevnoj razini izglednosti, mogućnosti njegove istinitosti.

3. *Sigurnost (izvjesnost) kao opća mjera utvrđenosti činjenica*

3.1. *Sigurnost kao opća mjera utvrđenosti činjenica prema normama primarnog materijalnog i pravozaštitnog prava*

Odredba članka 8. ZPP-a prema kojoj će sud **prema svom uvjerenju** odlučiti koje će činjenice uzeti kao dokazane, i to na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog

⁹⁸ U tom smislu, čini se, i JUHART, CPP, 348.

⁹⁹ U prilog tezi da i puka ustvrđenost može imati određenu snagu uvjerenosti govore odredbe prema kojima su stranke u postupku dužne savjesno postupati i govoriti istinu (9), prema kojima zbog povrede te dužnosti - ako ima značenje teže zlouporabe prava - mogu biti i kažnjene; u prilog te teze išao bi i iskustveno verificirani realitet da ljudi pa i stranke u sudskom postupku u pravilu govore istinu, da je nepodudarnost u navodima i iskazima mnogo češće posljedica grešaka u zapažanju i memoriranju, nego svjesne namjere da se iznose neistinite tvrdnje i iskazi. Upravo stoga kriteriji za formiranje slobodne ocjene dokaza (8.) mogu, *mutatis mutandis*, poslužiti i za vrednovanje pukih tvrdnji stranaka.

dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, a i na temelju rezultata cjelokupnog postupka, ostavlja otvorenim pitanje mjere uvjerenosti koja treba biti ostvarena da bi sud smio zauzeti stav o dokazanosti neke činjenice. Kvalitetu uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje neke činjenice do koje sud treba doći dokazivanjem indicira, međutim, odredba članka 221.a ZPP-a, po kojoj će sud o postojanju činjenice koju je utvrđivao zaključiti primjenom pravila o teretu dokazivanja ako je na temelju izvedenih dokaza (8.) ne može (ne uspije) sa **sigurnošću** utvrditi. Zahtijevana bi mjera uvjerenosti, dakle, (u pravilu) bila sigurnost.¹⁰⁰ O vjerojatnosti kao dostatnoj mjeri uvjerenosti u postojanje utvrđivanih činjenica, v. *infra ad* III.5.-7.

Iz članka 221.a treba zaključiti, *arg. a completudine*, da je **sigurnost opća mjera utvrđenosti** neovisno o tome primjenom koje se metode utvrđivanja činjenica do nje treba doći. Kad je riječ o funkcionalno prioritetnijim «formalnim» probatornim metodama utvrđivanja činjenica (primjenom pravila o pravomoćnosti, odnosno o neoborivoj presumptivnoj dokaznoj snazi određenih dokaza), tada se ta mjera postiže (treba postići) primjenom tih metoda. Kad ima mjesta primjeni neprobatornih metoda utvrđivanja činjenica (primjeni pravila o notornosti, pravila o priznanju činjenica, presumptivnih pravila) koje imaju funkcionalnu prednost u odnosu na utvrđivanje činjenica dokazivanjem po pravilima o slobodnoj ocjeni dokaza, tada se ta mjera može postići njihovom primjenom. Međutim, ako se niti jedna od tih metoda ne bude mogla u konkretnom slučaju primijeniti, odnosno ako se njihovom primjenom potrebna mjera utvrđenosti ne postigne, npr. zato što je dovedeno u sumnju da su stvari onakvima kako je to bilo općepoznato, kako su priznate (npr. opozivom danog priznanja) ili zato što je protudokazom dovedena u pitanje potrebna mjera utvrđenosti presumptivne baze, tada se, ako ne bude na raspolaganju neka druga formalna dokazna metoda, potrebna razina utvrđenosti treba postići dokazivanjem prema slobodnoj ocjeni dokaza (8., 221.a). U tom je smislu slobodna ocjena dokaza supsidijarna metoda utvrđivanja činjenica u odnosu na navedene metode. Ako se ni dokazivanjem uz primjenu te ocjene ne postigne potrebna mjera, zaključak o postojanju činjenica formirat će se primjenom pravila o teretu dokazivanja (221.a), svakako ako ne bude mjesta formiranju stava o činjenici koju treba utvrditi po slobodnoj ocjeni (223., 223.a), koju treba razlikovati od slobodne ocjene dokaza.

Pojam **sigurnosti** sučevog uvjerenja također nije zakonski definiran, što znači da je zapravo judikaturi (uz pomoć doktrine) prepušteno da pokuša odrediti značenje toga pojma.¹⁰¹ Judikaturi je (uz pomoć doktrine) u biti prepušteno i određivanje pojma

100 U njemačkom i austrijskom pravu nema odgovarajuće odredbe. Ona je u jugoslavensko pravo bila unijeta Novelom 1990. (SL SFRJ 27/90), a zadržana je i u postjugoslavenskim pravima nakon raspada bivše države.

101 Prema Filozofijskom rječniku, (ur. V. Filipović; autor natuknice Krstić), 1984., 138., 139., izvjesnost ili sigurnost (lat. *certitudo*) je karakteristika stanja svijesti, odnosno doživljaja koji neki sud prihvaća kao posve istinit, nesumnjiv, neprijeoran. Izvjesnost redovito prati sudove koji su očiti (evidentni) sami po sebi ili sazdani na neposrednom iskustvu (neposredna, intuitivna izvjesnost), ali može postojati i za sudove koji su dokazani ili se smatraju dokazanima (posredna, diskurzivna izvjesnost). Iako je doživljaj izvjesnosti psihološki jedinstven, ističe se da se ponekad “subjektivna” izvjesnost vjerovanja razlikuje od “objektivne” sigurnosti znanja; ali i psihološki i metodički treba razlikovati izvjesnost od različitih stanja vjerojatnosti. Citira se, između ostaloga, Kant, prema kome bi izvjesnost imali onda kad “uvidamo da je nemoguće

vjerojatnosti, koji također nije zakonski definiran.

Pri određivanju pojma sigurnosti treba, uvažavajući stavove koji su o tome nuđeni i više-manje prihvaćeni u domaćoj doktrini i judikaturi te na komparativnoj razini, početi od konstatacija:

(1) da norme materijalnog, ali (uz mnogo veća odstupanja) i procesnog prava, redovito uz postojanje ili nepostojanje (a ne možda uz vjerojatnost ili puku mogućnost postojanja ili nepostojanja) određenih činjenica vežu nastupanje stanovitih pravnih posljedica (v. *supra ad III.1.*);

(2) da apsolutnu (matematičku; znanstvenu) sigurnost u postojanje ili nepostojanje činjenica u pravilu nije moguće postići;¹⁰²

(3) da teorijski ponuđena rješenja (u pravilu) računaju s visokom razinom vjerojatnosti (pouzdanosti) zaključka o postojanju ili nepostojanju činjenica, s time da su konkurentno ponuđena tri osnovna pristupa – teorija uvjerenosti u istinitost postojanja objekta utvrđivanja, teorija uvjerenosti u (visoku) vjerojatnost njegova postojanja te teorija uvjerenosti u pretežnju vjerojatnost postojanja toga objekta;

(4) da domaće pravo govori:

(4.1.) o uvjerenju suca koje on formira na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno te na temelju rezultata cjelokupnog postupka (8.), ali i

(4.2.) o tome da to uvjerenje treba (u pravilu) biti na razini sigurnosti (*arg. ex 221.a*);

(4.3.) da sud treba obrazložiti svoju ocjenu (338/4.);

(4.4.) da je ta ocjena podložna kontroli (*arg. ex 353/1.2., 355.*), što nužno pretpostavlja (zahtijeva) stanovitu objektiviziranost obrazloženja (argumentacije i ocjenjivanja);

(4.5.) da nedostaci u obrazloženju mogu imati značenje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka, osobito ako sud nije uopće obrazložio svoj stav o izvedenim dokazima, ili ako su ti razlozi nejasni i proturječni, ili ako o odlučnim činjenicama (i, valja uzeti, dokazima) postoji proturječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržaju isprava, ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih isprava i zapisnika (*arg. ex 354/2.11.*);

(4.6.) da je drugostupanjski sud ovlašten ukinuti presudu prvostupanjskog suda i vratiti tom sudu predmet na ponovno suđenje ako smatra da radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja treba održati novu glavnu raspravu pred prvostupanjskim sudom (370.). Drugostupanjski će sud takvu odluku donijeti kad (opravdano) **posumnja** u to da je prvostupanjski sud pravilno utvrdio kakvu odlučnu činjenicu odnosno kad nađe da je nije utvrdio. Na takav zaključak upućuje odredba po kojoj će drugostupanjski sud presudom odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu kad ustanovi da ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija, a ni razlozi na koje pazi

da bi spoznaja bila lažna”. Kant očito, ako je valjano citiran, ne razlikuje između neistinitosti i lažnosti.

102 Takva bi se sigurnost eventualno mogla postići u slučajevima u kojima bi neki događaji bili snimljeni kamerama, čija bi tehnička ispravnost bila izvan dvojbe jednako kao i sama snimka; ona bi se mogla postići u određenim slučajevima i neposrednim opažanjem ili provjerama, mjerenjima (predmeta uviđaja), odnosno određenim vještačenjima, npr. genetskog podrijetla.

po službenoj dužnosti (368/1.). Iz te odredbe, naime, proizlazi da drugostupanjski sud – u slučaju u kojemu se prvostupanjska presuda pobija zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja - treba biti uvjeren u to da je činjenično stanje pravilno utvrđeno da bi odbio žalbu. Takav je zaključak sasvim određeno proizlazio iz prijašnje odredbe članka 370. stavka 2. ZPP-a, prema kojoj je drugostupanjski sud bio dužan ukinuti prvostupanjsku presudu i kad stranka nije pobijala presudu zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog **činjeničnog** stanja, ako bi se pri rješavanju o žalbi pojavila **opravdana sumnja** da su činjenice na kojima je utemeljena prvostupanjska presuda pravilno utvrđene, iz odredbe koja je (*per nefas*) Novelom 2003. brisana (umjesto da je prilagođena izmijenjenom uređenju) iz Zakona jer drugostupanjski sud po novome nema više takvih oficijelnih ovlaštenja;

(4.7.) da se standardi postupanja pri izvođenju dokaza, njihova ocjenjivanja, obrazlaganja ujednačavaju kroz praksu („naučeno“, „prilagođeno“ vrednovanje, standardiziranje ocjenjivanja). Pritom valja naglasiti da takvo ujednačavanje ne bi smjelo dovesti do formaliziranja (šabloniziranja) izvođenja i vrednovanja dokaza (sudskom praksom uvedena pravila o «vezanoj» ocjeni dokaza), iako se i takva praksa, koja bi, strogo uzevši, bila protivna Zakonu, teško može izbjeći, već da bi trebalo pridonijeti razvijanju i uvođenju objektivizirani(ji)h kriterija savjesne, brižljive i argumentiranije ocjene dokaza čiji bi rezultati bili izvan razumne sumnje.

Upravo bi se stoga *de lege lata* mogao zastupati stav da bi **sigurnost** kao potrebna mjera uvjerenosti prigodom utvrđivanja postojanja ili nepostojanja činjenica slobodnom ocjenom dokaza bila postignuta kad bi sudac o onome što treba utvrditi stekao **uvjerenje koje bi isključivalo razumnu (opravdanu) sumnju u njegovu pravilnost**. Pritom bi pojam razumne sumnje trebalo shvatiti, najprije, kao razumnu sumnju sudećeg suca, ali i kao razumnu sumnju onih koji su ovlašteni kontrolirati pravilnost sučeva uvjerenja, dakle, u pravilu sudaca višega stupnja koji odlučuju u povodu pravnih lijekova protiv donesene odluke zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex* 370.), kojima u tome mogu pomoći i stranke iznoseći odgovarajuću argumentaciju u svojim pravnim lijekovima. Prije Novele 2003.¹⁰³ moglo se u Zakonu pronaći izravno uporište za takav stav. Naime, prema *supra* već citiranoj prijašnjoj odredbi članka 370. stavka 2. ZPP-a, odredbi koja je tom novelom bila brisana u sklopu opće reforme mogućnosti iznošenja novota u žalbenom postupku, drugostupanjski je sud bio ovlašten *ex officio* ukinuti pobijanu presudu ako bi **opravdano** posumnjao u pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja.

Sudac bi svoje uvjerenje o činjenicama koje bi utvrđivao formirao koristeći svoje iskustvo specijaliste za utvrđivanje činjenica primjenom odgovarajućih procedura, iskustvo koje bi bilo kombinacija onoga što je naučio tijekom pripreme za obavljanje posla suca i osobnog iskustva koje je stekao u praksi, koje bi svakako uključivalo i (naučene, «nametnute») opće standarde pravosudne zajednice u kojoj djeluje o vrednovanju dokaza, između ostaloga na temelju rezultata kontrole njegova rada u pojedinim slučajevima u povodu pravnih lijekova.¹⁰⁴ U tom bi smislu Faschingov stav

¹⁰³ NN 117/03.

¹⁰⁴ Standardi vrednovanja dokaza razvijeni (prihvaćeni, stabilizirani) u pravosudnoj zajednici redovito bi odgovarali onima koji bi se, objektivno uzevši, mogli smatrati najprimjerenijima

da bi, pored osobnog životnog, iskustvo suca i specijalnog znanja koje je stekao, treća komponenta slobodnog sudačkog uvjerenja bila njegova ograničenost prosječnim iskustvenim i znanstvenim blagom razumnih ljudi našeg životnog kruga,¹⁰⁵ bilo tek uvjetno moguće prihvatiti – u mjeri u kojoj bi ta prosječnost odgovarala standardima prihvaćenim u pravosudnoj zajednici. Naime, ako se prihvati realitet da je u pojedinom slučaju «istina» o činjenicama koje treba utvrditi ono o čemu su se u bitnome „suglasili” prvostupanjski i drugostupanjski sud - prvostupanjski „nuđenjem“ (u obliku obrazložene odluke) rezultata do kojega je došao izvođenjem i ocjenjivanjem dokaza, drugostupanjski zauzimanjem stava o tim rezultatima kontrolom uvjerljivosti njihova obrazložjenja u povodu žalbe, kod definiranja razumne sumnje treba poći od razumne sumnje sudaca koji sude, a ne od razumne sumnje prosječnih građana. Po prirodi stvari suci imaju (trebali bi imati) mnogo izoštreniji intelektualni (osobito psihološki) instrumentarij vrednovanja dokaza od prosječnih razumnih ljudi.¹⁰⁶

Slobodno vrednovanje dokaza znači također da je sudac vezan samo svojim osobnim uvjerenjem o istini. Stoga, ako drugostupanjski sud smatra da to uvjerenje nije pravilno, nije ovlašten - u odluci kojom će ukinuti pobijanu presudu i predmet vratiti na ponovno suđenje - naložiti prvostupanjskom sudu kako treba vrednovati određene dokazne rezultate, već samo odrediti radnje koje treba izvesti i sporna pitanja koja treba raspraviti (377/1.). Ako bi drugostupanjski sud htio odstupiti od ocjene prvostupanjskog suda, morao bi sam ponoviti dokazivanje (373.b, 373.c).¹⁰⁷

¹⁰⁸ Drugostupanjski bi sud, ipak, mogao izreći svoj stav da bi određeni dokaz trebalo

za postizavanje svrhe kojoj su namijenjeni u određenoj društvenoj zajednici organiziranoj kao pravna država. Riječ je o standardima koje prihvaćaju osobe specijalizirane za obavljanje pravosudne djelatnosti, osobe redovito visokog profesionalnog integriteta, čija razina obrazovanja, stručnosti i iskustva jamči u pravilu natprosječnu osposobljenost za obavljanje te djelatnosti, uključujući i za slobodno vrednovanje dokaza.

¹⁰⁵ ZPR, 432. U vezi s izloženim stavom teško se oteti dojmu da je on opterećen «demokratskim sindromom» (upućivanje na prosječno iskustveno i znanstveno blago razumnih ljudi), koji je u ovom kontekstu nepotreban, naivan, jer kako će, naime, sudac u pojedinim slučajevima utvrditi što je to prosječno iskustveno i znanstveno blago razumnih ljudi našeg životnog kruga, i neprocesualistički, jer ne odgovara pravnom uređenju i praktičnom ostvarenju te ocjene. V. narednu bilj.

¹⁰⁶ Standard “prosječno iskustveno i znanstveno blago razumnih ljudi našeg životnog kruga” nije zakonski pravni standard, on bi mogao biti standard, tzv. sudačkog prava. Pritom bi pri utvrđivanju njegova sadržaja nesavladive poteškoće izazivala nemogućnost da se odredi značenje njegovih pojedinih pojmovnih sastavnica. Po prirodi stvari, čak i kad bi se takav standard nametnuo kao sudačkom standard, suci bi bili ovlašteni odrediti njegov sadržaj. Takav bi standard bio neprihvatljiv i zbog toga što sudac ne bi smio reći da je o određenoj činjenici formirao stav prema prosječnom iskustvenom i znanstvenom blagu razumnih ljudi našeg životnog kruga, iako bi prema njegovom boljem iskustvu i/ili znanju zaključak o toj činjenici trebao biti drukčiji. O prosječnosti spoznajne sposobnosti razumnih ljudi moglo bi se samo uvjetno govoriti u sustavima u kojima bi činjenice utvrđivale porote sastavljene od “prosječnih” građana.

¹⁰⁷ U tom smislu za austrijsko pravo i FASCHING, ZPR, 433.

¹⁰⁸ Novelom 2011 (NN 57/11) omogućeno je drugostupanjskom sudu da – bez provođenja rasprave - reformira pobijanu prvostupanjsku presudu ako prema stanju spisa nađe da je bitne činjenice moguće utvrditi i na temelju isprava i izvedenih dokaza koji se nalaze u spisu, neovisno o tome je li prvostupanjski sud prigodom donošenja svoje odluke uzeo u obzir i te isprave odnosno

vrednovati prema slobodnoj, a ne vezanoj ocjeni ili obrnuto. Bila bi riječ o stavu o kriterijima vrednovanja, dakle o pravnom, a ne o činjeničnom pitanju.

U slučajevima u kojima bi drugostupanjski sud sam izravno izvodio i ocjenjivao dokaze (373.c), „istina“ bi u pravilu bilo ono do čega bi on došao izvođenjem i ocjenjivanjem dokaza. U tom bi slučaju uloga revizijskog suda bila reducirana na kontrolu takvih nedostataka u obrazloženju utvrđenja činjeničnog stanja zbog kojih se presuda ne bi mogla ispitati (*arg. ex* 354/2.11., 385/1.1.).¹⁰⁹

Uloga stranaka bi tijekom prvostupanjskog postupka bila u tome da sudjelovanjem u pribavljanju dokaza i u njihovu izvođenju te eventualno u raspravljanju o rezultatima provedenog dokazivanja pridonese njihovu što pravilnijem vrednovanju. U stadiju pravnih lijekova njihova bi uloga bila poticajno-kontrolna: stranke bi izjavljivanjem pravnih lijekova i njihovim obrazlaganjem argumentirale moguće razloge za formiranje razumne sumnje u pravilnost uvjerenja suda koji je donio odluku, odnosno za reformiranje tog uvjerenja.

Ključni se problem kod slobodne ocjene dokaza zapravo često svodi na pitanje kako da se ono što je (često puta) intuitivno naslućeno (spoznato) prevede na jezik racionalne argumentacije.

3.2. Sigurnost kao osnova za donošenje procesnih odluka

Kad donosi procesne odluke kojima se postupak okončava (pred određenim sudom), npr. odluke o odbacivanju tužbe zbog nedostatka (nekih) procesnih pretpostavaka, sud bi u načelu činjeničnu premisu za njihovo donošenje trebao utvrditi na razini **sigurnosti**. U tom smislu sud je dužan nakon prethodnog ispitivanja tužbe po službenoj dužnosti (i svakako u povodu prigovora tuženika)¹¹⁰ donijeti do pravomoćnog okončanja spora rješenje kojim će ukinuti provedene radnje i odbaciti tužbu ako utvrdi da za rješavanje spora nije nadležan sud u Republici Hrvatskoj – zato jer je nadležno neko drugo domaće tijelo ili jer je (u sporovima s međunarodnim obilježjem) isključena nadležnost toga suda (*arg. ex* 16/1.-3.). Ipak, ako utvrdi da za rješavanje spora nije nadležan sud u Republici Hrvatskoj, on neće tako postupiti u slučajevima u kojima nadležnost suda u Republici Hrvatskoj ovisi o pristanku tuženika, a tuženik je dao svoj pristanak (16/3.). Sud bi na istoj razini trebao utvrditi postojanje razloga za odbacivanje tužbe u drugim slučajevima u kojima je na to ovlašten (*usp.*, npr., 109., 186.a, 186.c, 194/3., 282., 288., 333/2., 369., 394.).¹¹¹

izvedene dokaze. Ta je mogućnost zapravo jedan od niza odstupanja o načela neposrednosti koja su u parnični postupak sukcesivno uvedena posljednjih desetak godina. To odstupanje svakako dopunski relativizira značenje slobodne ocjene dokaza kao instrumenta za otkrivanje istine u parničnom postupku.

109 Upravo bi stoga bilo teško isključiti mogućnost da revizijski sud svoje ovlaštenje da kontrolira ima li presuda nedostatke zbog kojih se ne može ispitati počne koristiti i za ispitivanje prihvatljivosti razloga kojima je drugostupanjski sud obrazložio svoje utvrđenje činjeničnog stanja.

110 Budući da je sud dužan *ex officio* oglasiti se apsolutno nenadležnim sve do pravomoćnosti odluke, on bi takvu odluku zapravo mogao donijeti i u povodu inicijative tužitelja.

111 Slično TRIVA-DIKA, GPPP, 481. Prema POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 233., uvjerenje u istinitost kao intenzitet dokazanosti moralo bi biti dostignuto u pravilu u pogledu procesne pretpostavke

Sud se po službenoj dužnosti može oglasiti stvarno nenadležnim, a mjesno jer što postoji isključiva takva nadležnost nekog drugog suda i ustupiti predmet nadležnom sudu nakon pravomoćnosti rješenja - najkasnije do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari (17/1., 20/2., 21/1.). On se može oglasiti stvarno i mjesno nenadležnim i u povodu prigovora tuženika koji je podnesen najkasnije do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari (17/2., 20/1., 21/1.). Da bi se mogao naknadno oglasiti nenadležnim i u navedenim slučajevima, sud bi činjenice na kojima bi utemeljio takvu odluku bio dužan utvrditi na razini sigurnosti. Naime, odredbe koje predviđaju takvu njegovu reakciju zahtijevaju od njega da utvrdi da nije nadležan za rješavanje spora bez ikakvih daljnjih relativizacija, zbog čega bi u tim slučajevima trebalo primijeniti opće pravilo o utvrđivanju relevantnih činjenica.

Iz okolnosti da bi sud mogao otkloniti svoju nadležnost samo kad bi bio siguran da nije nadležan, trebalo bi zaključiti da bi u slučaju dvojbe je li nadležan trebalo uzeti da jest. Drukčiji stav mogao bi dovesti do uskraćivanja prava na slobodan pristup sudu.

Kad je riječ o procesnim odlukama kojima se postupak ne okončava, trebalo bi od slučaja do slučaja ocjenjivati koja bi razina utvrđenosti bila mjerodavna. Ako protiv nekih takvih odluka žalba nije dopuštena, ako su, dakle, nekontrolabilne, sud ih zapravo može diskrecijski donositi, osobito stoga što Zakon u takvim slučajevima redovito njemu prepušta kako će odlučiti („sud može“). U slučajevima u kojima Zakon prepušta sucu da ocijeni treba li i kakvu odluku donijeti, ali ipak odluku protiv koje bi bila dopuštena žalba, on bi takvu odluku bio dužan obrazložiti (378.). U takvim bi slučajevima redovito bilo dovoljno da se činjenične pretpostavke za njezino donošenje utvrde na razini vjerojatnosti (različitog stupnja). V. *infra ad* III.-7.

3.3. Odnos «objektivne istine» i sučeva uvjerenja

Stav da je ljudska spoznaja istinita ako odgovara objektivnoj stvarnosti¹¹² jest zapravo apstraktna, u biti neprocesualistička teorijska konstrukcija. S aspekta procesa tvrdnja stranaka o nekoj činjenici ili teza samoga suda o tome je istinita ako odgovara zaključku do kojeg je sud došao o postojanju ili nepostojanju objekta te tvrdnje odnosno teze: činjenice. Svoj stav o istinitosti tvrdnje stranaka ili vlastite teze sud formira na temelju svog utvrđenja o postojanju ili nepostojanju činjenice koje se one tiču. Neposredna zadaća suda, međutim, nije (kako se inače tvrdi)¹¹³ provjeriti jesu li tvrdnje stranaka istinite, već utvrditi postoji li ili ne postoji ono za što je ustvrđeno da postoji ili ne postoji. Tvrdnja o postojanju ili nepostojanju činjenica tek je inicijativa, povod da se činjenice utvrde. Sud se ne izjašnjava o istinitosti tvrdnji već o postojanju ili nepostojanju onoga za što je ustvrđeno da postoji ili ne postoji, a što je utvrđivao smatrajući da je pravno relevantno. Tek posredno, izjašnjavajući se o postojanju ili

kad se postavi pitanje je li ispunjena. JUHART, CPP, 348., je čini se, smatrao da je vjerojatnost kao dokazna mjera općenito dostatna kad se utvrđuju „*dejanska stanja procesnega prava*“.

112 Usp.: JUHART, CPP, 52., 53., 67; TRIVA-DIKA, GPPP, 159., 160.; UDE, CPP, 115.; WEDAM-LUKIĆ, Vloga sodišća in strank pri zbiranju procesnega gradiva, Podjetje in delo, 6-7/1998., 988.; ZOBEC, PP ZK, 3., 328. bilj. 917.

113 TRIVA-DIKA, GPPP, 480.

nepostojanju činjenica koje je utvrđivao, sud se izjašnjava o istinitosti tvrdnji koje su o njima iznesene. Zato sud svoje utvrđenje o postojanju ili nepostojanju činjenica ne uspoređuje s objektivnom stvarnošću, jer to ne može učiniti, to bi značilo da može odvojeno od tog utvrđenja utvrditi ili da znade što je (kakva je) objektivna stvarnost. On samo može reći da je više ili manje uvjeren u postojanje ili nepostojanje onoga što je utvrđivao. Bila bi riječ o jednom subjektivnom uvjerenju čiju se istinitost tek uvjetno može dovesti u pitanje – u mjeri u kojoj se može pobuditi sumnja kod onoga koji je ovlašten kontrolirati pravilnost toga uvjerenja, odnosno u mjeri u kojoj je kontrolor čije je utvrđenje mjerodavnije drukčije sam utvrdio činjenično stanje. U tom slučaju u konkurenciji dvaju utvrđenja nije mjerodavno utvrđenje koje je objektivno istinitije (jer se to ne može pouzdano utvrditi), već ono do kojega je došao sud čije je utvrđenje u slučajevima takve konkurencije pravno mjerodavnije, a to je utvrđenje kontrolora, npr. drugostupanjskog suda nakon provedene drugostupanjske rasprave. Kriterij za razrješenje sukoba, konkurencije različitih utvrđenja zapravo je pravni. Tu, dakle, nije mjerodavna snaga argumenata sama po sebi, već snaga autoriteta koji stoji iza određenog utvrđenja. Snagu argumenata morao bi ocjenjivati netko treći, a tome u suđenju, iz razloga procesnopravnog oportuniteta, ekspeditivnosti, ekonomije nema mjesta. Ipak, s obzirom na (veću ili manju) standardiziranost načina utvrđivanja činjenica izvođenjem dokazivanja u praksi, dakle, standardiziranost ispitivanja dokaznih sredstava i ocjene dokazne snage izvedenih dokaza, zbog čega (u pravilu) neće biti bitnih razlika u rezultatima utvrđivanja činjenica koje provode prvostupanjski i drugostupanjski sud, te redovno veću kvalificiranost u tome kontrolnih sudova kad sami neposredno izvedu dokaze radi utvrđivanja činjenica, ili kad svoj stav o njima formiraju na temelju stanja spisa u slučajevima u kojima su na to ovlašteni, redovito će pravno mjerodavnije utvrđenje biti i objektivno pravilnije.

Kontrola pravilnosti utvrđivanja činjenica bila bi zapravo kontrola:

(1) načina prikupljanja informacija o činjenicama: inicijative za utvrđivanje određenih činjenica, izbora i primjene različitih metoda utvrđivanja činjenica, a kad se činjenica utvrđuju dokazivanjem, inicijative za izvođenje određenih dokaza, načina njihova pribavljanja i izvođenja te ocjene njihove dokazne snage, kao i

(2) zaključivanja na temelju prikupljenih informacija: kontrola argumentacije, intelektualne operacije kojom se došlo do zaključka o činjenicama.

Sudac ne percipira izravno pravno relevantne činjenice koje treba utvrditi, osim iznimno kad su takve činjenice same po sebi objekt uviđaja, već o njima zaključuje na temelju posredno dobivenih informacija, pri čemu je to zaključivanje dvojako pravno uvjetovano:

(1) pravo propisuje koji se elementi složene stvarnosti trebaju utvrditi (pravno relevantne činjenice) da bi se moglo ocijeniti jesu li ili nisu ispunjene pretpostavke za nastanak određene pravne situacije i za izricanje tražene pravozaštitne mjere s obzirom na tu situaciju. Pritom, ono što se utvrđuje kao element objektivne stvarnosti treba utvrditi u pravno kvalificiranom obliku, npr. je li određena izjava imala značenje ponude, prihvata, priznanja, može li se određeno ponašanje kvalificirati kao namjerno, nepažljivo, slučajno, itd.;

(2) put kojim se dolazi do utvrđenja pravno relevantnih činjenica je pravno

uređen i time pravno posredovan: da bi došao do «istine», sud smije primijeniti samo metode njezina «otkrivanja» predviđene zakonom, postupajući pritom na zakonom propisani način i vrednujući rezultate do kojih će time doći primjenom zakonom utvrđenih kriterija.¹¹⁴

4. Općenito o vjerojatnosti kao mjeri utvrđenosti činjenica

4.1. Određenje pojma

Vjerojatnost znači uvjerenost u mogućnost postojanja, nastupanja nečega u prilog koje mogućnosti govore određeni argumenti koji je čine više ili manje izglednom, ostvarljivom, dakle takvu uvjerenost u nešto koja ne isključuje razumnu sumnju u mogućnost postojanja, nastanka nečeg drugog.¹¹⁵ Takvo određenje toga pojma obuhvaća vrlo široku skalu mogućnosti postojanja, nastupanja nečega, zbog čega bi se moglo govoriti i o različitim stupnjevima vjerojatnosti.

Vjerojatnost postojanja ili nepostojanja, zapravo češće mogućnost (različitog stupnja izglednosti različitog od sigurnosti) nastanka ili prestanka postojanja određenih činjenica može imati značenje dostatne razine njihove utvrđenosti prema normi primarnog materijalnog prava, pravozaštitnog materijalnog prava te procesnog prava. Riječ je o slučajevima u kojima navedena prava uz vjerojatnost postojanja ili nepostojanja odnosno nastanka ili prestanka postojanja nekih činjenica (dakle ne uz njihovo postojanje ili nepostojanje) vežu nastupanje određenih pravnih posljedica.

Takva vjerojatnost redovito neće biti vjerojatnost koja graniči s izvjesnošću jer je takva vjerojatnost potrebna kad neke činjenice treba utvrditi na razini sigurnosti kakvu zahtijevaju zastupnici teorije uvjerenosti u istinitost (subjektivisti). U pravilu takva vjerojatnost neće biti ni vrlo visoka vjerojatnost za koju se opredjeljuju zastupnici uvjerenosti u vjerojatnost (objektivisti). Bit će riječ ili o pretežnijoj vjerojatnosti (eventualno različitog intenziteta) ili nekom slabijem stupnju mogućnosti postojanja ili nepostojanja nečega. Od vjerojatnosti bi trebalo razlikovati puku ustvrđenost (i time mogućnost) postojanja ili nepostojanja nečega, koja je samo iznimno dostatna u određenim slučajevima, redovito uz ispunjenje drugih nadomjesnih pretpostavaka.

U hrvatskoj se doktrini, međutim, zastupa stav da je vjerojatnost uvjerenje «*da ima više argumenata u prilog uvjerenju o postojanju relevantne činjenice nego onih koji govore protiv*», stav koji se, u biti, potvrđuje i njegovom daljnjom razradom: «Stupanj vjerojatnosti izražen odnosom povoljnih i nepovoljnih razloga ne mora biti uvijek jednak. Njegova intenzivnost trebala bi rasti u razmjeru s važnošću radnja koje treba poduzeti, s obzirom na stadij postupka u kojemu se o određenom procesnom pitanju raspravlja i odlučuje te s obzirom na težinu procesnopравnih posljedica koje se nadovezuju na utvrđenje da određene činjenice postoje ili da ih nema. Tako bi, npr.,

¹¹⁴ Slično, čini se, i ZOBEC, PP ZK, 3., 329.

¹¹⁵ Prema Filozofijskom rječniku, cit., 352., vjerojatnost (lat. *probabilitas*) je srednji stupanj izvjesnosti koji leži između potpune izvjesnosti da će nešto nastupiti i da mora nastupiti i puke mogućnosti. Vjerojatnost se sastoji u očekivanju da će se nešto dogoditi s obzirom na dosadašnje iskustvo, ali ne isključuje da se to ne dogodi, odnosno da ne nastupi nešto drugo od očekivanog.

pri utvrđivanju činjenica koje su relevantne za postojanje, tzv. negativnih procesnih pretpostavaka (...) te drugih činjenica o kojima ovisi odluka o odbacivanju istaknutog zahtjeva trebalo postići stupanj izvjesnosti uvjerenja o njihovom postojanju. Dok bi sudu trebalo dopustiti da već na uvjerenju o blagom stupnju vjerojatnosti zasniva svoju konkludentno izraženu odluku o postojanju pretpostavaka za nastavak postupka (do dokaza o protivnom), trebalo bi da taj isti sud gradi svoju odluku o prigovoru stranke upravljenom na osporavanje određenih procesnih pretpostavaka na uvjerenju o višem, a ponekad i visokom stupnju vjerojatnosti da određene činjenice postoje ili da ih nema.”¹¹⁶ Izloženi stav o vjerojatnosti kao razini utvrđenosti kod koje je uvjerenost u postojanje nečega veća od uvjerenosti u njegovo nepostojanje nije u skladu s nizom odredaba Zakona kojima se uređuju slučajevi u kojima se odlučuje na temelju vjerojatnosti (v. III.7.).

Vjerojatnost koja se traži za utvrđivanje neposredno relevantnih činjenica bila bi, *argumento a maiori ad minus*, dostatna i za utvrđivanje indicija na kojima se to utvrđenje temelji.

4.2. O vjerojatnosti u domaćem pravu

Pojam vjerojatnosti u hrvatskom parničnom pravu nije zakonski posebno definiran. Prema jednom od rijetkih pokušaja zakonskoga određivanja pojma vjerojatnosti uopće u hrvatskom pravu, uzimalo se da su činjenice i okolnosti učinjene vjerojatnima ako nisu potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju (162. ZOUP 91).¹¹⁷ U navedenoj je definiciji pojam vjerojatnosti bio dvojako određen - prvo, negativno - kao stupanj uvjerenosti u postojanje ili nepostojanje nečega koji nema kvalitetu (potpune) dokazanosti; drugo, pozitivno i funkcionalno - kao ona uvjerenost u postojanje ili nepostojanje nečega do koje se došlo posredno, na temelju indicija, neovisno o kvaliteti same uvjerenosti. Funkcionalno bi određenje impliciralo stav da se na temelju indicija ne bi mogla postići, tzv. potpuna dokazanost. Iz te definicije, međutim, ne bi proizlazilo da bi se o vjerojatnosti moglo govoriti samo kada bi stupanj uvjerenosti u postojanje neke činjenice bio viši od stupnja uvjerenosti u njezino nepostojanje, dakle kada bi teza o postojanju nečega bila vjerojatnija od teze o njegovom nepostojanju.

Prema odredbi § 370. ZSPGP 29, za utvrđivanje vjerojatnosti vrijedila su tri osnovna pravila. Prvo, za to su mogla poslužiti sva dokazna sredstva predviđena tim

¹¹⁶ TRIVA-DIKA, GPPP, 481. U citiranom tekstu kao da se, ipak, dopušta da bi se vjerojatnošću mogli smatrati i neki stupnjevi uvjerenosti koji bi bili slabiji od tzv. pretežnije vjerojatnosti. Slično je, s aspekta bivšeg jugoslavenskog prava, JUHART, CPP, 54., vjerojatnost definirao kao takvu podudarnost predodžbe s činjenicama kod koje su razlozi za istinitost predodžbe jači i brojniji od razloga koji govore za njezinu neistinitost. Takav je stav o vjerojatnosti (pod utjecajem svojih učitelja) zapravo zastupao i autor ovog djela u knjizi GOP, OOP, I., § 14/6.2.

¹¹⁷ Takvo je određenje pojma vjerojatnosti zapravo zadržano i u važećem ZOUP-u: službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar u postupku koji je pokrenut na zahtjev stranke kad je propisano da se stvar može riješiti na temelju činjenica ili okolnosti koje nisu **potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju pa su činjenice ili okolnosti učinjene vjerojatnima**, a iz svih okolnosti slučaja proizlazi da se zahtjevu stranke može udovoljiti (50.2. ZOUP 09).

zakonom, osim dokaza saslušanjem stranaka. Drugo, dokazi koje se nije moglo odmah izvesti (tzv. likvidni dokazi) nisu bili pogodni za to da se nešto učini vjerojatnim. Treće, samo izvođenje dokazivanja nije bilo vezano uz posebne propise o dokaznom postupku. Iz navedenih je pravila moguće zaključiti da je pojam vjerojatnosti bio tek posredno dokazno-proceduralno determiniran – do vjerojatnosti se moglo doći korištenjem određenih i to likvidnih dokaznih sredstava čije je izvođenje bilo deformalizirano. Sam pojam vjerojatnosti takvim uređenjem nije bio određen.

U pogledu vrste dokaza koji su mogli poslužiti za utvrđivanje vjerojatnosti u dijelu se ranije jugoslavenske doktrine utemeljenoj na ZPP 76 i ZIP 78 smatralo da bi navedena pravila ZSPGP 29 u osnovi trebalo prihvatiti i s obzirom na tada važeće procesno pravo. Čini se, međutim, opravdanim prigovor da razloga za diskriminaciju dokaza saslušanjem stranaka nije bilo, da bi se, čak štoviše, iz pravila o utvrđivanju vjerojatnosti u upravnom postupku, koja ne predviđaju takvo ograničenje, *argumento per analogiam*, mogao izvesti protivan zaključak.¹¹⁸ Tu bi argumentaciju bilo moguće prihvatiti i s obzirom na važeće parnično pravo.

U načelu bi trebalo otkloniti i zahtjev iz ZSPGP 29 da se vjerojatnost može utvrđivati samo korištenjem, tzv. likvidnih dokaza. Ipak, na izvođenje bi takvih dokaza upućivali razlozi procesne ekonomije i ekspeditivnosti. Odstupanje od standardnih zahtjeva koji se tiču vremena, mjesta i načina izvođenja dokaza radi utvrđivanja vjerojatnosti, deformaliziranost procedure njihova izvođenja nameće se samo po sebi – niža razina utvrđenosti i redovito niža razina rizika koji bi se preuzimali u slučajevima u kojima bi za donošenje odgovarajućih odluka bila dostatna ta razina utvrđenosti, opravdavali bi to odstupanje. To bi osobito vrijedilo u slučajevima za koje bi se odgovarajuće uporište moglo pronaći i u samom Zakonu (v. III/7.). U tom bi se smislu kao dokaz mogle koristiti pisane izjave mogućih svjedoka, pisane ekspertize kvalificiranih osoba koje bi angažirale same stranke, takve izjave samih stranaka - eventualno javnobilježnički ovjerovljene; kao dokaz bi se mogle koristiti i snimke koje bi pripremila jedna od stranaka; nalaz i mišljenje vještaka koje bi angažirao sud mogli bi biti sasvim provizornog karaktera, s težištem na ocjeni o vjerojatnosti postojanja nekih činjenica; zahtjevi u pogledu indicijskoga zaključivanja bili bi bitno blaži; sud bi mogao mnogo elastičnije primijeniti odredbu o utvrđivanju činjenica po slobodnoj ocjeni, itd.^{119 120}

118 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 482.

119 Mogao bi se, međutim, zastupati i stav prema kome bi se, onda kad to ne bi dopuštala posebna pravila, u načelu do odgovarajućeg stupnja vjerojatnosti smjelo doći samo primjenom istih onih metoda utvrđivanja činjenica koje su predviđene i za utvrđivanje činjeničnih pretpostavaka na razini sigurnosti, osobito u slučajevima u kojima bi se vjerojatnost javljala kao mjerodavna razina uvjerenosti prema pravilima primarnog materijalnog i pravozaštitnog prava (v. *infra ad* III/6.). Zbog toga bi samo u slučajevima za koje bi to bilo izrijeком predviđeno (te u njima analognim slučajevima), redovito u slučajevima u kojima bi odluke trebalo donositi primjenom normi procesnog prava, bilo moguće do odgovarajuće razine vjerojatnosti doći odstupanjem od standardnih metoda utvrđivanja činjenica (v. *infra ad* III/6., 7.).

120 U načelu bi se svi ti deformalizirani dokazi mogli predložiti, priložiti i izvesti i u redovnom dokaznom postupku – u kojemu bi njihova dokazna vrijednost bila podložna slobodnoj prosudbi suda (8.).

4.3. O neprihvatljivosti pretežnije vjerojatnosti kao opće mjere utvrđenosti činjenica

Tzv. pretežnija vjerojatnost, standard koji odgovara pravnim sustavima *common law* (i skandinavske) tradicije, ne bi se *de lege lata* (još uvijek) smjela (eksplicitno) prihvatiti kao opći i osnovni kriterij za formiranje sudačkog uvjerenja jer:

(1) norme mjerodavnog prava koje uređuju pravne situacije u povodu kojih treba pružiti pravnu zaštitu odnosno donijeti odgovarajuće odluke redovito uz postojanje ili nepostojanje određenih činjenica vežu nastupanje pravnih posljedica u povodu kojih tu zaštitu treba pružiti. Stoga bi (sve dok se to pitanje izrijeком pravozaštitnim normama drukčije ne uredi) i uvjerenje suda o postojanju tih bitnih činjeničnih pretpostavaka trebalo biti na odgovarajućoj razini – sudac bi trebao biti uvjeren da su propisane pretpostavke zbiljski ispunjene (v. *supra ad III/1-3.*);

(2) za to nedostaje zakonskog uporišta – pretežnija vjerojatnost izvan dvojbe nije **sigurnost** kao zakonski postulirana osnovna razina uvjerenosti (*arg. ex 8., 221.a*);

(3) prihvaćanjem toga kriterija, u građanskopravnim bi se stvarima odstupilo od (impliciranog) načela (od koga postoje iznimke) da nitko nije dužan (odgovoran) sve dok mu se to (sigurno) ne dokaže, načela koje bi korespondiralo, *mutatis mutandis*, načelu kaznenog procesnog prava da nitko nije kriv dok mu se to ne dokaže (predmnjeva nedužnosti);

(4) zamjenom sigurnosti kao zakonski postulirane mjere utvrđenosti (dokazanosti) bitno bi se izmijenilo i praktično značenje pravila o teretu dokazivanja. Ta se pravila više ne bi primjenjivala u slučajevima u kojima se sa sigurnošću ne bi uspjelo utvrditi neku činjeničnu pretpostavku, već kad bi bilo podjednako vjerojatno da ono što treba utvrditi postoji ili ne postoji;

(5) bi se smanjenjem zahtjeva u pogledu razine uvjerenosti pogodovalo „opuštanju“ sudaca prigodom utvrđivanja činjeničnog stanja, „omekšavanju“ njihove odgovornosti u utvrđivanju toga stanja, itd.

Nije, međutim, moguće previdjeti tendenciju u postupnom „otvaranju“ procesne teorije, ali i zakonodavstva, pa i (na komparativnoj razini) sudske prakse prema takvom rješenju. Tome u prilog govori najprije okolnost da se zakonski postulirana sigurnost u doktrini (opravdano) i (austrijskoj) sudskoj praksi eksplicitno sasvim određeno izjednačava s vrlo visokim stupnjem vjerojatnosti, što je u biti povezano s napuštanjem dogme o mogućnosti utvrđivanja materijalne istine, izvjesnosti kao kriterija za utvrđivanje činjeničnog stanja, s napuštanjem teorije korespondencije – njezine baze kao stava o nužnosti i mogućnosti spoznaje istine, ali i s prihvaćanjem realiteta da instrumenti koji sudu stoje na raspolaganju za postizavanje toga cilja nisu savršeni, odnosno sa spoznajom da je slobodna ocjena kao instrument za otkrivanje istine ograničena u pogledu primjene (supsidijarnost) i u pogledu predmeta (samo u pogledu činjenica koje nisu utvrđene drugim funkcionalno prioritetnijim metodama). Tome, dalje, u prilog govori i potreba funkcionaliziranja procedure, olakšanja formiranja stava o činjeničnom stanju.

Razmatranje pravnofilozofskih premisa u prilog doktrine o pretežnijoj vjerojatnosti kao kriteriju za formiranje sučeva uvjerenja o postojanju ili nepostojanju činjenica koje treba utvrditi nadilazi ambicije ovog pozitivnopravno orijentiranog

rada.

Promjena u traženim standardima utvrđivanja činjenica svakako bi bila praćena i bitno drukčijim ishodima sporova u praksi. Mnogi sporovi koji se sada gube zato što se u njima nije dokazalo na razini sigurnosti (visoke vjerojatnosti) postojanje pretpostavaka o kojima ovisi prihvaćanje tužbe, odnosno prigovora protivne stranke, u izmijenjenim bi se uvjetima dobivali: bilo bi, naime, često lakše dokazati pretežniju vjerojatnost postojanja tih pretpostavaka od sigurnosti ili visoke vjerojatnosti njihova postojanja.

5. *Vjerojatnost kao zahtijevana mjera utvrđenosti činjenica prema pravilima primarnog materijalnog prava*

5.1. *Općenito*

U određenim slučajevima norme, tzv. primarnog materijalnog prava, dakle prava koje uređuje odnose između pravnih subjekata izvan postupaka, za ostvarivanje pravne zaštite u vezi s tim odnosima, nastanak, promjenu ili prestanak nekog izvanprocesnog odnosa, prava ili obveze uvjetuju vjerojatnošću nastupanja ili prestanka postojanja određenih činjenica. Riječ je, npr., o slučajevima u kojima prijeti opasnost nastupanja nekih štetnih posljedica (v. *infra ad* 5.2.) ili predvidivost njihova nastupanja (v. *infra ad* 5.3.), odnosno o slučajevima u kojima za sudionike u pravnim odnosima nastaju određena potestativna prava zato što postoji (ozbiljna) mogućnost da se nešto neće dogoditi u budućnosti (v. *infra ad* 5.4.), itd. U takvim će slučajevima naznačena stanja u pravilu indicirati **vjerojatnost** nastupanja neke štetne posljedice, dakle ne i nužnost (sigurnost) njezina nastupanja; u njima će, ponekad, neke od pravno relevantnih činjeničnih pretpostavaka biti potrebno utvrditi na razini sigurnosti (npr. postojanje onoga što je navodni izvor opasnosti, postojanje ugroženog pravnog odnosa), a samo neke na razini vjerojatnosti (postojanje ozbiljne opasnosti, stanja ugroženosti, mogućnosti neispunjenja, itd.). Pritom neće nužno morati biti riječ o mogućnosti nastupanja neke štetne posljedice koja je izglednija od mogućnosti njezina nenastupanja (pretežnija vjerojatnost)¹²¹ - u nekim će slučajevima biti dostatna i neka slabija vjerojatnost koja bi opravdavala potrebu poduzimanja određenih «obrambenih» radnji; odluka o tome ovisila bi (osim o mjerodavnom normom postuliranoj razini vjerojatnosti koju će indicirati upotrijebljeni izrazi poput “izvor opasnosti od koga prijeti znatnija šteta”, “izravna opasnost” itd.), između ostaloga, i o ozbiljnosti štetnih posljedica koje bi mogle nastupiti, o veličini štete koju bi zbog toga mogla pretrpjeti protivna strana, o eventualnom osiguranju koje je (već ili naknadno) dano, itd.

U nekim će slučajevima, međutim, postulirana razina uvjerenosti odgovarati vrlo visokom stupnju vjerojatnosti.

121 «Dogma» o vjerojatnosti kao uvjerenju o mogućnosti nečega u prilog kojega govori više argumenata nego onih koji govore protiv (usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 481.) zapravo nema uporišta ni u procesnim niti u materijalnopравnim zakonima. Ona se samo iznimno može izvesti iz pravila koja uređuju neke posebne kategorije sporova odnosno oblika pružanja pravne zaštite, čije se područje primjene zbog toga ne može generalizirati.

5.2. Sporovi radi otklanjanja stanja ugroženosti

Svatko je ovlašten zahtijevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od kojega prijeti znatnija šteta njemu ili drugome, kao i da se suzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se uznemiravanje ili opasnost ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama (1047/1. ZOO). U sporovima radi ostvarivanja prava na uklanjanje izvora opasnosti odnosno prava da se traži suzdržavanje od određene ugrožavajuće djelatnosti postojanje određenog «izvora» kao navodnog izvora opasnosti i određene «djelatnosti» kao navodno ugrožavajuće djelatnosti bit će potrebno utvrditi na razini sigurnosti, dok će okolnost da je taj izvor izvor opasnosti odnosno da je ta djelatnost ugrožavajuća biti dovoljno učiniti vjerojatnim. Vjerojatnim će biti dovoljno indicirati i postojanje uznemiravanja ili opasnosti štete. Pritom razina vjerojatnosti koju će biti potrebno doseći ne bi morala biti pretežnija vjerojatnost (v. *supra ad* 5.1.).

Svatko je ovlašten (dopuštena samopomoć) otkloniti povredu prava kad neposredno prijeti opasnost, ako je takva zaštita nužna i ako način otklanjanja povrede prava odgovara prilikama u kojima nastaje opasnost (1053/2. ZOO). U slučajevima u kojima je poduzeo radnje dopuštene samopomoći ovlaštenik će se u parnici redovito braniti od onoga prema kome je te radnje poduzeo tvrdeći da su za to bili ispunjeni zakonski uvjeti. On bi mogao podnijeti i tužbu kojom bi zatražio da se utvrdi da protivnik prema kojemu je poduzeo radnje samopomoći nema po toj osnovi prema njemu prava za koja tvrdi da ih ima (tužba negativnog utvrđenja). On bi, eventualno, mogao tražiti i da se protivniku zabrani poduzimanje ugrožavajućih radnji u budućnosti, da mu se naredi uklanjanje ugrožavajućih objekata, stanja stvari, itd. U navedenim će slučajevima biti dovoljno postojanje neposredne opasnosti povrede prava i nužnosti da se ona otkloni poduzetim radnjama utvrditi na razini vjerojatnosti, pri čemu se ne bi nužno moralo raditi o pretežnijoj vjerojatnosti (v. *supra ad* 5.1.).

5.3. Sporovi za naknadu izmakle koristi i buduće neimovinske štete

Vjerojatnost se kao kategorija primarnog materijalnog prava javlja i u slučajevima u kojima se traži naknada izmakle koristi, odnosno buduće neimovinske štete.¹²² Tako pri ocjeni izmakle koristi treba uzeti 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 (1089. ZOO), dok će sud na zahtjev oštećenika dosuditi pravičnu novčanu naknadu i za buduću neimovinsku štetu, ako je «izvjesno» da će ona trajati i u budućnosti (1104. ZOO-a).¹²³

U navedenim bi slučajevima određeno dužnikovo ponašanje («štetna radnja») i

¹²² Usp. i JUHART, CCP, 53., 54.

¹²³ Premda je odredba članka 1104. ZOO-a «akcijskopravno» redigirana utoliko što govori o pravozaštitnoj mjeri koja se može tražiti od suda, odnosno koju će sud izreći, ipak je riječ o odredbi koja utvrđuje pretpostavke za nastanak jedne pretpostesne tražbine u povodu koje se može tražiti kondemnatorna pravna zaštita. Ova je odredba zapravo nekritički preuzeta (preko ZOO 78/91) uzanca br. 231. Općih uzanci za promet robom, pri čemu je već prije bilo primijećeno da tu očito ne može biti riječ o izvjesnosti, već o većoj razini vjerojatnosti (JUHART, CPP, 54.).

njegovu protupravnost trebalo utvrditi na razini sigurnosti. Postojanje uzročne veze između ponašanja dužnika i izmakle koristi bilo bi, pak, dovoljno utvrditi na razini vjerojatnosti koja bi, svakako, trebala biti **barem pretežnija** – na to upućuju riječi u citiranoj zakonskoj odredbi “dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima”. Kad je riječ o trajanju neimovinske štete i u budućnosti, trebalo bi, međutim, inzistirati na bitno višoj razini pretežnije vjerojatnosti, koja, ipak, ne bi bila vjerojatnost koja bi odgovarala sigurnosti. Naime, riječ «izvjesno» u kontekstu citirane odredbe članka 1104. ZOO očito, «po prirodi stvari», ne može značiti ništa drugo nego visoki (povećani) stupanj vjerojatnosti trajanja neimovinske štete i u budućnosti. Sa sigurnošću (izvjesnošću) se, naime, može utvrditi nešto što se dogodilo ili što postoji, ali, u pravilu, ne i ono što će se zbiti (zbivati) u budućnosti, barem kad je riječ o ljudima i njihovom daljnjem životu.¹²⁴ O «izvjesnosti» se ovdje može govoriti samo uz pretpostavku da se stanje stvari neće (bitno) izmijeniti u budućnosti (klauzula *rebus sic stantibus*).

U navedenim će slučajevima sud visinu izmakle koristi odnosno neimovinske štete kao i njihovu naknadu redovito odmjeravati po slobodnoj ocjeni (223/1.).

5.4. Nastanak i ostvarivanje nekih potestativnih prava

U nekim slučajevima norme, tzv. primarnog materijalnog prava nastanak, promjenu ili prestanak nekog ovlaštenja da se manifestacijom volje izazove pravna promjena uvjetuju **vjerojatnošću** nastupanja nekih pravnih posljedica u budućnosti. U tom je smislu vjerovnik ovlašten («može») raskinuti ugovor (potestativno pravo) bez ostavljanja dužniku naknadnog roka za ispunjenje ako iz dužnikova držanja proizlazi da on svoju obvezu neće ispuniti ni u naknadnom roku (363. ZOO). Pritom bi činjenicu postojanja ugovora i činjenicu da dužnik nije ispunio svoju obvezu u roku bilo potrebno utvrditi na razini sigurnosti (eventualno uz primjenu pravila o teretu dokazivanja), dok bi okolnost da iz dužnikovog držanja proizlazi da svoju obvezu neće ispuniti ni u naknadnom roku bilo dovoljno u pravilu utvrditi na razini pretežnije vjerojatnosti.

6. Vjerojatnost kao mjera utvrđenosti činjenica prema pravilima pravozaštitnog prava

6.1. Općenito

U nekim je slučajevima vjerojatnost kategorija pravozaštitnog prava, prava koje utvrđuje pretpostavke za traženje pravne zaštite određenog sadržaja, u smislu da o vjerojatnosti postojanja određenih činjeničnih pretpostavaka ne ovisi nastanak materijalnopravnog ovlaštenja po sebi, već „pravo“ tražiti određenu pravozaštitnu intervenciju, pravozaštitnu radnju u povodu njega. Tako je, npr., vjerojatnost eksplicitno postulirana kategorija utvrđenosti pretpostavka za traženje kondemnatorne zaštite u

¹²⁴ O izvjesnosti nastupanja nečega u budućnosti može se govoriti, npr., u vezi s nekim pojavama vanjskog fizičkog svijeta, npr. o tome da će nakon noći doći dan, nakon zime ljeto, itd., odnosno pojavama koje se tiču života, npr. da će netko, prije ili kasnije, umrijeti, itd.

određenim slučajevima:

(1) tužitelj koji za to ima imovinskopравни interes može tužbom zatražiti od suda da naloži tuženiku za koga je **vjerojatno** da nešto zna o utajenoj ili prikrivenoj imovini da priopći što mu je o toj imovini poznato te da izjavi da su dani podaci o njoj potpuni i točni (186.b/1.). U ovom će slučaju vjerojatnost znanja o utajenoj ili prikrivenoj imovini biti meritorna pretpostavka za prihvaćanje kondemnatornog manifestacijskog zahtjeva.¹²⁵ Vjerojatnost o kojoj je riječ trebala bi biti takva da bi opravdavala izricanje zatražene kondemncije, što znači da bi se redovito moralo raditi o pretežnijoj vjerojatnosti – na to bi upućivala i ozbiljnost posljedica takva utvrđenja: mogućnost ovrhe;

(2) tužitelj koji učini **vjerojatnim** da tuženik ozbiljno dovodi u pitanje postojanje njegove još uvijek nedospjele tražbine ili da će morati sudskim putem ostvarivati svoju tražbinu nakon što ona dospije ili da iz drugih razloga ima za to pravni interes može i prije dospelosti tražbine zatražiti od suda da tuženiku naloži da mu ispuni dužnu činidbu u vrijeme njezine dospelosti (186.c/1.). U ovom slučaju – da bi sud izrekao zatraženu kondemnciju - postojanje bi nedospjele tražbine trebalo utvrditi na razini sigurnosti, a postojanje pravozaštitne potrebe za traženje kondemncije prije njezine dospelosti na razini vjerojatnosti, pri čemu se postojanje te potrebe tretira kao postojanje specifične procesne pretpostavke zbog nedostatka koje tužbu treba odbaciti (*arg. ex* 186.c/2.). U ovom slučaju, budući da o utvrđivanju navedenih pretpostavaka ne ovisi sadržaj meritorne odluke, već dopuštenost meritornog odlučivanja, vjerojatnost o kojoj je riječ ne bi trebala biti pretežnija vjerojatnost.

Vjerojatnost je eksplicitno postulirana kategorija utvrđenosti pretpostavka i za određivanje izvjesnih sredstava osiguranja:

(1) radi osiguranja nenovčane tražbine koja se ne može osigurati predbilježbom u javnoj knjizi sud može na temelju presude donesene u parničnom postupku odrediti **prethodnu ovrhu** ako ovrhovoditelj učini **vjerojatnom opasnost** da bi se zbog odgode ovrhe dok presuda ne postane ovršna ovrha onemogućila ili znatno otežala te ako da osiguranje za štetu koju bi ovršenik mogao pretrpjeti zbog takve ovrhe (329. OZ);¹²⁶

(2) sud može odrediti osiguranje novčane tražbine **prethodnom mjerom** ako se vjerojatnost postojanja tražbine dokazuje odgovarajućom neovršnom ovršnom ispravom (284/1. OZ 91) te ako predlagatelj osiguranja učini **vjerojatnom opasnost** da bi se bez toga osiguranja onemogućilo ili znatno otežalo ostvarenje tražbine (332. OZ);

(3) sud može odrediti **privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine** ako predlagatelj osiguranja učini **vjerojatnim**: (1) **postojanje tražbine** i (2) **opasnost** da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati (344. OZ);

125 O tzv. samostalnoj manifestacijskoj tužbi i tzv. stupnjevitoy tužbi usp. DIKA, Građansko procesno pravo, VI., Tužba, 2009., (GPP, VI.), §§ 36.-38.

126 U ovom bi slučaju vjerojatnost postojanja tražbine proizlazile iz okolnosti da bi bila utvrđena neovršnom presudom donesenom u parničnom postupku, dok bi opasnost trebalo učiniti vjerojatnom u krajnjoj liniji odgovarajućim dokazima.

(4) sud može odrediti **privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine** ako predlagatelj osiguranja učini **vjerojatnim**: (1) **postojanje svoje tražbine** te ako učini **vjerojatnim** (2.1.) i **opasnost** da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari, ili ako učini **vjerojatnim** (2.2.) da je mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti (346. OZ);

(5) u parnicama iz radnih odnosa sud može tijekom postupka i po službenoj dužnosti odrediti privremene mjere koje se primjenjuju u ovršnom postupku radi sprečavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete (435.); u postupku u parnicama zbog smetanja posjeda sud može po službenoj dužnosti i bez saslušanja protivne stranke odrediti privremene mjere koje se primjenjuju u ovršnom postupku radi otklanjanja hitne opasnosti protupravnog oštećenja ili sprečavanja nasilja ili otklanjanja nenadoknadive štete (442.), u navedenim bi slučajevima postojanje pretpostavaka o kojima će ovisiti određivanje privremenih mjera biti potrebno utvrditi na razini vjerojatnosti.

(6) prije pokretanja ili tijekom postupka pokrenutog tužbom za zaštitu kolektivnih interesa i prava sud može, na prijedlog tužitelja, odrediti privremene mjere predviđene Ovršnim zakonom, ako tužitelj učini **vjerojatnim**: (1) da je tuženik postupao na način kojim je povrijedio ili ozbiljno ugrozio kolektivne interese ili prava zaštita kojih se tužbom traži te (2) da je određivanje mjere potrebno radi otklanjanja opasnosti nastupanja nenadoknadive štete ili sprečavanja nasilja (502.g/1.).

U navedenim slučajevima odlučivanja o mjerama osiguranja vjerojatnost opasnosti kao specifična kategorija pravnog interesa za određivanje mjera osiguranja javljala bi se kao pretpostavka o kojoj ovisi osnovanost zahtjeva za osiguranje, a ne njegova dopuštenost.¹²⁷ U tim bi slučajevima takva vjerojatnost koincidirala s vjerojatnošću kao kategorijom uvjerenosti u postojanje pravno relevantnih činjeničnih pretpostavaka. U slučajevima pod (1) do (6) bila bi u pravilu riječ o tzv. pretežnijoj vjerojatnosti. U prilog toga stava govorila bi u pravilu dva argumenta. Privremeno zadiranje u pravnu sferu drugih pravnih subjekta, privremeno ograničavanje njihovih prava i/ili faktičkog raspolaganja dijelovima njihove imovine ne može se temeljiti na pukoj mogućnosti postojanja neke tražbine protivnika i/ili opasnosti onemogućavanja ili bitnog otežanja ostvarenja te tražbine u budućnosti. Pretpostavke za takvu intervenciju morale bi biti dokazno supstancirane u mjeri u kojoj bi se mogla nazrijeti ozbiljnost njene potrebe. Takve ozbiljnosti teško da bi bilo ako bi se na temelju raspoloživog dokaznoga materijala moglo zaključiti da je vjerojatnije da nema pretpostavaka za pravozaštitnu intervenciju nego što ih ima. U tom bi slučaju, naime, pravozaštitni interes aktivne stranke da se odredi pravozaštitna mjera bio slabiji od pravozaštitnoga interesa protivnika da se ne zadire u njegovu pravnu sferu, i to stoga što bi interes prvoga bio slabije supstanciran od interesa drugoga. Izložena argumentacija ima (*arg. a completudine*, *arg. a cohaerentia*, *arg. per analogiam*) svoje uporište i u pravilu da je sud, na prijedlog protivnika osiguranja, dužan obustaviti postupak i ukinuti provedene radnje ako protivnik osiguranja **učini vjerojatnim** da je tražbina u vrijeme donošenja rješenja o određivanju prethodne odnosno privremene mjere već bila naplaćena ili

127 Usp. DIKA, GOP, §§ 14/6, 269/4., 272/5., 285/1., 286/1.

dovoljno osigurana (338/1.2; 354/2. OZ). Dakle, vjerojatnost koju nudi predlagatelj osiguranja morala bi – u pravilu - biti jača od one koju (naknadno, ali s obzirom na stanje stvari kakvo je bilo u vrijeme donošenja odluke) nudi protivnik osiguranja da bi prethodna odnosno privremena mjera ostale na snazi.

Ipak, kad je riječ o navedenim mjerama osiguranja, u prvom redu o privremenim mjerama, potrebna razina uvjerenosti u postojanje pretpostavaka za njihovo određivanje mogla bi biti i (bitno) slabija od pretežnije vjerojatnosti. To će ovisiti o stupnju do kojeg će se tim mjerama zadirati u pravnu sferu protivnika osiguranja,¹²⁸ odnosno o tome hoće li mu biti pružena odgovarajuća jamčevina – kad je to moguće - za štetu koju bi mogao pretrpjeti (*arg. ex* 349/1.1. OZ).

Premda to nije izrijekom predviđeno, vjerojatnost postojanja pravnog interesa za traženje deklaratorne zaštite u pravilu je mjera utvrđenosti o kojoj će ovisiti dopuštenost meritornog odlučivanja o tom traženju (*arg. ex* 187/1., 2.).¹²⁹

6.2. Diskriminacijski sporovi

Da je pretežnija vjerojatnost dostatna kategorija uvjerenosti u postojanje pravno relevantnih činjeničnih pretpostavaka u diskriminacijskim sporovima, moglo bi se zaključiti iz odredaba koje uređuju pitanje tereta dokazivanja u tim sporovima. Naime, stranka koja u sudskom ili drugom postupku tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje prema odredbama Zakona o suzbijanju diskriminacije,¹³⁰ dužna je **učiniti vjerojatnim** da je došlo do diskriminacije. U tom slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci. (20/1. ZSD)¹³¹ Dakle, na tužitelju bi bio teret dokazivanja vjerojatnosti postojanje činjenica o kojima ovisi postojanje prava na jednako postupanje i povreda toga prava. On te činjenice ne bi trebao dokazati na razini sigurnosti (izvjesnosti) kao što je to inače dužan učiniti onaj na kome je teret dokazivanja. Dokazana vjerojatnost povrede prava na jednako postupanje imala bi za posljedicu prebacivanje tereta dokazivanja na tuženika. Pritom bi, ipak, trebalo uzeti da bi tuženik mogao od sebe otkloniti taj teret ako bi naknadno uspio dovesti u pitanje (dostatnu) vjerojatnost onoga što je tužitelj trebao dokazati (protudokaz), ali i ako bi uspio dokazati da je **vjerojatnije** da to ne postoji dokazavši da je vjerojatnije protivno (dokaz o protivnom). Bilo bi, naime, neprihvatljivo uzeti da bi tuženik, zato što je tužitelj u jednoj fazi postupka učinio vjerojatnim ono što tvrdi, morao dokazati na razini sigurnosti (221.a ZPP) da do povrede nije došlo, i to ili zato što prava nema ili zato što ono nije povrijeđeno jer nije poduzeta radnja kojom bi bilo povrijeđeno, itd. (dokaz o protivnom). Tuženik bi morao moći naknadnim dokazivanjem dovesti u pitanje vjerojatnost onoga što je tužitelj učinio vjerojatnim (dokazivanjem da je

128 Predlagatelj osiguranja ne mora dokazivati opasnost kao pretpostavku za određivanje privremenih mjera osiguranja ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu (344/2., 346/2. OZ); ta se opasnost predmnijeva ako se tražbina ima ostvarivati u inozemstvu (344/3., 346/2. OZ).

129 O pravnom interesu kao o pretpostavci o kojoj ovisi dopuštenost traženja deklaratorne zaštite i meritornog odlučivanja o tom traženju, usp. DIKA, GPP, VI., § 30/6.

130 NN. 85/2008., 112/12.; ZSD.

131 Ta se odredba ne primjenjuje u prekršajnom i kaznenom postupku (20/2. ZSD).

izvjesno protivno), odnosno dokazati da je vjerojatnije protivno. U tom bi smislu bilo moguće zaključiti da bi **teret dokazivanja** bio na onome čija bi teza o postojanju ili nepostojanju diskriminacijskih pretpostavaka bila **manje vjerojatna**. Dokaz tuženika da je vjerojatnije protivno oduzimalo bi značenje vjerojatnosti kao pretpostavke za prebacivanje tereta dokazivanja manjoj vjerojatnosti koju je dokazao tužitelj.

Pojam vjerojatnosti trebalo bi u ovom kontekstu, premda to nije izrijeком rečeno, zapravo tumačiti u smislu *prima facie* dokaza (njem. *Anscheinsbeweis*), pravnog standarda koji u hrvatskom pravu i praksi nije poznat i primjenjivan (v. *infra ad 8.*).

6.3. Sporovi u vezi sa zaštitom ravnopravnosti spolova

U Zakonu o ravnopravnosti spolova¹³² je pitanje tereta dokazivanja zabranjenog ponašanja „zbunjujuće“ postavljeno. Ako stranka u postupku tvrdi da je povrijeđeno njezino pravo na jednako postupanje, dužna je iznijeti činjenice koje opravdavaju sumnju da je došlo do diskriminacijskog postupanja. U tom slučaju teret dokazivanja da nije bilo diskriminacije leži na protivnoj stranci (30/4. ZRS). Posljedica takvog normiranja, ako bi se ono doslovno shvatilo, bila bi da bi navodno diskriminirani trebao samo nešto ustvrditi, a ne ustvrđeno učiniti vjerojatnim eventualno odgovarajućim (likvidnim) dokazima, dakle samo iznijeti tvrdnje o postojanju činjenica koje bi same po sebi, kad bi bile točne, opravdavale sumnju u diskriminacijsko postupanje, pa bi navodni diskriminator morao dokazivati da puke tvrdnje protivnika nisu istinite (na razini sigurnosti) jer bi se u protivnom moralo uzeti da je došlo do diskriminacijskog postupanja.¹³³ Takvo zakonodavno rješenje, koje inače odudara od općeg uređenja utvrđivanja činjenica i raspodjele tereta tvrdjenja i dokazivanja u diskriminacijskim sporovima (v. *supra ad 6.2.*), ima svojih presedana u (prijašnjem) njemačkom zakonodavstvu.¹³⁴ Čini se da bi, ipak, navedene odredbe ZRS-a trebalo dovesti u

¹³² NN 82/08; ZRS.

¹³³ Treba naglasiti da bi se navedena pravila o teretu dokazivanja ticala samo činjenice diskriminatornog postupanja, a ne i ostalih njime uvjetovanih činjenica, npr. visine pretrpljene štete itd.

¹³⁴ UZELAC, Teret dokazivanja, 91., ističe da PRÜTTING, Gegenwartsprobleme, cit., 46., unatoč tome što navodi da su “zapravo, norme o teretu dokazivanja uvijek ujedno i norme o teretu tvrdnje”, iznosi i slučaj u kojemu to nije tako: u (prije važećem) § 611.a I.3 BGB-a koji je zabranjivao spolnu diskriminaciju u radnom pravu, teret tvrdnje stavljen je na tužiteljicu – ona je morala iznijeti tvrdnje o činjenicama iz kojih se mogao izvesti zaključak da je na radnom mjestu diskriminirana iz spolnih razloga. Jednom kad bi ta tvrdnja bila iznesena, teret dokaza za njezinu neistinitost ležala je na tuženiku – u slučaju dvojbe, uzimalo se da je diskriminacija postojala. U vezi s ovim bi primjerom trebalo primijetiti da je u njemačkom pravu Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-om iz 2006., kojim je derogiran navedena odredba BGB-a, a koji ima za cilj sprečavanje ili uklanjanje diskriminacije po osnovi rase, etničkog porijekla, spola, seksualnog identiteta, dobi, religije, svjetonazora itd. (§ 1.), izmijenjen izloženi pristup problemu tereta tvrdjenja i dokazivanja. Po novome, ako u spornom slučaju stranka dokaže indicije na temelju kojih se može pretpostaviti neki od navedenih diskriminacijskih razloga, na drugoj je stranci teret dokazivanja da nema povrede odredaba o zaštiti od diskriminacije (§ 22.). Ne bi, dakle, bilo dovoljno da navodno diskriminirana stranka samo ustvrdi da je diskriminirana, već bi bilo potrebno da učini vjerojatnim postojanje indicija iz kojih bi se mogla izvesti (faktična)

vezu s (kasnijim) odredbama ZSD-a koje se tiču razine utvrđenosti bitnih činjenica i prebacivanja tereta dokazivanja i protumačiti ih u skladu s tim odredbama (v. *supra* ad 6.2.).

6.4. Utvrđivanje činjenica po «slobodnoj ocjeni»

Utvrđivanje činjenica po „slobodnoj ocjeni“, koju treba pojmovno razlikovati od slobodne ocjene dokaza (8.), a koja zapravo otvara vrata utvrđivanju činjenica na razini pretežnije vjerojatnosti (223., 223.a),¹³⁵ zahtijeva posebnu studiju koja nadilazi prostorna ograničenja ovoga rada i zato ovdje neće biti posebno razmotreno.

7. Vjerojatnost kao kategorija utvrđenosti činjenica prema pravilima procesnog prava

7.1. Općenito

Slučajevi u kojima je određene procesnopravno relevantne činjenice dovoljno utvrditi na razini vjerojatnosti relativno su brojni i iz odredaba koje ih uređuju bilo bi moguće zaključiti da se za sve njih ne traži ista mjera vjerojatnosti.

Pri razmatranju pojedinih od tih slučajeva trebalo bi razlikovati razinu utvrđenosti premisa za formiranje zaključka o nečemu i razinu utvrđenosti tog nečega na temelju tako utvrđenih premisa. U nekim je slučajevima potrebno sa sigurnošću utvrditi premise, dok je za sam zaključak o činjenici koju na temelju njih treba utvrditi dostatno da se formira na razini (različitog stupnja, već prema slučaju) vjerojatnosti. U nekim je slučajevima dovoljno postojanje premisa učiniti vjerojatnim, redovito na temelju dokazivanja, ali i primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica, ali i sam zaključak o postojanju činjenice koju treba utvrditi na temelju tako utvrđenih premisa. U trećima je dovoljno ustvrditi postojanje premisa i time indicirati veću ili manju mogućnost (vjerojatnost) odnosno puku (hipotetsku) mogućnost njihova postojanja, da bi se na temelju njih formirao zaključak na razini vjerojatnosti odnosno puke (hipotetske) mogućnosti postojanja činjenice koju treba utvrditi (niska razina vjerojatnosti, odnosno puka mogućnosti postojanja premisa utemeljena na pukoj

predmnjeva o tome. U Sjedinjenim Državama jedna od važnijih recentnijih debata o teretu dokazivanja vodila se o istom pitanju, potaknuta slučajem *Hopkins v. Price Waterhouse* (490 U.S. 228). Vrhovni sud SAD-a zauzeo je stav da tuženik u slučajevima tzv. mješovitih motiva (konkretno unapređenje je bilo uskraćeno zbog različitih razloga, a neki od mogućih razloga mogli su se povezati sa seksualnim stereotipima, kao što su potreba da žena bude «ženstvena») treba dokazati «jasnim i uvjerljivim dokazima» da bi odluka bila ista da diskriminacije nije bilo – što je, prema stavu Suda, ostalo dvojbeno. Ako se to prevede u gornje termine, smatra Uzelac (*op. et loc. cit.*), proizlazilo bi da bi i ovdje teret tvrdnje ležao na tužitelju, a teret dokazivanja na tuženiku. Moglo bi se primijetiti da u izloženom američkom slučaju nije bilo dovoljno da tužiteljica ustvrdi da je diskriminirana zato što je žena, već da je bilo potrebno indicirati da je riječ o slučaju u kojemu je njezin spol mogao biti jedan od razloga za diskriminaciju.

135 O utvrđivanju visine naknade štete prema odredbi članka 223. stavka 1. ZPP v. DIKA, “Odmjeravanje naknade štete prema slobodnoj ocjeni” u zborniku radova: P.Klarić (ur.) “Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima”, Narodne novine, 2005., 121.-140.

ustvrđenosti njihova postojanja, niska razina vjerojatnosti odnosno puka mogućnosti postojanja činjenice koju treba utvrditi na temelju tih premisa; hipotetska vjerojatnost).

Potrebna razina vjerojatnosti ovisi i o tome treba li sud određenu odluku donijeti prema kriteriju legaliteta, redovito rješavajući njome određeno sporno pitanje među strankama, osobito onda kad o njegovu rješenju ovise neka njihova prava, ili prema kriteriju oportuniteta, često ne tangirajući time izravno pravnu poziciju stranaka. U slučajevima u kojima sud odlučuje prema kriteriju legaliteta u načelu je dužan ne samo doseći višu razinu vjerojatnosti postojanja premisa za donošenje odluke, već i principijelnije voditi računa o tome je li ona *in concreto* ostvarena. S druge strane, ovlaštenje sudu da o određenom pitanju odluči po kriteriju oportuniteta relativiziralo bi i zahtjeve u pogledu razine utvrđenosti premisa za donošenje odluke: (1) snižavanjem potrebne razine utvrđenosti i (2) «omekšavanjem» kriterija za ocjenu je li ta razina *in concreto* dosegnuta.

U praksi će stav suda o tome je li u pojedinim slučajevima ostvarena zahtijevana razina utvrđenosti (vjerojatnosti određenog stupnja) ovisiti i o tome hoće li protiv njegove odluke biti dopušteni pravni lijekovi, hoće li ona biti kontrolabilna ili neće.

U nastavku će neki od tih slučajeva biti izloženi slijedeći redoslijed kojim su oni normirani u Zakonu.

7.2. Prethodno ocjenjivanje nadležnosti

Sud ocjenjuje, po službenoj dužnosti, uz određene iznimke, odmah poslije primitka tužbe, je li nadležan i u kojem je sastavu nadležan (15/1.). To ocjenjivanje nadležnosti obavlja se na temelju **navoda u tužbi** i na temelju **činjenica koje su sudu poznate** (15/2.).¹³⁶

Iz navedenih odredaba proizlazi da je primarna osnova za prethodno ocjenjivanje nadležnosti ono što je tužitelj ustvrdio u tužbi (**puka ustvrđenost** kao osnova za formiranje stava o postojanju procesnopravno relevantnih činjenica). Sud bi zapravo u tom slučaju, polazeći od hipoteze da su istinite tvrdnje tužitelja o okolnostima koje su relevantne za ocjenu nadležnosti, formirao svoj privremeni stav o nadležnosti. Navedenu osnovu sud je ovlašten dopuniti ili korigirati uzimajući u obzir i činjenice

¹³⁶ Moglo bi se reći da u takvim slučajevima zakonodavac iz razloga procesne ekonomije preuzima rizik da postupak provodi sud za koji bi se naknadno moglo pokazati da s obzirom na utvrđeno stanje odnosa među strankama nije bio nadležan. U prilog preuzimanja toga rizika govori i okolnost da se redovito pokazuje da je sud pred kojim je postupak pokrenut prema naknadno utvrđenim okolnostima zaista i bio nadležan – tužitelj, naime, u pravilu istinito prezentira kompetencijski relevantno činjenično stanje, između ostaloga, i stoga što mu nije u interesu izazivati sukobe o nadležnosti, zato što želi da se spor što prije riješi. Konačno, u parničnom se postupku rješava spor koji ima svoju činjeničnu i pravnu dimenziju zbog čega se sve do njegovog definitivnog okončanja ne može sa sigurnošću znati jesu li ili nisu bile objektivno ispunjene pretpostavke o kojima ovisi njegova nadležnost. Naknadno drukčije utvrđenje pretpostavaka može se pokazati relevantnim za zauzimanje stava o nadležnosti suda samo u povodu pravodobno podnesenih prigovora tuženika o nepostojanju stvarne i mjesne nenadležnosti, odnosno kad se naknadno pokaže da ne postoji, tzv. apsolutna nadležnost, dakle, kad se utvrdi da hrvatski sudovi nisu uopće nadležni za njegovo rješavanje (*Arg. ex* 16., 17., 20., 21.).

za koje je saznao iz priloga uz tužbu, ali i one koje su mu «poznate»: općepoznate činjenice te činjenice za koje je saznao u vezi sa svojom funkcijom prije nego što je došao u prigodu prethodno ocjenjivati svoju nadležnost – ono za što bi saznao nakon toga bilo bi rezultat istraživanja njegove nadležnosti.

Prethodnu (provizornu) ocjenu o svojoj nadležnosti sud bi manifestirao konkludentno, bez donošenja posebne formalne pozitivne odluke, poduzimanjem daljnjih radnji u vezi s tzv. prethodnim ispitivanjem tužbe i/ili pripremanja glavne rasprave.¹³⁷ Time bi bilo otvorena mogućnost naknadnog preispitivanja pretpostavaka za ocjenu (nekih oblika) nadležnosti pa i za donošenje drukčije odluke o tome.

Sud bi već na temelju navoda u tužbi (eventualno uzimajući u obzir i priloge uz nju) i okolnosti koje su mu poznate, mogao donijeti rješenje kojim bi odbacio tužbu zato što bi utvrdio da rješavanje o tužbenom zahtjevu ne ide u sudsku nadležnost (16., 282/1.), odnosno donijeti rješenje kojim bi se oglosio nenadležnim (čl. 17., 20. i 21.) i predmet ustupio drugom stvarno ili (isključivo – *arg. ex* 20/2.) mjesno nadležnom sudu (282/2.).¹³⁸ Da bi se u navedenim slučajevima sud mogao oglositi nenadležnim i odbaciti tužbu odnosno ustupiti predmet nadležnom sudu, bilo bi, međutim, potrebno da činjenice na kojima bi utemeljio takvu odluku utvrdi na razini sigurnosti (v. *supra ad* III.3.2.). Bila bi riječ o sigurnosti uvjerenja o nenadležnosti određene vrste utemeljenoj na navodima u tužbi (nekonkludentnost tužbe u pogledu postojanja okolnosti na kojima se temelji nadležnost suda kome je tužba podnesena) i okolnostima koje su sudu poznate. Prije nego što bi donio odgovarajuću odluku zato što bi ocijenio da nije nadležan, osobito ako bi tu svoju ocjenu temeljio i na okolnostima koje su mu poznate, sud bi bio dužan omogućiti tužitelju da se o tome izjasni (*arg. ex* 7/3.), pa bi utoliko pri donošenju svoje odluke trebao voditi računa i o naknadnim navodima tužitelja o tome te o rezultatima izvođenja možebitnih dokaza.

7.3. Obavljanje radnji na području drugog suda

Svaki sud obavlja radnje u postupku na svom području, ali iznimno, iz **opravdanih razloga**, sud može poduzeti pojedine radnje i na području drugog suda (25.1.).

Sud bi svoj stav o postojanju opravdanih razloga za obavljanje radnji na području drugog suda redovito formirao na temelju navoda stranaka tijekom postupka, osobito onih koji bi se ticali radnji koje bi trebalo poduzeti (u pravilu uviđaja, rjeđe izvođenja drugih dokaza) i njegove ocjene bi li se time postupak ubrzao i pojeftinio, odnosno bi li zbog toga poskupio, te bi li, kad je u pitanju izvođenje dokazivanja, takvo postupanje opravdavala načela neposrednosti i ekonomičnosti. Sud bi, dakle, redovito svoj stav o postojanju okolnosti kojima bi se supstanciralo postojanje opravdanih razloga temeljio na pukim tvrdnjama stranaka, na hipotezi o njihovoj većoj ili manjoj istinitosti, što bi, između ostaloga, ovisilo o načinu njihove prezentacije, ali i o dostupnim «likvidnim»¹³⁹

¹³⁷ Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 289.

¹³⁸ Ako se na temelju činjenica navedenih u tužbi ne bi moglo nedvojbeno formirati zaključak o nenadležnosti suda kojemu je tužba podnesena, on bi svoju odluku morao odgoditi za stadij postupka u kojemu bi mogao utvrditi (provjeriti) postojanje i tih činjenica.

¹³⁹ Npr. one koji bi bili priloženi uz tužbu.

i/ili već izvedenim dokazima, itd. Polazeći od tako «utvrđenih» okolnosti iz kojih bi izvodio svoj zaključak o postojanju opravdanih razloga, sud bi svoje uvjerenje o postojanju tih razloga trebao formirati na razini (u osnovi, s obzirom na razinu utvrđenosti premisa, **hipotetske) pretežnije vjerojatnosti**: ako bi bio manje uvjeren u njihovu opravdanost nego što bi bio uvjeren u njihovu neopravdanost, ne bi smio tako postupiti – to ne bi bilo opravdano. Pritom bi okolnost da protiv rješenja suda o poduzimanju radnji na području drugog suda žalba nije dopuštena (*arg. ex* 25., 278/2.) proširivala zonu «diskrecije» suda i dodatno relativizirala mogućnost kontrole «objektivnosti» njegova stava o postojanju opravdanih razloga za takvo postupanje.

7.4. Utvrđivanje vrijednosti predmeta spora

Ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi navede da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu primi određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzet će se ta svota (40/1.). U drugim slučajevima, kad se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, mjerodavna je vrijednost predmeta spora koju je tužitelj u tužbi naznačio (40/2.). Ipak, ako tužitelj - u slučaju u kojemu se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu i u kojemu nije u tužbi naveo da pristaje da umjesto udovoljenja tom zahtjevu, primi određenu novčanu svotu (40/1.), dakle, u kojemu je inače mjerodavna vrijednost koju je u tužbi naznačio (40/2.) - očito tu vrijednost suviše visoko ili suviše nisko naznačio, tako da se postavlja pitanje stvarne nadležnosti i sastava suda, vrste postupka, prava na izjavljivanje revizije, ovlaštenja na zastupanje ili prava na naknadu troškova postupka, sud će, po službenoj dužnosti ili na prigovor tuženika, najkasnije na pripremnom ročištu, ili, ako ono nije održano, onda na prvom ročištu za glavnu raspravu prije nego što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, brzo i na prikladan način provjeriti točnost naznačene vrijednosti te rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba odrediti vrijednost predmeta spora (40/3.). Ako se nakon upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari utvrdi da je tužitelj propustio odrediti vrijednost predmeta spora, sud prvoga stupnja će brzo i na prikladan način, nakon što strankama omogućiti da se o tome izjasne, odrediti vrijednost predmeta spora rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba (40/4.).

Iz navedenih odredaba članka 40. stavka 3. i 4. ZPP proizlazi da će sud u određenim slučajevima **brzo i na prikladan način** utvrditi vrijednost predmeta spora nakon što strankama omogućiti da se o tome izjasne. Riječ „brzo“ bi u naglašenoj sintagmi značila bez odgode (već na prvom ročištu u slučaju iz stavka 3., odnosno čim se to pitanje postavi u slučaju iz stavka 4. članka 40. ZPP-a), a riječi „na prikladan način“ da bi sud svoj stav o vrijednosti predmeta spora u pravilu formirao uzimajući u obzir navode stranaka u tužbi i odgovoru na tužbu, njihove daljnje izjave o tome kakvu vrijednost ima za njih konkretni spor, kakve bi za njih mogle biti posljedice njegova vođenja i odluke koja bi u njemu mogla biti donesena,¹⁴⁰ eventualno i već izvedene

140 Stranke bi pritom bile dužne govoriti istinu i savjesno se koristiti svojim procesnim ovlaštenjima i ne zlorabiti svoja ovlaštenja u postupku (9., 10.), čime bi se njihovi navodi koji bi se uzimali u obzir pri donošenju odluke o vrijednosti predmeta spora sadržajno (iako ne i po svom procesnoppravnom značenju) približavali saslušanju stranaka u svrhu dokazivanja, iako ni

dokaze odnosno priložena dokazna sredstva, a sasvim iznimno, i izvođenjem nekih od predloženih dokaza. Sud bi pritom trebao voditi računa i o tome da tužitelj očito previsokim ili preniskim određivanjem vrijednosti predmeta spora ne zloupotrebljava svoje ovlaštenje da određuje tu vrijednost i time, s jedne strane, stvara uvjete za stjecanje prava koja mu inače ne bi pripadala, odnosno da, s druge strane, oduzima (ograničava) tuženiku prava koja bi mu inače pripadala. Sud bi ponovno odnosno po prvi put utvrđujući vrijednost predmeta spora trebao štititi i javni interes da se konkretni spor riješi primjenom primjerene procedure, da se, između ostaloga, plate propisane pristojbe, itd. na što upućuje i okolnost da je u navedenim slučajevima vrijednost predmeta spora dužan utvrditi i po službenj dužnosti.

Incidentalni postupak koji bi sud provodio radi utvrđivanja činjeničnih premisa za donošenje odluke o vrijednosti predmeta spora bio bi sasvim **sumaran**, oslobođen svih formalnosti koje inače treba uvažavati pri utvrđivanju činjenica («na prikladan način»), ipak uz poštovanje nužne kontradiktornosti i ravnopravnosti stranaka. Razina uvjerenosti suda u postojanje premisa za donošenje odluke odgovarala bi po prirodi stvari vjerojatnosti, zapravo onome što bi se sudu s obzirom na sumarno provedeni postupak i tako utvrđene činjenične premise za donošenje odluke činilo vjerojatnijim (**kriterij pretežnije vjerojatnosti**). Utoliko bi se moglo govoriti o dvostrukoj relativizaciji na taj način određene vrijednosti predmeta spora – (1) s obzirom na provedeni (sumarni i «deformalizirani») postupak za utvrđivanje činjeničnih premisa odluke i (2) s obzirom na kriterije za formiranje stava o postojanju tih premisa za njezino donošenje na temelju tako provedenog postupka (pretežnija vjerojatnost). Samu bi visinu vrijednosti predmeta spora sud pritom određivao po slobodnoj ocjeni (223., v. *supra ad III.6.4.*), koja treba razlikovati od slobodne ocjene dokaza (8.), što bi dodatno relativiziralo njegovu odluku.

7.5. Svrhovita delegacija

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

Pretpostavke za određivanje svrhovite delegacije prema navedenoj odredbi članka 68. stavka 1. ZPP-a bilo bi potrebno (dovoljno) utvrditi na razini **vjerojatnosti**. Na to upućuju same te pretpostavke (očitost lakše provedbe postupka,¹⁴¹ postojanje drugih važnih razloga¹⁴²), okolnost da se odluka o zahtjevu prvostupanjskog suda donosi prema stanju spisa, u pravilu bez provedbe posebnog dokaznog postupka

izvođenje tog dokaza u formalnom smislu ne bi ovdje trebalo isključiti.

141 Bila bi tu zapravo riječ o razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti: incidentalni postupak svrhovite delegacije ne bi smio pridonijeti odugovlačenju postupka umjesto njegovom pojednostavljenju, ubrzanju i pojeftinjenju.

142 Ti drugi “važni razlozi” mogli bi također biti inspirirani procesnopravnim oportunitetom, npr. potrebom da se, neovisno o pretpostavkama za izuzeće sudaca, preveniraju moguće sumnje u objektivnost suda, itd.

(sumarnost incidentalnog delegacijskog postupka),¹⁴³ itd. Pritom bi u načelu trebala biti riječ o **pretežnijoj** vjerojatnosti. Razlozi koji bi govorili u prilog delegaciji morali bi biti jači od onih koji bi išli protiv nje jer se u suprotnom ne bi ostvarila njezina svrha. I ovdje bi, međutim, u praksi objektivnost ocjene o tome je li navedena razina utvrđenosti postignuta *in concreto* mogla biti dovedena u pitanje (relativizirana) načinom utvrđivanja premisa za njezino formiranje (njihovim sumarnim utvrđivanjem u pravilu na temelju stanja spisa) te kriterijem odlučivanja o delegaciji (oportunitet), ali i okolnošću da su odluke koje bi sud pritom donosio nekontrolabilne - protiv njih su isključeni pravni lijekovi (68/2.).

7.6. Izuzeće

Suci mogu biti izuzeti zbog dvije vrste razloga – zbog, tzv. apsolutnih i zbog, tzv. relativnih razloga za izuzeće. Tzv. apsolutni razlozi za izuzeće taksativno su navedeni (71.1.-6.) i samo njihovo postojanje čini suca nepodobnim za obavljanje njegove funkcije (isključeni sudac). Postojanje tih razloga za izuzeće potrebno je utvrditi na razini sigurnosti. Na takav zaključak upućuje zakonska formulacija koja apsolutnu nepodobnost suca da obavlja dužnost suca uvjetuje njegovim određenim svojstvima i funkcijama u postupku odnosno njegovim vezama sa strankama i predmetom spora.¹⁴⁴

Međutim, kad su u pitanju, tzv. relativni razlozi za izuzeće, okolnosti koje nisu taksativno navedene i koje same po sebi svojim postojanjem ne čine suca nepodobnim za obavljanje njegove funkcije, već tek ako ukoliko dovode u sumnju njegovu nepristranost (71.7.), bit će dovoljno *in concreto* učiniti samo **vjerojatnim** da: (1) postoji okolnost koja sama po sebi nema značenje razloga koji suca čine apsolutno nepodobnim za obavljanje njegove dužnosti te (2) da ta okolnost dovodi u sumnju njegovu nepristranost. Tu bi razinu utvrđenosti indicirala okolnost da je dostatno da odgovarajuća okolnost dovede u sumnju sučevu nepristranost, sumnju za koju je dovoljna odgovarajuća mogućnost pristranosti, koja, dakle, ne bi isključivala razumnu sumnju u pogledu postojanja protivnog. Pritom bi bila dovoljna i vjerojatnost koja bi bila **slabija od pretežnije vjerojatnosti**, ali ipak takva da bi **razumno indicirala moguću pristranost**. Ona ne bi smjela dati uporišta dojmu da sudi pristrani sudac i da suđenje zbog toga nije pravedno. Standardi koji će se pritom zauzeti ne bi smjeli isključivo biti motivirani načelnim stavom da bi se suci kad bi postojali razlozi za njihovo izuzeće sami izuzeli¹⁴⁵ te stavom da bi restriktivnom politikom izuzimanja trebalo spriječiti praksu traženje izuzeća iz dilatorno-šikanoznih razloga.

Vjerojatnost (dakle, ne i sigurnost) postojanja nekog od apsolutnih razloga za izuzeće mogla bi biti osnovom za formiranje stava o pristranosti suca, mogla bi dobiti

143 Sudu koji bi odlučivao o zahtjevu trebalo bi priznati pravo da od prvostupanjskog suda zatraži da provede odgovarajuće izviđaje (*arg. ex* 361/3.).

144 Prema odredbama članka 71. toč. 1. do 6. ZPP-a, sudac ne može obavljati sudačku dužnost zbog razloga koji su taksativno navedeni u tim odredbama.

145 Ovaj bi stav implicirao i (opravdano) načelno povjerenje u integritet sudaca, ali bi bio opterećen i psihološki uvjetovanim problemom konfrontacije predsjednika suda koji treba odlučiti o izuzeću s kolegom s kojim je praktički u svakodnevnom neposrednom kontaktu (problem “kolegijarnosti” i nezamjeranja). Itd.

značenje relativnog razloga za njegovo izuzeće. U tom bi smislu, npr. vjerojatnost da je sudac u odnosu suovlaštenika s kojom od stranaka mogla ozbiljno indicirati njegovu pristranost.

Ono što je rečeno za izuzeće suca vrijedilo bi, *mutatis mutandis*, i za sudske savjetnike i zapisničare (76.) te, uz određene izimke, za vještake (254/1.) i tumače (263.).

7.7. Postavljanje privremenog zastupnika

Sud je dužan postaviti stranci privremenog zastupnika ako se tijekom postupka pred prvostupanjskim sudom **pokaže**: (1) da postoje razlozi da se nekoj osobi postavi zakonski zastupnik, (2) da bi redovni postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika trajao dugo te (3) da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogla nastati štetne posljedice (*arg. ex* 84.). Postojanje navedenih pretpostavaka za postavljanje privremenog zastupnika sud bi trebao utvrditi barem na razini **pretežnije vjerojatnosti**. Ako bi bilo manje vjerojatno da su one ispunjene nego što bi bilo vjerojatno da nisu, ne bi se moglo uzeti da se «pokazalo» da su one ispunjene.

Kad je riječ o prvoj od tih pretpostavka, dakle o tome postoje li razlozi da se nekoj osobi postavi privremeni zastupnik, sud će, u pravilu, postojanje nekih od primjerice navedenih okolnosti u kojima je dužan postaviti privremenog zastupnika ako se pokaže da postoje druga i treća od navedenih pretpostavaka (84/2.), moći sa sigurnošću utvrditi jer će se njihovo postojanje moći dokazati javnim ispravama. Ipak, kad bi se privremeni zastupnik postavljao tuženiku čije je boravište nepoznato, a nema punomoćnika (84/2.4.), činjenicu da tuženik nema punomoćnika bilo bi dovoljno utvrditi na razini pretežnije vjerojatnosti.

7.8. Produljenje roka i odgoda ročišta

Sudski rokovi mogu se produljiti samo jednom na prijedlog zainteresirane osobe ako za to postoje **opravdani razlozi** (111/2.), a ročište se može odgoditi kad je to **potrebno radi izvođenja dokaza** ili kad za to postoje drugi **opravdani razlozi** (116/1.).¹⁴⁶

Pravni standard «opravdani razlozi» u navedenim odredbama obuhvaćao bi sve one okolnosti koje bi u konkretnom slučaju, prema ocjeni suda, govorile u prilog produljenja roka ili odgode ročišta. Pritom bi u nekim slučajevima bilo dovoljno samo navesti postojanje nekih od tih okolnosti, a u nekima bi prijedlog eventualno trebalo potkrijepiti odgovarajućim dokazima. To će ovisiti o tome kakav će stav sud zauzeti o istinitosti navoda stranke kojima opravdava prijedlog za produljenje roka odnosno odgodu ročišta, o ocjeni opravdanosti za to navedenih razloga (pravna kvalifikacija navedenih okolnosti), o stavu protivne stranke prema prijedlogu i razlozima kojima

¹⁴⁶ Riječ «može» u kontekstu navedenih odredaba treba shvatiti u smislu da bi o ocjeni suda, čak i kad bi bilo argumenata za produljenje roka ili za odgodu ročišta, ovisilo opravdavaju li oni predloženo produljenje ili odgodu, odnosno o njegovoj ocjeni o tome postoje li možda neki drugi razlozi koji bi unatoč postojanju tih razloga govorili u prilog stavu da se prijedlog ne prihvati.

bi on bio potkrijepljen, općenito o okolnostima konkretnog postupka, itd. Sud bi pritom trebao uzeti u obzir i pravno-političko načelo (inspirirano razlozima procesne ekonomije i ekspeditivnosti) da vođenje incidentalnog postupka o postojanju razloga za produljenje ili odgodu samo po sebi ne bi smjelo dovesti do prekomjernog odugovlačenja postupka.

Svoj stav o postojanju razloga za produljenje odnosno odgodu sud bi, dakle, u pravilu, formirao polazeći od hipoteze da su navodi o postojanju okolnosti kojima se prijedlog opravdava istiniti, iznimno uzimajući u obzir i već izvedene dokaze, odnosno izvodeći neke dokaze, npr. uvidom u priložene isprave i sl. Bila bi riječ o vjerojatnosti koja po prirodi stvari ne bi morala biti pretežnija. Određivanje potrebne razine vjerojatnosti u slučajevima u kojima bi sud odobrio produljenje roka odnosno odgodio ročište bilo bi zapravo prepušteno njegovoj slobodnoj ocjeni (diskreciji) jer protiv takvih odluka žalba nije dopuštena (111/4., 116/3.).

7.9. Povrat u prijašnje stanje

Ako stranka propusti ročište ili rok za poduzimanje kakve radnje u postupku i zbog toga izgubi pravo na poduzimanje te radnje, sud će toj stranci na njezin prijedlog dopustiti da naknadno obavi tu radnju (povrat u prijašnje stanje) ako ocijeni da postoje **opravdani razlozi** za propuštanje (117/1.).

Pravni bi standard «opravdani razlozi» u navedenoj odredbi obuhvaćao sve one okolnosti koje bi u konkretnom slučaju, prema ocjeni suda, opravdavale prihvaćanje prijedloga za povrat u prijašnje stanje. Budući da je u povodu prijedloga dužan zakazati ročište, osim ako su činjenice na kojima se prijedlog temelji općepoznate (121/2.), sud svoju odluku o prijedlogu redovito donosi nakon rasprave o njegovoj osnovanosti i odgovarajućeg možebitnog izvođenja dokaza radi utvrđivanja činjenica kojima se on potkrijepljuje odnosno koje je iznijela protivna stranka. Pritom bi sud, prije nego što bi pristupio utvrđivanju pojedinih od tih činjenica, trebao provesti njihovu kvalifikaciju na one koje bi – same ili povezane s nekim drugim od navedenih činjenica - mogle imati značenje opravdanog razloga za povrat i na one koje bi u tom smislu bile irelevantne.

Stav o potrebnoj razini utvrđenosti činjenica o kojima bi ovisila osnovanost prijedloga za povrat ovisio bi, u nedostatku izričite zakonske odredbe o tome, o pravopolitičkom stavu koji bi se zauzeo prema korištenju tog pravnog sredstva. U prilog pooštrenja (povišenja) potrebne razine utvrđenosti razloga za povrat govorili bi opća pravno-politička potreba pojačanja procesne discipline i opće pravosudne efikasnosti, ubrzanja i pojeftinjenja postupka, preveniranja mogućnosti odugovlačenja postupka šikanozno-dilatornim manevrima stranaka, opravdani interes protivnika da se postupak što prije okonča bez suvišnih odugovlačenja, itd. U prilog sniženja potrebne razine utvrđenosti išla bi opća priroda povrata kao instituta inspiriranog pravičnošću (*remedium equitatis*), stav da stranka ne bi smjela svoj uspjeh u parnici temeljiti na ispričljivim propuštanjima protivnika. Takav bi stav mogao svoje opravdanje pronaći i u razlozima procesnopravnog oportuniteta: ponekad bi bilo skuplje i iziskivalo bi više vremena provjeravati postoje li (makar na razini pretežnije vjerojatnosti) pretpostavke za povrat, nego prijedlog za povrat odmah prihvatiti i dopustiti poduzimanje (uvažiti

– ako je poduzeta zajedno s prijedlogom – 118/5.) propuštene radnje.

De lege lata, bi svakako potrebna mjera uvjerenosti u postojanje razloga za povrat bila **pretežnja vjerojatnost**, dakle, ne njihovo nesumnjivo (sigurno) postojanje – takav bi stav odgovarao sumarnoj prirodi postupka koji se provodi u povodu prijedloga. U praksi, međutim, kao da postoji tendencija relativno olakog prihvatanja prijedloga za povrat. Takvu praksu omogućava okolnost da se rješenje kojim se prijedlog za povrat prihvaća ne može pobijati žalbom jer nije bilo opravdanih razloga za njegovo prihvatanje (*arg. ex* 122.).

7.10. *Nepolaganje iznosa potrebnog za podmirenje troškova izvođenja dokaza*

Sud će u pravilu odustati od izvođenja dokaza ako iznos potreban za podmirenje troškova ne bude položen u roku što ga sud odredi i u tom će slučaju, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijeniti od kakve je važnosti što stranka nije u roku položila iznos potreba za podmirenje troškova (153/3.). U slučaju na koji se odnosi navedena odredba sud bi, uzimajući u obzir «sve okolnosti», dakle rezultate postupka provedenog do tog momenta odnosno do momenta u kojemu bi i inače formirao svoj definitivni stav o činjenicama koje bi utvrđivao, uključujući i eventualne argumente koje je stranka kojoj je naloženo polaganje predujma iznijela, ali i argumente protivne stranke, u pravilu bez daljnjih provjera,¹⁴⁷ «po svom uvjerenju» cijenio razloge zbog kojih predujam nije položen i od kakvog bi utjecaja to moglo biti na njegov daljnji stav o postojanju činjenica koje je trebalo utvrditi izvođenjem dokaza od kojega se odustalo. Sud bi stav do kojega bi došao «po svom uvjerenju» trebao obrazložiti tako što bi iznio zašto je «s obzirom na sve okolnosti» donio odgovarajući zaključak o razlozima zbog kojih stranka nije položila predujam i do kakvog je daljnjeg zaključka, polazeći od toga zaključka, došao i zašto o postojanju činjenice koju je trebalo utvrditi dokazom od koga se odustalo. Uvjerjenje suda do kojega bi dolazio uzimajući u obzir «sve okolnosti» bilo bi blisko slobodnoj ocjeni dokaza, između ostaloga, i zato što bi do svog uvjerenja mogao doći i slobodnom ocjenom dokaza koji su do tada bili izvedeni odnosno koje bi naknadno izveo;¹⁴⁸ ono bi se, međutim, razlikovalo od te ocjene po tome što bi ga sud mogao formirati i neovisno o tome što u vezi s nepolaganjem predujma ne bi izveo nikakve dokaze: do tog bi svog uvjerenja sud mogao doći uzimajući u obzir samo ukupno ponašanja stranaka u konkretnom slučaju, njihove odgovarajuće izjave, značenje neizvedenog dokaza za utvrđenje činjenice koju je njime trebalo utvrditi, itd., dakle uzimajući u obzir samo neke od momenata o kojima inače treba voditi računa pri slobodnoj ocjeni dokaza. Razina uvjerenosti na kojoj bi sud formirao svoj zaključak o razlozima zbog kojih predujam nije položen mogla biti vrlo različita – ona bi se mogla kretati od vrlo niske vjerojatnosti i pretežnje vjerojatnosti pa do sigurnosti. Upravo bi stoga i razina te njegove uvjerenosti mogla na različite načine pridonijeti formiranju njegova stava o postojanju činjenice koju je

147 Takve bi provjere eventualno bile potrebne u slučaju u kojemu bi sud posumnjao da stranke nepolaganjem predujma idu za time da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (3/3., 153/5.).

148 Tako bi sud naknadno prigodom izvođenja dokaza saslušanja stranaka ili drugih dokaza mogao prikupiti i informacije o razlozima zbog kojih stranka nije položila odgovarajući predujam.

trebalo utvrditi dokazom od čijeg se izvođenja odustalo: ona bi u nekim slučajevima mogla poslužiti tek kao indicij različite snage za stvaranje odgovarajućeg zaključka, ali, u nekim drugim slučajevima, i kao čvrsta osnova za njegovo donošenje. U svakom slučaju radi formiranja svog uvjerenja o važnosti okolnosti da stranka nije položila predujam sud bi dolazio na temelju ograničenog procesnog materijala – da bi došao do tog uvjerenja on ne bi bio dužan provesti nikakav poseban incidentalni dokazni postupak.

7.11. Objektivna i subjektivna kumulacija i alternacija; protutužba

O postojanju pretpostavaka za dopustivost isticanja više zahtjeva u istoj parnici (objektivna kumulacija i alternacija tužbenih zahtjeva – 188.), odnosno o postojanju pretpostavaka za zasnivanje različitih oblika suparničarstva (196.-201.) sud bi svoj stav u pravilu formirao na temelju **navoda u tužbi**, polazeći, dakle, od hipoteze da su oni istiniti. Naime, ocjena jesu li ispunjene te pretpostavke redovito će ovisiti o rješenju merituma, o tome postoje li ili ne postoje materijalnopravno relevantne pretpostavke za prihvaćanje zahtjeva. Iznimno, kao, npr., kad se različiti oblici nadležnosti javljaju kao pretpostavke za dopustivost zasnivanja odnosa objektivne i subjektivne kumulacije i alternacije, sud bi odgovarajuće pretpostavke trebao utvrditi na razini na kojoj se one inače trebaju utvrditi tijekom postupka (za nadležnost v. *supra ad III.7.2.*).

Odgovarajuće bi vrijedilo i za utvrđivanje postojanja pretpostavaka za podnošenje protutužbe (189.).

7.12. Objektivna preinaka tužbe

Tužitelj može do zaključenja prethodnog postupka preinačiti tužbu (190/1.). Nakon dostave tužbe tuženiku za preinaku tužbe potreban je pristanak tuženika; ali i kad se tuženik protivi preinaci, sud može dopustiti preinaku ako smatra da bi to bilo svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama (190/2.).

Svoj stav o tome treba li dopustiti preinaku bilo **svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama** sud bi formirao uzimajući u obzir rezultate do tada provedenog postupka, razloge kojima tužitelj obrazlaže preinaku i razloge koje je protiv toga iznio tuženik. Sud bi eventualno radi zauzimanja toga stava mogao provesti i odgovarajuće dodatne provjere pa i izvoditi dokaze. U svakom bi slučaju incidentalni postupak u kojemu bi se odlučivalo o preinaci bio sumaran i svoj stav o postojanju činjeničnih premisa za donošenje odluke sud bi mogao različito formirati. U nekim slučajevima polazeći od onoga što su stranke ustvrdile, u nekim na temelju vjerojatnosti različite razine o njihovu postojanju, u nekima na temelju sigurnosti o tome (npr. na temelju odgovarajućih javnih isprava, itd.). Polazeći od tih premisa, sud bi mogao dopustiti preinaku ako bi ocijenio da bi to bilo svrhovitije nego da je ne dopusti. Bila bi riječ o specifičnom slučaju pretežnije vjerojatnosti da bi bilo oportunije nešto dopustiti nego to uskratiti. Budući da je dopuštena (doduše nesamostalna – 190/8.) žalba protiv odluke kojom se prihvaća preinaka, ta bi odluka trebala biti obrazložena (u obrazloženju odluke žalbom protiv koje bi se pobijala i

odluka o prihvaćanju preinake) i u tom bi smislu ona u pogledu postojanja razloga za prihvaćanje preinake bila kontrolabilna.

7.13. Imenovanje prethodnika

Osoba koja je tužena kao držatelj kakve stvari ili korisnik kakva prava, a tvrdi da stvar ili pravo vrši u ime treće osobe, može najkasnije do upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari, a ako ono nije održano – onda na glavnoj raspravi prije nego što se upusti u raspravljanje o glavnoj stvari, pozvati preko suda tu treću osobu (prethodnika) da umjesto nje stupi kao stranka u parnicu (210/1.). Pristanak tužitelja da umjesto tuženika u parnicu stupi prethodnik potreban je samo ako tužitelj protiv tuženika ističe i takve zahtjeve koji ne ovise o tome ima li tuženik u ime prethodnika stvar ili vrši li pravo (210/2.).

Sud bi svoju ocjenu o tome ističe li tužitelj protiv tuženika zahtjeve koji ne ovise o tome ima li tuženik u ime prethodnika stvar ili vrši li pravo formirao na temelju navoda u tužbi i navoda tuženika u podnesku kojim se predlaže pozivanje treće osobe, eventualno uzimajući u obzir i dokaze (isprave) koji bi bili priloženi uz te akte, dakle, redovito polazeći od pretpostavke da su oni istiniti. Naime, u vrijeme odlučivanja o utemeljenosti zahtjeva za procesnopravnu sukcesiju o tom se pitanju ne bi moglo odlučiti na razini sigurnosti prije nego što bi glavni spor bio meritorno riješen (uvjetovanost funkcionalno prethodeće procesnopravne odluke kasnijom meritornom odlukom). Sud bi zapravo svoje uvjerenje da su ispunjene pretpostavke da se dopusti procesnopravna sukcesija trebao formirati na razini, tzv. «hipotetske sigurnosti», dakle, polazeći od hipoteze o istinitosti relevantnih činjeničnih navoda.

7.14. Postojanje razloga za nastavak prekinutog postupka

Sud će u pravilu sa sigurnošću moći (i biti dužan) utvrditi da su ispunjene pretpostavke za nastavak prekinutog postupka: njihovo će se postojanje u pravilu dokazivati i utvrđivati javnim ispravama (*arg. ex* 215/1.-3.). Ipak, u slučajevima u kojima je postupak prekinuo svojom konstitutivnom odlukom (213.) i u kojima ga može nastaviti kad ustanovi da više ne postoje razlozi da se čeka na njegov završetak (215/3.), bit će dovoljno da sud svoj stav o tome da ti razlozi više ne postoje formira na razini pretežnije vjerojatnosti, često utemeljene na sumarno utvrđenim premisama za njezino utvrđenje.

7.15. Upozorenje o dužnosti iznošenja činjenica i predlaganja dokaza

Svaka stranka dužna je iznijeti činjenice i predložiti dokaze na kojima temelji svoj zahtjev ili kojim pobija navode i dokaze protivnika (219/1.). Sud može do zaključenja prethodnog postupka, kad ocijeni da je to svrsishodno za pravilno rješenje spora, upozoriti stranke na njihovu navedenu dužnost, a osobito na potrebu iznošenja odlučnih činjenica i predlaganja određenih dokaza te iznijeti razloge zbog kojih smatra da je to potrebno (219/2.).

Svoju ocjenu da bi bilo svrhovito za pravilno rješenje spora upozoriti stranke na njihovu dužnost da iznesu činjenice i predlože dokaze na kojima temelje svoj zahtjev

ili kojima pobijaju navode i dokaze protivnika sud bi redovito donosio uzimajući u obzir navode stranaka te, eventualno, i dokaze s kojima bi raspolagao u postupku. U tom bi smislu pri formiranju svog stava o postojanju činjeničnih premisa za njezino donošenje sud redovito polazio od hipoteze o istinitosti činjeničnih navoda stranaka i njihovoj potkrijepljenosti (već izvedenim dokazima i) predloženim dokazima. Pritom bi uvjerenost u postojanje tih činjeničnih premisa i na njima utemeljenog zaključka da bi bilo svrhovito upozoriti stranke na njihovu razmatranu dužnost trebala *in concreto* opravdavati to upozorenje (kriterij oportuniteta). Razina bi te uvjerenosti mogla biti i (bitno) niža od, tzv. pretežnije vjerojatnosti. U prilog takvom tumačenju govorila bi, između ostaloga, i okolnost da je odredba članka 219. stavka 2. ZPP zapravo izraz šire dužnosti suda da postupak provodi prema načelu «otvorenog pravosuđenja» (288.a/2.), dužnosti koja nije uvjetovana ocjenom o tome bi li poticanje stranaka da iznesu sav relevantni procesni materijal bilo svrhovito. U prilog takva tumačenja išla bi i okolnost da se zbog takva postupanja suda presuda ne može pobijati (*arg. ex* 353.-356.).

7.16. Povjeravanje izvođenja dokaza predsjedniku vijeća ili zamoljenom sucu (tzv. funkcionalna delegacija nadležnosti)

U sporovima u kojima sudi, vijeće može iz važnih razloga odlučiti da se određeni dokazi izvedu pred predsjednikom vijeća ili pred zamoljenim sucem (224/1.). I sudac bi pojedinac mogao iz tih razloga odlučiti da izvođenje određenog dokaza povjeri zamoljenom sucu.

Svoj stav o postojanju **važnih razloga** za delegiranje izvođenja dokaza sud bi redovito formirao na temelju navoda stranaka tijekom postupka, osobito onih koji bi se ticali dokaza koje treba izvesti te njegove ocjene o tome bi li, s jedne strane, razlozi neposrednosti zahtijevali da dokaz ipak on sam izvede izravno, odnosno, koliko bi to, s druge strane, poskupjelo izvođenje dokaza i odužilo provođenje postupka. Sud bi pritom trebao uzeti u obzir i okolnost da je i sam ovlašten odgovarajuće radnje obaviti na području drugog suda (25., v. *supra ad* III.7.3.). Uvjerenost u postojanje pojedinih od činjeničnih premisa za ocjenu o opravdanosti ove delegacije te samu ocjenu o njezinoj opravdanosti sud bi trebao formirati na razini **pretežnije vjerojatnosti** – ako bi bio manje uvjeren u svrhovitost delegacije (na temelju premisa utvrđenih na navedeni način) nego što bi bio uvjeren u njezinu opravdanost ne bi je smio odrediti – to ne bi bilo opravdano. Ipak, okolnost da protiv rješenja suda o delegaciji izvođenja dokaza nije dopuštena posebna žalba (224/5.), da bi se ona tek posredno mogla pobijati zbog povrede načela neposrednosti (354/1.), odnosno zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja (355.), bitno relativizira mogućnost kontrole «objektivnosti» stava suda o postojanju važnih razloga.

7.17. Edicija isprava

7.17.1. Dužnost stranaka da ediraju isprave

Stranka je dužna sama podnijeti ispravu na koju se poziva za dokaz svojih navoda (232/1.). Kad se jedna stranka poziva na ispravu i tvrdi da se ona nalazi kod druge stranke, sud će tu stranku pozvati da podnese ispravu, ostavljajući joj za to određeni rok (233/1.). Sud će, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijiniti od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu neće postupiti po rješenju suda kojim joj se nalaže da podnese ispravu ili protivno uvjerenju suda poriče da se isprava nalazi kod nje (233/5.).

Polazeći od navedenih odredaba, trebalo bi u vezi s dužnošću stranke da edira ispravu razlikovati tri situacije:

(1) ako se sama stranka pozvala za dokaz svojih navoda na neku ispravu (231/1.) i ako je ne podnese (a iz načina na koji se na nju pozvala moglo bi se zaključiti da njome raspolaže), trpjet će zbog toga, u krajnjoj liniji, prema pravilima o teretu dokazivanja štetne posljedice neuspjeha da se dokaže da su njezini navodi istiniti (221.a);

(2) ako se jedna stranka pozvala na ispravu za koju tvrdi da se ona nalazi kod druge stranke, sud je dužan tu stranku pozvati da podnese ispravu, ostavljajući joj za to određeni rok (233/1.). Ako stranka ne ospori da se isprava kod nje nalazi i ne pozove se na to da postoje razlozi zbog kojih je ovlaštena uskratiti ediciju (233/3., 237., 238.) niti ih sud utvrdi po službenoj dužnosti (233/2., 3., 236.), pa je unatoč tome ne podnese u roku koji joj je za to određen, sud je ovlašten i dužan, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju cijiniti od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu nije postupila po rješenju suda kojim joj je naloženo da je podnese (233/5.). Za formiranje takve ocjene vrijedilo bi u bitnome, *mutatis mutandis*, ono što je rečeno *supra ad III.7.10.*;

(3) ako se jedna stranka pozvala na ispravu za koju tvrdi da se ona nalazi kod druge strane i ako ta stranka porekne da se isprava kod nje nalazi, sud može radi utvrđivanja te činjenice izvoditi dokaze (233/4.), između ostaloga i dokaz saslušanjem stranaka (264.). Ako bi sud utvrdio, na temelju provedenog dokazivanja, da se isprava nalazi kod druge stranke, a ne bi bilo razloga zbog kojih bi bila ovlaštena uskratiti njezinu ediciju (233/2., 233/3., 236., 237., 238., v. *supra ad (2)*), bio bi dužan naložiti joj (rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba – 233/6.) da to učini. Da bi sud naložio toj stranci da edira ispravu bilo bi potrebno da svoj zaključak o tome da se ona kod nje nalazi (i da ju je dužna edirati) formira na razini **sigurnosti**: ako ne bi bio siguran da se isprava kod nje nalazi, ne bi joj smio naložiti da je podnese – teret nedokazanosti trebala bi snositi stranka koja je ustvrdila da se isprava nalazi kod druge stranke. Izloženi stav da bi za izdavanje naloga bila potrebna sigurnost da se isprava nalazi kod druge stranke imao bi svoje uporište u odredbi prema kojoj bi sud, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju, cijenio od kakva je značenja što stranka koja drži ispravu **protivno uvjerenju suda** poriče da se ona kod nje nalazi (233/5.). Sud bi, dakle, trebao biti siguran da je isprava kod protivnika da bi smio iz toga izvesti zaključak zašto je protivna stranka odbija podnijeti. O ocjeni koju bi sud, s

obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju, donosio o razlozima zbog kojih stranka nije postupila po njegovom nalogu i o njihovoj važnosti za utvrđivanje činjenica koje je trebalo utvrditi tom ispravom vrijedilo bi *mutatis mutandis* u bitnome ono što je rečeno *supra ad III.7.10.*

7.17.2. Dužnost treće osobe da edira ispravu

Treća osoba dužna je po nalogu suda podnijeti ispravu koju je po zakonu dužna pokazati ili podnijeti, odnosno ispravu koja je po svojem sadržaju zajednička za tu osobu i stranku koja se poziva na ispravu. U pogledu prava treće osobe da uskratiti podnošenje drugih isprava na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o pravu svjedoka da uskratiti davanje svog iskaza odnosno odgovor na pojedino pitanje (233/4., 236., 237., 238.). Prije nego što donese odluku kojom će trećoj osobi narediti da podnese ispravu sud ju je dužan pozvati da se o tome izjasni (233/2.).

Ako treća osoba poriče svoju dužnost da podnese ispravu koja se kod nje nalazi, parnični je sud ovlašten odlučiti (treba uzeti nakon što strankama omogućiti da se o tome izjasne – 7/3.) je li treća osoba to dužna učiniti (233/3.). On bi pritom uzimao u obzir navode stranaka o tome nalazi li se isprava kod treće osobe i o tome postoje li razlozi da je edira te navode treće osobe o tome da se isprava ne nalazi kod nje odnosno da je nije dužna edirati. On bi, eventualno, radi utvrđenja nalazi li se isprava kod treće osobe i je li je dužna edirati mogao provesti i odgovarajuće dokaze (234/4.), pri čemu bi treću osobu mogao saslušati kao stranku u incidentalnom postupku u kojemu bi se odlučivalo o njezinoj dužnosti da edira ispravu, odnosno o njezinu pravu da uskratiti njezinu ediciju (264.). On bi, svakako, mogao izvesti i dokaz saslušanjem stranaka (264.). Ako bi sud sa **sigurnošću** utvrdio da se isprava nalazi kod treće osobe i da ju je dužna edirati (234/1.1.), naredio bi joj da je podnese (234/5.). Na to da postojanje te dužnosti treba utvrditi na toj razini uvjerenosti upućuje okolnost da se na temelju rješenja suda kojim se nalaže edicija može zatražiti i provesti ovrha.

7.18. Dužnost svjedoka da iskazuje

Svjedok se iz određenih razloga ne može saslušati (236.), iz stanovitih uskratiti svjedočenje (237.), a iz nekih može uskratiti odgovor na pojedino pitanje (238., 239.).

Opravdanost razloga za uskraćivanje svjedočenja ili odgovara na pojedina pitanja ocjenjuje sud pred kojim svjedok treba da svjedoči, pri čemu je sud, ako ocijeni da je to potrebno, ovlašten saslušati i stranke (240/1.), ali, iako to nije izriekom predviđeno, izvesti, prema potrebi, i druge dokaze (*arg. a cohaerentia ex* 234/4.). On bi svakako mogao saslušati i samog svjedoka kao specifičnu stranku u incidentalnom postupku u kojemu odlučuje o njegovoj dužnosti da svjedoči, odnosno o njegovom pravu da uskratiti svjedočenje (264.).

Treba uzeti da bi sud svoju odluku kojom bi prihvatio razloge za uskraćivanje svjedočenja trebao donijeti ako bi ocijenio da je **vjerojatno** da oni postoje, pri čemu bi razina zahtijevane vjerojatnosti mogla varirati od slučaja do slučaja – od pretežnije do slabije vjerojatnosti. U prilog takvog stava govorili bi ovi razlozi:

(1) svjedok je u načelu dužan svjedočiti (235/1.). Stoga, da bi bio oslobođen te

dužnosti, trebalo bi utvrditi da postoje razlozi koji bi to opravdali; u tom bi se smislu moglo reći da bi na svjedoku bio teret dokazivanja tih razloga;

(2) opravdanost razloga za uskraćivanje ocjenjuje sud (240/1.), u pravilu na temelju tvrdnji samog svjedoka, eventualno nakon što bi o tome saslušao stranke (240/1.) te izveo i odgovarajuće dokaze, uključujući i saslušanje samog svjedoka kao specifične stranke (v. *supra*).

(3) postupak koji bi prethodio donošenju odluke suda bio bi u pravilu sumaran i sud bi radi utvrđivanja bitnih činjenica samo iznimno izvodio dokaze, zbog čega razina utvrđenosti bitnih činjenica redovito ne bi mogla, a niti trebala odgovarati izvjesnosti. To bi, međutim, ipak trebalo ovisiti i o važnosti svjedoka i predmeta svjedočenja, ali i razloga zbog kojih svjedok uskraćuje iskaz;

(4) okolnost da bi sud ocjenjivao opravdanost razloga za uskratu svjedočenja ili davanja odgovora na pojedina pitanja dopuštala bi mu da pri donošenju odluke o uskrati uzme u obzir i kriterije procesnopravnog oportuniteta, da, npr., ne inzistira pretjerano na provjeri postojanja tih razloga i time na postojanju dužnosti svjedoka - osobito u slučajevima u kojima bi radi utvrđenja odnosne činjenice bilo moguće izvesti i druge dokaze kojima bi se nadomjestilo saslušanje svjedoka;

(5) odluka o oslobođanju od dužnosti u biti nije izravno kontrolabilna jer protiv nje nije dopuštena posebna žalba (240/2.); ona bi se tek naknadno posredno mogla pobijati žalbom protiv odluke o glavnoj stvari zato što je neosnovanim odustankom od saslušanja svjedoka počinjena relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka (354/1.), odnosno jer je to dovelo do pogrešnog utvrđenja činjeničnog stanja (355.)

Međutim, da bi donio odluku kojom bi svjedoka **novčano kaznio** ili čak i **zatvorio**, razina njegove uvjerenosti u nepostojanje razloga za uskratu trebala bi odgovarati sigurnosti. Na toj bi razini trebalo utvrditi postojanje okolnosti kojima bi se pridalo značenje takvih razloga. Sama ocjena imaju li utvrđene okolnosti značenje opravdanih razloga za uskratu imala bi značenje pravne ocjene. Osnovu za donošenje odluke mogli bi najprije tvoriti navodi samoga svjedoka o razlozima zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću i na njima utemeljen stav suda da okolnosti na koje se svjedok poziva, čak i kad bi postojale, ne bi imale značenje opravdanih razloga (nekonkluzivnost obrane). Osnovu za donošenje navedenih odluka mogla bi, zatim, tvoriti i utvrđenja suda o tome postoje li okolnosti na koje se svjedok poziva do kojih bi došao na temelju izvedenih dokaza i, eventualno, primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica. Pritom sud ne bi smio kazniti svjedoka ako bi bilo barem vjerojatno da postoje okolnosti koje opravdavaju njegovo inače kažnjivo ponašanje – da bi nekoga kaznio sud bi trebao biti siguran da je kažnjivi delikt počinjen (*in dubio pro reo*). Međutim, kad je u pitanju naknada troškova, trebalo uzeti da bi sud bio ovlašten zaključiti da je svjedok prekršio svoju dužnost ako ne bi uspio sa sigurnošću utvrditi da je nije prekršio. Na svjedoku bi bio teret dokazivanja da su postojali opravdani razlozi zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću. Razlika u pristupu kad je riječ o kažnjavanju svjedoka i njegova osuda na naknadu troškova bila bi uvjetovana prirodom pravila primjenom kojih bi se odlučivalo o kažnjivom i građanskom deliktu i njima uvjetovanom razlikom u utvrđivanju odgovornosti za te delikte. Ponekad će odgovarajuću odluku biti lakše donijeti, npr. zato što bi iznijeti

razlozi bili irelevantni, nekad teže, npr. kad bi ovisila o subjektivnim momentima koji su teško provjerljivi (pozivanje svjedoka na to da se nečega ne sjeća itd.).

Treba uzeti da bi sud na odgovarajući način utvrđivao i opravdanost razloga za neodazivanje pozivu suda (235., 248.).

7.19. Dužnost vještačenja

Određeni vještaci dužni su odazvati se pozivu suda i iznijeti svoj nalaz i mišljenje (253/1.).

Sud je dužan vještaka, na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja iz razloga iz kojih svjedok može uskratiti svjedočenje ili odgovor na pojedino pitanje (236.-239., 253/2.; v. *supra* ad III.7.17.).

Sud može vještaka, na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja i iz drugih opravdanih razloga (253/3.1.).

Pri odlučivanju o tome treba li vještaka osloboditi zato što postoje ti drugi opravdani razlozi sud bi svoj stav o tome postojе li okolnosti na koje se vještak poziva (nakon što bi ih kvalificirao kao okolnosti koje potencijalno mogu imati značenje opravdanih razloga) temeljio u pravilu na navodima vještaka te, eventualno, na navodima koje bi stranke iznijele u vezi s njegovim zahtjevom. Sud bi, svakako, mogao izvesti i odgovarajuće dokaze ako bi ocijenio da je to potrebno, pogotovu u slučaju u kojemu bi vještak ili stranke svoje navode potkrijepile ispravama. On bi mogao izvesti i dokaz saslušanjem vještaka kao incidentalne stranke *sui generis* (264.). U tom bi se smislu moglo reći da bi sud taj svoj stav u pravilu formirao ili polazeći od hipoteze o istinitosti navoda vještaka i/ili uzimajući u obzir i rezultate sumarno provedenog dokaznog postupka na temelju kojega bi dolazio do uvjerenosti različitog stupnja o njihovoj istinitosti, uvjerenosti koja bi, ovisno o kvaliteti izvedenih dokaza, mogla imati značenje slabije vjerojatnosti, pretežnije vjerojatnosti pa i sigurnosti. Svoju (pravnu) ocjenu imaju li okolnosti postojanje kojih je utvrdio na različitoj, prema njegovom mišljenju dostatnoj razini uvjerenosti, značenje opravdanih razloga sud bi iznio u odluci o zahtjevu za oslobođenje od vještačenja.

U prilog stavu da se okolnosti koje bi opravdavale oslobođenje vještaka mogu utvrditi, već prema slučaju, na različitoj razini uvjerenosti govorila bi, između ostaloga, okolnost da su vještaci (za razliku od svjedoka) redovito zamjenjivi, ali svakako i sumarna priroda incidentalnog postupka u kojemu bi se odlučivalo o zahtjevu vještaka, postupka koji iz razloga procesnopravnog oportuniteta ne bi smio bitnije utjecati na njegovo produženje i poskupljenje.

Da bi sud mogao novčano kazniti vještaka koji ne dođe na ročište iako je uredno pozvan, a izostanak ne opravda, vještaka koji bi bez opravdanog razloga odbio vještačiti te vještaka koji svoj nalaz i mišljenje bez opravdanog razloga ne bi podnio u roku koji mu je sud odredio (255/1.), ali i da bi ga osudio da strankama naknadi time pruzročene troškove postupka (255/3.), bilo bi potrebno da okolnosti o kojima bi ovisilo donošenje tih odluka utvrdi na razini sigurnosti. Osnovu za donošenje odluke mogli bi najprije tvoriti navodi samoga vještaka o razlozima zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću i na njima utemeljen stav suda da okolnosti na koje se vještak poziva, čak i kad bi postojale, ne bi imale značenje opravdanih

razloga (nekonkluzivnost obrane). Osnovu za donošenje navedenih odluka mogla bi, zatim, tvoriti i utvrđenja suda o tome postoje li okolnosti na koje se vještak poziva do kojih bi došao na temelju izvedenih dokaza i, eventualno, primjenom drugih metoda utvrđivanja činjenica. Pritom sud ne bi smio kazniti vještaka ako bi bilo makar vjerojatno da postoje okolnosti koje opravdavaju njegovo inače kažnjivo ponašanje – da bi nekoga kaznio sud bi trebao biti siguran da je kažnjivi delikt počinjen. S druge bi strane, kad je u pitanju naknada troškova, trebalo uzeti da bi sud bio ovlašten zaključiti da je vještak prekršio svoju dužnost ako ne bi uspio sa sigurnošću utvrditi da je nije prekršio: na vještaku bi bio teret dokazivanja da su postojali opravdani razlozi zbog kojih nije postupio u skladu sa svojom dužnošću. Razlika u pristupu kad je riječ o kažnjavanju vještaka i njegova osuda na naknadu troškova bila bi uvjetovana prirodom pravila primjenom kojih bi se odlučivalo o kažnjivom i građanskom deliktu i njima uvjetovanom razlikom u utvrđivanju odgovornosti za te delikte.

7.20. Saslušanje stranaka

Ako se stranka ne odazove pozivu suda radi saslušanja ili uskrati davanje iskaza, protiv nje se ne mogu primijeniti nikave prisilne mjere, ali će sud, s obzirom na sve okolnosti, ocijeniti od kakva je značenja što stranka nije došla na saslušanje ili što je uskratila iskaz (269.). Za formiranje ocjene suda o značenju navedenih ponašanja stranke vrijedilo bi, *mutatis mutandis*, u bitnome ono što je rečeno za propuštanje stranke da predujmi sredstva za pokriće troškova izvođenja dokaza (153/3., v. *supra ad III.7.10.*).

7.21. Osiguranje dokaza

Osiguranje dokaza može se predložiti (prije pokretanja parnice, u tijeku pa i nakon pravomoćnosti odluke kojom se postupak završava – 272/1., 3.) ako postoji **opravdana bojazan** da se neki dokaz neće moći izvesti ili da će njegovo kasnije izvođenje biti otežano (272/1.).

Pri utvrđivanju postojanja pretpostavaka za prihvaćanje prijedloga za osiguranje sud bi trebao uzeti u obzir navode predlagatelja o postojanju prava čija zaštita ovisi o činjenicama koje se imaju utvrditi predloženim dokazom, razloge iz kojih smatra da je izvođenje dokaza nužno radi utvrđenja tih činjenica te zašto se kasnije on neće moći izvesti ili će njegovo izvođenje biti otežano (274.1.), te eventualne navode protivnika, ako bi mu bila pružena mogućnost da se prethodno izjasni (*arg. ex 275.*). Sud, dakle, pri donošenju odluke kojom bi prihvatio prijedlog za osiguranje u pravilu ne bi izvodio posebne dokaze radi provjere postoje li te pretpostavke, već bi svoju odluku o tome donosio polazeći od hipoteze da su istiniti navodi stranaka te, sasvim iznimno, i na temelju možebitnih likvidnih dokaza (npr. isprave koju bi priložio protivnik kojom bi se dokazivalo da razloga za osiguranje nema) te na takvoj provjeri utemeljenom zaključku o (u pravilu hipotetskoj) **pretežnijoj vjerojatnosti** njihova postojanja.

U prilog izloženom stavu o načinu utvrđivanja premisa za prihvaćanje prijedloga za osiguranje govorili bi, između ostalog, ovi momenti:

(1) osnovna je pretpostavka za prihvaćanje prijedloga za osiguranje dokaza

postojanje **opravdane bojazni**, dakle ozbiljne mogućnosti nastupanja neke posljedice, a ne i izvjesnosti njezina nastupanja;

(2) iz zakonskih odredaba koje uređuju način donošenja odluke i osnove za njezino donošenje proizlazi da će sud pri tome redovito uzeti u obzir samo navode u prijedlogu za osiguranje i, eventualno, navode protivnika ako mu je bilo omogućeno da se izjasni, a sasvim iznimno moguće likvidne dokaze;

(3) odluku o osiguranju po prirodi stvari treba donijeti bez odgode (načelo žurnosti), što bi isključivalo mogućnost ozbiljnije provjere postojanja pretpostavaka za prihvatanje prijedloga;

(4) redovito bi bilo protivno zahtjevima procesne ekonomije kad bi se incidentalni postupak za osiguranje dokaza pretvorio u postupak u kojem bi se izvodili dokazi da bi se ocijenilo na razini sigurnosti ili vrlo visoke vjerojatnosti treba li izvanredno izvesti neki dokaz;

(5) stranke se u pravilu racionalno ponašaju i redovito nisu spremne izložiti se troškovima ako ne bi postojali ozbiljni razlozi za predlaganje neke procesne radnje;

(6) nepotrebnim izvođenjem nekog dokaza ili njegovim izvođenjem prije nego što bi ga prema redovnom tijeku stvari trebalo izvesti u pravilu ne bi mogla nastupiti neka ozbiljnija šteta za protivnika niti bi se time sudovi pretjerano opteretili;

(7) protiv rješenja kojim se prihvaća prijedlog za osiguranje žalba nije dopuštena (275/6.): nekontrolabilnost takve odluke, koja zapravo ima značenje odluke o upravljanju postupkom, omogućavala bi bitno elastičniji pristup pri formiranju stava jesu li ispunjene pretpostavke za prihvatanje prijedloga nego što bi to bilo slučaj kad bi protiv odluke o prihvatanju žalba bila dopuštena;

(8) bio bi protivan svrsi instituta stav po kojemu bi se prijedlog za osiguranje mogao prihvatiti i kad bi bilo manje vjerojatno da opravdana bojazan postoji nego da ne postoji., itd.

U prijedlogu za osiguranje dokaza treba navesti podatke o protivniku, osim ako iz okolnosti proistječe da on nije poznat (274.2.). Svoj stav o postojanju takvih okolnosti sud bi u pravilu također formirao na temelju navoda u prijedlogu (*arg. ex* 274.1., 275.) i, sasvim iznimno, već prema slučaju, na likvidnim dokazima, dakle redovito na razini hipotetske vjerojatnosti (koja bi zapravo počivala na konkluzivnosti navoda u prijedlogu). Na istoj bi razini vjerojatnosti sud temeljio i svoju odluku o postavljanju privremenog zastupnika protivniku zato što nije poznat odnosno zato što njegovo boravište nije poznato (*arg. ex* 275.).

IV. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Izloženi pregled različitih aspekata problemskog kompleksa standarda utvrđenosti činjenica u parničnom postupku te nekih stavova koji se o tome zauzimaju u njemačko-austrijskom, ali i postjugoslavenskom pravnom krugu navodi nas na zaključak da bi u hrvatskom pravu *de lege lata* pri razmatranju tog instituta trebalo razlikovati dvije situacije. Jedna bi bila mjerodavna kad bi bila riječ o meritorno relevantnim činjenicama, neovisno o tome imaju li one to svojstvo prema pravilima, tzv. primarnog materijalnog prava ili, tzv. pravozaštitnog materijalnog prava, dok

bi se druga ticala procesnopravno relevantnih činjenica. Potrebna mjera utvrđenosti meritorno relevantnih činjenica bila bi u pravilu sigurnost (izvjesnost) (221.a), koja bi u načelu bila postignuta kad bi bila isključena razumna sumnja u mogućnost postojanja nečeg drugog, mjera do koje bi se dolazilo primjenom različitih zakonom predviđenih i *in concreto* raspoloživih metoda utvrđivanja činjenica, pri čemu bi ona svoje posebno značenje dobivala pri utvrđivanju činjenica slobodnom ocjenom dokaza. Iznimno, dostatna mjera utvrđenosti meritorno relevantnih činjenica bila bi vjerojatnost, redovito, tzv. pretežnija vjerojatnost. Sigurnost bi bila potrebna mjera utvrđenosti i činjenica o kojima bi ovisilo donošenje određenih vrsta procesnih odluka, redovito onih kojima bi se postupak dovršavao, dok bi kriterij vjerojatnosti bio mjerodavan za donošenje takvih odluka u mnogo većem broju slučajeva, pri čemu bi za donošenje nekih od takvih odluka bila potrebna pretežnija vjerojatnost, a za neke i bitno niža razina te mjere utvrđenosti. U nekim slučajevima za zauzimanje postupovnopravno relevantnih stavova bila bi dostatana i puka ustvrđenost određenih činjenica.

Pretežnija vjerojatnost ne bi se *de lege lata* mogla (eksplicitno) prihvatiti kao određujući kriterij za utvrđivanje meritorno relevantnih činjenica. Protiv toga bi, pored izričite zakonske odredbe (221.a), između ostaloga, govorila i okolnost da mjerodavne norme materijalnog prava nastupanje pravnih posljedica čije se ostvarenje nastoji postići u postupku pred sudom redovito uvjetuju postojanjem ili nepostojanjem određenih činjenica. Zato bi i odluka suda o zatraženoj pravozaštitnoj mjeri s obzirom na te pravne posljedice trebala biti utemeljena na takvom uvjerenju o postojanju ili nepostojanju tih činjenica koje bi isključivalo razumnu sumnju u pogledu mogućnosti postojanja nečeg drugog (normom primjenom koje treba donijeti odluku uvjetovana potrebna mjera utvrđenosti, uvjerenosti). Iznimke od naznačenog pravila bile bi u određenim slučajevima uvjetovane specifičnom prirodom pravno relevantnih činjenica koje treba utvrditi, u nekima prirodom pravozaštitnih mjera koje bi trebalo odrediti. Ipak, kao da razvitak materijalnopravnog uređenja, ali i postupovnopravnog koje u tome prati potrebe ovog prvog nagovještavaju postupno otvaranje prema prelasku u «novu kvalitetu», prema izravnom ili posrednom prihvaćanju kriterija pretežnije vjerojatnosti - na nekim pravnim područjima, između ostaloga, smanjivanjem potrebne razine utvrđenosti nekih činjenica kao uvjeta za prebacivanje tereta dokazivanja, a u nekima slučajevima i izričitim propisivanjem načina utvrđivanja činjenica («po slobodnoj ocjeni» na temelju sumarno provedenog dokazivanja).

Kad je riječ o procesnopravnim odlukama, razlozi procesnopravnog oportuniteta i ekspeditivnosti nalažu bitnija odstupanja od osnovnog standarda utvrđenosti činjenica u korist kriterija vjerojatnosti. Ipak, taj standard treba biti određujući u onim slučajevima u kojima se donose odluke kojima se postupak procesnopravno okončava.

Summary

STANDARDS OF ESTABLISHING FACTS IN CIVIL PROCEDURE

The paper defines the concept of establishing facts and represents theoretical elaboration of establishing facts in civil procedure of German, Austrian, ex-Yugoslav and post-Yugoslav legal sphere. The paper attempts to take a stand on the basic standard of establishing relevant facts in Croatian civil procedure. An attempt is made to justify the stand that the facts established by the court should be certain enough to exclude any reasonable doubt about the existence of other facts, given that this standard is prescribed by law and that legal consequences are conditioned by the norms of substantive law, i.e. by the existence or non-existence of certain facts. Therefore, the decision of the court on the protective measure concerning these legal consequences should be based on the belief in the existence or non-existence of such facts that would exclude any reasonable doubt about the existence of other facts.

Keywords: *standard of establishing facts, certainty, probability.*

Zusammenfassung

ÜBER STANDARDS DER TATSACHENFESTSTELLUNG IM ZIVILVERFAHREN

Die Arbeit definiert den Begriff der Tatsachenfeststellung und stellt theoretische Elaborierung der Problematik der Tatsachenfeststellung im Zivilverfahren des deutschen, österreichischen, ex-jugoslawischen und postjugoslawischen Rechtskreises dar. Man versucht die Stellung über den Grundstandard der Feststellung rechtstrevanter Tatsachen im kroatischen Zivilverfahren zu nehmen. Man versucht die Stellungnahme, dass die vom Gericht festgestellten Tatsachen die Sicherheit darstellen sollten, jeden vernünftigen Zweifel in das Bestehen anderer Tatsachen ausschließen zu können, dadurch zu rechtfertigen, dass dieser Standard im Gesetz vorgesehen wird und dass die im Verfahren vor dem Gericht anzustrebenden Rechtsfolgen von Normen des materiellen Rechts durch das Bestehen oder Nichtbestehen bestimmter Tatsachen bedingt werden. Demzufolge sollte auch die Entscheidung des Gerichts über die ersuchte rechsschützende Maßnahme bezüglich dieser Rechtsfolgen auf die Überzeugung über das Bestehen oder Nichtbestehen solcher Tatsachen, welche wiederum jeden vernünftigen Zweifel in das Bestehen anderer Tatsachen ausschließen sollten, gegründet werden.

Schlüsselwörter: *Standard der Tatsachenfeststellung, Sicherheit, Wahrscheinlichkeit.*

Riassunto

DEI CRITERI DI ACCERTABILITÀ DEI FATTI NEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO

Dopo avere definito la nozione di accertabilità dei fatti e dopo una rassegna comparata dell'elaborazione teorica della questione dei criteri di accertabilità dei fatti nel procedimento contenzioso nel diritto tedesco ed austriaco, nel diritto *ex* e *post* jugoslavo, nel presente contributo si tenta di assumere una posizione circa il fatto quale dovrebbe essere lo *standard* di base dell'accertabilità delle circostanze giuridicamente rilevanti nel procedimento contenzioso croato. La posizione secondo la quale tale dovrebbe essere la certezza definita come accertabilità che esclude il ragionevole dubbio circa l'esistenza di qualcos'altro viene, in primo luogo, giustificata dalla circostanza che tale criterio è espressamente previsto dalla legge e, successivamente, tra l'altro, anche dalla circostanza che le disposizioni di diritto sostanziale applicabili di regola condizionano il verificarsi delle conseguenze giuridiche dinanzi alla corte all'esistenza od all'inesistenza di determinate circostanze. Conseguentemente, anche la decisione giudiziale dovrebbe essere fondata su tale convinzione circa l'esistenza o l'inesistenza di tali circostanze che escluderebbero il ragionevole dubbio riguardo alla possibilità dell'esistenza di qualcos'altro.

Parole chiave: *criteri di accertabilità dei fatti, certezza, probabilità.*

MODALITETI PRODAJE DIONICA IZ PORTFELJA REPUBLIKE HRVATSKE – AKTUALNOSTI U PRIMJENI¹

Dr. sc. Edita Čulinović-Herc, redovita profesorica

Dr. sc. Antonija Zubović, viša asistentica

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.761

Ur.: 2 veljače 2015.

Pr.: 4. ožujka 2015.

Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Suvremeni trendovi u državama članicama Europske unije i u Republici Hrvatskoj ukazuju na trend prodaje dionica iz državnog portfelja. U provedbi prodaje pojavljuju se različita pitanja: od odabira prikladnog modaliteta prodaje do postizanja najbolje prodajne cijene. Kako EU pod povećalom prati odabire li država modalitet prodaje u skladu s pravom o državnim potporama i slobodom kretanja kapitala, pred autorice se postavilo pitanje na koji način zaštititi nacionalne interese prilikom prodaje, pogotovo ako se radi o društvima od strateškog interesa za Republiku Hrvatsku. Autorice su ustanovile da je u hrvatskom pravu predviđeno sedam modaliteta prodaje, od kojih neki dozvoljavaju daljnje modeliranje uvjeta. Pri izboru pojedinog modaliteta, potrebno je voditi računa o Vodiču kojega je donijela Komisija, odnosno ponašati se u skladu s načelom Market Economy Vendor Principle. U protivnom se država izlaže opasnosti da navedena prodaja bude smatrana nedopuštenom državnom potporom te bi bio naređen njen povrat. U kontekstu potrebe zaštite nacionalnih interesa, autorice ukazuju na mogućnost da se o njima povede računa pozivom na izuzeća od slobode kretanja kapitala, kada se provode postupci privatizacije. U radu se daje prikaz recentne akvizicije Alstoma od strane General Electrica kojom prigodom je Republika Francuska, donošenjem posebnog propisa, uspjela zaštititi svoje nacionalne interese. Iako je usvojeno rješenje još uvijek „u sustavu praćenja Komisije“ postavlja se pitanje treba li i Republika Hrvatska ići tim putem.

Ključne riječi: privatizacija, društva u državnom „vlasništvu“, modaliteti prodaje dionica, privatizacija prodajom dionica na tržištu kapitala, zaštita državnih interesa, državna potpora, sloboda kretanja kapitala, Market Economy Vendor Principle, dekret Alstom

1 Ovaj rad je financiralo/sufinanciralo Sveučilište u Rijeci projektom broj 13.08.1.2.01 pod nazivom „Zaštita korisnika na hrvatskom i europskom tržištu financijskih usluga“.

1. UVOD

Država kao najveći institucionalni investitor itekako utječe na upravljanje dioničkim društvima. U današnje vrijeme država je u postupku dezinvestiranja, odnosno u provedbi postupaka prodaje dionica iz državnog portfelja. Trend povećanja postupaka privatizacije zamijećen je u svim državama članicama EU-a. Privatizacija se može provesti na različite načine.² Vezano uz modalitete privatizacije istraživanja pokazuju da se je najčešće koristila privatizacija prodajom dionica iz državnog portfelja³ i to kroz modalitet prodaje na tržištu kapitala putem javne ponude (IPO).⁴ Glavni razlog koji se ističe u prilog ovog oblika prodaje je njegova transparentnost.⁵ Ujedno, podatci pokazuju da je najveći broj postupaka privatizacije bio u Francuskoj.⁶

Pitanja s kojima se susreću Vlade kod prodaje dionica iz svog portfelja su treba

- 2 U doktrini se ističu različiti načini privatizacije društava u državnom vlasništvu. Vuylsteke, Charles, *Techniques of Privatization of State-Owned Enterprises*, Volume 1, Methods and Implementation, The World Bank, Washington D.C., 1995., str. 8., kao oblike privatizacije navode privatizaciju: javnom ponudom dionica, neposrednom prodajom dionica, prodajom imovine društva u državnom vlasništvu (SOE), restrukturiranjem kroz statusnu promjenu, otkupom dionica od strane uprave ili zaposlenika, sklapanjem, tzv. *leases and management contracts*. Dewenter, Kathryn, Malatesta, Paul, *Public Offerings of State-Owned And Privately-Owned Enterprises: An International Comparison*, The Journal of Finance, vol. LII, no. 4, 1997, str. 1661., ističu da se svi oblici privatizacije mogu obuhvatiti u tri skupine. Prva skupina obuhvaća transakcije prijenosa imovine društva, druga skupina odnosi se na promjenu pravnog režima, dok treća skupina obuhvaća ugovorne transakcije prijenosa usluga na privatne pružatelje.
- 3 Godine 2012. najviše postupaka privatizacije (79,3 %) ostvareno je upravo prodajom dionica. Megginson, William L., *Privatization Trends and Major Deals in 2012 and 1H2013*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=2311798> (posjećeno 20.01.2015.).
- 4 D'Souza, Juliet, Nash, Robert C., Megginson, William L., *The Effects of Changes in Corporate Governance and Restructurings on Operating Performance: Evidence from Privatizations*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=904284>, str. 9. (posjećeno 15.01.2015.), Chiesa, Gabriella, Nicodano, Giovanna, *Privatization and Financial Market Development: Theoretical Issues*, FEEM Working Paper No. 1/2003, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=383460> (posjećeno 10.01.2015.), ističe da je jedan od razloga za prihvaćanje ovoga modela privatizacije povećanje prometa na tržištu kapitala čime se značajno pridonosi njegovom razvoju.
- 5 Zaremba, Adam, Żmudziński, Radosław, *IPO Underpricing Puzzle: The Election Gimmick Hypothesis*, *Copernican Journal of Finance & Accounting*, vol. 3., br. 2., 2014., str. 170.
- 6 Uspoređujući podatke o postupcima privatizacije u državama članicama Europske unije iz 2010. godine, uočava se da je najviše postupaka privatizacije bilo u Francuskoj, zatim u Poljskoj, Velikoj Britaniji, Njemačkoj i Italiji. Vidi više kod Megginson, William L., Bortolotti, Bernardo, *Privatization Trends and Major Deals in 2010 and 1H2011*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=2136780>, str. 3. (posjećeno 15.1.2015.). Najveća transakcija prodaje dionica iz državnoga portfelja putem javne ponude (IPO), bila je ponuda 29,3 % dionica u talijanskom Enel Green Power SpA u studenom 2010. godine. Detaljnije o prodaji dionica u Enel Green Power SpA vidjeti kod Maloney, Liam, *Enel Green Power Flat in Debut, Wall Street Journal Europe*, 4.11.2010., Pfeifer, Sylvia, *Enel's IPO falls short of target*, *Financial Times*, 29.10.2010. Za razliku od 2010. godine, u 2012. godini najviše postupaka privatizacije bilo je u Portugalu, zatim slijede Italija, Velika Britanija, Poljska i Njemačka. Podatci su izneseni u Megginson, William L., *Privatization Trends and Major Deals in 2012 and 1H2013*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=2311798>, str. 3. (posjećeno 20.01.2015.).

li prodati sve dionice ili samo dio dionica koje drži u portfelju, a što će onda utjecati na ostvarivanje kontrole nad društvom čije dionice prodaje,⁷ zatim pitanje po kojoj cijeni prodati dionice kao i pitanje kome prodati dionice, odnosno može li odlukom o prodaji dionica utjecati na kupca tih dionica.⁸ U velikom broju slučajeva država je dioničar u dioničkim društvima koja se bave djelatnostima koje su vitalne za nacionalni interes, pa u tim postupcima prodaje država se nalazi u procjepu između nastojanja da zadrži kontrolu, odnosno da je prepusti samo poznatom i sigurnom investitoru i potrebe da se otuđenje dionica izvrši na komercijalno najisplativiji način, koji možda neće biti sukladan „nacionalnim“ interesima. Pri donošenju odluke o izboru modaliteta prodaje potrebno je voditi računa i o troškovima postupka, dužini trajanja postupka, kao i mogućnosti postavljanja uvjeta za kupnju dionica, primjerice zadržavanje određenoga postotka zaposlenika, postizanje ili zadržavanje određenoga stupnja proizvodnje i dr.

U traženju najboljega ponuditelja suprotstavljaju se dvije teorije: teorija aukcije (*auction theory*) i teorija pregovaranja (*bargaining theory*). Istraživanja pokazuju da ako u postupku stjecanja dionica sudjeluju najmanje dva „ozbiljna“ potencijalna ponuditelja svakako treba odabrati aukciju na koji će se način postići veće koristi, nego da se pregovara sa samo jednim potencijalnim kupcem.⁹

Također u postupcima privatizacije treba voditi računa i o nužnosti postojanja ekonomskih i političkih preduvjeta za uspješno provođenje postupka privatizacije. Navode se četiri primarna ekonomska uvjeta koja moraju biti ispunjena. Prvi je uvjet „zdrav“ privatni sektor, drugi je uvjet postojanje učinkovite regulatorne strukture, kao treći uvjet se traži makroekonomska stabilnost, dok je četvrti uvjet nepostojanje korupcije.¹⁰ Vezano za postojanje političkih preduvjeta naglašava se nužnost postojanja političke volje i mogućnost izvedivosti privatizacije.

Na brojna otvorena pitanja u postupcima privatizacije ukazuje i novopokrenuti postupak revizije Smjernica korporativnog upravljanja u javnom sektoru OECD-a, koje su donesene 2005. godine (*The OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2005*)¹¹ i koji je trenutno u tijeku.¹²

7 Petrović, Siniša, Širola, Nina, Država i trgovačko društvo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 60., br. 3-4, 2010., str. 666., gdje ističu: „Ako država nije većinski dioničar, neće imati mogućnost samostalnog donošenja odluka na glavnoj skupštini te će njezin utjecaj i kontrola nad dioničkim društvom biti ograničeni.“

8 Megginson, William L., Privatization and Finance, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1544889>, str. 9. (posjećeno 19.01.2015.).

9 Schmidt, Klaus M., Schnitzer, Monika, Methods of Privatization: Auctions, Bargaining, and Give-Aways, CEPR Discussion Paper Series No. 1541, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=4790> (posjećeno 15.1.2015.).

10 Smith, Andrew D., Trebilcock, Michael J., State-Owned Enterprises in Less Developed Countries: Privatization and Alternative Reform Strategies, European Journal of Law and Economics, vol. 12, 2001., str. 233. Chang, Ha-Joon, State-owned Enterprise Reform, National Development Strategies, Policy Notes, dostupno na: http://esa.un.org/techcoop/documents/PN_SOERreformNote.pdf, str. 21. (posjećeno 13.01.2015.).

11 The OECD Guidelines on Corporate Governance of State – Owned Enterprises, dostupno na: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/34803211.pdf> (posjećeno 05.01.2015.).

12 Postupak revizije koji je pokrenut 2014. godine nadzire OECD Corporate Governance Committee's Working Party on State Ownership and Privatisation Practices. O detaljnijem

2. REGULATORNI OKVIR – RH

Smjernice za upravljanje imovinom u vlasništvu RH određene su Strategijom upravljanja i raspolaganja imovinom u vlasništvu RH za razdoblje od 2013. do 2017. godine,¹³ gdje se u uvodu izričito navodi da je cilj Strategije osigurati da imovina RH bude u službi gospodarskog rasta te zaštite nacionalnih interesa. Vezano uz položaj države kao člana dioničkog društva, Strategijom je propisana dužnost države doprinositi dugoročnom rastu i razvoju trgovačkih društava u kojima ima dionice. Strategijom su definirana i načela upravljanja državnom imovinom. Tako je izričito propisano da je država dužna pridržavati se načela javnosti,¹⁴ načela predvidljivosti,¹⁵ načela učinkovitosti¹⁶ te načela odgovornosti.¹⁷

Sukladno Strategiji postojeći portfelj trgovačkih društava u kojima država ima udjele ili dionice, organiziran je u sljedeće grupe: a) trgovačka društva od strateškog i razvojnog značenja u kojima RH drži 50 % i više dionica, unutar kojih se razlikuju strateška trgovačka društva i pravne osobe koje prihode ostvaruju upotrebom javnih ovlasti te u kojima država sudjeluje u određivanju cijene proizvoda i usluga te trgovačka društva od razvojnog značenja u kojima RH ima većinski udio, b) trgovačka društva čije dionice kotiraju na uređenom tržištu kapitala, a u kojima RH drži manje od 50 % dionica te c) ostala trgovačka društva u kojima država ima manje od 20 % dionica. Vezano uz privatizaciju, valja istaknuti da se za trgovačka društva

hodogramu revizije Smjernica vidjeti više na: <http://www.oecd.org/corporate/ca/revisionoftheocdguidelinesoncorporategovernanceofstate-ownedenterprises.htm> (posjećeno 19.01.2015.).

- 13 Strategija upravljanja i raspolaganja imovinom u vlasništvu RH za razdoblje od 2013. do 2017. godine, Narodne novine, br. 76/13.
- 14 Načelo javnosti upravljanja imovinom RH osigurava se propisivanjem preglednih pravila i kriterija upravljanja imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske u propisima i drugim aktima koji se donose na temelju Zakona o upravljanju državnom imovinom, te njihovom javnom objavom u Planu upravljanja državnom imovinom, javnom objavom najvažnijih odluka o upravljanju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske i javnosti dostupnom Središnjem registru imovine u vlasništvu Republike Hrvatske. Vidi i čl. 6. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH.
- 15 Upravljanje imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske mora biti predvidljivo za korisnike nekretnina i drugih stvarnih prava, za uprave, dioničare i članove trgovačkih društava (u kojim a država ima dionice i poslovne udjele). Predvidljivost upravljanja imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske ostvaruje se načelno jednakim postupanjem u istim ili sličnim slučajevima. Vidi i čl. 7. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH.
- 16 Imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske upravlja se učinkovito radi ostvarivanja gospodarskih, infrastrukturnih i drugih ciljeva. Temeljni je cilj učinkovito upravljati svim oblicima imovine u vlasništvu Republike Hrvatske prema načelu "dobroga gospodara", doprinositi fiskalnoj konsolidaciji i dugoročnoj stabilnosti javnih financija i kvalitetnog pružanja javnih usluga. Pri tome se moraju ostvarivati načela mjerljivosti rezultata. Vidi i čl. 8. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH.
- 17 Načelo odgovornosti osigurava se propisivanjem ovlasti i dužnosti pojedinih nositelja funkcija upravljanja imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, nadzorom nad upravljanjem imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske, izvještavanjem o postignutim ciljevima i učincima upravljanja imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske i poduzimanjem mjera protiv onih koji ne postupaju sukladno propisima. Vidi i čl. 9. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH.

od posebnog interesa u kojima Republika Hrvatska ima većinski udio, Strategijom predviđa restrukturiranje, privatizacija ili prodaja te izlazak na tržište kapitala. Za trgovačka društva od posebnog interesa u kojima Republika Hrvatska ima vlasništvo manje od 50 % i čije dionice kotiraju na uređenom tržištu kapitala, Strategijom je predviđena moguća i daljnja prodaja, ali i eventualno kupnja od trećih. U pogledu društava u kojima RH ima više od 10 % dionica, a dionice kotiraju na burzi i društvo posluje s dobiti, predviđeno je uvrštenje u skupinu društava od razvojnog značenja u kojima RH ima većinski udio. Za dionice ostalih trgovačkih društava predviđena je prodaja, darovanje ili uvrštenje u fond rizičnoga kapitala u roku od dvije godine. Iznimku predstavljaju strateška trgovačka društva i pravne osobe koje prihode ostvaruju upotrebom javnih ovlasti te u kojima država sudjeluje u određivanju cijene proizvoda i usluga, za koje privatizacija nije predviđena, osim ako bi to bilo propisano posebnim zakonom.

Strategija se poziva na smjernice korporativnog upravljanja u javnom sektoru OECD-a (*The OECD Guidelines on Corporate Governance of State – Owned Enterprises*, 2005) koje govore o postupanju prema načelu dobrog gospodara.

Za razliku od Strategije kojom se određuju srednjoročni ciljevi i smjernice upravljanja i raspolaganja državnom imovinom, Planom upravljanja imovinom u vlasništvu RH određuju se kratkoročni ciljevi i smjernice upravljanja državnom imovinom.¹⁸ Planom upravljanja imovinom u vlasništvu RH za 2015. godinu¹⁹ predviđen je daljnji nastavak privatizacije trgovačkih društava, osim dijela trgovačkih društava koja su od strateškog značenja, čime se planiraju dovršiti nedovršeni procesi privatizacije.

Upravljanje i raspolaganje dionicama koji čine državnu imovinu uređeno je Zakonom o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH.²⁰ Temeljem odredbe čl. 44. Zakona, Vlada RH je donijela Uredbu o načinu prodaje dionica i poslovnih udjela²¹ kojom se pobliže uređuje način prodaje dionica i poslovnih udjela, način određivanja početne cijene dionica i poslovnih udjela pri prodaji te postupak prodaje i uvjeti odabira ponuda u postupcima prodaje dionica i poslovnih udjela trgovačkih društava u vlasništvu RH i dionica i poslovnih udjela trgovačkih društava čiji su imatelj pravne osobe kojima je osnivač RH.

3. MODALITETI PRODAJE DIONICA IZ PORTFELJA RH

Sukladno odredbi čl. 40. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH te odredbi čl. 2. Uredbe, prodaju dionica iz portfelja RH može se provesti na sedam načina: javnom ponudom, javnim nadmetanjem, javnim prikupljanjem ponuda, ponudom dionica na uređenom tržištu kapitala, prihvatom ponude u postupku

18 Plan upravljanja na prijedlog DUUDI-ja donosi Vlada RH za razdoblje od godine dana.

19 Plan upravljanja imovinom u vlasništvu RH za 2015. godinu objavljen je u Narodnim novinama, br. 142/14 od 2. prosinca 2014. godine.

20 Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu RH, Narodne novine, br. 94/13.

21 Uredba o načinu prodaje dionica i poslovnih udjela, Narodne novine, br. 129/13, 66/14. Izmjene i dopune Uredbe o načinu prodaje dionica i poslovnih udjela stupile su na snagu 31. svibnja 2014. godine.

preuzimanja dioničkih društava, istiskivanjem manjinskih dioničara te neposrednom prodajom.²² Prodaju je ujedno izričito dopušteno provesti i kombinacijom više navedenih načina prodaje (čl. 40. st. 17. Zakona i čl. 2. st. 2. Uredbe).

Bez obzira na odabrani modalitet prodaje dionica, prije samoga raspolaganja dionicama, CERP je dužan izvršiti procjenu vrijednosti trgovačkog društva. On to iznimno neće morati učiniti ako se dionicama trgovačkog društva trgovalo na uređenom tržištu u posljednjih 12 mjeseci koji prethode donošenju odluke o prodaji (čl. 4. st. 3. Uredbe). Međutim, već daljnja odredba određuje da CERP može koristiti navedenu iznimku samo ako volumen trgovanja na uređenom tržištu u navedenom periodu iznosi minimalno 5 % ukupno izdanih dionica trgovačkog društva. U tom slučaju početna cijena dionica je prosječna cijena ponderirana volumenom trgovanja, ostvarena na uređenom tržištu u zadnjih šest mjeseci koji prethode donošenju odluke o prodaji, s iznimkom određivanja cijene kod prodaje dionica na uređenom tržištu kapitala kada se ona određuje prema posebnim odredbama.

Kada CERP nije u mogućnosti procijeniti vrijednost trgovačkog društva, primjerice zbog nedostatka relevantne dokumentacije, početna cijena za prodaju dionica bit će jednaka nominalnoj vrijednosti dionica (čl. 6. st. 3. Uredbe).

3.1. Prodaja dionica iz portfelja RH javnom ponudom

Javna ponuda dionica provodi se kao javni poziv na kupnju upućen neodređenom ili određenom krugu osoba, prema unaprijed objavljenim uvjetima u skladu s odredbama ZTK-a, a koje se odnose na ponudu vrijednosnih papira javnosti (čl. 40. st. 2. Zakona i čl. 8. Uredbe).

ZTK u čl. 343. st. 1. t. 5. definira javnu ponudu kao svaku obavijest koja je dana u bilo kojem obliku i uporabom bilo kojeg sredstva, koja sadrži dovoljno informacija o uvjetima ponude i o ponuđenim vrijednosnim papirima na način da se ulagatelj može odlučiti na kupnju odnosno upis tih vrijednosnih papira.

Sukladno odredbi čl. 9. Uredbe, a koja je u skladu s odredbom čl. 348. ZTK, CERP je dužan za provedbu javne ponude angažirati ovlaštenu osobu koja mora imati ovlaštenje HANFE za obavljanje investicijskih usluga provedbe ponude, odnosno prodaje financijskih instrumenata uz obvezu ili bez obveze otkupa. Međutim, temeljem

22 U stranoj doktrini se ističu tri oblika prodaje dionica iz državnog portfelja: prodaja dionica javnom ponudom (*fixed-price share sales*), prodaja dionica javnim prikupljanjem ponuda (*tender*) te prodaja dionica odabranom društvu ili povezanim društvima (*private placement*). Dewenter, Kathryn, Malatesta, Paul, op. cit., str. 1661., Smith, D., Andrew, Trebilcock, Michael J., op. cit., str. 237., kao oblike prodaje dionica iz državnog portfelja navode: javnu ponudu (*public offering*), management buy-out (*MBO*), prodaja određenom kupcu (*private placement*) i djelomičnu privatizaciju (*partial privatization*). Parker, David, Saal, David S., International Handbook on Privatization, Edward Elgar Publishing, 2003., str. 33.-34., razlikuje privatizaciju prodajom dionica (*share issue privatization – SIP*) i tzv. *voucher privatizacije* koju vezuje za bivše komunističke zemlje. Takvu podjelu prave i Megginson, William L., Privatization and Finance, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1544889>, str. 7. (posjećeno 19.01.2015.), Girmens, Guillaume, Privatization, International Asset Trade and Financial Markets, FEEM Working Paper No. 114/2002, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=363901> (posjećeno 18.01.2015.).

izričite odredbe Uredbe, CERP može u izboru ovlaštene osobe za provođenje javne ponude dati prednost ovlaštenoj osobi koja je radila procjenu vrijednosti odnosno analizu financijskog, pravnog i organizacijskog položaja društva, pod uvjetom da udovoljava uvjetima za obavljanje investicijskih usluga provedbe ponude odnosno prodaje financijskih instrumenata (čl. 9. st. 2. Uredbe).

Kao posebno pitanje na koje se valja osvrnuti u postupku izbora modaliteta prodaje dionica je pitanje ponudbene cijene dionica. Sukladno čl. 10. Uredbe, Plan provedbe javne ponude mora sadržavati, između ostaloga, i podatak o ponudbenoj cijeni dionica bilo u vidu cjenovnog raspona ili jedinstvene cijene. CERP temeljem Plana provedbe javne ponude donosi odluku o javnoj ponudi u kojoj će biti određeni parametri javne ponude uključujući i ponudbenu cijenu dionica.²³

ZTK izričito obvezuje ponuditelja na objavu prospekta kao uvjet dopuštenosti javne ponude (čl. 349. ZTK-a), a koji se može objaviti tek po odobrenju HANFE.²⁴ Uloga prospekta sastoji se u tome da temeljem cjelovite i točne informacije potencijalni ulagatelj može objektivno procijeniti izgled i rizike ulaganja te na temelju toga donijeti odluku o ulaganju svoga kapitala u dioničko društvo.²⁵ Obveza izrade prospekta društva čije se dionice prodaju javnom ponudom nametnuta je ovlaštenoj osobi koju je izabrao CERP, a koja je osim prospekta dužna izraditi i Plan provedbe javne ponude na temelju kojega CERP donosi odluku o javnoj ponudi kojom će biti određeni svi parametri javne ponude.²⁶ Zahtjev za odobrenje prospekta može podnijeti izdavatelj, odnosno ponuditelj (čl. 369. ZTK-a). HANFA je dužna u roku od deset radnih dana od zaprimanja urednog zahtjeva donijeti odluku i o odluci izvijestiti podnositelja zahtjeva.²⁷ Prospekt je valjan dvanaest mjeseci od dana njegova odobrenja, pod uvjetom da je dopunjen novim informacijama o izdavatelju i vrijednosnim papirima koji će biti ponuđeni javnosti. Prospekt se mora objaviti najkasnije do početka ponude na način određen čl. 374. ZTK-a.²⁸ Valja istaknuti da izdavatelj ili osoba odgovorna

23 Znanstvena istraživanja pokazuju da je ponudbena cijena dionica, u pravilu, niža kada se javnom ponudom prodaju dionice iz državnog portfelja. Dewenter, Kathryn, Malatesta, Paul, op. cit., str. 1659.-1660., Megginson, William L., Netter, Jeffry M., From State To Market: A Survey Of Empirical Studies On Privatization, Journal of Economic Literature, vol. 39., br. 2., 2001., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=262311>, str. 37.-38. (posjećeno 15.01.2015.), gdje iznose podatak da je ta cijena niža čak za do 30%. Zaremba, Adam, Żmudziński, Radosław, op. cit., str. 170.

24 Iznimke od obveze objavljivanja prospekta propisane su u čl. 351. ZTK-a.

25 U europskom pravu prospekt je uređen Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2003/71/EC izmijenjena Direktivom 2008/11/EC, Direktivom 2010/73/EU i Direktivom 2010/78/EU, Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 345, 31.12.2003., p. 64-89., amended by Directive 2008/11/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2008, OJ L 76, 19.3.2008., Directive 2010/73/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010, OJ L 327, 11.12.2010., Directive 2010/78/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010, OJ L 331, 15.12.2010.

26 Sadržaj prospekta propisan je čl. 355. ZTK-a, dok je sadržaj Plana provedbe javne ponude propisan čl. 10. Uredbe.

27 Ako HANFA ne donese odluku u propisanom roku smatrat će se da prospekt nije odobren.

28 Čl. 374. ZTK-a propisuje da se prospekt objavljuje na jedan od sljedećih načina: 1. objavom

za izradu prospekta koja objavljuje prospekt mora prospekt objaviti i u elektroničkom obliku.²⁹ Ujedno, svaki oglas u vezi s javnom ponudom mora sadržavati naznaku da je prospekt objavljen ili da će biti objavljen te naznaku mjesta i načina na koji ulagatelji mogu pribaviti prospekt (čl. 378. st. 2. ZTK-a).³⁰

Zasebno pitanje koje se pojavljuje je nastanak novih činjenica nakon odobrenja prospekta. Riječ je o činjenicama koje mogu utjecati na procjenu vrijednosnih papira i donošenje odluke o njihovoj kupnji. Ovo pitanje uređeno je čl. 16. Direktive o prospektu³¹ koji je prenesen u hrvatsko zakonodavstvo odredbom čl. 379. ZTK-a.³²

Kod prodaje dionica iz portfelja RH javnom ponudom posebno se valja osvrnuti na pitanje odgovornosti iz prospekta. Čl. 359. ZTK-a izričito nabroja osobe koje su

- u jednim ili više dnevnih novina koje se prodaju na cijelom ili pretežitom području Republike Hrvatske, 2. objavom u jednim ili više dnevnih novina koje se prodaju na cijelom ili pretežitom području druge države članice u kojoj će vrijednosni papiri biti ponuđeni javnosti ili u kojoj će biti podnesen zahtjev za uvrštenje vrijednosnih papira na uređeno tržište te države članice, 3. u tiskanom obliku, besplatno stavljen javnosti na raspolaganje u službenim prostorijama u kojima posluje uređeno tržište na koje će vrijednosni papiri biti uvršteni ili u službenim prostorijama u sjedištu izdavatelja i svim poslovnica financijskih posrednika koji obavljaju poslove u svezi provedbe upisa, odnosno prodaje vrijednosnih papira, uključujući i platne agente, 4. u elektroničkom obliku na internetskim stranicama izdavatelja ili na internetskim stranicama financijskih posrednika, ako su uključeni u postupak ponude vrijednosnih papira javnosti, 5. u elektroničkom obliku na internetskim stranicama uređenog tržišta na koje se traži uvrštenje, 6. u elektroničkom obliku na internetskim stranicama HANFE, ako HANFA pruža ovakvu uslugu.
- 29 Sukladno odredbi čl. 377. ZTK-a kad je prospekt objavljen u elektroničkom obliku izdavatelj odnosno ponuditelj obvezni su na zahtjev ulagatelja besplatno dostaviti tiskani prospekt ulagatelju. Kad je prospekt objavljen u elektroničkom obliku, a prodaja vrijednosnih papira javnosti odvija se putem financijskog posrednika, pored tih osoba i financijski posrednik obavezan je na zahtjev ulagatelja besplatno dostaviti tiskani prospekt ulagatelju. Ove su odredbe u skladu s čl. 14. st. 7. Direktive 2003/71/EC. O e-prospektu i njegovim prednostima vidi više kod Maurović, Ljiljana, E-prospekt – pravo vrijednosnih papira Europske unije i Zakon o tržištu vrijednosnih papira Republike Hrvatske, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2003., str. 49.-56.
- 30 U europskom pravu donesena je 29.4.2009. godine Uredba Komisije (EZ-a) broj 809/2004 kojom se uređuje pitanje minimuma informacija u prospektu, formatu prospekta, objavi prospekta kao i oglasa u svezi s prospektom. Commission Regulation (EC) No 809/2004 of 29 April 2004 implementing Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council as regards information contained in prospectuses as well as the format, incorporation by reference and publication of such prospectuses and dissemination of advertisements, OJ L 149, 30.04.2004., p. 1-187.
- 31 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 345, 31.12.2003., p. 64-89., amended by Directive 2008/11/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2008, OJ L 76, 19.3.2008., Directive 2010/73/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010, OJ L 327, 11.12.2010., Directive 2010/78/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010, OJ L 331, 15.12.2010.
- 32 O značenju nastanka novih činjenica koje mogu utjecati na procjenu vrijednosnih papira vidjeti više kod Čulinović Herc, Edita, Zubović, Antonija, Prospekt i odgovornost iz prospekta pri javnoj ponudi vrijednosnih papira u hrvatskom i usporednom pravu, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7, 2009., str. 170.-171., gdje se posebno osvrću na predmet Dionik AE koji je rješavan pred Europskim sudom.

odgovorne za točnost i potpunost informacija u prospektu. To su izdavatelj i njegovi članovi uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora. Kako se pri javnoj ponudi vrijednosnih papira u pravilu pojavljuju i druge osobe osim izdavatelja, zakonodavac propisuje i njihovu odgovornost. To su osobe koje javnu ponudu plasiraju u javnosti, dakle ponuditelj ili podnositelj zahtjeva za uvrštenje. Zatim kao odgovorna osoba pojavljuje se jamac u svezi s izdavanjem, kad je to primjenjivo. Ujedno, odgovarat će i osobe koje preuzmu odgovornost za točnost i potpunost informacija u prospektu ili dijelovima prospekta. To mogu biti stručnjaci raznih profila, primjerice revizori, odvjetnici i sl.³³ Dakle, kod korištenja ovog modaliteta prodaje dionica iz portfelja RH za potpunost i točnost informacija sadržanih u prospektu odgovarat će i ovlaštena osoba koju je izabrao CERP, a koja je izradila prospekt.

Po završetku provedbe javne ponude ovlaštena osoba je dužna u roku od 30 dana od završetka, izraditi izvještaj o provedenoj javnoj ponudi koji će sadržavati opis provedenog postupka, troškovnik, analizu potražnje dionica i alokaciju dionica.

Ukoliko javna ponuda ne bi uspjela, donosi se odluka o novoj javnoj ponudi odnosno promjeni načina raspolaganja.

3.2. Prodaja dionica iz portfelja RH javnim nadmetanjem

Vezano uz prodaju dionica javnim nadmetanjem valja istaknuti da u Zakonu i Uredbi izričito stoji da se kroz ovaj modalitet prodaje prodaju dionice trgovačkih društava koje u temeljnom kapitalu društva predstavljaju udio manji od 50 % i kojima se nije trgovalo na uređenom tržištu kapitala u posljednja 24 mjeseca prije donošenja odluke o prodaji (čl. 40. st. 3. Zakona i čl. 14. Uredbe). Međutim, ako bi država držala dionice trgovačkih društava koje u temeljnom kapitalu predstavljaju udio iznad 50 % i takve bi se dionice mogle prodavati javnim nadmetanjem ako ta društva imaju temeljni kapital manji od 750.000,00 kn i pod uvjetom da se dionicama društva nije trgovalo na uređenom tržištu kapitala u posljednja 24 mjeseca prije donošenja odluke o prodaji.

Javno nadmetanje organizira i provodi CERP, koji je ovlašten radi određivanja početne cijene za prodaju dionica angažirati ovlaštenu osobu.³⁴

Prodaja dionica iz portfelja RH javnim nadmetanjem provodi se u dva kruga, gdje se u prvom krugu utvrđuje interes za kupnju dionica,³⁵ dok se u drugom krugu pozivaju na kupnju i nadmetanje samo osobe koje su CERP-u u prvom krugu iskazale interes za kupnju dionica i dostavile pismo namjere za kupnju (čl. 16. st. 2. i 3.

33 Za pregled uređenja odgovornosti iz prospekta u usporednom pravi vidjeti više kod Čulinović Herc, Edita, Zubović, Antonija, op. cit., str. 174.-176.

34 Ako se ukaže potreba za time CERP je ovlašten angažirati i pravnog savjetnika i revizorsko društvo.

35 Prvi krug javnog nadmetanja započinje objavom javnog poziva za iskazivanje interesa za kupnju dionica čiji je minimalni sadržaj propisan Uredbom.

Uredbe).^{36 37}

Nadležnost za donošenje odluke o početnoj cijeni, uvjetima i načinu organizacije postupka javnog nadmetanja³⁸ ovisi o nominalnoj vrijednosti dionica. Ako je nominalna vrijednost dionica do jedan milijun kuna odluku je nadležan donijeti ravnatelj CERP-a. Međutim, ako je nominalna vrijednost dionica veća od jedan milijun kuna odluku donosi upravno vijeće CERP-a, na prijedlog ravnatelja CERP-a. Ako se prodaju dionice društva od posebnog interesa za RH odluku donosi Vlada RH na prijedlog DUUDI-ja (čl. 7. Uredbe). U potonjem slučaju nije relevantna nominalna vrijednost dionica kao kriterij za utvrđivanje nadležnosti za donošenje navedene odluke.

Uredba izričito propisuje da se ugovor o prodaji i prijenosu dionica sklapa s najboljim ponuditeljem, a to je onaj ponuditelj koji u nadmetanju prihvati najvišu isključnu cijenu. Najbolji je ponuditelj dužan sklopiti ugovor o prodaji i prijenosu dionica u roku od osam dana od dana održavanja javnog nadmetanja. Ako bi najbolji ponuditelj odustao od sklapanja ugovora ili ako ne bi platio ugovorenu kupovnu cijenu u roku, najboljim ponuditeljem smatrat će se ponuditelj koji je prihvatio sljedeću najvišu isključnu cijenu. Ako bi i on odustao od sklapanja ugovora ili ne bi platio ugovorenu kupovnu cijenu u roku, organizirat će se novo javno nadmetanje.

Ako nije iskazan interes za dionice ponuđene na javnom nadmetanju, Uredba predviđa mogućnost organiziranja novog javnog nadmetanja po diskontiranoj cijeni ili donošenje odluka o promjeni načina raspolaganja (čl. 29. Uredbe).

3.3. Prodaja dionica iz portfelja RH javnim prikupljanjem ponuda

Prodaja dionica iz portfelja RH javnim prikupljanjem ponuda kao modalitet prodaje dopuštena je za dionice društva koje u temeljnom kapitalu društva predstavljaju udio veći od 50 % i za društva kod kojih je taj udio manji od 50 %. Međutim, u potonjem slučaju traži se da je riječ o društvu od posebnog i strateškog interesa za RH.³⁹

36 Osobama koje namjeravaju sudjelovati u javnom nadmetanju propisana je obveza uplate jamčevine u iznosu od 10 % početne cijene koja mora biti evidentirana na računu CERP-a najkasnije 3 dana prije održavanja javnog nadmetanja. Ta će im se jamčevina vratiti, odnosno uračunati u kupovnu cijenu ukoliko se s njima sklopi ugovor o prijenosu i prodaji dionica.

37 Postupak javnog nadmetanja detaljnije je propisan Uputama za provedbu postupka javnog nadmetanja kao načina prodaje dionica i poslovnih udjela koje su donesene 17. veljače 2014. godine. Dostupno na: <http://server62.globaldizajn.hr/cerp.hr/UserDocsImages/Upute%20za%20provedbu%20postupka%20javnog%20nadmetanja%20kao%20na%C4%8Dina%20prodaje%20dionica%20i%20poslovnih%20udjela.pdf> (posjećeno 10.12.2014.). Javno nadmetanje provodi Povjerenstvo za provedbu javnog nadmetanja koje imenuje ravnatelj CERP-a. Članovi Povjerenstva su zaposlenici CERP-a.

38 Uredba u čl. 19. izričito propisuje sadržaj odluke o početnoj cijeni, uvjetima i načinu organizacije postupka javnog nadmetanja. Ujedno se izričito propisuje minimalni cjenovni korak nadmetanja.

39 Društva od strateškog i posebnog interesa za RH utvrđena su Odlukom Vlade o utvrđivanju popisa trgovačkih društava i drugih pravnih osoba od strateškog i posebnog interesa za Republiku Hrvatsku, Narodne novine, br. 120/13.

Kao i kod postupka prodaje javnim nadmetanjem, postupak javnog prikupljanja ponuda organizira i provodi CERP, koji je ovlašten radi određivanja početne cijene za prodaju dionica angažirati ovlaštenu osobu.⁴⁰

Javno prikupljanje ponuda provodi se u dva kruga, na način da se u prvom krugu utvrđuje interes za kupnju dionica, dok se u drugom krugu pozivaju na kupnju samo one osobe koje su iskazale interes za kupnju dionica i dostavile pismo namjere za kupnju (čl. 32. Uredbe).

Postupak javnog prikupljanja ponuda započinje objavom poziva za iskazivanje interesa za kupnju dionica⁴¹ nakon čega se utvrđuje lista svih pristiglih pisama namjere te se donosi odluka o početnoj cijeni i provedbi postupka javnog prikupljanja obvezujućih ponuda za potencijalne ponuditelje koji su dostavili pismo namjere za kupnju dionica.⁴² Potencijalni investitori pozivaju se na dostavu obvezujuće ponude za kupnju dionica pisanim putem u roku od 15 dana od dana donošenja odluke o prodaji dionica društva javnim prikupljanjem ponuda.⁴³ Uredba sadrži odredbe o obvezi prilažanja ponudbenog jamstva koje može biti u vidu ponudbene bankarske garancije na iznos određen odlukom o početnoj cijeni ili uplate novčanog iznosa na račun CERP-a.⁴⁴

40 Ako se ukaže potreba za time CERP je ovlašten angažirati i pravnog savjetnika i revizorsko društvo.

41 Uredbom je propisan sadržaj poziva za iskazivanje interesa. Poziv se objavljuje u najmanje jednom od visokotiražnih domaćih dnevnih listova, te na web stranici CERP-a.

42 Nadležnost za donošenje odluke o početnoj cijeni i provedbi postupka javnog prikupljanja obvezujućih ponuda donosi isto tijelo kao i kod prodaje dionica iz portfelja RH javnim nadmetanjem. Dakle, mjerodavan je kriterij nominalne vrijednosti dionica, odnosno radi li se o dionicama društva od posebnog interesa za RH (čl. 7. Uredbe). Temeljem odredbe čl. 35. Uredbe u odluci o početnoj cijeni i provedbi postupka javnog prikupljanja obvezujućih ponuda utvrđuje se: naziv i sjedište trgovačkog društva čije se dionice prodaju, količina i početna cijena dionica koje su predmet javnog prikupljanja ponuda te postotak udjela ponudnog paketa dionica u temeljnom kapitalu društva, obvezni uvjeti javnog prikupljanja ponuda, dodatni uvjeti javnog poziva za prikupljanje ponuda, odredba o obveznom otkupu ponudbene dokumentacije, rok za podnošenje ponuda za kupnju dionica, visina ponudbenog jamstva (bankarska garancija poznate domaće ili strane banke odnosno uplata jamčevine na račun CERP-a), odredba o pravu prodavatelja da ne mora prihvatiti niti jednu pristiglu ponudu za kupnju.

43 Uredbom je propisan sadržaj pisanog poziva za dostavu obvezujuće ponude. Pisani poziv za dostavu obvezujuće ponude sadrži: podatke iz odluke o početnoj cijeni, kratki opis društva s osnovnim podacima o društvu (*teaser*), cijenu, način i rok za otkup ponudbene dokumentacije, odredbu o obvezi potpisivanja Izjave o povjerljivosti podataka u slučaju otkupa ponudbene dokumentacije, način preuzimanja ponudbene dokumentacije, pravo ponuditelja izvršiti dubinsko snimanje društva čije se dionice prodaju (*due dilligence*) nakon otkupa ponudbene dokumentacije, popis dokumentacije koju ponuditelj mora priložiti svojoj ponudi, visinu i način uplate ponudbenog jamstva, odredbu da se danom predaje ponude smatra dan zaprimanja ponude u Centru, odredbu da se nepotpune ponude i ponude podnesene izvan roka neće razmatrati, odredbu da se nakon donošenja odluke o odabiru ponuditelja, svim ostalim ponuditeljima vraća ponudbeno jamstvo u roku od 15 dana od dana donošenja odluke o odabiru ponuditelja u postupku, odredbu o pravu prodavatelja da ne mora prihvatiti niti jednu pristiglu ponudu za kupnju.

44 Ponudbeno jamstvo utvrđuje se u visini od 2 % početne cijene dionica, ali ne manje od 500.000,00 kuna (čl. 37. st. 2. Uredbe).

Valja istaknuti da potencijalni investitori u postupku prodaje dionica javnim prikupljanjem ponuda imaju pravo izvršiti dubinsko snimanje društva čije se dionice prodaju (*due diligence*). Oni to mogu učiniti tek nakon otkupa ponudbene dokumentacije. Cijena, način i rok za otkup ponudbene dokumentacije određuju se u pisanom pozivu za dostavu obvezujuće ponude. Kako bi se sačuvala povjerljivost podataka o društvu čije se dionice prodaju u postupku javnog prikupljanja ponuda, ponuditelj je dužan potpisati Izjavu o povjerljivosti podataka.

Ugovor o prodaji i prijenosu dionica sklapa se s najboljim ponuditeljem, a kojim se prema izričitoj odredbi Uredbe smatra onaj ponuditelj koji je ponudio najvišu cijenu i ispunio ostale uvjete natječaja (čl. 39. st. 1. Uredbe). Ugovor se sklapa najkasnije u roku od 60 dana od dana donošenja odluke o odabiru najboljeg ponuditelja koji je onda dužan u roku od 30 dana od dana sklapanja ugovora platiti kupovnu cijenu jednokratno. Ako bi najbolji ponuditelj odustao od svoje ponude ili ako ne bi uplatio kupovnu cijenu u ugovorenom roku, naplatit će mu se ponudbeno jamstvo.

Ukoliko nije iskazan interes za kupnju dionica ponuđenih javnim pozivom, Uredba predviđa mogućnost raspisivanja novog javnog poziva ili donošenje odluka o promjeni načina raspolaganja (čl. 42. Uredbe).

3.4. Prodaja dionica iz portfelja RH ponudom dionica na uređenom tržištu kapitala

Prodaja dionica ponudom na uređenom tržištu kapitala može se koristiti kao modalitet prodaje i kada država drži manje, ali i više od 50 % udjela u temeljnom kapitalu dioničkog društva. Međutim, potrebno je razlikovati uvjete koji se primjenjuju kod prodaje dionica ponudom na uređenom tržištu kapitala kada država drži manje od 50 % dionica, od onih koji se primjenjuju kada država drži više od 50 % dionica društva. U prvom slučaju, dakle kada država drži dionice na koje otpada manje od 50 % udjela u temeljnom kapitalu za primjenu ovoga modaliteta propisan je samo jedan uvjet, a to je da se dionicama toga društva trgovalo na uređenom tržištu u posljednja 24 mjeseca prije donošenja odluke o prodaji. U drugom slučaju, dakle kada država drži više od 50 % udjela u temeljnom kapitalu društva, uvjeti su puno strože propisani. U tom slučaju, za korištenje ovoga modaliteta prodaje traži se da se dionicama toga društva trgovalo na uređenom tržištu kapitala posljednja tri mjeseca prije donošenja odluke o prodaji te da se tom prodajom udio RH u temeljnom kapitalu društva ne smanji ispod praga od 50 %, odnosno 75 %. Dakle, u ovom su slučaju propisana dva uvjeta. Prvi je uvjet vezan za trgovanje dionicama na uređenom tržištu kapitala, dok se drugim uvjetom zadire u postotak dionica koje RH može prodati korištenjem ovoga modaliteta prodaje.

Novelom Uredbe⁴⁵ koja je stupila na snagu 31. svibnja 2014. godine definirani su načini na koje CERP može prodavati dionice na uređenom tržištu. On to može učiniti na dva načina: putem trgovine unutar knjige ponuda, u modalitetu redovite trgovine i/ili u modalitetu dražbe te putem trgovine izvan knjige ponuda, kroz blok-

⁴⁵ Uredba o izmjeni i dopuni Uredbe o načinu prodaje dionica i poslovnih udjela, Narodne novine, br. 66/14

transakcije ili putem javne dražbe. Ti oblici prodaje uređeni su Pravilima Zagrebačke burze (u daljnjem tekstu: Pravila ZSE),⁴⁶ s obzirom na to da je Zagrebačka burza dužna i ovlaštena urediti „vrste i načine trgovanja“ temeljem čl. 294. st. 3. t. 3. ZTK-a.⁴⁷

Čl. 169. Pravila ZSE razlikuje dvije osnovne vrste trgovina, onu unutar knjige ponuda i onu izvan knjige ponuda.

Prema čl. 170. Pravila ZSE, trgovina unutar knjige ponuda može biti u modalitetu redovite trgovine i u modalitetu dražbe, dok prema čl. 171. Pravila ZSE trgovina izvan knjige ponuda može biti blok-transakcija ili javna dražba.

Prodaja dionica u modalitetu redovite trgovine provodi se u dvije etape, čija trajanja određuje Burza. Prva je etapa predotvaranje, dok je druga etapa kontinuirana trgovina (s dražbama uravnoteženja). Svrha je etape predotvaranja, utvrđivanje što realnije i reprezentativnije cijene određenoga financijskog instrumenta u trgovinskom danu (čl. 175. Pravila ZSE). Tijekom predotvaranja članovi unose ponude u trgovinski sustav, a transakcije se sklapaju na kraju predotvaranja po jedinstvenoj cijeni – cijeni otvaranja.⁴⁸ Ponude koje se ne izvrše u etapi predotvaranja ostaju u trgovinskom sustavu. Nakon otvaranja kontinuirane trgovine članovima je omogućen neprestan unos novih ponuda, odnosno povlačenje ili mijenjanje postojećih ponuda. U etapi kontinuirane trgovine trgovinski sustav neprekidno uspoređuje unesene ponude i kada je to moguće automatski spaja ponude u transakcije, sukladno njihovu redoslijedu u knjizi ponuda (čl. 180. Pravila ZSE).

U modalitetu dražbe transakcije se sklapaju putem postupka istovjetnoga postupku predotvaranja.⁴⁹

Prodaja dionica putem blok-transakcija uređena je čl. 233.-235. Pravila ZSE. Blok-transakcija može se sklopiti između dva člana Burze ili jednoga člana Burze. Sukladno izričitoj odredbi blok-transakcije mogu se sklopiti po cijenama koje su izvan ograničenja promjene cijene i ograničenja unosa cijene u ponudi. Blok-transakcija sklapa se razmjenom poruka putem trgovinskog sustava.⁵⁰

Kod blok-transakcija, svi elementi moraju biti poznati unaprijed. Iako se cijena kod bloka ne formira na tržištu niti prikupljanjem više ponuda, provedba blok-transakcije u ovom posebnom slučaju ipak je određena početnom cijenom koju naznačuje već i Uredba. Međutim, kod određivanja početne cijene Uredba pravi razliku kada se dionicama trgovalo u posljednja tri mjeseca koji prethode donošenju

46 Dostupno na: <http://www.zse.hr/userdocsimages/legal/PravilaIzmjene2014/ProcisceniNesluzbeniTekstPravila.pdf> (posjećeno 11.12.2014.).

47 Temelj za donošenje Pravila ZSE nalazi se u čl. 294. st. 1. ZTK-a.

48 Sukladno čl. 176. st. 2. Pravila ZSE izračun cijene otvaranja odvija se u najviše tri koraka i to na način da se svakomu sljedećem koraku pristupa samo ako se cijena otvaranja nije mogla izračunati u prethodnom koraku. Koraci izračuna cijene otvaranja su: 1. određivanje maksimalne količine, 2. određivanje minimalnog iznosa preostale količine i 3. izračun prosječne cijene.

49 Temeljem obveze iz čl. 184. Pravila ZSE Burza je dužna svakoga prvoga petka u tromjesečju, na temelju podataka o trgovini iz prethodnog tromjesečja, objaviti listu dionica kojima će se trgovati u modalitetu dražbe. Tu listu Burza je dužna dostaviti članovima i objaviti na svojim internetskim stranicama.

50 Ako bi trgovina dionicama bila privremeno obustavljena blok-transakcija ne bi se mogla sklopiti (čl. 235. Pravila ZSE).

odluke o prodaji u odnosu na slučaj kada se dionicama nije trgovalo u tom razdoblju. U prvom slučaju, dakle kada se dionicama trgovalo u posljednja tri mjeseca koji prethode donošenju odluke o prodaji početna cijena je zadnja prosječna dnevna cijena na uređenom tržištu objavljena na web stranicama Zagrebačke burze prije davanja naloga ovlaštenom investicijskom društvu. Dalje, Uredba predviđa mogućnost korekcije cijene koja se može činiti svakih pet trgovinskih dana ako se u tom roku ne ostvari prodaja po utvrđenoj početnoj cijeni. Valja naglasiti da se korekcija vrši spuštanjem cijene sukladno ponudi i potražnji na tržištu, ali ne više od po 3 % do konačne prodaje ili promjene načina raspolaganja. U drugom slučaju, dakle kada se dionicama nije trgovalo u posljednja tri mjeseca koji prethode donošenju odluke, početna cijena je zadnja poznata prosječna dnevna cijena na uređenom tržištu objavljena na web stranicama Zagrebačke burze prije davanja naloga ovlaštenom investicijskom društvu. I u ovom slučaju Uredba predviđa mogućnost korekcije cijene svakih pet trgovinskih dana ako se u tom roku ne bi ostvarila prodaja po utvrđenoj početnoj cijeni. Međutim, u ovom se slučaju može vršiti korekcija cijene na niže, ali ne više od po 6 % do konačne prodaje ili promjene načina raspolaganja. I u jednom i u drugom slučaju odluku o početnoj cijeni dionica koje se prodaju na uređenom tržištu kapitala donosi ravnatelj CERP-a ili upravno vijeće CERP-a, odnosno Vlada RH na prijedlog DUUDI-ja ovisno o nominalnoj vrijednosti dionica, odnosno radi li se o društvu od posebnog interesa za RH.

Kako blok-transakcije ne podliježu obvezi pred-transparentnosti, podatci u blok-transakciji dostupni su isključivo stranama koje u njoj sudjeluju, sve dok se transakcija ne izvrši. Nakon izvršenja podatci o transakciji postaju dostupni svim korisnicima sustava i javno se objavljuju.

Trgovinski priručnik⁵¹ govori o tome da je temeljem čl. 234. st. 2. Pravila ZSE, Burza ovlaštena odrediti minimalnu veličinu i druge parametre blok-transakcija određenim financijskim instrumentima. Tako navodi da je blok-transakcija dogovorena privatno, a sklopljena putem trgovinskog sustava Burze. Minimalna veličina blok-transakcija za dionice iznosi 2.000.000,00 kn. Zbog velikoga bloka, ovaj oblik prodaje prikladan je samo za velike investitore poput mirovinskih fondova i drugih kvalificiranih ulagatelja. Kako prodaju putem blok-transakcija obavlja investicijsko društvo, ono upravlja cijelim procesom prodaje, pa iako se ovaj oblik trgovanja odvija na tržištu, on na tržištu nije oglašen, što ograničava krug mogućih ponuđača.

Nedostatak transparentnosti ovog oblika trgovanja potvrđuje odluka regulatora. HANFA je na sjednici Upravnog vijeća održanoj 7. ožujka 2014. godine donijela Rješenje kojim je Zagrebačkoj burzi na njezin zahtjev, temeljem čl. 334. st. 2. ZTK-a odobrila izuzeće od obveze transparentnosti prije trgovanja iz čl. 333. st. 3. ZTK-a, za blok-transakcije dionicama i obveznicama na uređenom tržištu.⁵²

Drugi modalitet prodaje izvan knjige naloga - javna dražba, uređena je u čl. 236.-251. Pravila ZSE. Temeljem izričite odredbe, javna dražba je postupak koji

51 Trgovinski priručnik ZSE, dostupno na: http://www.zse.hr/userdocsimages/legal/Trgovinski_prirucnik-2014-04-16-final.pdf (posjećeno 18.12.2014.).

52 Rješenje o izuzeću od obveze transparentnosti, KLASA: UP/I-451-04/13-40/1, URBROJ: 326-771-14-31, dostupno na: <http://www.zse.hr/userdocsimages/legal/RjesenjeAgencije-o-izuzecu-od-obveze-trans.pdf> (posjećeno 18.01.2015.).

se odvija putem trgovinskog sustava u kojemu ponuditelj pod unaprijed određenim uvjetima daje ponudu na sklapanje ugovora kojim stječe, daje ili prenosi vlasništvo ili neko drugo pravo nad predmetom ili predmetima dražbe, a sudionici dražbe se, sukladno pravilima dražbe, međusobno nadmeću za prihvaćanje te ponude. Javna se dražba za razliku od blok-transakcija odvija putem trgovinskog sustava pa time jamči pristup svim prikladnim dražbovateljima pod istim dražbovnim uvjetima.

Pravila ZSE omogućavaju i selekciju sudionika dražbe. Sudionici dražbe mogu biti sve osobe koje propisima RH ili unaprijed određenim uvjetima javne dražbe nisu izričito isključene. To znači da se uvjetima dražbe mogu za pristup dražbovanju postavljati određeni uvjeti koji se tiču dražbovatelja.

Dakle, u postupku javne dražbe dopušteno je unaprijed propisati uvjete za stjecanje dionica kao i definirati osobe koje mogu sudjelovati u postupku dražbe. Utoliko je ovaj oblik prodaje povoljniji za izdavatelja jer omogućava definiranje uvjeta za sudjelovanje na javnoj dražbi.

Za razliku od blok-transakcija, javna dražba je događaj koji je unaprijed oglašen pa je time i poznat investicijskoj javnosti. To sa stajališta prodavatelja svakako povećava mogući krug kupaca, a time i njihovo natjecanje za bolju cijenu. Dan održavanja javne dražbe određuje se oglasom naručitelja čiji su sastavni dio parametri dražbe.⁵³ Oglas kojim se najavljuje javna dražba mora biti objavljen u najmanje jednim dnevnim novinama dostupnima na cijelomu području RH najmanje sedam dana prije dana održavanja dražbe. Burza također mora objaviti oglas na svojim internetskim stranicama. Član koji zastupa potencijalnoga kupca u razdoblju unosa ponuda na kupnju unosi ponude uz određene Pravilima definirane parametre. Ako bi početna cijena bila viša od dražbovnog koraka, član koji zastupa potencijalnog kupca mora u postupku dražbovanja unijeti ponudu čija cijena odgovara najmanje početnoj cijeni dražbovanja ili početnoj cijeni uvećanoj za iznos dražbovnog koraka ili njegovom višekratniku.⁵⁴ Ako bi član u postupku dražbovanja unio cijenu nižu od početne, dužan je tu ponudu izmijeniti.

Što se tiče odabira najboljeg ponuđača, Pravila ZSE sadrže izričitu odredbu prema kojoj najbolju ponudu odabire trgovinski sustav Burze na način da se ponuda na prodaju zatvori s najpovoljnijom ponudom na kupnju (čl. 248. Pravila ZSE). Na taj način se onemogućava pristranost ili pogodovanje određenih sudionika dražbe. O rezultatima javne dražbe ili o njenom eventualnom neuspjehu Burza obavještava članove i javnost putem svojih internetskih stranica. Temeljem izričite odredbe Pravila ZSE Burza je ovlaštena, radi ispunjenja obveza po pravnim poslovima sklopljenima u postupku javne dražbe, zatražiti od članova koji zastupaju sudionike u javnoj dražbi

53 Parametre dražbe određuje i za njihovu točnost odgovara ponuditelj. Parametrima dražbe određuje se: 1. predmet dražbe, 2. količina predmeta dražbe, 3. početna cijena, 4. tip dražbe (s varijabilnim ili fiksnim završetkom), 5. korak promjene cijene (dražbovni korak) i 6. druge veličine ili podatci važni za tijek dražbe (čl. 242. Pravila ZSE).

54 Ako su u postupku dražbovanja unesene samo ponude u kojima je cijena određena na protivan način, Burza će poništiti javnu dražbu, a članovima koji su prouzročili poništenje dražbe, izreći će se mjera zaštite tržišta. O poništenju javne dražbe kao i o danu ponovnog održavanja javne dražbe Burza obavještava članove i javnost putem svojih internetskih stranica. Naknadu za organiziranje javne dražbe snose članovi koji su prouzročili poništenje javne dražbe.

da kod Burze polože sredstva osiguranja koje odredi Burza u dogovoru s naručiteljem.

Iz naprijed navedenog proizlazi da je javna dražba transparentniji modalitet trgovanja jer unaprijed obavještava investicijsku javnost koja se može natjecati pod istim dražbovnim uvjetima. Najbolju ponudu odabire sam trgovinski sustav, pa je u tom smislu neutralna, i nepogodujuća za ikoga. Pristup trgovanju putem blok-transakcija rezerviran je samo za one ulagatelje koji su spremni otkupiti blok u vrijednosti dva milijuna kuna, a prodaja se odvija između članova Burze.⁵⁵

Zakonom i Uredbom izričito je propisano da CERP izlaže dionice društva na uređeno tržište kapitala putem ovlaštenog investicijskog društva kojega izabire na temelju javno objavljenog natječaja.⁵⁶ Ovlašteno investicijsko društvo prodaje dionice na uređenom tržištu kapitala sukladno uvjetima i nalogima CERP-a te je dužno nakon realizacije prodaje dionica dostaviti CERP-u izvješće o prodaji (čl. 40. st. 11. i 12. Zakona i čl. 43. st. 5. i 6. Uredbe).

3.5. Prodaja dionica iz portfelja RH prihvatom ponude u postupku preuzimanja dioničkih društava

Preuzimanje je postupak koji ima za cilj stjecanje kontrole nad dioničkim društvom. Valja istaknuti da će osoba koja stekne kontrolu nad društvom imati kontrolu nad donošenjem ključnih odluka u poslovanju društva, a to će se ujedno odraziti i na interese ne samo drugih dioničara koji tu kontrolu nemaju, već i na interese šireg kruga osoba, interese zaposlenika, dobavljača, kreditora, klijenata, interese lokalne zajednice kao i gospodarstva u cjelini. Dioničar koji stekne kontrolu nad društvom značajno utječe na položaj ostalih dioničara u društvu, koji kao manjinski dioničari, zaslužuju odgovarajuću zaštitu. Istaknutu je namjeru zakonodavac pretočio u odredbe Zakona o preuzimanju dioničkih društava⁵⁷ (dalje u tekstu: ZPDD) koji, između ostaloga, štiti manjinske dioničare na način da potencijalnom stjecatelju kontrole nameće obvezu objavljivanja ponude za preuzimanje u trenutku stjecanja određenoga postotka glasačkih prava u društvu, čime se manjinskim dioničarima daje mogućnost „izlaska“ iz društva pod puno povoljnijim uvjetima.⁵⁸ Hrvatski se zakonodavac opredijelio za prag od 25 % dionica s pravom glasa,⁵⁹ čijim prelaskom nastaje obveza objavljivanja

55 Jedan član Burze može djelovati tako da: a) trguje za vlastiti račun s drugim članom koji djeluje za račun klijenta; b) trguje s drugim članom, pri čemu oba izvršavaju naloge za vlastiti račun; c) djeluje kako za račun kupca tako i za račun prodavatelja; d) djeluje za račun kupca, dok drugi član djeluje za račun prodavatelja; e) trguje za vlastiti račun izvršavajući nalog klijenta.

56 Javni natječaj za izbor ovlaštenog investicijskog društva objavljuje se najmanje u jednom od visokotiražnih domaćih dnevnih listova i na web stranici CERP-a.

57 Zakon o preuzimanju dioničkih društava, Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13.

58 Preuzimanje dioničkih društava u europskom je pravu uređeno odredbama Direktive o ponudama za preuzimanje. 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., p. 12-23.

59 Sa stjecanjem dionica s pravom glasa hrvatski je zakonodavac izjednačio i stjecanje drugih vrijednosnih papira koje njihovom imatelju omogućavaju stjecanje dionica ciljnog društva, primjerice *call* opcija. Navedeno je uređenje u skladu s uređenjem u Direktivi o ponudama za preuzimanje, budući da je tekst Direktive okvirnog karaktera te predstavlja samo minimum

ponude za preuzimanje. Objašnjenje zašto je izabran prag od 25 % dionica s pravom glasa, tvorci Zakona o postupku preuzimanja dioničkih društava⁶⁰ nalaze u tvrdnji da raspolaganje s više od 25 % glasova u glavnoj skupštini dioničkoga društva otvara mogućnost blokade, odnosno zaustavljanja donošenja nekih bitnih odluka toga organa društva.⁶¹ Smatramo da je riječ o prenisko određenom pragu budući da ti glasovi sami po sebi nisu dovoljni da bi njihov nositelj mogao stvarno kontrolirati društvo.⁶²

Ako dioničar ne drži dionice kojima prelazi kontrolni prag, a namjerava steći kontrolu nad društvom on može objaviti dobrovoljnu ponudu za preuzimanje. U tom će slučaju o namjeri objavljivanja ponude biti dužan dostaviti obavijest HANFI, ciljnom društvu te ponudu bez odgode objaviti.

RH kao dioničar ciljnoga društva može prihvatiti ponudu i na takav način prodati dionice koje drži u svom portfelju.⁶³ Odluku o prihvatu ponude, sukladno čl. 46. st. 2. Uredbe, donosi ravnatelj CERP-a ako je nominalna vrijednost dionica do uključivo jedan milijun kuna ili upravno vijeće CERP-a ako je nominalna vrijednost veća od jedan milijun kuna, odnosno Vlada RH na prijedlog DUUDI-ja ako je riječ o prodaji dionica društva od posebnog interesa za RH.

3.6. Prodaja dionica iz portfelja RH istiskivanjem manjinskih dioničara

Zakon u čl. 40. st. 14. te Uredba u čl. 47. kao način prodaje dionica iz portfelja RH predviđaju prijenos dionica u postupku istiskivanja manjinskih dioničara sukladno odredbama ZTD-a.

ZTD u čl. 300.f. – 300.k. sadrži odredbe o pravu prijenosa dionica manjinskih dioničara (*squeeze out*).⁶⁴ Sukladno čl. 300.f. ZTD-a glavna skupština može na zahtjev

reglemana koji su države članice dužne prenijeti u svoja nacionalna zakonodavstva.

60 Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava, Narodne novine, br. 124/97.

61 Vidi obrazloženje uz Konačni prijedlog Zakona o postupku preuzimanja dioničkih društava koji je donesen 1997. godine.

62 Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, *Pravo u gospodarstvu*, god. 42., sv. 4., srpanj, 2003., str. 47.-48., ističe da dioničar koji kontrolira više od 25 % glasova u društvu može spriječiti donošenje onih odluka za koje je propisana kvalificirana tročetvrtinska većina glasova na skupštini zastupljenoga kapitala. Međutim, ti mu glasovi nisu dovoljni za nametanje donošenja odluka. Isto stajalište zauzima i Petrović, Siniša, Neka pitanja prometa dionica kod preuzimanja dioničkog društva, *Hrvatska pravna revija*, br. 8., 2002., str. 22. Sukladno Studiji izrađenoj za potrebe Europske komisije o primjeni Direktive o ponudama za preuzimanje koja je objavljena 2011. godine većina ispitanika podržala je prag od 30 % glasačkih prava, kao prag čijim bi prelaskom trebala nastati obveza objavljivanja ponude za preuzimanje. Istraživanje je provedeno u razdoblju od 12. kolovoza do 30. rujna 2011. godine. Dostupno na: <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2011/nov11/31663.pdf> (posjećeno 30.12.2014.).

63 Objavljena ponuda za preuzimanje traje 28 dana. Međutim, taj rok se može produžiti u slučaju objave izmjene ponude za preuzimanje ili objave konkurentske ponude. Krajnji rok trajanja ponude za preuzimanje ne može biti duži od 60 dana od dana objave prve ponude za preuzimanje (čl. 28. ZPDD-a).

64 Navedene su odredbe u hrvatsko zakonodavstvo uvedene izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2003. godine, a počele su se primjenjivati 1. siječnja 2004. godine. Ove su odredbe izmijenjene i dopunjene Novelom ZTD-a iz 2009. godine.

dioničara koji ima dionice koje se odnose na najmanje 95 % temeljnog kapitala društva (glavnog dioničara)⁶⁵ donijeti odluku na temelju koje mu se prenose dionice manjinskih dioničara uz plaćanje primjerene otpremnine u novcu.⁶⁶

Budući da zakon u konkretnom slučaju ne propisuje posebnu većinu za donošenje ove odluke na glavnoj skupštini ona odluku donosi običnom većinom glasova. Statutom bi se mogla propisati veća većina ili ispunjenje dodatnih pretpostavki.

Posebno se valja osvrnuti na obvezu glavnog dioničara isplatiti manjinskim dioničarima primjerenu otpremninu u novcu. Značajno je da, prema odredbama ZTD-a, visinu primjerene otpremnine određuje sam glavni dioničar koji pri tom mora uzeti u obzir prilike društva u vrijeme donošenja odluke glavne skupštine, a za što su mu uprava društva odnosno izvršni direktori ako je društvo prihvatilo monistički ustroj, dužni dati na uvid svu potrebnu dokumentaciju i pružiti potrebna objašnjenja.⁶⁷ Temeljem ovlaštenja iz Uredbe CERP je ovlašten radi ocjene primjerenosti iznosa otpremnine koju je odredio glavni dioničar angažirati ovlaštenu osobu primjenjujući na odgovarajući način odredbe čl. 4. i 5. Uredbe, koja je onda dužna izraditi procjenu vrijednosti društva te dati mišljenje o primjerenosti iznosa otpremnine koju je odredio glavni dioničar (čl. 47. st. 2. i 3. Uredbe).

Temeljem čl. 300.g. st. 2. ZTD-a na iznos otpremnine obračunava se kamata u visini eskontne stope Hrvatske narodne banke uvećane za pet postotnih poena za vrijeme od upisa odluke glavne skupštine o prijenosu dionica u sudski registar pa

65 Koliki udio pripada dioničaru određuje se kod društava kapitala na temelju odnosa nominalnog iznosa udjela koji mu pripada prema ukupnom temeljnom kapitalu drugoga društva, a ako je to društvo izdalo dionice bez nominalnoga iznosa brojem tih dionica koje mu pripadaju. Vlastite udjele društva treba odbiti od temeljnoga kapitala. S tim se udjelima izjednačuju udjeli koji pripadaju nekome drugome tko ih drži za račun toga društva (čl. 474. st. 2. ZTD-a).

66 Glavni dioničar postavlja zahtjev za sazivanje glavne skupštine upravi društva pri čemu nije propisan oblik u kome on to mora učiniti. Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2013., str. 446., ističe da bi on to mogao učiniti i u usmenom obliku ili pak konkludentnom radnjom, ali ipak preporuča da bi trebalo inzistirati na pisanom obliku postavljanja zahtjeva za sazivanje glavne skupštine. Ujedno naglašava da uprava odlučuje o sazivanju glavne skupštine te nije obvezna zatražiti suglasnost nadzornog odbora. Međutim, ističe da se statutom ili odlukom nadzornog odbora može zahtijevati traženje navedene suglasnosti.

67 Sukladno načelu jednakoga položaja dioničara iznos otpremnine mora za sve dioničare biti jednak. Eventualne razlike mogle bi se pojaviti ako su na dionicama zasnovani tereti. Vezano uz izbor metode procjene smatramo da je potrebno primijeniti dinamičku metodu jer društvo ne prestaje prijenosom dionica manjinskih dioničara glavnom dioničaru, nego nastavlja s poslovanjem. Vidi više kod Barbić, Jakša, op. cit., str. 447., gdje ističe da ako dionica ima burzovnu cijenu istu treba smatrati donjom granicom njezine vrijednosti po kojoj bi se odredila otpremnina. Također je potrebno imati na umu i činjenicu da će takve dionice rijetko pobuđivati zanimanje na tržištu, prvenstveno zbog takve strukture članskih prava. Markovinović, Ivana, Squeeze out (prijenos dionica manjinskih dioničara), Pravo i porezi, br. 7, 2007., str. 39. O sudskoj praksi o pitanju otpremnine kod *squeeze outa* više vidjeti kod Čulinović Herc, Edita, Zubović Antonija, Open Issues of the Squeeze out Right in Croatian and EU Court Practices, u Bodiroga Vukobrat, Nada, Sander, Gerald, G., Rodin, Siniša (ur.), Legal Culture in Transition – Supranational and International Law Before National Courts, Logos Verlag Berlin, 2013., str. 159.-180.

do isplate manjinskim dioničarima.⁶⁸ Dalje je propisana obveza glavnog dioničara predati izjavu banke kojom ona solidarno jamči da će on manjinskim dioničarima isplatiti otpremninu uvećanu za pripadajuće kamate bez odgađanja po upisu odluke glavne skupštine u sudski registar. Navedenom se odredbom štite manjinski dioničari. U Zakonu je također propisan rok plaćanja, a to je bez odgađanja nakon upisa odluke glavne skupštine u sudski registar, što bi značilo da tražbina dopijeva idući dan nakon upisa odluke u sudski registar. Manjinski su dioničari ovlašteni postaviti zahtjev za isplatu otpremnine banci i prije nego što postave zahtjev glavnom dioničaru.⁶⁹ Ako glavni dioničar ne bi dostavio upravi društva traženu izjavu ona ne bi bila dužna sazvati glavnu skupštinu. Ako bi ona ipak sazvala glavnu skupštinu odluka koja bi bila donesena na njoj bila bi pobojna.⁷⁰

Sve dionice manjinskih dioničara prenijet će se glavnom dioničaru u trenutku upisa odluke o prijenosu dionica u sudski registar (čl. 300. j. st. 3. ZTD-a). Sukladno navedenoj odredbi upis je konstitutivnog karaktera. Zakon dalje propisuje da ako su za dionice izdane isprave, u njih se do prijenosa isprava glavnom dioničaru upisuje zahtjev manjinskih dioničara za isplatom otpremnine. Navedena je odredba unesena u Zakon radi osiguranja da u slučaju daljnjeg prijenosa dionica novi stjecatelj preuzima i obvezu isplate otpremnine.⁷¹

Valja istaknuti da Zakon o upravljanju i raspolaganju državnom imovinom kao i Uredba govore samo o mogućnosti korištenja ovog modaliteta prodaje primjenom odredaba ZTD-a te u svojim odredbama ne spominju mogućnost isključenja manjinskih dioničara u postupku preuzimanja. ZPDD uređuje pravo prijenosa dionica manjinskih dioničara (*squeeze out*) u čl. 45. Sukladno izričitoj zakonskoj odredbi na postupak prijenosa dionica manjinskih dioničara (*squeeze out*) nakon ponude za preuzimanje ne primjenjuju se odredbe o prijenosu dionica manjinskih dioničara sadržane u ZTD-u. Između isključenja manjinskih dioničara prema odredbama ZTD-a i s druge strane prema odredbama ZPDD-a postoje značajne razlike. Dok s jedne strane ZTD govori o

68 Novelom ZTD-a iz 2009. godine ova je odredba izmijenjena na način da se je povećao iznos postotnih poena s dva, koliko je iznosio prema Noveli ZTD-a iz 2003. godine, na pet postotnih poena, čime je pružena veća zaštita manjinskim dioničarima. Dakle, primjenjivat će se individualan obračun u odnosu na svakog manjinskog dioničara ovisno o vremenu kada im se vrši isplata. Ujedno, glavni dioničar odgovara za eventualnu drugu štetu koja bi mogla nastati manjinskom dioničaru.

69 Iveković, Branimir, *Squeeze-out – prijenos dionica manjinskih dioničara, Pravo i porezi*, br. 11., 2004., str. 51.

70 Prema presudi Visokog zemaljskog suda Frankfurta na Majni od 19. srpnja 2005. godine – 5 U 134/04; rkr.), *Der Betrieb*, 51-52/2005, str. 2807., Düsseldorf, Njemačka, nije ništetna odluka glavne skupštine o isključenju manjinskih dioničara ako je podnesena nepropisna jamstvena izjava kreditnog instituta. U konkretnom slučaju glavna skupština je donijela odluku o prijenosu dionica manjinskih dioničara na glavnog dioničara koji je držao 99,93 % dionica uz odobrenje primjerene otpremnine u novcu u visini od 20 eura po dionici. Odluka je upisana u sudski registar 9. listopada 2002. godine. Tužitelji su podnijeli tužbu 17. veljače 2004. godine kojom su zahtijevali utvrđenje ništetnosti te odluke. Naveli su sljedeće: „Ako se tužena poziva na bankarsku garanciju D. Banke AG poslovnica Bruxelles s datumom 19. srpnja 2002. godine to ne udovoljava propisanim zahtjevima jer izjavu nije izdao kreditni institut koji je zakonom ovlašten na poslovanje.“ Sud je tužbu odbio.

71 Barbić, Jakša, op. cit., str. 455., naglašava da postoji i obveza banke da to učini.

držanju 95 % temeljnog kapitala društva, ZPDD govori o 95 % dionica s pravom glasa pri čemu se dionicama ponuditelja pribrajaju i dionice s pravom glasa osoba koje s njim djeluju zajednički.⁷² Dalje, isključenje manjinskih dioničara primjenom odredaba ZPDD-a može se ostvariti u prekluzivnom roku od tri mjeseca od isteka roka trajanja ponude za preuzimanje. Prema odredbama ZTD-a glavnom se dioničaru prenose sve dionice društva, dok se kod isključenja manjinskih dioničara prema odredbama ZPDD-a ponuditelju prenose dionice s pravom glasa manjinskih dioničara. Stoga ako u društvu postoje i povlaštene dionice bez prava glasa one mu se u ovom slučaju neće prenijeti, već ostaju povlaštenim dioničarima.⁷³ Značajna je i razlika u pogledu naknade (cijene) koju je stjecatelj dužan platiti za stjecanje dionica. Kod isključenja dioničara primjenom odredaba ZPDD-a ponuditelj je dužan platiti pravičnu naknadu pod kojom se smatra cijena ponuđena u ponudi za preuzimanje⁷⁴ uvećanu za razliku u cijeni ako ponuditelj ili osoba koja s njim djeluje zajednički nakon proteka roka trajanja ponude za preuzimanje stekne dionice ciljnog društva koje su bile predmet ponude po cijeni koja je viša od cijene iz ponude.

Smatramo da je potrebno proširiti odredbu čl. 40. st. 14. Zakona te odredbu čl. 47. Uredbe na način da se kao modalitet prodaje dionica iz portfelja RH predvidi i isključenje manjinskih dioničara sukladno odredbama ZPDD-a, ako se taj postupak dogodi nastavno na postupak preuzimanja.

3.7. Prodaja dionica iz portfelja RH neposrednom prodajom

Neposredna prodaja kao modalitet prodaje dionica iz portfelja RH može se koristiti samo ako u postupku javnog nadmetanja i postupku javnog prikupljanja ponuda, CERP nije zaprimio niti jedno pismo interesa na tri uzastopno objavljena javna poziva za iskazivanje interesa za kupnju dionica društva. Postupak neposredne prodaje je postupak u kojem se potencijalni kupci nadmeću za kupnju ponuđenih dionica na način da se provodi postupak diskontiranja utvrđene početne cijene, takozvanim nadmetanjem prema „dolje“ sniženjem početne cijene uz cjenovni korak nadmetanja (čl. 49. st. 1. Uredbe).

U odredbi čl. 48. st. 2. Uredbe daje se pravo CERP-u kontaktirati predstavnike društva čije su dionice predmet prodaje, druge dioničare te zaposlenike društva čije su dionice predmet prodaje, potencijalne investitore koji su ranije iskazali interes za društva u srodnoj djelatnosti te po potrebi druge potencijalno zainteresirane radi pokretanja postupka neposredne prodaje. Vezano uz istaknutu odredbu valja se osvrnuti na mogućnost koja je dana CERP-u kontaktirati predstavnike društva čije su dionice predmet prodaje. Postavlja se pitanje što se misli pod pojmom „predstavnici društva“,

72 Zajedničko djelovanje izričito je uređeno u čl. 5. ZPDD-a.

73 Međutim, ZPDD proširuje primjenu ovoga prava i na povlaštene dionice bez prava glasa izričito propisujući da ako su predmetom ponude za preuzimanje bile i povlaštene dionice bez prava glasa, a nakon ponude za preuzimanje ponuditelj i osobe koje s njim djeluju zajednički drže najmanje 95 % takvih dionica, ponuditelj u roku od tri mjeseca od isteka roka trajanja ponude za preuzimanje ima pravo i na prijenos takvih dionica manjinskih dioničara. Dakle i u slučaju povlaštenih dionica bez prava glasa postavljen je isti prag i rok za ostvarivanje ovoga prava.

74 Cijena u ponudi za preuzimanje uređena je čl. 16. ZPDD-a.

odnosno jesu li ovim pojmom obuhvaćeni članovi uprave ili i druge osobe koje su ovlaštene zastupati društvo, te primjenjuje li se ova odredba i na članove nadzornog odbora? Valja istaknuti da treba razlikovati zastupanje od predstavljanja. Pojam predstavljanja se u hrvatskom pravu koristi u procesnim propisima kojima se uređuje kaznena i prekršajna odgovornost pravnih osoba.⁷⁵ Iako se u odredbi Uredbe ne radi o spretno pravno sročenom terminu, autorice su mišljenja da bi pojam „predstavnicu društva“ trebalo široko tumačiti što bi obuhvaćalo sve članove svih organa u društvu. Takvo je stajalište u skladu s namjerom koja se želi postići propisanom odredbom, odnosno da se o neposrednoj prodaji obavijesti što širi krug potencijalnih ulagatelja.

Kako bi se odredila početna cijena za prodaju, CERP će izvršiti procjenu vrijednosti društva, ali tek nakon što potencijalni kupci pisanim putem iskažu interes za sudjelovanje u postupku neposredne prodaje. Odluku o početnoj cijeni, uvjetima i načinu organizacije postupka neposredne prodaje donosi ravnatelj CERP-a ako se prodaju dionice čiji su nominalni iznosi do uključivo jedan milijun kuna, odnosno upravno vijeće CERP-a, na prijedlog ravnatelja CERP-a, ako je nominalna vrijednost dionica veća od jedan milijun kuna. Ako se radi o društvima koja su društva od posebnog interesa za RH, odluku donosi Vlada RH na prijedlog DUUDI-ja. Temeljem ovlaštenja iz Uredbe, ravnatelj CERP-a odnosno Upravno vijeće CERP-a mogu, kada to ocijene opravdanim, odrediti najnižu cijenu ispod koje se dionice ne mogu prodati u postupku neposredne prodaje.⁷⁶

Uredbom su propisani uvjeti za sudjelovanje u postupku neposredne prodaje. Dakle, da bi potencijalni kupci mogli sudjelovati u ovom postupku oni moraju prijaviti svoje sudjelovanje u postupku najkasnije tri dana prije održavanja postupka neposredne prodaje te izvršiti uplatu jamčevine u iznosu 10 % početne cijene dionica koja mora biti evidentirana na računu CERP-a najkasnije tri dana prije održavanja postupka neposredne prodaje (čl. 50. Uredbe).

Ugovor o prijenosu i prodaji dionica sklapa se s kupcem koji prihvati najvišu isključnu cijenu. Ako bi više kupaca istovremeno prihvatilo najvišu isključnu cijenu postupak neposredne prodaje nastavlja se na način da se s tim kupcima započinje postupak povećanja prihvaćene isključne cijene. Kupac koji prihvati najvišu isključnu cijenu dužan je sklopiti ugovor o prodaji i prijenosu dionica u roku od osam dana od dana održavanja postupka neposredne prodaje te platiti kupovnu cijenu jednokratno u roku od tri dana od dana sklapanja ugovora.

75 Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, Narodne novine, br. 151/03, 110/07, 143/12 i Prekršajni zakon, Narodne novine br. 107/07, 39/13, 157/13. Iznimku predstavlja Zakon o zadrugama, Narodne novine, br. 34/11, 125/13, 76/14, koji u čl. 27. propisuje da upravitelj predstavlja zadrugu i Zakon o kreditnim unijama, Narodne novine, br. 141/06, 25/09, 90/11, koji u čl. 15. propisuje da kreditnu uniju predstavlja njezina uprava. Vidi više kod Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 2008., str. 392.

76 Utvrđena najniža cijena predstavlja poslovnu tajnu, ne objavljuje se javno, već se u zatvorenoj oмотnici predaje predsjedniku Povjerenstva za provedbu postupka neposredne prodaje na početku postupka neposredne prodaje (čl. 53. st. 5. Uredbe i čl. VI. Upute za provedbu postupka neposredne prodaje kao načina prodaje dionica i poslovnih udjela, dostupno na: <http://server62.globaldizajn.hr/cerp.hr/UserDocsImages/Upute%20za%20provedbu%20postupka%20neposredne%20prodaje%20kao%20na%C4%8Dina%20prodaje%20dionica%20i%20poslovnih%20udjela.pdf> (posjećeno 12.12.2014.).

Ako ne bi došlo do realizacije prodaje korištenjem modaliteta neposredne prodaje može se organizirati novi postupak neposredne prodaje, ali tek po proteku najmanje tri mjeseca od dana održavanja postupka neposredne prodaje ili se može pristupiti promjeni načina raspolaganja dionicama (čl. 54. Uredbe).

4. UTJECAJ PROPISA O KONTROLI DRŽAVNIH POTPORA NA ODABIR MODALITETA PRODAJE DIONICA IZ PORTFELJA RH

Pri odabiru modaliteta prodaje za prodaju dionica iz svog portfelja država mora voditi računa o kriterijima za dodjelu dopuštenih državnih potpora, odnosno treba paziti da se otuđenje dionica iz njezinog portfelja ne dovede u svezu s državnim potporama. Čl. 107. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU) propisuje uvjete koje treba ispuniti određena mjera, i to kumulativno, da bi bila smatrana državnom potporom te na takav način nespojiva sa zajedničkim tržištem. Ti su uvjeti sljedeći: 1. da je prednost dana od države članice ili kroz državna sredstva u bilo kojem obliku, dakle da se može pripisati državi, 2. da postoji selektivnost, tj. da prednost uživa samo određeni poduzetnik ili proizvod, 3. da se davanjem takve prednosti narušava tržišno natjecanje ili da postoji opasnost od takvog narušavanja, 4. da dana prednost utječe na međudržavnu trgovinu unutar Europske unije. U postupcima koji su vođeni pred Komisijom pojam državne potpore široko je tumačen, a takvo je stajalište zauzeo i Europski sud. Prihvaćeno je stajalište da pojam državne potpore obuhvaća sve mjere koje na bilo koji način olakšavaju gospodarski teret, dakle i omogućavaju uštedu, koju bi inače, da nema takve mjere, morao podnijeti korisnik potpore.⁷⁷

U čl. 107. st. 2. i 3. UFEU-a propisane su iznimke kojima su određene kategorije potpora spojive, odnosno mogu se proglasiti spojivima sa zajedničkim tržištem.⁷⁸

⁷⁷ Liszt, Marijana, Petrović, Siniša, Kriteriji za dodjelu dopuštenih državnih potpora, Zbornik radova sa konferencije „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije“, Čulinović Herc, Edit, Jurić, Dionis, Žunić Kovačević, Nataša (ur.), Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2011., str. 30., State-Owned Enterprises in the European Union: ensuring level playing field (report), 27 March 2013, dostupno na: http://www.esparama.lt/es_parama_pletra/failai/ESFproduktai/2_UM_valstybes-valdomos-imonos_2013-03.pdf, str. 8. (posjećeno 22.12.2014.). Zakon o državnim potporama, Narodne novine, br. 47/2014. u čl. 2. definira državnu potporu kao „stvarni i potencijalni rashod ili umanjeni prihod države dodijeljen od davatelja državne potpore u bilo kojem obliku koji narušava ili prijeti narušavanjem tržišnog natjecanja stavljajući u povoljniji položaj određenog poduzetnika ili proizvodnju određene robe i/ili usluge utoliko što utječe na trgovinu između država članica Europske unije, u skladu s člankom 107. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.“

⁷⁸ Sukladno čl. 107. st. 2. UFEU-a sljedeće su vrste potpora spojive s unutarnjim tržištem: (a) potpore socijalnog karaktera koje se dodjeljuju pojedinim potrošačima ako se to čini bez diskriminacije u odnosu na podrijetlo predmetnih proizvoda; (b) potpore za otklanjanje štete nastale zbog prirodnih nepogoda ili izvanrednih događaja; (c) potpore koje se dodjeljuju gospodarstvu određenih područja Savezne Republike Njemačke na koje je utjecala podjela Njemačke, u mjeri u kojoj je ta potpora potrebna kako bi se nadoknadile posljedice gospodarski nepovoljnijeg položaja prouzročenog tom podjelom. Pet godina nakon stupanja Ugovora iz Lisabona na snagu, Vijeće može, odlučujući na prijedlog Komisije, usvojiti odluku ostavljanju ove točke izvan snage. Sukladno čl. 107. st. 3. UFEU-a sljedeće se vrste potpora mogu smatrati

Međutim, treba imati na umu da se radi o iznimkama koje treba tumačiti restriktivno.

Kod prodaje dionica iz državnoga portfelja postavlja se pitanje može li se određena potpora ocijeniti kao neizravna državna potpora kupcu ili trgovačkom društvu čije su dionice predmet prodaje. Sukladno odredbama UFEU-a ako Komisija posumnja da je neki postupak privatizacije proveden na način da uključuje nedopuštenu državnu potporu, ona može otvoriti, tzv. istražni postupak pa ako utvrdi da je riječ o potpori može narediti povrat državne potpore.⁷⁹

Načela kojih bi se država trebala pridržavati u odбору konkretnog oblika prodaje dionica sadržana su u Vodiču koji omogućava provedbu financiranja, restrukturiranja i privatizacije državnih poduzeća na način koji je sukladan pravu koje uređuje državne potpore - *Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises*⁸⁰ (dalje u tekstu: Vodič). Iako taj dokument ne predstavlja službeno stajalište Komisije niti je obvezujući pravni akt,⁸¹ on je koristan za svaku državu članicu koja provodi proces privatizacije trgovačkih društava u kojima drži dionice, jer govori o tome koje postupke i mjere treba izbjegavati pri prodaji, kako pojedina mjera države ne bi poslije došla pod „udar“ Komisije i bila proglašena nedopuštenom državnom potporom.⁸²

U dijelu u kojem se posebno osvrće na privatizaciju poduzeća u državnom

spojivima s unutarnjim tržištem: (a) potpore za promicanje gospodarskog razvoja područja na kojima je životni standard neuobičajeno nizak ili na kojima postoji velika podzaposlenost te regija iz članka 349. s obzirom na njihovo strukturno, gospodarsko i socijalno stanje; (b) potpore za promicanje provedbe važnog projekta od zajedničkog europskog interesa ili za otklanjanje ozbiljnih poremećaja u gospodarstvu neke države članice; (c) potpore za olakšavanje razvoja određenih gospodarskih djelatnosti ili određenih gospodarskih područja ako takve potpore ne utječu negativno na trgovinske uvjete u mjeri u kojoj bi to bilo suprotno zajedničkom interesu; (d) potpore za promicanje kulture i očuvanje baštine ako takve potpore ne utječu na trgovinske uvjete i tržišno natjecanje u Uniji u mjeri u kojoj bi to bilo suprotno zajedničkom interesu; (e) druge vrste potpora koje Vijeće odredi svojom odlukom na prijedlog Komisije.

Zakon o državnim potporama, Narodne novine, br. 47/2014. u čl. 9. sadrži odredbe o državnim potporama koje su izuzete od obveze prijave Europskoj komisiji.

79 Čl. 108. UFEU-a. Sukladno čl. 13. Zakona o državnim potporama, Narodne novine, br. 47/2014., ako Europska komisija naloži povrat državne potpore Ministarstvo financija Republike Hrvatske dužno je o tome odmah obavijestiti davatelja potpore koji je onda dužan izvršiti povrat potpore.

80 *Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises*, European Commission, Commission Staff Working Document, Brussels, 10.02.2012. swd (2012) 14 final, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_en.pdf (posjećeno 10.01.2015.).

81 Cit.: „*This Guidance Paper is a European Commission staff working document for information purposes. It does not represent an official position of the Commission on this issue, nor does it anticipate such a position. It is not intended to constitute a statement of the law and is without prejudice to the interpretation of the Treaty provisions on state aid by the Court of Justice or the General Court of the European Union. Save otherwise mentioned, the principles referred to in this Guidance Paper are applicable not only to SOE, totally or partially owned by the State, but more generally to any stake or participation that a public authority may hold in a company, independently of whether the public authority effectively exercises control or not over it.*“

82 O *soft lawu* u pravu državnih potpora vidjeti više kod Liszt, Marijana, Petrović, Siniša, op. cit., str. 51-58.

vlasništvu, tzv. *state owned enterprises* (u daljnjem tekstu: SOE), Vodič ističe da je uobičajeno tržišno ponašanje *benchmark* koji se primjenjuje da bi se moglo procijeniti ponašanje država pri sklapanju trgovačkih transakcija. Da bi država u procesima pokazala da ne koristi državne potpore mora se osigurati da se ti procesi odvijaju pod tržišnim uvjetima (*on market terms*) i bez pogodovanja (*no advantage*) kupaca ili pak samog trgovačkog društva koje je predmet prodaje.⁸³

Ako država djeluje kao prodavatelj, a što će biti ako prodaje dionice iz svog portfelja, tada je mjerodavan *Market Economy Vendor Principle* (MEVP). Polazi se od pretpostavke da privatni prodavatelj koji želi prodati svoje trgovačko društvo nastoji za njega postići najbolju moguću cijenu i to bez postavljanja uvjeta koji bi mogli dovesti do pada te cijene. Kada se prodaje imovina društva u državnom vlasništvu, država članica, da bi otklonila sumnju u postojanje državne potpore, mora načelno djelovati kao prodavatelj koji posluje prema istim tržišnim principima (*market economy vendor*). On želi maksimizirati prihode, odnosno minimalizirati troškove/gubitke te prodaje. Ako se država članica ponaša drukčije, privatizacija može ukazivati na korištenje državnih sredstava kojima će se pogodovati ili kupac ili trgovačko društvo koje je predmet prodaje.

Komisija je u svom 23. Izvješću o politici tržišnog natjecanja⁸⁴ dala naznake na koji način ona tumači uvjete koje je potrebno ispuniti da bi se smatralo da se država članica ponaša kao *Market Economy Vendor* u procesima privatizacije. Kada se privatizacija provodi putem IPO-a ili prodajom dionica na burzi postoji opća pretpostavka da se prodaja obavlja prema tržišnim uvjetima, jer će prodajna cijena biti tržišna cijena, pa ne postoji obveza države članice notificirati tu prodaju Komisiji (unaprijed).

Posebno se razrađuju uvjeti koje treba ispuniti prodaja neposrednom pogodbom, dakle izvan burze. Kod ovog modaliteta prodaje, da bi se isključilo postojanje nedopuštene državne potpore, kumulativno moraju biti ispunjeni sljedeći uvjeti: ponuda mora biti stavljena svim osobama, transparentna i bez uvjeta, društvo odnosno imovina moraju biti prodani onom ponuditelju koji ponudi najvišu cijenu i ponuditelji moraju imati dovoljno vremena i informacija za donošenje odluke o kupnji. Ako navedeni uvjeti nisu ispunjeni postupak privatizacije mora se notificirati Komisiji. To se svakako mora učiniti u slučajevima prodaje nakon pregovora s jednim potencijalnim kupcem ili određenim brojem odabranih ponuditelja, zatim prodaje kod koje je došlo do otpisa potraživanja od strane države, drugog društva u državnom „vlasništvu“ ili tijela javne vlasti kao i prodaje koja je vezana uz konverziju potraživanja u kapital ili kod povećanja temeljnoga kapitala te prodaje pod uvjetima koji nisu uobičajeni u istim ili sličnim transakcijama između osoba privatnoga prava. Međutim, zaključno se ističe da niti u jednom slučaju ne smije biti diskriminacije budućeg kupca dionica

83 Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises, European Commission, Commission Staff Working Document, Brussels, 10.02.2012. swd (2012) 14 final, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_en.pdf, str. 9. (posjećeno 10.01.2015.).

84 XXIIIrd Report on competition policy 1993, dostupno na: <http://bookshop.europa.eu/en/xxiiiird-report-on-competition-policy-1993-pbCM8294650/> (posjećeno 10.01.2015.).

(ili druge imovine) na nacionalnoj osnovi.⁸⁵

Vodič nudi savjet (istaknuto kao u izvorniku): „*In order to minimize the risk that state aid is present privatisations should be carried out – when possible – by sale in the stock exchange. In the alternative, the preferred method is a competitive tender that is open, transparent and unconditional, where the highest bidder gets the assets /company.*“⁸⁶

Razrađujući dalje uvjete koje je potrebno ispuniti kada se prodaja obavlja (javnim) nadmetanjem (*competitive tender*), Vodič ističe potrebu da je prodaja dobro oglašena, u razumno dugom roku, u nacionalnom tisku i ostalim prikladnim publikacijama, a ako se žele privući investitori koji posluju na razini Europske unije tada i u publikacijama koje imaju međunarodnu cirkulaciju. Natječaj treba učiniti dostupnim i agentima koji mogu upoznati s njime svoje klijente na EU razini ili šire.⁸⁷

Ono što je otvoreno pitanje je mogu li se javnoj dražbi dodati takvi uvjeti dražbe koji će zaštititi izdavatelja koji ima značenje trgovačkog društva od posebnog interesa za RH, na način da se zaštiti njegov gospodarski supstrat s jedne strane, a da se s druge ne dovede u pitanje *market economy vendor principle*.

Pravila ZSE dopuštaju ponuditelju da u postupku javne dražbe propiše uvjete za stjecanje dionica. Izričito u čl. 236. st. 1. Pravila ZSE stoji da „... *ponuditelj pod unaprijed određenim uvjetima daje ponudu na sklapanje ugovora*...“. U čl. 238. Pravila ZSE gdje se određuju sudionici dražbe stoji „... *ili unaprijed određenim uvjetima javne dražbe nisu izričito isključene*.“ Dakle, o dispoziciji prodavatelja, u ovom slučaju RH, će ovisiti sadržaj uvjeta pod kojima će se sudionici dražbe međusobno nadmetati za prihvatanje stavljene ponude.

Za izdavatelja bi svakako bilo korisno da se u dražbovne uvjete mogu staviti uvjeti zadržavanja djelatnosti, zadržavanje zaposlenih u nekom roku i slični uvjeti. No pri dodavanju tih uvjeta valja biti vrlo oprezan kako ne bi došli pod udar Komisije da je privatizacija „uvjetna“ i da nije u skladu s načelom *market vendor*.

Kod prodaje dionica temeljem prikupljanja ponuda (*tender*) Komisija naglašava zahtjev bezuvjetnosti u Vodiču. On je ispunjen ako je kupac načelno slobodan kupiti imovinu ili trgovačko društvo i slobodno je koristiti za svoje potrebe. U skladu s uspostavljenom praksom Komisije koja je utjelovljena u etabliranom *case-lawu*,⁸⁸ dodavanje takvih uvjeta prodaji (trgovačkog društva) koje ne bi dodao tržišni operater, opravdava sumnju da se radi o državnoj potpori. To zbog toga jer se polazi od pretpostavke da će *market economy vendor* htjeti prodati trgovačko društvo po

85 Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises, European Commission, Commission Staff Working Document, Brussels, 10.02.2012. swd (2012) 14 final, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_en.pdf, str. 11. (posjećeno 10.01.2015.).

86 Loc. cit.

87 Loc. cit.

88 Odluka Komisije od 25.3.1992. u predmetu C 29/1990 (ex NN 88/1989), *Intelhorce SA – Spain*, OJ L 176, 30.6.1992., str. 57., Odluka Komisije u predmetu C 38/1992, *Alumix – Italy*, OJ C 288, 1.10.1996., str. 4. Odluka Komisije od 8.9.1999. u predmetu C 73/1997, *Stardust Marine – France*, OJ L 206, 15.8.2000., str. 6. The Court of Justice usvojio je ovo načelo u Joined cases C-278/92, C-279/92 and C-280/92, *Spain v Commission*, [1994] ECR I-4103, para. 28.

najboljoj mogućoj cijeni bez dodavanja uvjeta koji bi doveli do sniženja te cijene. U slučaju otvaranja istražnog postupka kojeg je Komisija ovlaštena provesti, te okolnosti onda treba posebno dokazivati, odnosno opovrgavati.

U Vodiču se navodi da se, primjerice mogu dodavati uvjeti koji imaju zadatak isključiti ponuđače čiji su motivi spekulativni (autorice smatraju da bi takav zahtjev bio primjerice isključenje *PO Box companies* i sl.), odnosno uvjeti koji imaju zadatak osigurati brzo i sigurno plaćanje. Uvjeti koji ponuditelju nameću dužnost postupanja u skladu s propisima o zaštiti okoliša ne smatraju se problematičnima.⁸⁹ Međutim, uvjeti poput zabrane promjene sjedišta, lokacije proizvodnje, broja zaposlenih, razine ulaganja u istraživanje i razvoj i drugih parametara koji se nameću kupcu dovode do toga da bi takva provedba privatizacije trebala biti notificirana Komisiji.⁹⁰

S druge strane, može se smatrati da se ponuda uvjetuje (pa onda postoji naznaka da se može raditi o državnoj potpori) ako odstupa od najbolje prakse na način da umjetno smanji broj potencijalnih ponuđača, usmjerava prodaju u korist nekoga od ponuđača, ili uvjetuje ponudu slijedenjem iste poslovne strategije.⁹¹ Tako ako se najboljeg ponuđača isključuje (ili onemogućava) da bude odabran kao najbolji samo zbog toga što želi slijediti drugu poslovnu strategiju, takav natječaj ne prolazi test bezuvjetnog. Komisija pri procjeni ne uzima samo u obzir uvjete izričito navedene u uvjetima natječaja, već i *de facto* uvjete.

4.1. O nekim predmetima prodaje dionica u postupcima privatizacije koje je preispitivala Komisija i Opći sud

Komisija je u odluci o privatizaciji *Austrian Bank Burgenland* naglasila potrebu restriktivne primjene stajališta da u postupku privatizacije (*competitive bidding procedure*) mora doći do prihvatanja one ponude koja je najviša.⁹² Primjenjujući MEVP test, koji zahtijeva da se postupak privatizacije provede na temelju otvorene, bezuvjetne i nediskriminatorne ponude najboljem ponuditelju, Komisija je smatrala da Vlada pokrajine Burgenland nije postupila u skladu s navedenim kriterijima kada je prodala Bank Burgenland austrijskoj osiguravajućoj grupaciji GRAWE koja je stavila drugu najbolju ponudu za kupnju te je time zanemarila najvišu ponudu koju je stavio austrijsko-ukrajinski konzorcij. Međutim, Komisija je ujedno istaknula dva slučaja u kojima može doći do prihvatanja ponude po nižoj cijeni. To će biti ako se prodaja

89 Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises, European Commission, Commission Staff Working Document, Brussels, 10.02.2012. swd (2012) 14 final, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_en.pdf, str. 12. (posjećeno 10.01.2015.).

90 Dostupno na: <http://roadmap2014.schoenherr.eu/state-aid-rules-may-affect-privatisation-efforts-member-states/> (posjećeno 18.01.2015.).

91 Guidance Paper on state aid-compliant financing, restructuring and privatisation of State-owned enterprises, European Commission, Commission Staff Working Document, Brussels, 10.02.2012. swd (2012) 14 final, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/swd_guidance_paper_en.pdf, str. 12. (posjećeno 10.01.2015.).

92 European Commission, Decision C 56/06 of 30.04.2008, OJ L 239/32 of 06.09.2008, Bank Burgenland, para. 119.

ponuditelju koji je ponudio najvišu cijenu „ne može ostvariti“ („*is not realisable*“) ⁹³ te kada je opravdano uzimanje u obzir i drugih čimbenika, osim ponudene cijene.

Austrijske vlasti su tvrdile, između ostaloga, da bi u slučaju prodaje austrijsko-ukrajinskom konzorciju odobrenje transakcije nacionalnog regulatora financijskog tržišta (*Finanzmarktaufsicht*, FMA) bilo upitno/dvojbeno. Ujedno, nije bilo jasno bi li konzorcij „zadržao“ Bank Burgenland kao regionalnu banku. Također, prodaja konzorciju u sebi je nosila veći rizik ispunjenja danih jamstava (*Ausfallhaftung*). ⁹⁴

Presudom od 28. veljače 2012. godine Opći sud (*General Court*) je potvrdio odluku Komisije te je naglasio da bi primjenom MEVP testa trebalo prihvatiti najvišu ponudu neovisno o motivima potencijalnih ponuditelja. ⁹⁵ Sud je dalje istaknuo da se uvjeti koji nisu sklopljeni prema redovitim tržišnim uvjetima (*regular market-terms*), poput „eventualne odgovornosti“ (*Ausfallhaftung*) pokrajine Burgenland ne mogu uzeti u obzir kod primjene MEVP testa. Osim kroz prodaju ponuditelju koji je ponudio najvišu cijenu u postupku nadmetanja, države članice mogu provesti privatizaciju na temelju procjene vrijednosti neovisnih stručnjaka. Međutim, Komisija smatra da je procjena stručnjaka samo drugi dobar pokazatelj za određivanje vrijednosti društva koje se privatizira te zahtijeva prethodnu notifikaciju postupaka privatizacije koja se temelji na stručnim procjenama. ⁹⁶

U predmetu *Automobile Craiova* (Odluka Komisije C 46/2007) od ponuđača se tražilo da „održi minimalni prag zaposlenosti“, zatim „određeni postotak ulaganja“ kao i „stupanj integracije proizvodnje“, odnosno da „dosegnu određeni stupanj proizvodnje“. Ti su uvjeti prema mišljenju Komisije uzrokovali pad cijene i odvratile natjecatelje od podnošenja ponude, a država je posljedično izgubila prihod od privatizacije. ⁹⁷

U odluci Komisije 1999/720/EC, odlučujući o potporama koje je Njemačka dala trgovačkom društvu *Gröditzer Stahlwerke*, Komisija je zaključila da privatizacija trgovačkog društva nije bila bezuvjetna. Zainteresirane strane bile su pozvane da podnesu poslovni plan u kojem su trebale objasniti detaljno obveze koje će preuzeti glede očuvanja (i kreiranja novih) radnih mjesta, budućih ulaganja i financiranja.

93 Otvorenim se pokazalo pitanje tumačenja „nemogućnosti ostvarenja“. Kod doslovnoga tumačenja dolazi se do zaključka da se prodaja uopće ne može ostvariti, međutim Opći sud je ublažio ovo stajalište i govori o „adekvatnom ostvarenju“. Haslinger, Birgit, *Tender Procedures in State Aid Law: The Bank Burgenland Case Before the General Court*, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 12, no. 3, 2013., str. 594.

94 Temeljem *Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz*, LGBL. No 58/1991, ako dode do nemogućnosti ispunjenja obveza Bank Burgenland pokrajina Burgenland odgovara kao jamac za sve obveze banke. Na temelju odredaba toga zakona svi vjerovnici izravno mogu postaviti zahtjev prema jamcu koji je dužan ispuniti obveze banke ako to banka ne bi mogla učiniti. Vidi više kod Haslinger, Birgit, op. cit., str. 589.

95 Judgment of the General Court of 28.02.2012., *Land Burgenland and Austria v Commission*, OJ C 109/9 of 14.04.2012.

96 Summary: *Land Burgenland (Austria) and Austria v. European Commission*, Joined cases T-268/08 and T-281/08, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 12, no. 3, 2013., str. 587-597.

97 Činjenično stanje dostupno na: <http://www.kzk.gov.mk/sa/db/files/987/Draft%20Training%20Manual%20for%20Macedonian%20State%20Aid%20Department.pdf> (posjećeno 23.01.2015.).

Komisija je smatrala da je preuzimanje tih dodatnih obveza utjecalo na ispregovaranu prodajnu cijenu. Zaključeno je da se radilo o nedopuštenoj potpori te je naređeno njezino vraćanje.

5. ODABIR NAČINA PRODAJE SUKLADNO SLOBODI KRETANJA KAPITALA – SUDSKA KONTROLA I DOPUŠTENA IZUZEĆA

Osim što država može privilegirati nekog ponuđača što se može ocijeniti kao nedopuštena državna potpora, postupak prodaje može biti tako koncipiran da ugrozi i slobodu kretanja kapitala. Ona je definirana u čl. 63. Ugovora o funkcioniranju Europske unije. Prema njemu, izričito su zabranjena sva ograničenja kretanja kapitala među državama članicama te između država članica i trećih zemalja. Vezano uz odabir modaliteta prodaje dionica iz državnog portfelja valja se osvrnuti na odredbu čl. 65. st. 1.b. UFEU-a, koja bi davala mogućnost državama članicama ograničiti slobodu kretanja kapitala temeljeći ograničenje na razlozima koji se definiraju kao javni poredak i javna sigurnost (*public policy and public security*). Međutim, valja istaknuti da čl. 65. st. 3. UFEU-a dodatno propisuje da „mjere i postupci“ prema čl. 65. st. 1.b. i 2. UFEU-a ne smiju biti sredstva arbitrarne diskriminacije (tj. mjere koje su usmjerene na isključenje točno određenih investitora) ili u sebi sadržavati prikriveno ograničenje (*disguised restriction*).

S druge strane, uporište za ograničenje slobode kretanja kapitala moglo bi se pronaći i u čl. 346. UFEU-a koji propisuje, tzv. opće izuzetke UFEU-a, a koji su primjenjivi neovisno o kojoj slobodi je riječ. Radi se o razlozima nacionalne sigurnosti i obrane.

Pored toga postoje izuzetci koje je razvila sudska praksa Europskog suda pravde (ECJ), gdje je kao izuzetak prihvaćen i javni interes. Sve su to razlozi koji se smatraju opravdanim (*justification*) za ograničenje slobode kretanja kapitala.

Stoga se u nastavku iznose neki slučajevi u kojima je utvrđen taj problem i njegov odnos prema dopuštenim izuzećima.

U predmetu *Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v. The Prime Minister*,⁹⁸ CJEU je ustanovio da poteškoće u identifikaciji i blokiranju kapitala jednom kada je ušao u državu članicu mogu u načelu opravdati različito tretiranje transakcija izravnih stranih ulaganja (*foreign direct investment*) koje bi mogle utjecati na javni poredak i javnu sigurnost.

U pogledu sustava prethodnog odobrenja (*prior administrative approval*) CJEU je u predmetima *Commission v. Spain*⁹⁹ i *Commission v. Portugal*¹⁰⁰ izrijekom odlučio da taj sustav „mora biti temeljen na objektivnim i nediskriminatornim kriterijima koji su unaprijed poznati poduzećima (*undertakings*) na koje se odnose te sve osobe na

98 Predmet C-54/99, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61999CJ0054> (posjećeno 16.01.2015.).

99 Predmet C-463/00, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62000CJ0463> (posjećeno 16.01.2015.).

100 Predmet C-367/98, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61998CJ0367> (posjećeno 18.01.2015.).

koje utječe takva mjera moraju imati mogućnost podnošenja pravnog lijeka“.

U predmetu *Alfredo Albore*¹⁰¹ CJEU je ustanovio da zahtjev javne sigurnosti može opravdati ograničenje slobode kretanja kapitala samo pod uvjetom da se ujedno poštuje načelo proporcionalnosti (*proportionality*), a to znači da svako odstupanje od slobode mora ostati unutar ograničenja koji su prikladni (*appropriate*) za postizanje cilja i ne smije ići preko mjere koja je potrebna (*necessary*) za postizanje navedenoga cilja.

Za provođenje postupka privatizacije trgovačkih društava osobito je značajna odredba čl. 345. UFEU-a koja izričito propisuje da „Ugovori ni na koji način ne dovode u pitanje pravila kojima se u državama članicama uređuje sustav vlasništva (*property ownership*)“.¹⁰² Sudska praksa ECJ-a koja se temelji na čl. 345. UFEU-a ograničena je i uglavnom se odnosi na izvlaštenje. U svojoj važnoj presudi glede „posebnih prava što ih imaju javne vlasti“ (sudska praksa o *zlatnim dionicama*), Sud je rekao da se države članice ne mogu pozivati na čl. 345. UFEU-a kako bi opravdale poteškoće koje proizlaze iz činjenice da one imaju privilegiran položaj (dioničara) u trgovačkom društvu koje se privatizira. U predmetu *Commission v. Italy*¹⁰³ Sud je presudio da „odredbe Ugovora o slobodi kretanja kapitala ne prave razliku između privatnih i javnih poduzeća (*private undertakings and public undertakings*) kao i onih u kojima ima i u kojima nema vladajući položaj“.

6. FRANCUSKI SLUČAJ ALSTOM – JESU LI PREKORAČENA DOPUŠTENA IZUZEĆA OD SLOBODE KRETANJA KAPITALA

Nedavni slučaj akvizicije francuskog Alstoma od General Electrica pokazuje da je Francuska rukovođena potrebom zaštite svojih nacionalnih interesa izvršila promjene u svom zakonodavstvu kako bi osigurala dodatnu zaštitu kada se radi o stranim ulaganjima u sektore koje je Francuska definirala kao senzitivne. Uveden je, tzv. sustav *autorisation préalable* odnosno prethodnog odobrenja Vlade Republike Francuske, kada god se radi o akviziciji cijelog ili dijela djelatnosti ili o stjecanju kontrole ili kontrolnog paketa nad francuskim trgovačkim društvom koje se bavi navedenim djelatnostima. Ova legislativna promjena nije prošla nezapaženo od Komisije, pa je gospodin Michel Barnier bio pozvan da se očituje o tome.¹⁰⁴ Ono što se je pojavilo kao prijepor bilo je pitanje je li Francuska uvevši ovu zakonodavnu promjenu povrijedila jednu od temeljnih gospodarskih sloboda, a to je sloboda kretanja kapitala.

101 Predmet C-423/98, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61998CJ0423> (posjećeno 18.01.2015.). Isto stajalište Sud je već ranije zauzeo u predmetu C-222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651, para. 38.

102 “*The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership*”

103 Predmet C-174/04, dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62004CJ0174> (posjećeno 19.01.2015.).

104 Vidi video zapis Izjave za javnost gospodina Barniera, dostupno na: <http://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?ref=I089477> (posjećeno 20.01.2015.).

6.1. Kronološki prikaz akvizicije Alstoma

Godine 2014. 24. travnja objavljeno je (Bloomberg L.P.) da General Electric (GE) pregovara o stjecanju Alstoma u vrijednosti od 13 milijarde američkih dolara kao i tvrdnja da za tu transakciju ima podršku dioničara *Bouygues* koji drži 29 % dionica Alstoma.¹⁰⁵ Tržište je odreagiralo porastom cijene dionica Alstoma za 18 % u jednom danu. Međutim, niti GE niti Alstom nisu potvrdili objavljene informacije.

Godine 2014. 27. travnja objavljeno je (Le Figaro) da je Siemens dao ponudu (*cash plus asset swap*)¹⁰⁶ u novcu koja je jednako dobra kao i ponuda GE, međutim istaknuo je da Siemens namjerava steći Alstomov *power business* u zamjenu za željeznički biznis (*rail transport arm*) te je garantirao zadržavanje radnih mjesta.¹⁰⁷ U medijima se isticalo da Siemensova ponuda uživa podršku francuskog ministra gospodarstva Arnauda Montebourga. Međutim, proizvodni programi Siemens a i Alstoma bili su sličniji pa je to predstavljalo veći rizik za radna mjesta kao i pokretanje postupaka europskih regulatornih tijela koji nadziru tržišno natjecanje (s obzirom na to da se radi o koncentraciji).¹⁰⁸ Siemensova prva ponuda okarakterizirana je kao „defenzivna“, a investitori i analitičari primili su je sa skepticizmom.¹⁰⁹

Dva dana kasnije (29. travnja 2014.) Reuters je objavio da je upravni odbor Alstoma prihvatio ponudu GE u visini od 10 milijardi eura za njegovu komponentu energetske djelatnosti.¹¹⁰ U pismu CEO GE-*oa* Jeffrey R. Immelta predsjedniku Francois Hollandeu, koje je objavljeno u *Les Echos Immelt*, ističe se namjera GE-a da kontinuirano ulaže u Alstomove djelatnosti u Francuskoj, sigurnost u pogledu Alstomovog sudjelovanja u francuskom civilnom nuklearnom sektoru kao i pitanje

105 Kirchfeld, Aaron; Campbell, Matthew, McCracken, Jeffrey (24 April 2014), General Electric Said in Talks to Buy France's Alstom, Bloomberg, dostupno na: <http://www.bloomberg.com/news/2014-04-23/ge-said-in-talks-to-buy-france-s-alstom-for-about-13-billion.html> (posjećeno 20.01.2015.).

106 Letessier, Ivan (27 April 2014), "Alstom: le gouvernement travaille à un projet franco-allemand avec Siemens", dostupno na: <http://www.lefigaro.fr/societes/2014/04/26/20005-20140426ARTFIG00160-alstom-le-gouvernement-travaille-a-un-projet-franco-allemand-avec-siemens.php> (posjećeno 20.01.2015.).

107 Kirchfeld, Aaron, de Beaupuy, Francois, Webb, Alex (27 April 2014), "Siemens Said to Offer Alstom Asset Swap to Beat GE Bid", dostupno na: <http://www.bloomberg.com/news/2014-04-25/ge-executives-to-meet-with-french-government-on-alstom-takeover.html> (posjećeno 21.01.2015.), Campbell, Matthew, Fouquet, Helene, de Beaupuy, Francois (28 April 2014), "GE's Alstom Bid Gains Steam as Hollande Said Not Opposed", dostupno na: <http://www.bloomberg.com/news/2014-04-27/ge-battles-for-alstom-as-siemens-wins-french-support.html> (posjećeno 21.01.2015.).

108 Meichtry, Stacy, Gauthier-Villars, David (27 April 2014), "Siemens's New Alstom Bid Disrupts GE Deal", dostupno na: <http://online.wsj.com/articles/new-siemens-bid-for-alstom-disrupts-deal-with-ge-1398643058> (posjećeno 21.01.2015.).

109 Protard, Matthieu, Sheahan, Maria (29 April 2014), "Alstom accepts 10 billion euro GE bid for its energy unit", dostupno na: <http://www.reuters.com/article/2014/04/29/us-alstom-offer-idUSBREA3S0US20140429> (posjećeno 21.01.2015.).

110 Protard, Matthieu, Sheahan, Maria (29 April 2014), "Alstom accepts 10 billion euro GE bid for its energy unit", dostupno na: <http://www.reuters.com/article/2014/04/29/us-alstom-offer-idUSBREA3S0US20140429> (posjećeno 21.01.2015.).

radnih mjesta u svezi s novom tvornicom Alstom Wind.¹¹¹

Sutradan (30. travnja 2014.) Alstom je potvrdio da je primljena ponuda za djelatnost termalne energije (*Thermal Power*), obnovljive energije (*Renewable Power*) i sektor dalekovoda (*Grid Sector*) te da se u ocjeni ponude trebaju razmotriti bitni interesi društva i dioničara uključujući i interese francuske države.¹¹² U izvješću za javnost dalje se naglašava da će transakcija biti preispitivana sukladno propisima koji uređuju kontrolu koncentracija kao i pribavljanje ostalih odobrenja. U skladu s posebnim propisom (*AFEP-Medef Code*), za provođenje transakcije potrebno je odobrenje dioničara (glavne skupštine). Dalje se u izvješću za javnost navodi da se je *Bouygues*, koji je držao 29 % dionica Alstoma, obvezao da neće prodati svoje dionice do davanja odobrenja te je istaknuo da će podržati prijedlog upravnog odbora Alstoma.¹¹³ Isti dan GE je potvrdio da je dao ponudu u vrijednosti od 16,9 milijarde američkih dolara.

U nastavku događaja, 5. svibnja 2014. godine GE je objavio ponudu za kupnju jedne četvrtine dionica indijskog društva kćeri Alstoma (*Alstom's Indian Power and Distribution companies - Alstom T&D India and Alstom India*), pod uvjetom da ponuda za Alstom SA (Fr) bude uspješna.¹¹⁴ Isti je dan francuska vlada izjavila je da nije podržala ponudu GE jer je zabrinuta za budućnost Alstomove djelatnosti željezničkog prometa (*rail transport business*) te je predložila da GE prenese svoju djelatnost željezničkog prometa (*rail division*) Alstomu. Ujedno je istaknula zabrinutost što će Francuska postati tehnološki ovisna u domeni civilne nuklearne djelatnosti, budući da je ocijenjeno da bi prihvaćanjem ponude Francuska izgubila svoju neovisnost na ovom, za državu značajnom području. Dalje je istaknuto i otvoreno pitanje zadržavanja radnih mjesta u Francuskoj.¹¹⁵

Valja istaknuti da država nije držala Alstomove dionice te da je Alstom upravo zbog značajnih i važnih djelatnosti koje obavlja primio državne potpore u iznosu od 2,2 milijarde eura. Ujedno, država je bila najvažniji Alstomov kupac.

U iznenađujuće kratkom roku Francuska je 14. svibnja 2014. godine donijela

111 Le Billon, Veronique (29 April 2014), "Alstom : ce que promet General Electric à Hollande", dostupno na: http://www.lesechos.fr/29/04/2014/lesechos.fr/0203471029595_alstom---ce-que-promet-general-electric-a-hollande.htm (posjećeno 22.01.2015.).

112 Alstom is considering the proposed acquisition of its Energy activities by GE and the creation of a strong standalone market leader in the rail industry (Press release), Alstom, 30 April 2014, dostupno na: <http://www.alstom.com/en/press-centre/2014/4/alstom-is-considering-the-proposed-acquisition-of-its-energy-activities-by-ge-and-the-creation-of-a-strong-standalone-market-leader-in-the-rail-industry/> (posjećeno 22.01.2015.).

113 Alstom is considering the proposed acquisition of its Energy activities by GE and the creation of a strong standalone market leader in the rail industry (Press release), Alstom, 30 April 2014, dostupno na: <http://www.alstom.com/en/press-centre/2014/4/alstom-is-considering-the-proposed-acquisition-of-its-energy-activities-by-ge-and-the-creation-of-a-strong-standalone-market-leader-in-the-rail-industry/> (posjećeno 22.01.2015.).

114 Jolly, David (5 May 2014), "France Says It Opposes G.E.'s Bid for Alstom Unit", dostupno na: http://dealbook.nytimes.com/2014/05/05/france-says-it-opposes-g-e-s-bit-for-alstom-unit/?_php=true&_type=blogs&_php=true&_type=blogs&_r=1& (posjećeno 22.01.2015.).

115 Jolly, David (5 May 2014), "France Says It Opposes G.E.'s Bid for Alstom Unit", dostupno na: http://dealbook.nytimes.com/2014/05/05/france-says-it-opposes-g-e-s-bit-for-alstom-unit/?_php=true&_type=blogs&_php=true&_type=blogs&_r=1& (posjećeno 22.01.2015.).

Dekret o stranim investicijama koje su podvrgnute postupku prethodnog odobrenja (*Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable*¹¹⁶) koji se kolokvijalno naziva „*décret Alstom*” ili “*décret Montebourg*”. Cilj je tog dekreta bio osigurati fancuski nacionalni interes u osjetljivim djelatnostima, kakva je bila i djelatnost Alstoma.

U nastavku „pripetavanja” 16. lipnja 2014. godine Siemens i Mitsubishi Heavy Industries (MHI) dali su konkurentsku ponudu. Njome je bilo ponuđeno da Siemens stekne Alstomovu djelatnost plinskih turbina (*Alstom's gas turbine activities*) za 3.9 milijarde eura, a MHI bi sklopio ugovor o zajedničkom ulaganju (*joint venture*) s Alstomom i na taj način stekao 40 % Alstomovog parnog i nuklearnog biznisa (*Alstom's Steam and Nuclear business*), 20 % djelatnosti dalekovoda (*Alstom's Grid business*) i 20 % djelatnosti hidroenergije (*Hydro business*) za 3.1 milijarde eura. Prijedlog je uključivao i dodatnu ponudu za stjecanje 10 % dionica od dioničara Alstoma – Bouyguesa kao i mogućnost formiranja zajedničkog ulaganja (*joint venture*) za željeznički prijevoz (*rail transport*).¹¹⁷

Nije se dugo čekalo na odgovor GE-a. On je 19. lipnja 2014. godine revidirao svoju ponudu na način da je ponuđena ista cijenu za stjecanje imovine (navedenih djelatnosti), ali je smanjena ukupna vrijednost transakcije u gotovini. Revidiranom ponudom predloženo je sklapanje ugovora o zajedničkom ulaganju (*joint venture*) u omjerima 50:50 kombiniranjem GE-ovog i Alstomovog biznisa koji se odnosi na obnovljive izvore energije i dalekovode (*renewable and electric grid business*), kao i sklapanje ugovora o zajedničkom ulaganju u omjeru 50:50 u segmentu Alstomove djelatnosti parnih turbina i struje proizvedene nuklearnom energijom. GE je također objavio memorandum o razumijevanju (*memorandum of understanding*) koji se odnosi na sektor željezničkog prometa (*rail transport sector*), na način da je obećao prodati svoju djelatnost željezničke signalizacije (*rail signalling business*) Alstomu.¹¹⁸

Kao odgovor na ponudu GE-a 20. lipnja 2014. godine Siemens i MHI izmijenili su svoju ponudu na način da je MHI povećao svoj udio u Alstomovom biznisu vezanom uz parnu energiju, hidro energiju i djelatnost dalekovoda (*steam, hydro, and grid businesses*) na 40 % (ukupno 3.9 milijarde eura), a Siemens je povećao ponudu na 4.3 milijarde eura.¹¹⁹

Nakon toga, ministar gospodarstva Arnaud Montebourg je izjavio da će “blokirati” obje ponude te je izjavio da Francuska vlada sada podupire prijedlog GE-a. Također je izjavio da su od GE-a tražene dodatne specifikacije/objašnjenja kao i u

116 Dostupno na: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028933611>

117 Mitsubishi Heavy Industries and Siemens provide a compelling proposal for Alstom (Press release), Mitsubishi Heavy Industries / Siemens, 16 June 2014, dostupno na: <http://www.siemens.com/press/pool/de/pressemitteilungen/2014/corporate/AXX20140646e.pdf> (posjećeno 22.01.2015.).

118 Mallet, Natalie (19 June 2014), “GE reshapes Alstom offer to appease France”, dostupno na <http://www.bloomberg.com/news/2014-06-19/ge-offers-rail-signaling-to-alstom-to-win-deal-backing.html>

119 Mitsubishi Heavy Industries and Siemens specify proposal to Alstom (press release), Siemens / Mitsubishi Heavy Industries, 20 June 2014, dostupno na: <http://www.siemens.com/press/pool/de/pressemitteilungen/2014/corporate/AXX20140650e.pdf> (posjećeno 22.01.2015.).

pogledu obveza i jamstava. Ujedno je objavio namjeru Vlade da stekne 20 % dionica *Bouyguesa* (koji je bio dioničar Alstoma). Sljedeći dan sastao se Upravni odbor Alstoma te je podržao revidiranu ponudu GE-a.

Francuska vlada je dogovorila s *Bouyguesom* stjecanje tih dionica Alstoma, 22. lipnja 2014. godine. Transakcija je obavljena po diskontnoj stopi od 2 do 5 % a osnovna cijena dionice bila je minimalno 35 eura.¹²⁰ Dakle, vlada je stekla 20 % dionica Alstoma čime je postala najveći pojedinačni dioničar društva.

Iz ovoga vremenski vrlo zgusnutog tijeka akvizicije Alstoma vidljivo je da je država odigrala ključnu ulogu u prodaji nacionalnog blaga, čiji „vlasnik“ zapravo inicijalno nije bila. S donošenjem navedenog dekreta omogućena je zaštita nacionalnih interesa na način koji ne bi trebao ugroziti slobodu kretanja kapitala, odnosno koji bi trebao iskoristiti legitimna izuzeća. Stoga se u nastavku iznose najvažniji propisi toga Dekreta.

6.2. Dekret Alstom

Navedeni Dekret dio je francuskoga monetarnog i financijskog zakonika (*Code monétaire et financier*). Prva knjiga nosi naziv *La monnaie* (novac). Peti dio te knjige nosi naslov: Odnosi s elementom inozemnosti (*Titre V: les relations avec l'étranger*) dok treće poglavlje tog dijela govori o stranim ulaganjima koja su podvrgnuta sustavu prethodnog odobrenja (*Chapitre III: Investissements étrangers soumis à autorisation préalable*). Prva sekcija toga poglavlja govori o ulaganjima stranaca iz trećih država (*Section 1: Dispositions relatives aux investissements étrangers en provenance de pays tiers*). Unutar te sekcije bitni su članci R153-1 i R153-2. Druga sekcija odnosi se na ulaganja koja potječu iz država članica EU-a (*Section 2: Dispositions relatives aux investissements en provenance des Etats membres de l'Union européenne*).

Prema čl. R153-1 *Code monétaire et financier* radi se o ulaganjima koja se podvrgavaju postupku prethodnog odobrenja ako dovode: 1) do stjecanja kontrole u smislu čl. 233-3 Trgovačkog zakonika (*Code de Commerce*) nekog društva čije je sjedište u Francuskoj, 2) ako dolazi do stjecanja cijelog ili dijela poslovanja nekog društva čije je sjedište u Francuskoj, 3) ako dolazi do pribavljanja 33,33 % temeljnoga kapitala ili glasačkih prava nekog društva čije je sjedište u Francuskoj. Da bi se ta ulaganja smatrala stranim ulaganjima moraju ih poduzeti strane fizičke ili pravne osobe.

Čl. R153-2 nabraja djelatnosti za koje se uvodi sustav prethodnog odobrenja. U točkama 1.-8. Dekreta navode se, primjerice sljedeće djelatnosti (koje nisu relevantne za Alstom): djelatnost igara na sreću (osim kockarnica), djelatnosti privatne zaštite, djelatnosti obrane, djelatnosti proizvodnje robe i tehnologija koje imaju dvostruku primjenu, djelatnosti vezane uz sredstva i usluge kriptologije, aktivnosti koje su iz

120 Mallet, Benjamin, Frost, Laurence (23 June 2014), "France secures Alstom stake option ahead of GE tie-up", dostupno na: www.reuters.com (posjećeno 22.01.2015.), "France secures option to buy Alstom stake from Bouygues", dostupno na: www.reuters.com, 22 June 2014, Landauro, Inti, Meichtry, Stacy (22 June 2014), "France Lifts Hurdle to GE-Alstom Deal", dostupno na: online.wsj.com.

domene tajnih službi ili nacionalne obrane, aktivnosti društava koja su s ministarstvom obrane sklopile ugovor o dobavi vojne opreme i sl., kao i ona koja proizvode oružje, streljivo eksplozivne naprave namijenjene za vojnu uporabu i sl.

Za Alstom je bitna točka 12. navedenoga članka R153-2 upravo dodana tim Dekretom, jer omogućava primjenu navedenog postupka prethodnog odobrenja na Alstom.¹²¹ Pobjrojane su djelatnosti kojima se proizvode sirovine ili proizvodi odnosno obavljaju usluge koje se odnose na sigurnost ili na dobro funkcioniranje postrojenja i opreme, a koje su važne za osiguranje interesa države odnosno javnog poretka, javne sigurnosti ili nacionalne obrane pa se u nastavku navode:

- a) djelatnosti kojima se osigurava integritet, sigurnost i kontinuitet opskrbe električnom energijom, plinom, ugljikovodicima ili drugim izvorima energije;
- b) djelatnosti kojima se osigurava integritet, sigurnost i kontinuitet opskrbe vodom u skladu s propisima koji su doneseni u interesu javnog zdravlja;
- c) djelatnosti kojima se osigurava integritet, sigurnost i kontinuitet pri eksploataciji prometnih sredstava i pri odvijanju transportnih usluga;
- d) djelatnosti kojima se osigurava integritet, sigurnost i kontinuitet pri eksploataciji elektroničkih sredstava i pri obavljanju usluga u domeni elektroničkih komunikacija;
- e) integritet, sigurnost i kontinuitet u eksploataciji ustanove, instalacije, djela od posebne važnosti u smislu čl. 1332-1 i 1332-2 Zakona o obrani;
- f) djelatnosti koje se odnose na zaštitu javnog zdravlja.

Iz navedenog je razvidno da se Francuska navedenim dekretom koristila uglavnom izuzetcima od slobode kretanja kapitala koja se mogu svrstati u razloge javne sigurnosti, javnog zdravlja razloga obrane i sl. Na taj način je Francuska ostala u granicama dopustivih ograničenja, a istodobno je zaštitila svoj nacionalni interes.

Međutim, Komisija je istaknula da je francusko rješenje „u sustavu praćenja Komisije“.¹²² Postavlja se pitanja bi li Komisija bila tako blagonaklona, da je takav

121 U izvorniku točka 12. glasi: „*Autres activités portant sur des matériels, des produits ou des prestations de services, y compris celles relatives à la sécurité et au bon fonctionnement des installations et équipements, essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale énumérés ci-après: a) Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en électricité, gaz, hydrocarbures ou autre source énergétique; b) Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en eau dans le respect des normes édictées dans l'intérêt de la santé publique; c) Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de transport; d) Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques; e) Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense; f) Protection de la santé publique.*“

122 Chantal Hughes, glasnogovornica europskog povjerenika za unutarnje tržište Michela Barniera, izjavila je da je Komisija kontaktirala francuske vlasti glede tog pitanja te primila tu uredbu „na znanje“. „Podsjećamo da ograničenja slobode kretanja kapitala mogu biti opravdana ako je cilj vezan za javnu politiku i javnu sigurnost. Svaka akcija ograničavanja slobode kretanja mora biti razmjerna i služiti javnom interesu. Pozorno ćemo pratiti primjenu te uredbe, tj. sustavno pratiti svaku primjenu zakona koji se tiču investicija, a posebice provjeravati one koje nisu isključivo usmjereni postizanju ekonomskih ciljeva“, navodi se u njezinu priopćenju. Dostupno

dekret donijela neka nova država članica.

7. ZAKLJUČAK

Prodaja dionica iz državnog portfelja proces je u kojem dolazi do primjene mnogobrojnih propisa, od onih koji se odnose na uređenje postupka i modaliteta prodaje do onih koji dovode u pitanje hoće li se neka prodaja dionica (privatizacija) okarakterizirati kao državna potpora odnosno kao postupak ili mjera koja je protivna slobodi kretanja kapitala. Na razini odgovora na prvo pitanje treba reći da bi u postupcima prodaje uvijek trebalo dati prednost transparentnijim oblicima prodaje s obzirom na to da između njih postoje značajne razlike. S druge strane, s obzirom na to da je ponuđeno čak sedam modaliteta postoje realne mogućnosti prilagodbe tog modaliteta okolnostima u kojima se nalazi svako od portfeljnih društava. Uzevši u obzir iskustvo provedbe akvizicije francuskoga Alstoma, a imajući u vidu okolnost da se i u nas često prodaju dionice društava koja obavljaju djelatnost koja predstavlja djelatnost od strateškog ili javnog interesa, postavlja se pitanje, treba li RH iskoristiti mogućnost koju je iskoristila Francuska i ugraditi u svoje zakonodavstvo neke zaštitne mehanizme koji će se kretati unutar dopuštenih izuzeća od slobode kretanja kapitala. Kako je s relativno bezbolnim „prolaskom“ dekreta Alstom presedan na razini EU-a već uspostavljen, valjalo bi razmisliti o mogućnosti uređenja tog pitanja i u RH. U pogledu primjene prava kojim se uređuju državne potpore, institucije ovlaštene za provedbu prodaje trebaju vrlo pomno razmotriti doseg pravila o nedopuštenim državnim potporama i paziti da se izaberu takvi postupci i ponuđači koji neće to dovesti u pitanje. Naravno svakoj prodaji dionica iz državnog portfelja treba pristupiti na način da se odabirom modaliteta prodaje ne ugrozi načelo *market economy vendor principle* s obzirom na to da njegovu primjenu pomno prati Komisija, te može odrediti vraćanje nedopuštene državne potpore.

Summary

**SELLING SHARES OF STATE OWNED ENTERPRISES –
METHODS APPLIED IN PRIVATIZATION PROCESS AND
OPEN ISSUES¹²³**

Recent trends in the EU Member States, as well as in the Republic of Croatia, show an increase in the sale of shares of state owned enterprises. In this paper authors sought to investigate permissive and available techniques of selling those shares. The dilemma is how to achieve the best selling price by choosing one of the prescribed methods without being in breach of the rules concerning state aid and free movement of capital. Moreover, since many state owned enterprises are playing vital role in the Croatian economy, the question arises how to protect national interests and in the same time stay in line with principles of free movement of capital and state aid rules. The Croatian law provides seven methods of selling the shares. When selecting the method, in order to be in compliance with state aid rules, it is necessary to take into account Market Economy Vendor Principle as spelled out in the Guidance Paper adopted by the Commission. Although this Guidance Paper does not represent an official position of the Commission on the issue, its importance is highlighted in the Commission's decisions and court practices in the European Union. As far as principle of the free movement of capital is concerned, the question arises, whether some permissible exceptions as to it could be a source to protect national interest in companies that are of strategic interest. The paper gives an overview of the recent acquisition of Alstom by General Electric in which France protected its national strategic interests by issuing special decree in which it evokes the application of the permissive exceptions to the principle of the free movement of capital. Although the case is still "in the monitoring of the Commission", authors explore viability of that method in the Republic of Croatia.

Key words: *privatization, state-owned enterprises, types of sale of shares, share issue privatization, protection of state interests, state aid, free movement of capital, Market Economy Vendor Principle, the Alstom decree*

¹²³ This work has been fully supported by/supported in part by the University of Rijeka under the project number 13.08.1.2.01 „Protection of beneficiary on the Croatian and European financial services market“.

Zusammenfassung

MODALITÄTEN DES AKTIENVERKAUFS AUS DEM PORTEFEUILLE DER REPUBLIK KROATIEN – AKTUALITÄTEN BEI DER ANWENDUNG

Moderne Trends in den Mitgliedsstaaten der EU und in der Republik Kroatien weisen auf die Tendenz des Aktienverkaufs aus dem Portefeuille des Staates hin. Bei der Verkaufsdurchführung kommen verschiedene Fragen vor: von der Wahl der angemessenen Verkaufsmodalität bis zur Erzielung des besten Verkaufspreises. Da die EU sehr kritisch überprüft, ob der Staat die Modalität im Sinne des Rechts über Staatszuschüsse und die Freiheit des Kapitalverkehrs auswählt, stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise man die nationalen Interessen beim Verkauf schützen sollte, insbesondere falls es sich um Gesellschaften vom strategischen Interesse für die Republik Kroatien handelt. Es wird festgestellt, dass es im kroatischen Recht sieben Verkaufsmodalitäten gibt, von welchen manche die Modellierung von Bedingungen zulassen. Bei der Wahl der einzelnen Modalität sollte man die Leitlinie der Kommission beachten, beziehungsweise sich an das sog. Market Economy Vendor Principle halten. Sonst wird der Staat der Gefahr ausgesetzt, dass der vorerwähnte Verkauf für den Staatszuschuss gehalten wird und deshalb seine Zurückziehung angeordnet wird. Im Kontext des Bedürfnisses nach dem Schutz von nationalen Interessen wird darauf hingewiesen, dass man sie beachten muss, indem man sich auf die Befreiung von der Freiheit des Kapitalverkehrs bei Privatisierungsverfahren beruft. In der Arbeit wird die vor kurzem stattgefundene Übernahme Alstoms durch General Electrics dargestellt, wo der Republik Frankreich gelang, durch Erlassung eines Dekrets ihr nationales Interesse zu schützen. Obwohl der erlassene Beschluss noch immer „von der Kommission geprüft wird“, wird die Frage gestellt, ob auch Kroatien diesen Weg gehen sollte.

Schlüsselwörter: *Privatisierung, im „Eigentum“ des Staates stehende Gesellschaft, Modalitäten des Aktienverkaufs, Privatisierung durch Aktienverkauf auf dem Kapitalmarkt, Schutz von staatlichen Interessen, Staatszuschuss, Freiheit des Kapitalverkehrs, Market Economy Vendor Principle, das Dekret Alstom.*

Riassunto

**MODALITÀ DI VENDITA DELLE AZIONI DAL
PORTAFOGLIO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA:
ATTUALITÀ NELL'ATTUAZIONE**

Le tendenze contemporanee negli Stati membri dell'Unione europea e nella Repubblica di Croazia indicano il *trend* della vendita delle azioni detenute nel portafoglio statale. Nell'espletamento della vendita si presentano diverse questioni: dalla scelta della modalità di vendita adeguata fino al raggiungimento del migliore prezzo di vendita. Posto che l'UE scruta con la lente di ingrandimento se lo Stato sceglie una modalità di vendita rispettosa del diritto agli aiuti statali e della libertà di circolazione del capitale, dinnanzi alle autrici s'è presentato l'interrogativo come tutelare gli interessi nazionali in occasione della vendita, specialmente se si tratta di società di interesse strategico per la Repubblica di Croazia. Le autrici hanno accertato che nel diritto croato sono previste sette modalità di vendita, delle quali alcune lasciano spazio ad ulteriori modellamenti della vendita. In occasione della scelta del singolo modello, occorre tenere conto della Guida emanata dalla Commissione, ossia comportarsi nel rispetto del *Market Economy Vendor Principle*. Diversamente, lo Stato si espone al pericolo che detta vendita sia ritenuta alla stregua di un aiuto di stato e per l'effetto alla sua restituzione. Nel contesto dell'esigenza di tutela degli interessi nazionali, le autrici segnalano la possibilità di tenere in considerazione dette vendite, richiamandosi alle eccezioni alla libertà di circolazione del capitale, quando siano in atto processi di privatizzazione. Nel contributo si illustra la recente acquisizione dell'*Alstom* da parte della *General Electric* nella quale occasione la Repubblica di Francia, mediante l'emanazione di una legge speciale, è riuscita a tutelare i suoi interessi nazionali. Benché tale soluzione sia ancora sotto l'esame della Commissione, si pone l'interrogativo se la Repubblica di Croazia non debba andare per la stessa via.

Parole chiave: *privatizzazione, società di proprietà statale, modalità di vendita delle azioni, privatizzazione mediante la vendita di azioni sul mercato del capitale, tutela degli interessi statali, aiuto di stato, libertà di circolazione del capitale, Market Economy Vendor Principle, decreto Alstom.*

ODNOS GRAĐANSKOPRAVNE OSNOVE ZA KORIŠTENJE STANA I USTAVNO-KONVENCIJSKOG PRAVA ZA ZAŠTITU DOMA

Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske

UDK: 347.238.3:341.645.2(4-67EU)
Ur.: 10. listopada 2014.
Pr.: 1. prosinca 2014.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad analizira odnos građanskog i europsko-konvencijskog prava na zaštitu stana, kuće i doma. Između propisa građanskog prava, odnosno prakse građanskih sudova i propisa i prakse Europskog suda za ljudska prava postoje velike razlike koje je teško prihvatiti. Cilj kome treba težiti je ne samo približavanje nego i puna normativna suglasnost ovih dijelova sveukupnog prava. Za naše nacionalno pravo je ovo pitanje od većeg značaja jer su razlike između naših shvaćanja i shvaćanja Europskog suda za ljudska prava vrlo velike.

Ključne riječi: Stan, kuća, dom, pravo na stan, pravo na dom, Europski sud za ljudska prava, građansko pravo, europsko konvencijsko pravo, sudska praksa, sudski precedenti, znanost i teorija građanskog prava.

1. UVOD

Izravan povod pisanja ovoga rada bila je odluka Europskog suda za ljudska prava od 5. prosinca 2013. (Škrtić protiv Hrvatske, zahtjev br. 64982/12). Tu je izraženo (zapravo ponovljeno)¹ shvaćanje da konvencijsko pravo za zaštitu doma postoji neovisno o postojanju građanskopravne osnove na dom.²

1 Slično stajalište izvršeno je i u drugim odlukama ESLJP: Čosić protiv Hrvatske (zahtjev br. 28261/06) od 15. siječnja 2009., Paulić protiv Hrvatske (zahtjev br. 3572/06) od 22. listopada 2009., Orlić protiv Hrvatske (zahtjev br. 48883/07) od 21. lipnja 2011., Bjedov protiv Hrvatske (zahtjev br. 42150/09) od 29. svibnja 2012., Brezec protiv Hrvatske (zahtjev br. 7177/10) od 18. srpnja 2013.

2 U predmetu Brezec protiv Hrvatske (br. 7177/10 - prethodno navedeno) izričito je navedeno: „Nepostojanje pravne osnove za stanovanje u stanu nije relevantno, jer je riječ o domu podnositeljice“. U konkretnoj stvari posjed stana trajao je 40 godina (1970. – 2010.), ESLJP je ocijenio postupak hrvatskih sudbenih tijela (čak) „nepoštenim“ budući da nisu uzeti u obzir „podnositeljičini interesi zajamčeni čl. 8. Konvencije“ i nije analizirana „razmjernost mjere koju je trebalo primijeniti protiv podnositeljice“.

Poseban je prigovor domaćim sudovima što su se ograničili na utvrđenje da je posjed podnositeljice bez pravne osnove. Nepostojanje pravne osnove, inače nedvojbeno (privremeni

Postoje, doduše, i tom stavu suprotne ocjene ESLJP-a.³ Tu je teško reći radi li se o fenomenu „drugog vijeća“ ili uvijek mogućoj posljedici precedentnog sustava odlučivanja koji sve više preteže u odlučivanju ovog suda.⁴

U svakom slučaju ni ova, odnosno druge moguće iznimke ne otklanjaju potrebu analize odnosa građanskopravnog i ustavno-konvencijskog uređenja prava na korištenje stana.

Države-potpisnice Konvencije (tako i RH) dužne su provoditi konačne presude ESLJP-a (čl. 46. Konvencije), a provedbeni mehanizam ove obveze osiguran je kroz ključne ustavne i postupovne propise.⁵

- smještaj) ESLJP kao činjenično-pravno utvrđenje ne dovodi u pitanje.
- 3 Predmet *Gustovarac protiv Hrvatske* (zahtjev br. 60223), odluka od 18. veljače 2014. Podnositelj je pravomoćnom i definitivnom odlukom domaćih sudova (Općinskog suda u Puli, Županijskog suda u Puli, Vrhovnog suda RH i Ustavnog suda RH) obavezan na iseljenje iz stana bivše JNA u koji je ušao temeljem „pravne osnove“ koja se sastojala u običnom, rukom napisanom dopuštenju oficira bivše vojske. Posjed stana trajao je od 1972. do 2005., dakle 33 godine. ESLJP je prihvatio pravno stajalište hrvatskih sudova da „potvrda ručno napisana ne može predstavljati pravnu osnovu temeljem koje podnositeljima pripada pravo na spornom stanu“. Europski sud također zaključuje da podnositelji „nisu postupili u dobroj vjeri kada su 1972. god. uselili u sporni stan“. Oficir koji je izdao „potvrdu“ kazneno je gonjen.
 - 4 Kako je općenito poznato, precedentno odlučivanje jedno je od dva najvažnija sustava odlučivanja u europskom sudskom prostoru, a primarno je vezano uz englesko pravo. Drugi je kontinentalni europski sustav, temeljen na dominaciji apstraktnog prava i apstraktne pravne norme. Sada već stara znanost građanskog prava bivše SFRJ (A. Gams, *Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 1985. str. 34., priznavala je precedentnom sustavu određene dobre strane (iznimnu detaljnost, rigorozniji pristup učenju i studiranju, visoko uvažavanje stvarnog života i sl.), ali je ukazivalo i na njegove određene nedostatke (tešku preglednost, nedostatak sustavnog pristupa, zanemarivanje znanosti prava). Neki noviji, europski znanstvenici ukazuju na evidentno koegzistiranje ovih dvaju sustava i na neophodnost nastojanja da se oni međusobno približe (tako npr. u talijanskoj literaturi M. Serio: *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi distanti?*, *Rivista di diritto civile*, Padova, 2008., supplemento annuale).
 - 5 Po čl. 31. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH svi su dužni poštovati odluke Ustavnog suda, a po njegovoj posebnoj odredbi (čl. 77/2) sva su sudbena tijela obvezna „poštivati pravna stajališta Ustavnog suda izražena u odluci kojom se ukida akt kojim je povrijeđeno ustavno pravo podnositelja ustavne tužbe“ (s tim u svezi valja reći da ponekad Ustavni sud vrlo važno pravno stajalište iznosi i u odlukama kojima se odbija ustavna tužba, što po citiranom propisu ne bi obvezivalo redovne sudove). U građanskom pravu nakon ukidne odluke Ustavnog suda slijedi pravo na ponavljanje postupka (čl. 428. ZPP) u kojem su „... sudovi dužni poštivati pravna stajališta izražena u konačnoj presudi Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda temeljnog ljudskog prava ili slobode“. Slično rješenje ima i ZKP (čl. 502.), no bez odredbe o „obvezatnosti“ pravnih shvaćanja ESLJP-a. Čini se da bi i ovdje obvezatnost proizlazila iz Zakona o potvrđivanju europske Konvencije, odnosno same Konvencije (čl. 46.). Obvezatnost poštovanja pravnih stajališta viših sudova može proturječiti drugom, podjednako važnom ako ne i važnijem ustavnom pravu, pravu suca na nezavisno i nepristrano odlučivanje (po st. 2. čl. 118. Ustava RH „sudbena vlast je samostalna i neovisna“). Nezavisnost suca mora značiti da sudac ne može biti vezan „instrukcijama“ ili „uputama viših sudova“ (tako i Triva-Dika: *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 216). Sudac, dakako, može poštovati takve instrukcije i upute, ali to je samo stvar njegovog slobodnog izbora. U srazu konvencijsko-ustavne obveze poštovanja pravnih stajališta ESLJP-a (koji inače nema kasacijske ovlasti nego može samo deklarirati povredu konvencijskog prava) i ustavne

Priznati nekome prava na zaštitu doma (čl. 34/1) Ustava RH,⁶ čl. 8/1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda znači, sasvim praktički rečeno, odbiti (čak i u postupku ovrhe)⁷ nečiji zahtjev (u pravilu zahtjev vlasnika) za iseljenje onoga koji odnosni dom (stan, kuću ili dijelove toga) posjeduje.

U životu se, po nekakvom redovnom tijeku stvari, poklapaju pravo na „zaštitu nepovredivosti doma“ s konkretnom građanskopravnom osnovom koja daje ovlast na posjedovanje stana (vlasništvo, osobna služnost, ugovor o najmu i sl.). Ti slučajevi „simbioze“ ustavno-konvencijskih i građanskopravnih aspekata ni ne dolaze na sud jer nisu sporni.

Sporne postaju situacije gdje se „razbija“ veza između ovih pojmova i u ekstremnoj varijanti otvara i pitanje: može li onda i provalnik u nečijem stanu biti zaštićen u posjedu takva stana samim pozivom na ustavno-konvencijsko pravo na zaštitu doma?

Mogući odgovori (i oni koji su već dani i oni koji će se ubuduće davati) višestruko su zanimljivi. Oni, prvo, otvaraju neke potencijalne „pukotine“ između domicilnog prava (prije svega građanskog prava, ali i ustavnog) i europskog konvencijskog prava.

Otvaraju se, nadalje, pitanja sudskog konvencijskog odlučivanja koje se otežano temelji na dostatnom poznavanju domicilnog prava.⁸

neovisnosti suca, rješenje bi valjalo tražiti u obvezi suca (koje se od njega može tražiti ne vrijeđajući njegov status neovisnosti) da svoje različito pravno stajalište u novoj odluci posebno kvalitetno obrazloži.

- 6 Po čl. 34/1 Ustava RH „Dom je nepovrediv“. Po Konvenciji (čl. 8/1) „Svako ima pravo na poštivanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja“. Može se zapaziti da su odredbe Ustava i RH i Konvencije u odnosu na „dom“ supstancijalno zapravo iste. „Poštovanje doma“ (Konvencije) isto je što i „nepovredivost doma“ (Ustav RH). Ratificirana europska Konvencija (1997. godine) nije stoga unijela nikakvu normativnu promjenu u pravu na zaštitu doma. Sociološko (stvarno, praktično) promjena je, međutim, značajna i to iz dva bitna razloga: što RH tek iz naknadnih presuda ESLJP-a saznaje pravi sadržaj konvencijskog prava na dom i što se neodoljivo nameće tendencija da je konvencijsko pravo ne samo izjednačeno s domicilnim ustavnim pravom nego je čak i iznad njega. Tom je procesu u određenoj mjeri pridonio i Ustavni sud RH svojim stavom da konvencijsko pravo „... smatraju ustavnim pravima te imaju pravnu snagu jednaku odredbama Ustava“ (predmet J. Habulinec i A. Filipović protiv Hrvatske, zahtjev br. 5166/10; odluke Ustavnog suda RH bi U-I-892/1994, U-I-130/1995). Stajalište je znanstveno gledano dosta dvojbeno s obzirom na čl. 141. Ustava RH po kome je Konvencija u rang u bilo kojeg prihvaćenog međunarodnog ugovora.
- 7 Tako je, npr. određeno u predmetu Bjedov protiv Hrvatske (navedeno u bilješki br. 1.). Takvo je stajalište u domaćem pravu teško shvatljivo s obzirom na isključivo egzekutorski karakter postupka ovrhe kondemnatornih sudskih odluka (to se proturječi inače prevladavajućem stavu o funkcionalnoj i organizacijskoj samostalnosti ovršnog postupka, pa se na području kondemnatornih odluka priznaje egzekutorski karakter pravomoćne sudske odluke - M. Dika, *Građansko ovršno pravo*, I. knjiga, *Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007., str. 35).
- 8 Mogući razlog za ovakvu tvrdnju mogli bi naći baš na području stambenog prava. Bivša SFRJ bila je, kako izgleda, jedina europska država koja je poznavala društveno vlasništvo i stanarsko pravo na stanovima u društvenom vlasništvu. Stanarsko pravo nije bilo vlasništvo ali nije bilo ni običan obveznopravni odnos. Bilo je najbliže osobnom (stvarnom) pravu plodouživanja gdje se npr. (a što je ovdje dosta važno) pravo može izgubiti nevršenjem (non usu). Vlasništvo se, kako je opće poznato, zbog toga ne može izgubiti.

Razmjeri bespravnog useljavanja u „ničije“⁹ stanove bili su kod nas, zbog poznate situacije vezane za raspad bivše savezne države, veći i obimniji nego što postoje u mnogim europskim državama pa „legalizirati“ (konvalidirati ili makar i samo tolerirati tako nastala stanja) djeluje već na prvi pogled gledano dosta suspektno.

Domicilno građansko pravo nisu samo zakoni građanskog prava u užem smislu ove riječi (ZOO, ZV, ZN, Zakon o najmu stanova itd.) nego i Ustav i međunarodni ugovori (čl. 140. i 141. Ustava RH).

U tom se smislu i kategorija (pojmovi) građanskog prava moraju uskladiti s Konvencijom (kao propisom iznad zakona), ali i s Ustavom RH koji je kao propis iznad zakona, ali i iznad Konvencije.¹⁰

RH je u svoj pravni sustav prihvatila europsku Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i tome odgovarajuću nadležnost Europskog suda za ljudska prava.

To je u pravni sustav RH već donijelo dosta korisnih novina,¹¹ ali i posljedice koje ne valja ni prešućivati ni zanemarivati, a odnose se na umanjivanje značaja domaćeg prava.

Analiza koju ćemo ovdje napraviti je negdje između ovih dviju krajnosti: ona nas (u pozitivnom dijelu) upućuje na neka nužna nova promišljanja u razvoju stambenog prava kao dijela građanskog (stvarnog) prava, ali i upućuje na oprez da se olako ne prepustimo „zacementiranju“ posjedovnih stanja stanova i kuća koja se ne temelje na valjanim pravnim osnovama u smislu domaćeg građanskog i stambenog prava.

Vrlo je ugodno saznanje da je hrvatska znanost građanskog prava ova pitanja već otvorila.¹² Ovaj rad stoga nije „pionirski“ u ovoj oblasti, ali će njegov autor nastojati dati svoj, dodatni doprinos razmotrenoj materiji.

Znanstvena dimenzija je u pravu uvijek važna, u aktualnom trenutku i posebno bitna. Barem iz dva bitna razloga: što je konvencijsko pravo novum koji nije dostatno

9 „Ničiji stan“ nije to samo u faktičnom, praktičnom i fizičkom smislu. Svi su raniji „društveni“ stanovi i u pravnorelevantnom vlasničkom smislu bili „ničiji“ (također i „svačiji“) jer nisu imali konkretnog nositelja prava. Procesima pretvorbe (nakon državopravnog osamostaljenja RH) ti su stanovi najprije postali državni (pretvorba), a potom su u najvećem dijelu privatizirani (kupnjom stanova u društvenom vlasništvu). Nekupljeni stanovi ostali su u vlasništvu države (ili su ušli u temeljni kapital trgovačkog društva kao pravnog sljednika bivšeg društvenog poduzeća kao davatelja stana na korištenje), a stanar je mogao ostati u stanu kao zaštićeni najamoprimalac. „Ničijih“ stanova više nema. I kad su u vlasništvu Države (županije, grada, općine) isto imaju status privatnog vlasništva jer ih Država ima u funkciji privatno-pravnog subjekta (*iure gestionis*). Tzv. nacionalizirani stanovi ostali su u vlasništvu prijašnjih vlasnika, a stanari su zadržali posjed u statusu zaštićenih najamoprimalaca.

10 Čini nam se stoga malim pravnim paradoksom to što Ustavni sud štiti građane od povrede ustavnih prava zajamčenih Ustavom RH (st. 1. čl. 62. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH), a „viši sud“ (Europski sud za ljudska prava) štiti „niža“ konvencijska prava koja su (čl. 141. Ustava RH), doduše, iznad zakona, ali su svakako ispod Ustava RH.

11 Mislimo tu, npr. na značajne napretke u zaštiti osobnosti građana i pravnih osoba, na uvođenja instituta prava na suđenje u razumnom roku (i s tim povezanim sankcijama), na pojačanu pravnu zaštitu prava vlasništva, veću rigoroznost u kaznenom postupku itd.

12 Vidjeti: G. Mihelčić, M. Marochini, Koneksitet prava ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. pravo na poštivanje doma, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, (2014), br. 1, str. 163-192.

istražen i što kao takav vrlo jasno pokazuje svoju precedentnu osobinu relativne nesklonosti „upletanju“ znanosti prava.

2. RELEVANTNI ASPEKTI DOGMATIKE CIVILA U ODNOSU NA KORIŠTENJE STANA (KUĆE, DOMA)

Ne postoji subjektivno pravo na dobivanje stana. Drugim riječima – nitko od države nema pravo tražiti da mu ona dade (dodjeli) stan.

Postoji, naravno, pravo na stjecanje stana po općim propisima prava, ali to nužno uključuje odgovarajuće pravno i gospodarsko angažiranje stjecatelja prava.

Izvjese korekcije ovog stana moguće su pozivom na načelo socijalne pravde (sadržano u čl. 3. Ustava RH).

Nekakav općesocijalni zahtjev da „svako ima krov nad glavom“ mogao bi se braniti i temeljem prava na život kao najvažnijeg prava osobnosti (arg. iz čl. 19. ZOO iz 05.), ali i ustavnog prava (st. 1. čl. 21. Ustava RH). Život čovjeka u svojoj čak i samo elementarno dostojanstvenoj dimenziji svakako podrazumijeva i odgovarajući stambeni smještaj čovjeka.

Postavi li se ovo pitanje u perspektivi prava osobnosti (koje daje pravo na građansku tužbu radi ostvarenja prava) utemeljeno se može govoriti o pravu na dobivanje elementarno (nužno) potrebnog stambenog smještaja.

U ovom času, međutim, na hrvatskom pravnom prostoru takva opcija realno nije moguća. Razvoj prava osobnosti je tek u početku,¹³ pravo na život još se ne sagledava u svojoj stambenoj dimenziji, a „osiguranje krova nad glavom“ i na teoretskom i na praktičnom planu još se sagledava kao isključivo, tzv. pozitivna obveza države gdje realizacija obveze zavisi samo o dobroj političkoj volji države.

Što znači „građanskopravna osnova“ kao pretpostavka prava korištenja stana?

Pojam nije (ni danas) bez prijepora, ali u hrvatskoj građanskopravnoj terminologiji pod tim se podrazumijeva bitna pretpostavka subjektivnog građanskog prava koja ima istovremeno svoj činjenični i pravni dio.¹⁴

Pojednostavljeno i konkretizirano postavljena takva osnova može biti:

- neko stvarno pravo stečeno pod uvjetima stvarnog prava (pravo vlasništva, stvarno pravo neke od osobnih služnosti, u izvjesnom smislu i prava stečenog temeljem prava građenja)

13 Pravo osobnosti (kao tada „pravo ličnosti“) uvedeno je u hrvatsko (jugoslavensko) pravo 1978. godine (ZOO). Hrvatski ZOO iz 2005. proširio je odnosnu regulaciju: dao je „popis“ prava osobnosti (st. 2. čl. 19.), poistovjetio je pravo osobnosti i neimovinsku štetu (čl. 1046.), po prvi put regulirao odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora (st. 1. čl. 346.), također po prvi put odredio i pravilo da su nositelji prava osobnosti i pravne osobe (st. 3. čl. 13.). U st. 2. čl. 19. navodi se i pravo na život kao pravo osobnosti, ali (kao uostalom i u odnosu na ostala prava osobnosti) ne navodi se sadržaj tog prava. To je isto kao da, npr. ZV priznaje pravo vlasništva, ali ne navodi sadržaj prava vlasništva (to ZV određuje u čl. 30.). Zato je u pravu osobnosti, i na zakonodavnom i na znanstvenom planu, sporan i nejasan sadržaj „pravo na život“, uključujući i to da se ne može decidirano reći u kojoj mjeri ovo pravo opravdava „krov nad glavom“ u svakom slučaju.

14 Tako Klarić-Vedriš: Građansko pravo, Zagreb, 2009., str. 27-29.

- neko obvezno pravo stečeno po propisima obveznog prava (ugovor o najmu, ugovor o zakupu, ugovori o dosmrtnom i doživotnom uzdržavanju ako je ugovorena zajednica života, svaki drugi ugovor koji daje ovlaštenje na korištenje tuđeg stana)¹⁵
- odluka nadležnog državnog tijela (suda, upravnog tijela, također i javnog bilježnika) kojim se statuiira pravo na korištenje stana (npr. rješenje o nasljeđivanju u ostavinskom postupku).

Svako stanovanje bez jedne od navedenih građanskopravnih osnova je bespravno stanovanje. Po pravilima stvarnog prava takav stanar je nepošteni posjednik jer zna da posjeduje stvar koja nije njegova (arg. iz st. 2. čl. 18. ZV).

Posjed stvari nije pravo. To je samo faktično stanje koje uživa određenu i to samo posjedovnu pravnu zaštitu. Svaki je posjednik stvar dužan predati vlasniku ako vlasnik to zatraži, i to svaki posjednik, tj. i pošten i nepošten.

Posjedovna zaštita koju posjednik stvari dobiva pod pretpostavkama ZV-a nije definitivna zaštita, samo je privremena i vlasniku koji je izgubio posjedovnu parnicu uvijek preostaje pravo na vlasničku tužbu.

Za stanara kao posjednika stana (kuće, doma) posjedovna zaštita je dosta značajna. Ona ga štiti od naglih i brzih iseljenja, a objektivno daje i mogućnost da „dobivanjem vremena“ sam iznađe neku novu mogućnost stambenog smještaja.

Dugoročno, međutim, posjed stana ne daje „mirniji san“. U nekim ekstremnijim slučajevima (npr., provale u nečiji stan) posjednik može biti i odmah iseljen (privremena mjera u posesornoj parnici).

U vlasničkoj (u pravilu - reivindikacijskoj) parnici posjednik stvari (stana) će se teško obraniti.

Tužba nije vezana uz rok i vlasnik ju uvijek može podnijeti, a ono bitno što jedino mora dokazati jeste njegovo pravo vlasništva. Postojanje i istinitost prigovora koji ukidaju, negiraju ili zaustavljaju reivindikacioni tužbeni zahtjev mora dokazati tuženik-posjednik (arg. iz čl. 163. ZV).

Vrlo je dubiozno može li u materijalnopravne prigovore koje posjednik može uspješno suprostaviti vlasniku stana ići i ustavno-konvencijski prigovor prava na poštovanje, odnosno nepovredivost doma.

Parnični sud (i u posjedovnoj i u vlasničkoj parnici) raspravlja u načelu samo o prigovorima, odnosno tvrdnjama koje su stranke iznijele (st. 1. čl. 7. ZPP).¹⁶

15 Svaki ugovor može naknadno biti utvrđen nevaljanim (deklariran ništetnim ili poništen). U prvom je slučaju nevaljan *ex tunc* (arg. iz st. 1. čl. 323. ZOO), u drugom *ex nunc* (arg. iz čl. 331. ZOO). U oba slučaja, kada takvo stanje postoji u času završetka suđenja (završetka glavne rasprave) tuženik nema valjane građanskopravne osnove za posjed stana kada je ta osnova bila ugovor.

16 Stranka (tužitelj) ima i postupovnu obvezu navesti u tužbi relevantne činjenične tvrdnje koje će ispitivati parnični sud (st. 1. čl. 186. ZPP). Ne mora, npr. navesti pravnu osnovu (propis) po kojem predlaže usvajanje tužbenog zahtjeva, ali navod o činjenicama koje sud treba raspraviti važan je dio tužbe čije se nepostojanje sankcionira mogućim (presumiranim) povlačenjem ili odbacivanjem tužbe (čl. 109. ZPP). Tuženik, s druge strane, ne mora čak ni reagirati ako to ne želi (ali onda na svoj postupovni rizik), ali ako se odupre treba u svom interesu valjanom odgovorom na tužbu i sam ponuditi neki dodatni postupovni materijal kojeg predlaže raspraviti

Iznimka od takva pravila postoji samo u slučaju nedopuštenih raspolaganja (st. 2. čl. 7. ZPP).

Stoga je vrlo upitno može li parnični sud u vlasničkoj parnici raspravljati o prigovoru povrede prava na „nepovredivost doma“ ako takav prigovor tužena strana nije istaknula.

Oficijozno proširenje nadležnosti suda na raspravljanje ovih pitanja teško se može braniti pozivom na st. 2. čl. 7. odnosno s tim povezanim st. 3. čl. 3. ZPP-a jer nijedna strana ne iskazuje nikakvo „raspolaganje kojeg bi parnični sud trebao kontrolirati“.

U ovrsi su slične mogućnosti još manje. Tu više ni stranka (ovršnik) ne može isticati tvrdnje koje bi se odnosile na stanje činjenica koje je postojalo u trenutku završetka suđenja (arg. iz čl. 304. ZPP).

U ovrsi se mogu aktualizirati samo kasnije nastale činjenice, sve kroz poznate institute opozicijske i opugnacijske tužbe.¹⁷

Činjenica stanovanja („doma“) po naravi stvari poznata je već na početku parnice (ona je zapravo i uzrok same parnice) i u svakom slučaju teško je braniti moguću tezu da bi ovršni postupak mogao ili trebao biti okvir raspravljanja povrede prava na poštovanje doma ako isto pitanje nije postavljeno u ovrsi u prethodnom parničnom postupku.

Stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu više nema. Nema više, dakle, posebnog (i u socijalizmu privilegiranog) društvenog vlasništva. Vlasništvo je jednovrsno i jednovrsnost prava vlasništva je u samim temeljima ustavnopravnog poretka Republike Hrvatske.¹⁸

Na ovdje razmotrenom planu prava na dom, odnosno nekih mogućih aspekata toga prava valja stoga podvući da je u vlasničkopravnim parnicama u svezi s predajom stana vlasniku potpuno irelevantno pitanje tko je vlasnik (grad ili općina, trgovačko društvo, fizička osoba). Svi oni imaju pravo pod jednakim uvjetima ostvariti temeljno pravo svakog vlasnika - posjed stvari.

Sustav hrvatskoga stvarnog prava (preuzetog iz austrijskog prava) poznaje vrlo precizno pretpostavke stjecanja prava vlasništva.

Tu spada i dosjeloost kao mogući oblik stjecanja. No, čak za razliku od nekih drugih prava (npr. talijanskog) hrvatski vlasničko-pravni sustav kao jednu od minimalnih pretpostavki dosjedanja traži poštenost posjeda koje se, doduše, presumira, ali se može i oboriti.

U svakom slučaju nepošteni posjednik ne može dosjelošću steći pravo vlasništva (arg. iz 11. i čl. 159. - 160. ZV).

(arg. iz st. 1. čl. 285. ZPP).

17 Opozicijske i opugnacijske tužbe imaju za primarni cilj proglašenje ovrhe nedopuštenom. Iz dosta kompleksne naravi ovih tužbi (vidjeti: M. Dika, *Građansko ovršno pravo*, I. knjiga, *Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007., str. 346-356) nedvojbeno proizlazi zaključak da se one temelje na činjenicama nastalim nakon suđenja. U praksi nema zapravo razlike između jedne i druge tužbe.

18 Tako: Klarić-Vedriš, op. cit. str. 230. Ustav RH (st. 1. čl. 48.) jamči pravo vlasništva, očito jedno i istovrsno pravo vlasništva. Podsjetimo se da je inače viševrsnost prava vlasništva odlika feudalnih društava, ali ga je bilo i u još donedavno vladajućem socijalizmu u obliku dominacije privilegiranog društvenog vlasništva.

I to je za ovdje aktualnu stambenu analizu vrlo važno. Nema dosjelnosti bez poštenja (samostalnosti) posjeda stana.

Hrvatsko stvarno (vlasničko) pravo više ne poznaje u socijalizmu poznati stambeni maksimum.

Vlasnik može imati u vlasništvu više kuća i stanova,¹⁹ a u vlasničkoj se parnici tuženik- posjednik stana ne može braniti prigovorom da tužitelju-vlasniku sporni stan nije potreban kad ima više stanova. To nije relevantan protuvindikacijski prigovor, a njegovo uvođenje (vraćanje) vratilo bi nas u okvire prava neprihvatljive političke ideologije.²⁰

3. USTAVNO-KONVENCIJSKO PRAVO O ZAŠTITI DOMA

Ustav RH u st. 1. čl. 34. kratko navodi: „Dom je nepovrediv“. U ostala četiri stavka određuju se pretpostavke pod kojima javna vlast („samo sud“) može odrediti pretragu doma ili drugog prostora.

Iz ovoga se može vrlo jasno izvući zaključak da „nepovredivost doma“ iz st. 1. može narušiti samo sudska javna vlast kada pretragu doma odredi suprotno zakonu (st. 2. čl. 34: Samo sud može obrazloženim pisanim nalogom utemeljenom na zakonu odrediti da se dom ili drugi prostor pretraži). Vodeća ustavna teorija²¹ izražava sličan stav.

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda pravo na poštovanje doma ne uređuje samostalno nego zajedno s još nekim pravima.

Stavak 1. čl. 8. tako određuje: Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.

U st. 2. istog članka određuje kada se javna vlast može „miješati u ostvarivanju tog prava“.

Samo je, dakle, javna vlast nekakva potencijalna ugroza prava na poštovanje doma i čini nam se da se konvencijska projekcija prava na zaštitu doma uopće ne bi mogla odnositi na povrede doma do kojih dolazi u privatnopravnoj komunikaciji između fizičkih i pravnih osoba kao subjekata privatnog prava.

Konvencija (za razliku od Ustava RH) pravilno rabi izraz „javna vlast“, a ne samo „sud“, jer je jasno da postoje situacije u kojima u nečiji dom mogu zakonito ući i neke druge javne vlasti, a ne samo sudske (zdravstvene, sanitarne, veterinarske, vatrogasne i sl.).

Povezivanje doma s obiteljskim i privatnim životom nije slučajno i ono je pravilan izraz njihove zajedničke biti i zaštite osobnosti kao naročitog objekta

19 Ovakav stav (a i ovakva regulacija u važećem vlasničkom sustavu RH) nije i ne treba služiti kao pokriće ili legalizacija nekih vrlo suspektih stjecanja prava vlasništva. To su, međutim, druga pitanja koja valja sankcionirati drugim pravnim mjerama (svakako i kaznenopravnim).

20 Do negdje 70-ih godina prošlog stoljeća (vrijeme socijalizma i SFRJ) bila su vrlo uobičajena sudska obrazloženja da u socijalističkom društvu „nije dopušteno da tužitelj ima dva stana, a tuženik nema nijednog“. Time se odbijalo reivindikacijske vlasničke zahtjeve, iako su tužitelji u tim parnicama nedvojbeno i uredno dokazivali svoje pravo vlasništva, a tuženici ili nisu uspješno suprostavljali relevantne protuvindikacijske prigovore ili ih uopće nisu postavljali.

21 Smerdel, B., Sokol, S., *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., str. 135.

modernog prava osobnosti.

No, ova interpolacija prava osobnosti u konvencijsko pravo iz st. 1. čl. 8. teško opravdava (mi mislimo da uopće ne opravdava) konvencijsko-sudsku praksu koja poštovanje doma proteže na privatne imovinsko-pravne probleme.

Njemačko pravo je do posebno visoke razine razvilo ustavno pravo na nepovredivost doma (Unverletzlichkeit der Wohnung).

St. 1. čl. 13. njemačkog saveznog Ustava isto je tako lapidarno jasan: Stan je nepovrediv („Die Wohnung ist unverletzlich“). Pojam „stan“ vrijedi i kao pojam „dom“ (inače „Heim“ ili „Haus“).

Članak 14. njemačkog saveznog Ustava ima još šest stavaka koja se (slično hrvatskom Ustavu i slično Konvenciji) odnose na pretpostavke kada javne vlasti mogu narušiti nepovredivost doma.

Praksa ide u smjeru da se nepovredivost doma može kršiti ne samo fizičkim ulaženjem predstavnika javnih vlasti u nečiji dom nego i drugim radnjama kao što je, npr. elektronički nadzor.²²

Protupravni ulaz bilo koje javne vlasti u nečiji dom ima svoje vrlo određene kaznenopravne posljedice,²³ a nedvojbeno ima i odgovarajuću civilnopravnu sankciju zbog povrede prava osobnosti.

U svakom slučaju njemački savezni Ustav ne omogućuje širenje ustavnog prava na nepovredivost doma na klasične građansko (imovinske)-pravne sporove vezane uz dom.

S njemačkoga govornog područja sličan stav nalazimo i u austrijskom pravu.²⁴

Nije drukčije ni u talijanskom pravu („inviolabilit  del domicilio“). Stavak 1. čl. 14. talijanskog Ustava također glasi: „Dom je nepovrediv“ („il domicilio   inviolabile“). Ostala dva stavka govore o mogućnosti kada javne vlasti mogu ući u nečiji dom.

Teorija je i tu potpuno suglasna o isključivo ustavnom, javnopravnom karakteru ove odredbe.²⁵ Čak se inzistira na rigoroznom poštovanju ustavne norme, odnosno zabrani proširivanja njene primjedbe na neke druge, premda uvijek samo javnopravne situacije.²⁶

22 Tako Christoph Gusy, Repetitorium fuer Offentliches Recht(Grundrechte, Staatsergonisation)-Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.1366),www. Isto i Izabrane odluke njem. Saveznog ustavnog suda (2009, str. 439-448).

23 Njemački savezni ustavni sud je u odluci od 26.3.2014. (priopćenje za tisak br. 29/2014 od 26.3.2014.) sankcionirao (ukinuo) redovnosudski odobrenu pretragu stana jednog prokuriste i to jer je pretraga dopuštena da bi se prikupili dokazi za sumnju potrebnu za pokretanje kaznenog postupka. Sud je pritom rekao da se u nečiji dom ne može ući radi stvaranja postupovnog materijala za eventualno pokretanje kaznenog postupka nego tek ako već postoji relevantna sumnja koje u konkretnom slučaju sud ne nalazi.

24 Walter/Mayer/Kuesko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage, Wien, 2007., str. 701-705, 742-754.

25 Roberto Bin-Giovanni Pitruzella, Diritto costituzionale, ottava edizione, Torino 2007., str. 491-494.

26 U Italiji postoji konsolidirana praksa da se pretraga nečijeg doma može dopustiti samo za radnje koje predviđa Ustav: inspekcije, pretrage i pljenidbe i da se izvan toga nikako ne može ići (izvod iz Enciclopedie Treconì, Liberta di domicilio, http: www. treconì. it/enciclopedia/

Čini nam se da ova (premda kratko) ustavno-konvencijska analiza ne omogućuje primjenu st. 1. čl. 34. Ustava RH i st. 1. čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda na privatnopravne, imovinske odnose između pravnih subjekata.

Domet ovih odredbi treba se zaustaviti na ustavnopravnoj zabrani javnih vlasti da bez postojanja pretpostavki iz zakona ulaze u nečiji dom, a u građansko pravo mogu ući samo u njegov neimovinski dio (pravo osobnosti) kroz zaštitu prava na osobnu slobodu i prava na privatni život. Tu su onda sankcije posve druge (odgovornost za neimovinsku štetu, čl. 1046., s povredom, čl. 1099. i 1100., zahtjev da se prestane s povredom prava osobnosti ili da se uklone posljedice povrede, čl. 1048. ZOO RH iz 05.).

U svakom slučaju ni u ustavno ni u konvencijsko sudovanje, po takvoj pravnoj optici, ne spada meritorno²⁷ rješavanje reivindikacijskih pitanja, stjecanja prava vlasništva, poštenost ili samostalnost posjeda itd.

Mutatis mutandis isti zaključak vrijedi i kada se ustavna tužba poziva na odredbu o zaštiti prava vlasništva (st. 1. čl. 48. Ustava RH: Jamči se pravo vlasništvo). Između pozivanja na st. 1. čl. 34. (Dom je nepovrediv) i st. 1. čl. 48. razlika je samo u tome što u prvom slučaju u obzir dolazi i pravo na dom izvan prava vlasništva (npr. plodouživanje, ugovorni odnosi), a u drugom se radi samo o pravu vlasništva.²⁸

4. PRAVO NA STAN I PRAVO NA DOM U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Postoji već vrlo bogata praksa Europskog suda za ljudska prava vezana uz pravo na dom i time povezanim pravnim pitanjima.²⁹

U predmetu Cvijetić protiv Hrvatske (zahtjev br. 71549/01, presuda od 26. veljače 2004.) utvrđena je povreda prava iz čl. 6. st. 1. i čl. 8. Konvencije jer je podnositeljici zahtjeva dugotrajnim i neučinkovitim vođenjem postupka parnice i ovrhe (u čemu je ona na kraju ipak uspjela) povrijeđeno njezino pravo na dom.

Pravo na dom (sa zaštitom prava podnositeljice kao „člana obiteljskog domaćinstva“) priznato je i u predmetu Pibernik protiv Hrvatske (zahtjev 75139/01, presuda od 4. ožujka 2004.). I tu je zahtjev usvojen po st. 1. čl. 6. i čl. 8. Konvencije.

Iz godine 2004. (presuda od 29. srpnja 2004.) je i predmet Blečić protiv Hrvatske (zahtjev br. 59532/00). Tu je podnositeljica zahtjeva izgubila stanarsko pravo jer je duže vrijeme (1991., oružani sukob u Zadru) izbivala iz stana. Zahtjev je usvojen po čl. 8. Konvencije, uz snažnu kritiku nacionalnog prava i nacionalnih sudova.

Predmet Čosić protiv Hrvatske (zahtjev br. 28261/06, presuda od 15. siječnja 2009.) zanimljiv je po tome što je podnositeljici priznato pravo na dom (čl. 8.

liberta-di-domicilio).

27 Naravno ove stvari mogu doći pred Ustavni sud iz postupovnih razloga (st. 1. čl. 29., povreda prava na pravično suđenje), no nikako zbog materijalne građanskopravne povrede.

28 Prethodno citiran stav iz austrijske ustavno-pravne literature (bilješka br. 24) temelj je ovoga našeg zaključka.

29 Presude Europskog suda za ljudska prava navedene i obrađene u radu G. Mihelčić, M. Marochini, Koneksitet prava ostvarenja ..., op. cit., nećemo posebno navoditi pa čitatelje i u ovom dijelu upućujemo na taj rad.

Konvencije) temeljem bitne činjenice što je više od 18 godina stanovala u stanu kojeg je njezin poslodavac (škola) zakupio od JNA.

U predmetu Paulić protiv Hrvatske (zahtjev br. 3572/06, presuda od 22. listopada 2009.) priznata je zaštita po čl. 8. Konvencije, iako su činjenice bile takve da je podnositelj uselio u stan nakon stupanja na snagu Uredbe o zabrani raspolaganja.³⁰

Po čl. 8. Konvencije zaštita je dana i zbog prekomjerne buke koju su činili treći (zahtjev br. 61260/08, presuda od 21. svibnja 2010.).

U predmetu Orlić protiv Hrvatske (zahtjev br. 48883/07, presuda od 21. lipnja 2011.) povreda prava na dom (čl. 8. Konvencije) priznata je (suprotno odlukama nacionalnih sudova), temeljem bitne činjenice što je podnositelju kao časniku vojske (mada i nakon stupanja na snagu Uredba o zabrani raspolaganja) dodijeljen stan umjesto stana kojeg je ranije imao na drugom mjestu i kojeg je dobrovoljno predao.

Predmet Bjedov protiv Hrvatske (zahtjev br. 42150/09, presuda od 29. svibnja 2012.) značajan je po tome (što smo u prethodnim dijelovima ovoga rada već istaknuli) što se primanje prava na dom (čl. 8. Konvencije) vrši i traži u postupku ovrhe iseljenja.

U predmetu Brezec protiv Hrvatske (zahtjev br. 7177/10, presuda od 18. srpnja 2013.) pravo na dom iz čl. 8. Konvencije priznato je podnositeljici koja je skoro 40 godina živjela u stanu koji se još naziva „stanom za službene potrebe“ (tzv. personalna zgrada poslodavca).

Predmet Zrilić protiv Hrvatske (zahtjev br. 46726/11, presuda od 3. listopada 2013.) zanimljiv je po tome što ovdje (iznimno) nije utvrđena povreda prava iz čl. 8. Konvencije; u konkretnoj stvari (razvod braka, dioba imovine) prodana je zajednička kuća stranaka s obzirom na to da fizička dioba nije bila moguća.

Spomenimo na kraju (još jednom) predmet Škrtić protiv Hrvatske (zahtjev br. 64982/12, presuda od 5. prosinca 2013.) gdje je pravo na dom priznato neovisno o „postojanju građanskopravne osnove za stanovanje“.

Europski sud za ljudska prava u svakom je slučaju u prilici posebno objektivno i nepristrano ocjenjivati podnesene zahtjeve za zaštitu konvencijskih prava.

U tom je smislu Europski sud vrlo značajan korektor svih nacionalnih prava i njihovih zakonodavstava.

Europski sud sudi po Konvenciji. To je za nas propis ispod našeg Ustava. Stoga je vrlo neobično što „viši sud (Europski sud) radi po nižem, a domaći Ustavni sud („niži sud“) po (za nas) višem propisu (Ustava RH).

Redovnosudski predmet (u svojoj ukupnoj činjenično-pravnoj dimenziji) mora biti *praemissa minor* i nacionalne i konvencijske ustavnopravne, odnosno ljudskopravne konkluzije. U tom smislu ide opća zamjerka Europskom sudu što ne poznaje dovoljno nacionalno zakonodavstvo i previše ga olako „preskače“ pozivom na sadržajno dosta općenite konvencijske norme.

Konvencijska praksa u zaštiti prava na dom pokazuje veliku sklonost pravičnosti. To je, naravno, načelno dobro, ali stvarni je život takav da se ljudski odnosi moraju odvijati po pravilima koji nisu uvijek u suglasju s općim pojmovima

30 Sudac Malinverni nije bio suglasan i dao je izdvojeno mišljenje. Ovaj je sudac napose istaknuo da se višim sudovima ne može predbacivati što nisu riješili pitanje koje ni sama stranka nije istaknula.

pravde i pravičnosti.

Čini se da se nacionalno postupovno pravo posebno zanemaruje. Teško je opravdano govoriti o povredi prava stranke ako ona sama tu povredu nije istaknula ili ju nije istaknula u relevantnom postupovnom stadiju. Ovrha, npr. u svakom slučaju nije mjesto za raspravljanje pitanja koja se mogu raspravljati samo na parnici.

5. ZAKLJUČAK

Ovaj rad nema za cilj suprostavljati (ni domaće ni europsko) građansko pravo s konvencijskim pravom u području zaštite prava stanovanja.

Ima, međutim, za cilj ukazati na pojavu vrlo široke i pravno neprihvatljive divergencije nastale u primjeni propisa građanskog, odnosno konvencijskog prava.

Te divergencije zapravo ne bi smjele biti. Barem ne u normativnom materijalnopravnom smislu. Ne može se, naime, braniti teza da građansko pravo ne priznaje, ali da konvencijsko pravo priznaje nekoj osobi pravo stanovanja u nekom stanu ili kući.

Drugo je, naravno, pitanje konkretnih sudskih odluka koje mogu eventualno nepravilno primijeniti i međusobno dobro koordinirajuće građanskopravne i konvencijskopravne norme.

Ovaj rad stoga može biti mali doprinos ovog nužnog usuglašavanja građanskog i konvencijskog prava u ovdje razmatranoj materiji.

Građansko pravo je tu u opće poznatoj povijesnoj prednosti. Ono sadrži kategorije koje svoju verifikaciju vuku još iz rimskog prava i koje su preuzete i potvrđene u zakonodavstvima najrazvijenih europskih zemalja (Code civil, OGB, Codice civile, BGB).

Isto je tako građansko pravo u svom postupovnom dijelu razvilo postupke i pravila ostvarivanja prava i obveza građana.

To nisu neke puke forme koje služe same sebi nego su prevažne pretpostavke ostvarivanja biti prava.

Građansko pravo (i u materijalnom i postupovnom dijelu) uvijek je bilo blisko pravnoj teoriji i znanosti. Vodeći zakonici (npr. BGB) sadrže u sebi prave teoretske poučke; oni su bili rezultat znanosti i sami su davali daljnji doprinos razvoju građanskopravne znanosti.

Konvencijsko pravo je novo. Ono se snažno razvija na krilima općega pokreta za zaštitu ljudskih prava i kao sve novo nastoji „preskočiti“ staro. To je prostor moguće dobrih inovacija, ali i rizika da se konfrontiranjem s klasikom prava izazove pad razine pravne zaštite.

Rizik je povećan sve uočljivijom dominacijom precedentnog prava i precedentnog pravnog razmišljanja. Kontinentalni (napose iz ove naše i nama bliske austrijsko-njemačke zone) su odgojeni tako da se sudi „po pravilima, a ne po primjerima“. Spoj preopćenite pravne norme (kakve su dosta često konvencijske pravne norme) i precedentskog pristupa rješavanje konkretnog pravnog problema vrlo lako dovodi do rezultata koji nisu doprinos vladavini prava i pravnoj sigurnosti građana.

Pitanje prava na dom i njegov odnos s građanskopravnom osnovom korištenja

stana ili kuće ima ovog trenutka i svoju vrlo neposrednu, ustavno-pravno i političko-pravno izuzetno važnu dimenziju.

Riječ je, o tzv. nacionaliziranim stanovima koje kao zaštićeni najmoprimci koriste (posjeduju) stanari koji su u tim stanovima već nekoliko desetljeća i mogu se s puno ljudskih i pravnih razloga pozivati na to da je taj stan njihov „dom“.

Republika Hrvatska jamči pravo vlasništva (st. 1. čl. 48. Ustava), a nepovredivost vlasništva spada u najviše vrednote njenog ustavnog poretka (čl. 3. Ustava).

Na tragu ovakvog „provlasničkog“ raspoloženja Ustavni sud RH svojevremeno je ukinuo st. 2. čl. 40. Zakona o najmu stanova te je na snazi ostao samo st. 1. istoga članka koji je vlasnicima stanova bitno poboljšao mogućnost iseljavanja zaštićenih najmoprimaca.

Zanimljivo je, međutim, da su redovni sudovi iz pored jasnog postojanja pretpostavki iz (ranijeg st. 1. a sada čl. 40. bez zasebnih stavaka jer je st. 2. ukinut) odbijali zahtjeve vlasnika stanova za iseljenje zaštićenih najmoprimaca³¹ i to s bitnim obrazloženjem da Parlament (Hrvatski sabor) nije nakon ukidne odluke Ustavnog suda RH donio novi propis o istom pitanju i da je stoga ovoga trenutka jedino egzistentna norma čl. 40. Zakona o najmu stanova nedostatna za presuđivanje, odnosno da se ne može suditi³² dok zakonodavac ne uredi ovu materiju odgovarajućom zaštitom zaštićenih najmoprimaca.

Odnos vlasnika nacionaliziranih stanova i zaštićenih najmoprimaca vrlo je kompleksan i bit će teško naći rješenje koje će zadovoljiti obje strane. Vlasnici se opravdano bune da im je ostalo „golo pravo“ (*nudum ius*) i da je to protivno ustavnom jamstvu prava vlasništva. Zaštićeni najmoprimci argumente za zadržavanje posjeda ovih stanova nalaze u tome da je to njihov „dom“ u kome žive već desetljećima i zbog kojeg su, npr. u najboljoj vjeri propustili svoje stambeno pitanje riješiti na neki drugi način (dobivanjem društvenog stana u doba socijalizma, gradnjom vlastite kuće ili stana i sl.).

Europski sud za ljudska prava, kao što smo i kroz ovaj rad vidjeli, dosta široko zahvaća „pravo na zaštitu doma“, ali je (osim odluke koju smo spomenuli u uvodu, Gustovarac protiv Hrvatske) nedavno upravo na pitanju nacionaliziranih stanova objavio odluku koja je znatno na tragu zaštite prava vlasništva, tj. zaštite prava vlasnika nacionaliziranih stanova.³³

ESLJP time, doduše, nije rekao da zaštićeni najmoprimci moraju odmah iseliti, ali je jasno istaknuo da (preniska) zaštićena najamnina vrijeđa sam pojam prava

31 Tako npr. u predmetu Općinskog suda u Zagrebu Ps-911/04. Predmet u ustavnosudskom postupku (u-III/7173/2010) nije riješen jer je očito da se konkretni problem ne može razriješiti bez prethodnog razrješenja načelnog (apstraktnog) problema ustavnosti Zakona o najmu stanova.

32 Sudovi su pritom izvršili svojevrstu „actionem denegare“ (odbiti suditi jer nema propisa) što naš postupovni sustav ne poznaje (po st. 2. čl. 2. ZPP-a sud mora presuditi predmet za koji je nadležan suditi). U konkretnom slučaju, čini nam se, trebalo je suditi po propisu kako on sada glasi (tj. po st. 1. ranijeg čl. 40. Zakona o najmu stanova odnosno, po istom članku sada bez posebnih stavaka nakon što je st. 2. Ustavni sud RH ukinuo). Naravno, propis je u ovakvom sadržaju takav da dosta favorizira vlasnika, ali sud ne stvara nego primjenjuje propis.

33 Predmet Stanileo protiv Hrvatske (zahtjev br. 12027/10, presuda od 10. srpnja 2014.).

vlasništva. Očito - tu najamninu treba ili podignuti (moguće čak i do komercijalne) ili ići na iseljenje najomprimca. U tom slučaju bi pravo vlasništvo bilo jače od prava na dom. Drugim riječima - građanskopravna osnova za korištenje stana ne da ne bi bila nebitna nego bi bila odlučujući razlog koji bi omogućio vlasniku stupanje u posjed stana, a posjednika stana (nositelja „pravo na dom“) obvezivalo na iseljenje iz tog stana.

Summary

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CIVIL LAW RIGHT OF USUFRUCT OVER A FLAT AND THE RIGHT TO THE PROTECTION OF HOME GUARANTEED BY THE ECHR AND THE CONSTITUTION

This paper analyzes the relationship between the civil law right of usufruct over a flat and the right to the protection of a flat, house and home guaranteed by the ECHR and the Constitution.

There are big unacceptable differences between civil law provisions, case law of civil courts and case law of the European Court of Human Rights.

The objective which must be aspired to is not only approximation but full normative harmonization of these areas of law.

This issue is of greater importance for our domestic law, since our opinions and the opinion of the European Court of Human Rights differ greatly.

Keywords: *flat, house, home, the right to a flat, the right to a home, European Court of Human Rights, civil law, the law of the European Convention, case law, judicial precedents, science and theory of civil law*

Zusammenfassung

VERHÄLTNIS ZWISCHEN DER ZIVILRECHTLICHEN BASIS FÜR DIE NUTZUNG DER WOHNUNG UND DEM IN DER VERFASSUNG UND KONVENTION GEWÄHRLEISTETEN RECHT AUF DEN SCHUTZ DER WOHNUNG

Die Arbeit analysiert das Verhältnis zwischen dem zivilrechtlichen und dem in der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleisteten Recht auf Schutz der Wohnung, des Hauses und des Heims.

Es gibt große Unterschiede zwischen den Vorschriften des Zivilrechts bzw. der

Rechtsprechung von Zivilgerichten und den Vorschriften und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und sie kann man schwer akzeptieren.

Das anzustrebende Ziel wäre nicht nur die Annäherung sondern volle Übereinstimmung dieser Rechtsgebiete. Diese Frage ist von größerer Bedeutung für unser nationales Recht, da die Unterschiede zwischen unseren Stellungnahmen und der Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sehr groß sind.

Schlüsselwörter: *Wohnung, Haus, Heim, Recht auf Wohnung, Recht auf Heim, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Zivilrecht, Konventionsrecht, Rechtsprechung, gerichtliche Präjudizien, Wissenschaft und Theorie des Zivilrechts*

Riassunto

IL RAPPORTO TRA IL FONDAMENTO CIVILISTICO PER L'USO DELL'ABITAZIONE ED IL DIRITTO BASATO SULLA COSTITUZIONE E SULLA CONVENZIONE VOLTO ALLA TUTELA DEL DIRITTO ALLA CASA

Il contributo esamina il rapporto tra il diritto di matrice civilistica e quello europeo della Convenzione alla tutela dell'abitazione e della casa.

Tra le regole del diritto privato, ossia della giurisprudenza civile e le regole della Corte europea dei diritti dell'uomo esistono rilevanti differenze, difficili da accettare.

Il fine cui bisogna tendere non è rappresentano solo dall'avvicinamento, bensì all'identità di disciplina di tali parti del diritto.

Per il nostro diritto nazionale tale questione è di ancor maggiore rilevanza, poiché il nostro intendimento e l'intendimento della Corte europea per i diritti dell'uomo sono molto distanti.

Parole chiave: *Appartamento, abitazione, casa, diritto all'appartamento, diritto alla casa, Corte europea dei diritti dell'uomo, diritto civile, diritto europeo della Convenzione, prassi, precedenti giurisprudenziali, dottrina e teoria del diritto privato.*

NADZOR NAD DUHANOM I ODGOVORNOST PROIZVOĐAČA ZA ŠTETU OD DUHANSKIH PROIZVODA

Dr. sc. Marko Bevanda, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
Bosna i Hercegovina

UDK: 347.51:663,97
Ur.: 11. veljače 2015.
Pr.: 9. ožujka 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Znanstveno je dokazano da su posljedice (duže) izloženosti duhanskom dimu u visokom stupnju vjerojatnosti oboljenja, tjelesna oštećenja i smrt. Autor u radu prikazuje pravnu regulaciju nadzora nad duhanom na međunarodnoj, regionalnoj i nacionalnoj razini, te analizira pitanje odgovornosti za štetu koja je posljedica aktivnog pušenja i izloženosti duhanskom dimu. Pitanja odštetne odgovornosti proizvođača duhanskih proizvoda i obeštećenja osoba koje su pretrpjele štetu od duhanskih proizvoda donose brojne dvojbe i kontroverze, te predstavljaju veliki izazov za pravnu znanost i praksu. Navedeno područje odštetne odgovornosti zahtijeva daleko veću pozornost hrvatske pravne znanosti i prakse građanskog prava nego što je to bilo do sada. Odgovornost (proizvođača) za štetu od duhanskih proizvoda treba urediti kao poseban odštetnopravni sustav. Autor smatra da su objektivna odgovornosti i presumirani kauzalitet ispravan i poželjan put u evoluciji toga novog i posebnog sustava građanskopravne odgovornosti. U ovom radu autor ne daje cjelovito znanstveno istraživanje navedene problematike, što je svakako nemoguće dati, ali otvara, pokreće i analizira čitav niz složenih i osjetljivih pitanja i problema koji nastaju u ovom području, te daje neke prijedloge za njihovo rješenje.

Ključne riječi: Direktiva EU 40/2014, nadzor nad duhanom, odgovornost za štetu, duhanski proizvodi, neispravan proizvod, opasan proizvod, objektivna odgovornost.

1. UVOD

Suvremena znanost i vrhunska tehnologija omogućava masovnu proizvodnju lijepo dizajniranih, ambalažiranih ili upakiranih, atraktivnih i inovativnih duhanskih (i srodnih) proizvoda (cigarete, cigare, cigarilos, duhan za pušenje)¹ koji svojim

1 Prema čl. 2. Zakona o duhanu (Narodne novine, br. 69/99. i 14/14.) pod pojmom „duhana“ podrazumijevaju se listovi kultivirane biljne vrste *Nicotiana tabacum* L. u svim oblicima i stupnjevima uzgoja, obrade i pakiranja koji ne služe krajnjoj potrošnji, a „duhanskim proizvodima“ smatraju proizvodi napravljeni od duhana koji su namijenjeni pušenju, žvakanju i šmrkanju (cigarete, cigare, duhan za lulu, duhan za pušenje, duhan za šmrkanje, duhan za

obilježjima u velikoj mjeri zadovoljavaju očekivanja, želje i potrebe potrošača – pušača, ali istovremeno, proizvoda čija se proizvodnja i (redovita i razumna) upotreba može kositi ili kosi sa suvremenim temeljnim zahtjevima zaštite zdravlja i života ljudi te zaštite okoliša. Duhanska industrija neprestano razvija nove i jako privlačne (posebice za mlađe osobe)² duhanske i srodne proizvode, ali istodobno jako opasne proizvode koji mogu prouzročiti teške štetne posljedice po zdravlje ljudi. Elektroničke cigarete predstavljaju revolucionaran proizvod i prema brojnim istraživanjima ogroman napredak u borbi protiv ovisnosti o pušenju, ali napredak koji je postavio poseban pravni izazov na zadovoljavajući način odgovoriti na pitanje sigurnosti i nadzora nad takvim proizvodima.

Nesporno je da je nastanak i snažno širenje duhanske epidemije potaknuto brojnim agresivnim i sofisticiranim (marketinškim) strategijama duhanske industrije koja svjesno utječe na percepciju pušača i nepušača o rizicima povezanim s upotrebom duhanskih proizvoda, posebice pušenja cigareta.³ Proizvođačima duhanskih proizvoda profit je prioritetni interes, a njihova zanimljiva (izravna ili neizravna) promidžba i „prijateljski“ marketing često zasjeni istinski rizik proizvodnje, stavljanja u promet i upotrebe duhanskih proizvoda. Stupanj rizika što ga potrošači percipiraju (percipirani rizik) te njihova tolerancija na rizik imaju važne implikacije za proizvođače,⁴ ali, nažalost, proizvođači često manipuliraju potrošačevom percepcijom rizika.⁵

Pitanja proizvodnje, obrade i prodaje duhana, te proizvodnje, distribucije, reklamiranja i prodaje gotovih duhanskih proizvoda otvaraju brojne i iznimno bitne etičke, socijalne, ekonomske i pravne dvojbe i kontroverze. Odštetnopravni aspekti uporabe duhanskih proizvoda, odnosno obeštećenje osoba u slučaju oboljenja ili smrti koji su posljedica pušenja i izloženosti duhanskom dimu izrazito je složeno pravno - političko pitanje.

žvakanje, i drugi duhanski proizvodi – čl. 26., st. 1.) odnosno, sukladno čl. 2. toč. 1. Zakona o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda (Narodne novine, br. 125/08., 55/09., 119/09. i 94/13.) proizvodi koji sadrže duhan, bilo da je genetski modificiran ili ne, a služe pušenju, šmrkanju, sisanju ili žvakanju. Prema čl. 70. Zakona o trošarinama (Narodne novine, br. 22/13., 32/13. i 81/13.) duhanskim prerađevinama smatraju se: cigarete, cigare, cigarilosi i duhan za pušenje (sitno rezani duhan za savijanje cigareta i ostali duhan za pušenje). Vidi: čl. 71. – 73. Zakona o trošarinama (17.11.2014.).

2 Vidi: Designed for Addiction: How the Tobacco Industry Has Made Cigarettes More Addictive, More Attractive to Kids and Even More Deadly, 2014., <http://www.tobaccofreekids.org> (10.10.2014.). Na ovoj web stranici može se pronaći zakonodavstvo o nadzoru nad duhanom gotovo dvjesto država, kao i sudska praksa koja se odnosi na te propise (duhansko zakonodavstvo).

3 The health consequences of smoking – 50 years of progress: a report of the Surgeon General. – Atlanta, GA.: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health, 2014., str. 7. <http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/full-report.pdf> (17.11.2014.).

4 Vidi: KAPLOW, Louis, SHAPELL Steven, Economic Analysis of Law, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 6960, 1999, str. 12. i 13., <http://www.nber.org/papers/w6960> (17.11.2014.).

5 Vidi: HANSON D., Jon, KYSARA., Douglas, Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation, Harvard Law Review, vol. 112., 1999., str. 1420. – 1572.

Mnogobrojna su pitanja koja se nameću uz navedenu problematiku. Tko treba nositi teret rizika nastanka štete koja je posljedica proizvodnje i stavljanja u promet odnosno uporabe duhanskih proizvoda: oštećenik, država, proizvođač ili pak netko treći?⁶ Imaju li oštećenici koji su bili izloženi štetnom utjecaju duhanskih proizvoda dok su bili u utrobi majke, odnosno prije svoga rođenja pravo na naknadu štete (prenatalna šteta)?⁷ Posebice je složeno pitanje osnova odgovornosti.⁸ Može li režim općeg ugovornog i deliktne prava, odnosno klasičnih pravila o građanskopravnoj odgovornosti odgovoriti na izazove obveznog odnosa nastalog prouzročenjem štete od duhanskog proizvoda (npr. pušenja cigareta)? Može li se poseban sustav građanskopravne odgovornosti za neispravan proizvod primijeniti na duhanske proizvode, odnosno mogu li posebna pravila odgovornosti za neispravan proizvod omogućiti oštećeniku ostvarivanje naknade štete prouzročene upotrebom duhanskih proizvoda? Je li djelatnost proizvođača duhanskih proizvoda opasna djelatnost (proizvodnja proizvoda čija je upotreba očito opasna), odnosno mogu li se pravila objektivne odgovornosti primijeniti na štete od takve opasne djelatnosti? Je li potrebno uvesti poseban sustav odštetne odgovornosti proizvođača duhanskih proizvoda koji se razlikuje od režima općeg ugovornog i deliktne prava, kao i od sustava odgovornosti za neispravan proizvod? Postoji li pravno-teorijska i politička utemeljenost i opravdanost posebnog sustava građanskopravne odgovornosti proizvođača za duhanske proizvode?

Pitanje građanskopravne odgovornosti proizvođača duhanskih i srodnih proizvoda, odnosno odgovornosti za štetu izazvanu upotrebom duhanskih i srodnih proizvoda (posebice aktivnog, ali i pasivnog pušenja cigareta) sve više zaokupljaju pozornost (strane) pravne znanosti i sudske prakse.⁹ Međutim u domaćoj pravnoj literaturi posvećena je mala, gotovo zanemariva, pozornost navedenoj problematici, a sudska praksa o ovom pitanju (gotovo da) i ne postoji.

Cilj ovoga rada nije dati cjelovito znanstveno istraživanje navedene problematike, što je (svakako) nemoguće dati u jednom članku, ali jeste otvoriti neka složena i osjetljiva pitanja i problema koji nastaju u ovom području. Također, predstaviti ćemo i neke prijedloge za rješenje istih u nadi da ćemo na taj način potaknuti hrvatsku

6 Vidi: TASCHNER, Hans Claudius, Products liability, basic problems in a comparative law perspective, u: *Product Liability in Comparative Perspective*, Edited by: D. Fairgrieve, Cambridge, 2005., str. 155.

7 Dakle riječ je o šteti koju je prouzrokovao duhanski proizvod (pušenje cigareta) na čovječjem zametku (embriju) u vremenu od postanka do njegova rođenja. Primjerice, trudnica je za vrijeme trudnoće pušila cigarete ili je bila izložena pasivnom pušenju, što je dovelo do toga da je rodila dijete s ozbiljnim zdravstvenim problemima. O štetnim posljedicama pušenja cigareta u trudnoći vidi: <http://www.roda.hr/article/read/stop-pusenju-u-trudnoci> (18.11.2014.)

8 O (pravnoj) osnovi odgovornosti za štetu vidi: KLARIĆ, Petar, *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1996., str. 1. – 158.

9 O mogućoj kaznenoj odgovornosti proizvođača duhanskih proizvoda vidi: LIBERMAN, Jonathan, CLOUGH, Jonathan, *Corporation That Kill: The Criminal Liability of Tobacco Manufacturers*, *Criminal Law Journal*, Vol. 26., 2002., str. 1. – 12., http://www.vctc.org.au/tc-res/criminal_liability_paper.pdf (15.10.2014.); VANDALL, Frank J., *The Criminalization of Products Liability: An Invitation to Political Abuse, Preemption, and Nonenforcement*, *Catholic University Law Review*, vol. 57., issue 2., 2008., str. 341. – 375.

pravničku znanstvenu i stručnu zajednicu na aktivniji odnos prema ovoj neopravdano zanemarenoj (zanimljivoj i kompleksnoj) problematici.

2. PRAVO NA ZDRAVLJE – RIZICI OD PUŠENJA (ZNANSTVENO UTEMELJENE SPOZNAJE I ČINJENICE)

Pravo na zdravlje¹⁰ temeljno je ljudsko pravo utemeljeno u nizu međunarodnih i nacionalnih pravnih dokumenata.¹¹ Nitko ne smije ugroziti zdravlje drugih, a svaka je osoba obvezna brinuti se o svome zdravlju.¹²

Sukladno članku 12. Međunarodnog pakta o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima (usvojen Rezolucijom br. 2200A (XXI) Opće skupštine Ujedinjenih naroda od 16. prosinca 1966. godine, a stupio na snagu 3. siječnja 1976. godine) svatko ima pravo na uživanje najvećeg mogućeg standarda tjelesnog i duševnog zdravlja.¹³ Prema članku 69. Ustava RH: "Svatko ima pravo na zdrav život. Država osigurava uvjete za zdrav okoliš. Svatko je dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša."¹⁴

10 Prema Statutu Svjetske zdravstvene organizacije (World Health Organisation – WHO) iz 1948. godine „zdravlje je stanje potpunog tjelesnog, mentalnog i socijalnog blagostanja, a ne samo odsustvo bolesti i iznemoglosti“. Uživanje najvećeg mogućeg zdravstvenog standarda utvrđeno je kao jedno od temeljnih prava svakog ljudskog bića bez obzira na rasu, vjeroispovijest, političko opredjeljenje, gospodarske ili socijalne prilike., Statut Svjetske zdravstvene organizacije dostupan na: http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf.; „Da bi dosegli stanje potpunog tjelesnog, mentalnog i socijalnog blagostanja, pojedinac ili grupa moraju biti u mogućnosti prepoznati i uvidjeti svoje težnje, zadovoljiti potrebe, te mijenjati ili se nositi s okolinom. Zdravlje je stoga snaga u svakodnevnom životu, a ne svrha života. Zdravlje je pozitivni pojam koji naglašava društvene i osobne snage, kao i fizičke sposobnosti. Zato unaprjeđenje zdravlja nije samo odgovornost zdravstvenog sektora, već putem zdravog načina života vodi do blagostanja.“ Ottawska povelja o promicanju zdravlja (The Ottawa Charter for Health Promotion) donesena na Prvoj međunarodnoj konferenciji o promicanju zdravlja 21. studenoga 1986. godine (Ottawa, Kanada), <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/> (11.12.2014.).

11 U literaturi se ističe kako „živimo u doba kada se pravo na zdravlje u nizu svjetski i nacionalno relevantnih dokumenata proglašava temeljnim ljudskim pravom, bilo da je riječ o deklaracijama, konvencijama, protokolima i poveljama, do Ustava i zakona o zdravstvenoj zaštiti“. BELICZA, Biserka, Zaštita zdravlja i ljudska prava, u: Ljudska prava za nepravnike (Vučinić, B. Nebojša i dr., ur.), Centar za ljudska prava Univerziteta Crne Gore Podgorica i Istraživačko-obrazovni centar za ljudska prava i demokratsko građanstvo Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2003., str. 195., Publikacija dostupna na: <http://www.ffzg.unizg.hr/hre-edc/KnjigeH10.htm> (10.12.2014.).

12 Čl. 3., st. 1. i 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 150/08., 71/10., 139/10., 22/11., 84/11., 12/12., 35/12., 70/12., 144/12., 82/13. i 22/14.

13 Prema odredbi I. Odluke Vlade Republike Hrvatske od 30. rujna 1993. godine o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 12. od 15.10.1993.) Republika Hrvatska stranka je, između ostalih, i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 8. listopada 1991. godine.

14 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.; „Pravo na zdrav život i okoliš jedno je od fundamentalnih i općih prava zagwarantiranih

Povelja o temeljnim pravima Europske unije¹⁵ u čl. 35. određuje da: „U utvrđivanju i provedbi svih politika i aktivnosti Unije, osigurava se visok stupanj zaštite zdravlja ljudi.“ Ugovor o funkcioniranju Europske unije¹⁶ u članku 168. ističe da je visoki stupanj zaštite ljudskog zdravlja zajamčen pri donošenju i primjeni svih politika i djelatnosti Unije, te da je djelovanje Unije, koje nadopunjava nacionalne politike, usmjereno prema poboljšanju javnog zdravlja, sprječavanju tjelesnih i duševnih bolesti i oboljenja te uklanjanju izvora opasnosti za tjelesno i duševno zdravlje. Promicanje dobrog zdravlja na razini Unije sastavni je dio strategije „Europa 2020“ čiji je cilj Europsku uniju pretvoriti u pametno, održivo i uključivo gospodarstvo koje omogućuje visoke stope zaposlenosti, produktivnosti i društvene povezanosti, te ostvariti viziju europske socijalne tržišne ekonomije za 21. stoljeće.^{17, 18}

Zaštita zdravlja temeljni je uvjet za socijalnu koheziju i gospodarsku i demokratsku stabilnost.¹⁹ Ako ljudi dulje žive zdravo i aktivno te ako su ohrabreni da preuzmu aktivnu ulogu u upravljanju svojim zdravljem, to će u cjelini pozitivno utjecati na zdravlje, uključujući i smanjenje nejednakosti u području zdravlja, i pozitivno će utjecati na kvalitetu života, na produktivnost i konkurentnost te ujedno smanjiti pritisak na nacionalne proračune.²⁰

U suvremenom svijetu pušenje, odnosno štetne posljedice pušenja, predstavljaju jedan od vodećih javnozdravstvenih problema i jedan od vodećih uzroka smrtnosti ljudi.²¹ Znanstveno je dokazano da upotreba duhanskih proizvoda (prije svega pušenje

Ustavom RH (članak 69.) te je utemeljeno u drugim međunarodnim dokumentima.“ KOLEDNJAK, Marijana, ŠANTALAB, Martina, Ljudska prava treće generacije, Tehnički glasnik, vol. 7., no. 3., 2013., str. 327.

15 Official Journal C 83., 30.3.2010.

16 Čl. 2. t. 1. Lisabonskog ugovora kojim se mijenjaju i dopunjuju Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o osnivanju Europske zajednice (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Official Journal C 306, 17.12.2007.) naziv Ugovora o osnivanju Europske zajednice izmijenjen je u naziv Ugovor o funkcioniranju Europske unije.

17 Communication from the Commission Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM(2010) 2020 final, 3.3.2010.

18 Odbor regija smatra da je „nezadovoljavajuće dosadašnje stanje strategije Europa 2020. posljedica ne samo ekonomske krize i manjka ambicija zemalja članica, nego i nedostatka uključivanja lokalnih i regionalnih vlasti u nacrt provođenja strategije i, općenitije, nedostatka prave teritorijalne dimenzije strategije Europa 2020.“, Rezolucija Odbora regija od 7. srpnja 2013. – Prioriteti Odbora regija za 2014. godinu s obzirom na program rada Europske komisije (2013/C 280/01), Službeni list EU C 280, 27.9.2013.

19 Vidi: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=19991&Language=EN> (7.12.2014.)

20 Uredba (EU) br. 282/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. ožujka 2014. o uspostavi trećeg Programa djelovanja Unije u području zdravlja (2014. – 2020.) i o stavljanju izvan snage Odluke br. 1350/2007/EZ (Tekst značajan za EGP), Službeni list L 86, 21.3.2014.

21 Prema Zakonu o ograničenju uporabe duhanskih i ostalih proizvoda (čl. 2., toč. 8. i 9.) pušenje duhanskih proizvoda jest uporaba duhanskih i ostalih proizvoda („biljnih pušilica“) na način da se udiše dim nastao njihovim izgaranjem, a štetne posljedice pušenja su znanstveno dokazane pojave oštećenja zdravlja i bolesti koje skraćuju život pušača i nepušača, ako borave u istom zatvorenom prostoru u kojem se puši.

cigareta) i izlaganje duhanskom dimu skraćuje životni vijek čovjeka.²² U današnje vrijeme u svijetu postoji velika zabrinutost zbog štetnog utjecaja duhana na zdravlje ljudi i na životnu okolinu, odnosno zbog štetnih posljedica upotrebe duhanskih i srodnih proizvoda (aktivno pušenje) i izloženosti duhanskom dimu (pasivno pušenje).²³,²⁴ Štetne posljedice pušenja, odnosno upotrebe duhanskih i srodnih proizvoda i izloženosti duhanskom dimu najčešće nastupaju tek nakon nekoliko (desetaka) godina „pušačkog staža“.²⁵ Taj vremenski razmak između izlaganja duhanskom dimu i nastanka štetnih posljedica vezanih uz upotrebu duhanskih proizvoda jako je bitan za pitanje utvrđivanja građanskopravne odgovornosti proizvođača duhanskih proizvoda i obeštećenja oštećenih osoba.

Gotovo 20% svjetske populacije (oko 800 milijuna muškaraca i 200 milijuna žena) puši cigarete,²⁶ a prema nekim procjena od pušenja godišnje umire 6 milijuna aktivnih pušača i 600.000 pasivnih pušača (od čega su 75 % žene i djeca).²⁷,²⁸ Cigarete su jedini proizvod koji ubija 50 % njihovih korisnika (pušača) pri namjenskoj upotrebi.²⁹ Prema procjenama Svjetske zdravstvene organizacije navedeni broj ljudi

- 22 Vidi: DOLL, Richard, BRADFORD HILL, Tobacco: A medical history, Journal of Urban Health, vol. 76., No. 3., 1999., str. 289. – 313.
- 23 Duhanski dim iz okoliša (*environmental tobacco smoke* - ETS) ili sporedni (sekundarni) duhanski dim (*second hand smoke* - SHS) klasificiran je kao poznati ljudski karcinogen. Vidi: Green Paper of 30 January 2007 - Towards a Europe free from tobacco smoke: policy options at EU level COM(2007) 27 final - Not published in the Official Journal. Health & Consumer Protection Directorate-General, 2007., str. 4., http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/Tobacco/Documents/gp_smoke_en.pdf (15.12.2014.)
- 24 S obzirom na izrazito štetno djelovanje pasivnog pušenja na djecu zakonodavci pojedinih država su u nacionalne zakone o ograničenju upotrebe duhanskih proizvoda ugradili i odredbe o potpunoj zabrani pušenja cigareta u prisutnosti djece (npr. u Latviji je takvo pravilo na snazi od 1. siječnja 2015. godine).
- 25 U literaturi se navodi da su pušačke godine (*pack years*) indeks ukupne izloženosti duhanskom dimu, ili ukupni pušački staž, koji je važan za dijagnostiku u smislu procjene rizika od nastanka bolesti (pušački staž preko 10 godina značajno podiže rizik od nastanka kronične opstruktivne plućne bolesti, a preko 20 godina rizik za nastanak raka pluća i srčanog udara). Tako: POPOVIĆ-GRLE, Sanja, Alergijske bolesti i pušenje, Acta Medica Croatica, vol. 65., br. 2. 2011., str. 143.
- 26 Naravno, potrošnja duhana nije jednaka u različitim državama i ovisi o dobi, stupnju obrazovanja, spolu, zanimanju, profesiji, etničkoj pripadnosti, zdravstvenom stanju potrošača (pušača), kao i mnogim drugim faktorima. Općenito govoreći, u Europi je veće stopa pušača kod osoba nižeg socio-ekonomskog statusa nego kod osoba visokog socio-ekonomskog statusa, isti ranije počinju pušiti, puše više cigareta dnevno i rjeđe prestaju pušiti., LORING, Belinda, Tobacco and inequities: Guidance for addressing inequities in tobacco-related harm, WHO Regional Office for Europe, 2014., str. 5. i 6.
- 27 ERIKSEN, Michael, MACKAY, Judith, ROSS, Hana, The Tobacco Atlas, Fourth Edition, 2012., <http://www.tobaccoatlas.org> (15.11.2014.).
- 28 Procjenjuje se da 20% male djece čija je majka pušila u trudnoći bude hospitalizirano zbog bronhitisa u prvih 5 godina života, u odnosu na djecu čija majka nije pušila, te da se rizik za bolesti pluća u djece mlađe od dvije godine povećava i do preko 70%, ako majka puši. Navedeno prema: Plućno zdravlje u Europi – činjenice i brojke, Europska zaklada za pluća, 2013., Vidi: European lung white book (Europska plućna bijela knjiga), dostupna na: www.erswhitebook.org
- 29 Tobacco industry interference in the WHO European Region, WHO Regional Office for Europe, 2012., str. 5., http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/166748/Tobacco-

koji godišnje umiru od posljedica pušenja mogao bi znatno porasti do 2030. godine i, ako se ne poduzmu snažne (preventivne) akcije, doseći brojku od 8 milijuna.³⁰

Procjenjuje se da u Europi puši 24 % žena i 32 % muškaraca i da 700.000 Europljana umire svake godine zbog pušenja, kao i da jedna od osam smrti u Europskoj uniji posljedica je bolesti pluća, od čega je polovica uzrokovana rakom pluća (koji je vodeći uzrok smrti od raka u svijetu s 1.38 milijuna umrlih u 2008., a pušenje je odgovorno za više od 80% svih slučajeva raka pluća) i kroničnom opstruktivnom plućnom bolesti koje su posljedica pušenja.³¹

U Republici Hrvatskoj najmanje su 27,4 % odraslih osoba pušači (svaka treća odrasla osoba), a od bolesti vezanih uz pušenje godišnje umire (na vrhu ljestvice uzroka smrti nalaze bolesti srca i krvnih žila – bolesti cirkulacijskog sustava)³² više od 9 000 ljudi ili gotovo svaka peta umrla osoba.³³

3. DUHANSKA INDUSTRIJA (PROIZVOĐAČI DUHANSKIH PROIZVODA) – KORISTI I RIZICI

Globalnim tržištem duhana „vlada“ nekoliko moćnih duhanskih proizvođača.³⁴ Možemo slobodno reći da je duhanska industrija izrazito tržišno koncentrirana industrija.

Duhanski sektor u Europskoj uniji zapošljava preko 1,4 milijuna ljudi, od kojih su 400 000 poljoprivrednici koji uzgajaju duhan, 50 000 radnika izravno je vezano za preradu duhana i proizvodnju duhanskih proizvoda, preko 45 900 radnika djeluje u veleprodaji i 956 000 u maloprodaji.³⁵ U 2010. godini u EU je proizvedeno 690 milijardi cigareta, a ukupan izvoz duhanskih proizvoda iz EU-a iznosio je oko 55 000 tona.³⁶ Svake godine u Europskoj uniji se naplati skoro 100 milijardi eura poreza na duhanske proizvode, a nezakonita trgovina trenutno čini 10 % trgovine duhanom,

Industry-Interference-In-the-WHO-European-Region.pdf (21.12.2014.).

30 European Tobacco Control Status Report 2014, World Health Organization Regional Office for Europe, 2014., http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0009/248418/European-Tobacco-Control-Status-Report-2014-Eng.pdf?ua=1 (15.11.2014.).

31 Plućno zdravlje u Europi – činjenice i brojke, Europska zaklada za pluća, 2013., http://www.europeanlung.org/en/assets/files/small_whitebooks/elf_ff_croatian.pdf (10.10.2014.).

32 Vidi: ĆORIĆ, Tanja, MILER, Ana, Izvješće o umrlim osobama u Hrvatskoj u 2013. godini, Hrvatski Zavod za javno zdravstvo, 2014., http://hzjz.hr/wp-content/uploads/2014/08/umrli_2013.pdf (16.11.2014.).

33 „Prema podacima međunarodnog istraživanja o zdravstvenom ponašanju mladih (*Health Behaviour in School-aged Children – HBSC*), koje je proveo Hrvatski zavod za javno zdravstvo 2009/2010. godine među učenicima prvih razreda srednje škole, svakodnevno puši 21 % dječaka i 19 % djevojčica.“ Akcijski plan za jačanje nadzora nad duhanom za razdoblje od 2013. – 2016. godine, Ministarstvo zdravlja, Zagreb, 2013., str. 5. http://www.zdravlje.hr/programi_i_projekti/akcijski_planovi (11.11.2014.).

34 Vidi: STEVANOVIĆ, Nikola, Analiza tržišta duvana i duvanskih proizvoda sa posebnim osvrtom na međunarodnu regulativu duvanske industrije (magistarski rad), Univerzitet Singidunum, Beograd, 2012., str. 33.

35 European tobacco sector: an analysis of the socio-economic footprint, Nomisma, 2012., <http://www.nomisma.it>; Vidi: <http://ec.europa.eu/eurostat> (11.11.2014.).

36 Ibidem

što dovodi do gubitka od 10.000 milijuna eura poreza na duhanske proizvode svake godine.^{37, 38}

Danas je za hrvatsku duhansku industriju, uključujući i primarnu preradu duhana vezano preko 1000 ljudi izravno zaposlenih u proizvodnji cigareta i oko 6000 ljudi u preko 2.000 poljoprivrednih domaćinstava koja se bave uzgojem i preradom duhana – farmeri kooperanti.^{39, 40} U strukturi posebnih poreza i trošarina,⁴¹ prihodi od trošarina

37 Mišljenje Odbora regija (toč. 15.) Proizvodnja, prezentacija i prodaja duhanskih i srodnih proizvoda (2013/C280/11), Službeni list EU C 280, 27.9.2013.

38 „Poreznim se zakonodavstvom Unije o duhanskim proizvodima mora osigurati uredno funkcioniranje unutarnjeg tržišta i istodobno visoka razina zdravstvene zaštite, kako je propisano člankom 168. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, vodeći računa o tome da duhanski proizvodi mogu ozbiljno naštetiti zdravlju i da je Unija stranka potpisnica Okvirne konvencije o nadzoru nad duhanom (FCTC) Svjetske zdravstvene organizacije. Treba uzeti u obzir postojeće stanje za razne vrste prerađenog duhana.“ Točka 2. preambule Direktive Vijeća 2011/64/EU od 21. lipnja 2011. o strukturi i stopama trošarina koje se primjenjuju na prerađeni duhan, Službeni list EU L 176.; vidi presudu Suda EU-a (peto vijeće) od 9. listopada 2014. u predmetu C-428/13, Ministero dell'Economia e delle Finanze i Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) protiv Yesmoke Tobacco SpA, povodom zahtjeva za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato - Italija., <http://curia.europa.eu> (20.12.2014.).

39 Vidi: <http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/269652.html> (17.11.2014.).

40 *Tvornica duhana Rovinj (TDR)* vodeći je regionalni proizvođač cigareta s ukupnom prodajom u 2012. godini od 11,5 i 2013. godini od 9,5 milijardi cigareta (65 posto ostvareno u izvozu) i ukupnim poslovnim prihodom u 2012. godine u iznosu od 1,74 milijarde kuna i 1,44 milijarde kuna u 2013. godini, te s tržišnim udjelom od oko 62 posto u Hrvatskoj i 30 posto u Bosni i Hercegovini, Navedeno prema: Adrias grupa, Godišnje izvješće 2012. i Godišnje izvješće 2013., <http://www.adris.hr>; <http://www.adris.hr/godisnje-izvjesce-2012/>; <http://2013.adris.hr/> (27.12.2014.).

41 Plaćanje posebnog poreza na duhanske proizvode koji se proizvode i prodaju na carinskom području Republike Hrvatske ili se uvoze na to područje bilo je uređeno Zakonom o posebnom porezu na duhanske proizvode (Narodne novine, br. 51/94., 6/95., 67/99., 105/99., 55/00., 107/01., 95/04., 152/08. i 38/09.). U cilju usklađivanja nacionalnog trošarinskog zakonodavstva s trošarinskim zakonodavstvom Europske unije, donesen je Zakon o trošarinama (Narodne novine, br. 83/09., br. 111/12.), čijim stupanjem na snagu (1. siječnja 2010. godine) je prestao važiti Zakon o posebnom porezu na duhanske proizvode. Hrvatski sabor donio je na sjednici 8. veljače 2013. godine novi Zakon o trošarinama (Narodne novine, br. 22/13., 32/13. – ispravak i 81/13.). Danom stupanja na snagu ovoga Zakona prestao je važiti stari Zakon o trošarinama. Važeći Zakon o trošarinama uređuje trošarinski sustav oporezivanja alkohola i alkoholnih pića, duhanskih prerađevina, energenata i električne energije, a predmet oporezivanja trošarinama su trošarinski proizvodi koji su proizvedeni u Republici Hrvatskoj, uneseni iz druge države članice Europske unije u Republiku Hrvatsku ili uvezeni u Europsku uniju. Člankom 4. Zakona o trošarinama izričito je određeno da su trošarine javna davanja i prihod državnog proračuna Republike Hrvatske. U Glavi XVII. (čl. 70. – 82.) definirana su pitanja predmeta oporezivanja, trošarinske osnove i visine trošarina na cigarete, cigare, sitno rezani duhan za savijanje cigareta i ostali duhan za pušenje, označavanje duhanski prerađevina markicama oslobađanje od plaćanja trošarina itd. Vidi: Pravilnik o trošarinama (Narodne novine, br. 64/13., 129/13., 11/14., 70/14. i 157/14.). Prema odredbama Uredbe o visini trošarina na cigarete, sitno rezani duhan i ostali duhan za pušenje (Narodne novine, br. 30/14., na snazi i primjenjuje se od 6. ožujka 2014. godine), „trošarina na cigarete iznosi: 1. specifična trošarina 210,00 kuna za 1000 komada cigareta; 2. proporcionalna trošarina 37% od maloprodajne cijene“ (čl. 3.). „Minimalna trošarina na cigarete iznosi 598,50 kuna za 1000 komada cigareta i plaća se ako je iznos ukupne

na duhanske proizvode u Državnom proračunu Republike Hrvatske po veličini su na samome vrhu.^{42, 43} S obzirom na veliki udjel sredstava ostvarenih prodajom duhanskih proizvoda u Državnom proračunu Republike Hrvatske, duhanska industrija igra jako važnu ulogu u gospodarskom, ali i političkom sustavu RH.⁴⁴

Iznimno je složeno i osjetljivo pitanje koji su pravno-politički ciljevi poreznog zakonodavstva koje određuje visinu i strukturu poreza na duhanske proizvode.⁴⁵ S tim u vezi je i ne manje važno pitanje utjecaja porezne politike i zakonodavstva na potrošnju duhanskih i srodnih proizvoda.⁴⁶ Koliki je stvarni utjecaj povećanja trošarinskog opterećenja duhanskih proizvoda (trošarinsko oporezivanje duhanskih proizvoda) na smanjenje potrošnje duhanskih proizvoda (posebice smanjenje pušenja cigareta)?⁴⁷

Bez obzira na veliki udjel sredstava ostvarenih prodajom duhanskih proizvoda u proračunima brojnih država, ne smije se zanemariti činjenica da su (ekonomski) troškovi primarne zdravstvene zaštite, bolničke skrbi i liječenju pacijenata oboljelih od bolesti koji nastaju kao posljedica pušenja jako veliki (kao i štete zbog njihove

trošarine obračunate prema članku 3. ove Uredbe niži od iznosa propisanog ovim člankom“ (čl. 4.). „Trošarina iznosi na: 1. sitno rezani duhan 520,00 kuna za jedan kilogram, 2. ostali duhan za pušenje 450,00 kuna za jedan kilogram“ (čl. 5.).

- 42 „U strukturi posebnih poreza i trošarina, drugi po veličini su prihodi od trošarina na duhanske proizvode koji su ostvareni u iznosu od 3,6 milijardi kuna i bilježe međugodišnji pad od 7,6 %. Razlog tome jest stvaranje zaliha duhanskih proizvoda kod proizvođača krajem 2012. godine, a zbog povećanja trošarina na duhanske proizvode. Naime, zbog nagomilanih zaliha po starim cijenama, proizvođači su u prvom tromjesečju 2013. imali daleko niže isporuke cigareta od uobičajenih mjesečnih, te je stoga i plaćeni porez daleko niži od prosjeka.“ Obrazloženje ostvarenja prihoda i primitaka, rashoda i izdataka Državnog proračuna Republike Hrvatske u 2013. godini, str. 467., <http://www.sabor.hr> (17.11.2014.); „Kod trošarina na duhanske proizvode zamjetan je međugodišnji rast od 10,3 %, a rezultat je cjelogodišnjeg učinka povećanja trošarina na duhan iz 2013. godine, te novog povećanja koje je uslijedilo početkom 2014. godine.“ Obrazloženje ostvarenja prihoda i primitaka, rashoda i izdataka Državnog proračuna Republike Hrvatske u prvom polugodištu 2014. godini, str. 463. Dostupno na službenoj Internet stranici Hrvatskog sabora: <http://www.sabor.hr> (17.11.2014.).

- 43 Vidi: KULIŠ, Danijela, *Plaćamo li europske trošarine?*, Institut za javne financije, Zaklada Freidrich Ebert, Zagreb, 2005., str. 15. – 30.

- 44 Prema rezultatima jednog istraživanja koje je provedeno tijekom srpnja 2014. godine na nacionalnoj razini, potrošnja rezanog duhana na koji nije plaćen porez iznosi oko 1000 tona godišnje što predstavlja gubitak prihoda državnog proračuna od oko 100 milijuna eura. Navedeno prema: <http://www.poslovnih.hr/hrvatska/milijunske-stete-od-crnog-trzista-duhana-284685> (3.12.2014.).

- 45 Vidi: CNOSEN, Sijbren, *Tobacco Taxation in the European Union and United States*, u: *Issues of the Day: 100 Commentaries on Climate, Energy, the Environment, Transportation, and Public Health Policy*, (eds.: Ian W.H. Parry, Felicia Day, Adrienne Foerster), Resources for the Future, 2010., str. 188. i 189., www.rff.org (19.11.2014.).

- 46 Vidi: ZELENA, Ida, *Utjecaj porezne politike na potrošnju duhanskih proizvoda u Hrvatskoj*, Financijska teorija i praksa, vol. 33., br. 4., 2009., str. 479. – 493.

- 47 Prema analizama Regionalnog ureda za Europu Svjetske zdravstvene organizacije povećanje cijena duhana kroz oporezivanje jedna je od najučinkovitijih mjera za smanjenje upotrebe duhana i spašavanje života. http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/250738/140379_Fact-sheet-Tobacco-Taxation-Eng-ver2.pdf; http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0017/250280/140367E-WNTD-2014-PR-revised.pdf (19.11.2014.).

smanjene produktivnosti, preranog umirovljenja i često prerane smrti), te stoga države s jedne strane prividno prihoduju puno, a s druge strane puno više gube.⁴⁸ Činjenica je da Republika Hrvatska godišnje izdvaja značajna sredstva (više od 1,5 milijardi kuna) za osiguranje zdravstvene zaštite (za liječenje, lijekove, bolovanja i dr.) osoba oboljelih od posljedica pušenja.⁴⁹ Tako i izravni zdravstveni troškovi plućnih bolesti u EU koje s pripisuju pušenju iznose 27.4 milijardi eura, a ukupni ekonomski trošak pušenja duhana smanjuje nacionalno bogatstvo u smislu bruto domaćeg proizvoda (BDP) i do 3.6 %.⁵⁰

Poznata je činjenica da duhanska industrija troši ogroman novac na (transparentno i netransparentno, direktno i indirektno) lobiranje (političara) radi donošenja ili sprečavanja donošenja i implementacije propisa koji uređuju područje proizvodnje, predstavljanja i prodaje duhanskih proizvoda odnosno sigurnosti duhanskih proizvoda. Zastrašujuća je snaga lobiranja duhanske industrije (korporativno lobiranje). Istraživanja pokazuju da je poznata multinacionalna duhanska kompanija Philip Morris International sa sjedištem u Lausanni – Švicarska (koja je vlasnik, između ostalih, 10 tvornica duhanskih proizvoda lociranih u 9 država članica EU-a) drugi najveći potrošač na lobiranje u EU. Navedena kompanija potrošila je u 2013. godini između 5 i 5,25 milijuna eura na lobiranje u EU (posebice zastupnika u Europskom parlamentu) radi (ne)donošenja (strožih) propisa EU-a o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih proizvoda.⁵¹

Nesporno je da proizvodnja duhanskih proizvoda, kao i upotreba istih (posebice pušenje cigareta), pridonose onečišćenju okoliša. S obzirom na to da proizvodnja duhanskih i srodnih proizvoda može imati negativne utjecaje na okoliš u obliku uništenje prirodnih resursa (npr. šuma) i onečišćenja tla, vode, zraka i radne okoline (npr. upotrebom pesticida), velika je (društvena) odgovornost proizvođača u očuvanju okoliša. Odgovorni proizvođači nastoje primjenom ekološki prihvatljivih materijala i tehnologija smanjiti se štetni utjecaji na okoliš, razviti proizvodnju bez ugrožavanja prirodnog i kulturno-povijesnog nasljeđa, racionalno i učinkovito upotrebljavati energente i druge prirodne resurse, odnosno povećati stupanj iskoristivosti energije i sirovina, a upravljanjem otpadom smanjiti njegovu količinu.⁵²

48 TADIĆ, Mate, Ovisnost o pušenju u moralno-etičkoj prosudbi, *Obnovljeni život*, vol. 55., no. 1., 2000., str. 117.; http://www.europeanlung.org/en/assets/files/small_whitebooks/elf_ff_croatian.pdf (19.11.2014.).

49 <http://www.hzzo.hr> (20.11.2014.).

50 Ukupni trošak bolesti dišnog sustava u 28 država članica EU-a premašuje 380 milijardi eura godišnje (od čega su najveće opterećenje kronična opstruktivna plućna bolest i astma s preko 210 milijardi eura i rak pluća 106 milijardi eura). Podaci navedeni prema: *European lung white book* (Europska plućna bijela knjiga), dostupna na: www.erswhitebook.org (25.11.2014.).

51 Statistički podaci vezani uz lobiranje u EU dostupni na: <http://lobbyfacts.eu/>

52 http://www.tdr.hr/novosti_press/novosti/TDR_OR_HR-web.pdf (19.11.2014.).

4. PREVENCIJA ŠTETE OD DUHANSKIH PROIZVODA - NADZOR NAD DUHANOM (JAVNOPRAVNA REGULACIJA SIGURNOSTI DUHANSKIH PROIZVODA)

4.1. Okvirna konvencija Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom

Širenje duhanske epidemije bilo je i još uvijek je globalni problem i izazov koji ima ozbiljne posljedice po javno zdravlje i koji zahtijeva najšire moguću međunarodnu suradnju radi davanja učinkovitog, odgovarajućeg i cjelovitog odgovora na navedeni problem i izazov.⁵³ U tom smislu, u cilju zaštite sadašnjih i budućih naraštaja od štetnih posljedica koje upotreba duhana i izloženost duhanskom dimu imaju po zdravlje, društvo, okoliš i gospodarstvo 2013. godine usvojena je Okvirna konvencija Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom (WHO Framework Convention on Tobacco Control – dalje u tekstu: Okvirna konvencija).⁵⁴ Okvirna konvencija je usvojena je u Ženevi 21. svibnja 2003. godine na 56. Svjetskoj zdravstvenoj skupštini (rezolucija WHA 56.1), a stupila je na snagu 27. veljače 2005. godine nakon što ju je ratificiralo 40 država.⁵⁵ Ona je temeljni alat za postizanje ciljeva Svjetske zdravstvene organizacije, te jedan od najšire prihvaćenih i najbrže ratificiranih ugovora u povijesti Ujedinjenih naroda.⁵⁶

Kao što to njezin naziv sugerira, riječ je o konvenciji koja predstavlja okvir za mjere o nadzoru nad duhanom koje stranke provode ili bi trebale provoditi na nacionalnim, regionalnim i međunarodnim razinama, a koje se temelje na postojećim i relevantnim znanstvenim, tehničkim i gospodarskim spoznajama.⁵⁷ Taj dokument

53 <http://www.who.int/fctc/implementation/en/> (25.11.2014.).

54 <http://www.who.int/fctc/> (25.11.2014.).

55 Okvirna konvencija bila je otvorena za potpisivanje do 29. lipnja 2004. godine (do kada je potpisalo 168 država), a nakon toga zemlje koje žele postati strankom mogle su i još uvijek mogu to učiniti putem pristupanja. Do danas su članicama Okvirne konvencije postale 180 države, uključujući i Europsku uniju (stanje na dan 5. siječanj 2015. godine). Republika Hrvatska je potpisala Okvirnu konvenciju u New Yorku 2. lipnja 2004. godine i ona je dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske. Okvirna konvencija objavljena je u Narodnim novinama – Međunarodni ugovori br. 3/2008, a stupila je na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 12. listopada 2008. Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom Hrvatski sabor donio je na sjednici 14. ožujka 2008. godine.

56 History of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control, World Health Organization, 2009., str. 26. Druga uvodna izjava uz Protokol o uklanjanju nezakonite trgovine duhanskim proizvodima Okvirne konvencije iz 2012. godine.

57 Riječ je o međunarodnom dokumentu koji sadrži: mjere koje se odnose na smanjenje potražnje duhana, odnosno mjere koje se odnose određivanja cijena i oporezivanja kao učinkovito i važno sredstvo za smanjenje uporabe duhana od strane različitih skupina stanovništva, posebice mladeži (čl. 6.); mjere koje se ne odnose na određivanje cijena kao učinkovite i važne načine smanjenja uporabe duhana (čl. 7.); mjere zaštite od izlaganja duhanskom dimu u zatvorenim radnim prostorima, javnom prijevozu, i prema potrebi, drugim javnim mjestima (čl. 8.); reguliranje sastojaka duhanskih proizvoda (čl. 9.), obvezu objavljivanja podataka o otrovnim sastojcima u duhanskim proizvodima i emisiji koju mogu stvoriti (čl. 10.), obvezu odgovarajućeg

predstavlja moćno sredstvo u borbi za smanjenje upotrebe duhana i duhanskih proizvoda i izlaganja duhanskom dimu, a time i za unaprjeđenje zdravlje ljudi. Okvirna konvencija je značajan skup međunarodnih standarda o cijenama i porezima na duhan, pakiranju i označavanju duhanskih proizvoda, edukaciji i podizanju svijesti javnosti u vezi sprečavanja i suzbijanja uporabe duhana, reklamiranju i sponzorstvu, nedopuštenoj trgovini duhanskim proizvodima i zaštiti od izlaganja duhanskom dimu iz okoliša.⁵⁸

Stranke Okvirne konvencije u preambuli skreću pozornost na stalne pokušaje duhanske industrije da raznim mjerama umanje ili onemoguće nadzor nad duhanom, te ističu veliku važnost i poseban doprinos nevladinih organizacija (udruga žena, mladih, udruga za ekologiju, zaštitu potrošača) i ostalih članova civilnog društva, uključujući stručna zdravstvena tijela, akademske i zdravstvene ustanove, u njihovim nastojanjima nadzora nad duhanom i sprječavanja i suzbijanja upotrebe duhana i duhanskih proizvoda na nacionalnoj i međunarodnoj razini.

Šesti dio (čl. 19.) Okvirne konvencije uređuje posebno važno pitanje koje se odnosi na odgovornost.⁵⁹ Prema čl. 19., st. 1. i 2. u svrhu nadzora nad duhanom, stranke su se obvezale razmotriti poduzimanje zakonodavnih mjera ili unaprjeđenje postojećih zakona, po potrebi, pri rješavanju građanske ili kaznene odgovornosti, uključujući naknadu gdje to potrebno, te su se obvezale međusobno surađivati pri razmjeni podataka putem Konferencije stranaka uključujući podatke o zdravstvenim učincima upotrebe duhanskih proizvoda i izlaganje duhanskom dimu, kao i podatke o važećem zakonodavstvu i propisima, odgovarajućoj pravnoj praksi. Nadalje,

pakiranja i označavanja duhanskih proizvoda uz zdravstvena upozorenja koja opisuju štetne utjecaje uporabe duhana te mogu sadržavati i druge odgovarajuće poruke (čl. 11.); edukaciju, obuku, davanje podataka i osvješćivanja javnosti (čl. 12.); zabranu oglašavanja, promidžbe i sponzoriranja duhanskih proizvoda u cilju smanjenja upotrebe duhanskih proizvoda (čl. 13.); mjere za promoviranja prestanka uporabe duhana i odgovarajući tretman za odvikavanje od ovisnosti o duhanu (čl. 14.) mjere za smanjenje duhanske ponude - nedozvoljene trgovine duhanskim proizvodima (čl. 15.), nedozvoljenu proizvodnju i krivotvorenje, prodaje duhanskih proizvoda maloljetnim osobama i maloljetnih osoba (čl. 16.) i podrška uvođenju gospodarski održivih zamjenskih aktivnosti (čl. 17.); mjere zaštite okoliša i zdravlja ljudi kod uzgoja i proizvodnje duhana (čl. 18.); pitanja koja se odnose na odgovornosti (čl. 19.), znanstvenu i tehničku suradnju i razmjenu podataka (čl. 20. – 22.), institucionalno uređenje (Konferencija stranaka, Tajništvo i odnos Konferencije stranaka i međuvladinih organizacija) i financijska sredstva (čl. 23. – 26.), rješavanje sporova (čl. 27.), te razvoj i završne odredbe (čl. 30. – 38.).

58 Prijedlog zakona o potvrđivanju Okvirne konvencije Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom s konačnim Prijedlogom zakona, Ministarstvo zdravstva socijalne skrbi, Zagreb, 2008.

59 Prema monitoring izvješću o primjeni Okvirne konvencije iz 2014. godine odredba čl. 19. jedna je od najslabije primijenjenih odredaba Okvirne konvencije. Prosječna godišnja razina primjene je izrazito niska i izražena u procentima iznosi 14 %, što predstavlja drugu najnižu razinu primjene od svih odredaba Okvirne konvencije. Ako se promatraju pojedine odredbe Okvirne konvencije (primjerice čl. 19.), Hrvatska se može svrstati u skupinu zemalja s malim ili nikakvim napretkom u izvršavanju preuzetih obveza iz Okvirne konvencije. Vidi: 2014 global progress report on implementation of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, World Health Organization, 2014., str. 52., 53. i 83., <http://www.who.int/fctc/reporting/2014globalprogressreport.pdf?ua=1> (28.11.2014.).

sukladno čl. 19., st. 3. stranke, po potrebi i međusobnom dogovoru, unutar okvira svog nacionalno zakonodavstva, politike, pravne prakse i primjenjivih postojećih ugovornih rješenja, pružaju jedna drugoj podršku u provođenju pravnih postupaka koji se odnose na građansku i kaznenu odgovornost sukladno Okvirnoj konvenciji. Okvirna konvencija ni na koji način ne utječe niti ograničava međusobno pravo pristupa sudovima stranaka gdje takva prava postoje (čl. 19., st. 4.). Konferencija stranaka može razmotriti, po mogućnosti u ranom razdoblju, uzevši u obzir aktivnosti relevantnih međunarodnih skupova, pitanja vezana uz odgovornost, uključujući odgovarajuće međunarodne pristupe tim pitanjima i odgovarajuće načine za podršku strankama, na njihov zahtjev, u njihovim zakonodavnim i ostalim aktivnostima (čl. 19., st. 5.).⁶⁰

Važno je napomenuti da čl. 33. Okvirne konvencije pruža mogućnost strankama predlagati protokole uz Okvirnu konvenciju, a Konferenciji ugovornih stranaka pruža mogućnost usvajanja protokola uz Konvenciju. Tako je na petoj Konferenciji ugovornih stranaka održanoj u Seulu u Republici Koreji 12. studenoga 2012. godine usvojen Protokol o uklanjanju nezakonite trgovine duhanskim proizvodima.⁶¹ Navedeni Protokol uz Okvirnu konvenciju još nije stupio na snagu.⁶²

4.2. Mjere Europske unije - Direktiva Europske unije 40/2014 o duhanskim proizvodima

Kako bi zaštitila zdravlje svojih građana, posebice onih najmlađih, od rizika koje donosi pušenje, Europska unija neprestano osuvremenjuje postojeće zakonodavstvo i donosi nove (preventivne) mjere u području nadzora nad duhanom i sigurnosti duhanskih i srodnih proizvoda. Također, kako bi osigurala neometano funkcioniranje unutarnjeg tržišta EU-a nastoji usvojiti mjere kojima smanjuje razlike u pravnoj regulaciji problematike proizvodnje, predstavljanja i prodaje duhanskih proizvoda između država članica. Navedene (brojne) mjere EU-a, ali nacionalnih, regionalnih i lokalnih vlasti, mogu značajno utjecati na smanjenje konzumacije duhanskih proizvoda, a time i na poboljšanje zdravlja i kvalitete života europskih građana.

Sigurnost, odnosno nadzor nad duhanskim i srodnim proizvodima u EU

60 Vidi: MURPHY, Liability and the WHO Framework Convention on Tobacco Control, International Law FORUM du Droit International, vol. 5., issue 1., 2003., str. 62. – 71.

61 Protocol to eliminate illicit trade in tobacco products, World Health Organization, 2013.; vidi: Prijedlog Odluke Vijeća o potpisivanju u ime Europske unije, Protokola o uklanjanju nezakonite trgovine duhanskim proizvodima Okvirne konvencije Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom u mjeri u kojoj se tiču odredbi Protokola koje se spadaju u Glavu V. Dijela trećeg Ugovora o funkcioniranju Europske unije, COM/2013/0539 final - 2013/0260 (NLE), Bruxelles, 18.7.2013.

62 U skladu s člankom 43. Protokol o uklanjanju nezakonite trgovine duhanskim proizvodima bio je otvoren za potpisivanje svim ugovornim strankama Okvirne konvencije u Ženevi od 10. do 11. siječnja 2013. te nakon toga u sjedištu Ujedinjenih naroda u New Yorku do 9. siječnja 2014. (do kada je Protokol potpisalo 53 države i EU). Prema čl. 45. Protokol o uklanjanju nezakonite trgovine duhanskim proizvodima će stupiti na snagu devedesetog dana od datuma pohrane četrdesetog instrumenta ratifikacije, prihvata, odobrenja, službene potvrde ili pristupanja kod Depozitara.

(proizvodnja, predstavljanje, prodaja, sponzorstvo, itd.) temelji si na tri direktive, i to:

- Direktiva 2001/37/EZ o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih proizvoda;⁶³
- Direktiva 2003/33/EZ o oglašavanju i sponzorstvu duhanskih proizvoda;⁶⁴
- Direktiva 2014/40/EU o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih i srodnih proizvoda (dalje u tekstu: Direktiva 2014/40/EU).⁶⁵

U sedmoj uvodnoj izjavi preambule Direktive 2014/40/EU navodi se da je zakonodavno djelovanje na razini Unije potrebno i kako bi se provela Okvirna konvencija. Odredbe Okvirne konvencije su obvezujuće za EU i njezine države članice.⁶⁶ Kako bi se ista provela Unija, uzimajući u obzir visoku razinu zaštite ljudskog zdravlja, posebice mladih osoba, donosi brojne mjere koje uključuju i mjere usmjerene na usklađivanje propisa država članica na području proizvodnje, predstavljanja i prodaje duhanskih i srodnih proizvoda. Takva mjera je i Direktiva 2014/40/EU.

Europski parlament i Vijeće Europske unije donijeli su Direktivu 2014/40/EU uzimajući u obzir Ugovor o funkcioniranju Europske unije, a posebice njegov članak 53. stavak 1., članak 62. i članak 114.,⁶⁷ prijedlog Europske komisije, mišljenje

63 Direktiva 2001/37 Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2001. o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih proizvoda (Službeni list L 194, 18.7.2001.).

64 Direktiva 2003/33/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. svibnja 2003. o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica o oglašavanju i sponzorstvu duhanskih proizvoda (Tekst značajan za EGP), Službeni list EU L 152, 20.6.2003.

65 Direktiva 2014/40/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih i srodnih proizvoda i o stavljanju izvan snage Direktive 2001/37/EZ (Tekst značajan za EGP) potpisana 3. travnja 2014. godine u Bruxellesu, objavljena u Službenim listu Europske unije od 29. travnja 2014., a stupila na snagu dvadesetog dana od dana objave.

66 Okvirna konvencija potpisana je u ime Europske unije 16. lipnja 2003. godine, a stupila je na snagu u odnosu na Europsku uniju 28. rujna 2005. godine. Vidi: Odluka Vijeća 2004/513/EZ o zaključivanju Okvirne konvencije Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom od 2. lipnja 2004 (Council Decision 2004/513/EC of 2 June 2004 concerning the conclusion of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, Official Journal L 213, 15.6.2004, str. 8. – 24.).

67 Prema čl. 114. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Europski parlament i Vijeće mogu, djelujući sukladno redovitom zakonodavnom postupku, nakon savjetovanja s Gospodarskim i socijalnim odborom, usvojiti mjere za usklađivanje odredaba utvrđenih zakonima, uredbama ili upravnim propisima država članica kojima je cilj stvaranje i djelovanje unutarnjeg tržišta. Komisija, u svojim prijedlozima koji se odnose na zdravlje, sigurnost, zaštitu okoliša i zaštitu potrošača, uzima kao polaznu točku visok stupanj zaštite, uzimajući posebice u obzir sva nova otkrića utemeljena na znanstvenim činjenicama. Unutar svojih ovlasti, Europski parlament i Vijeće isto tako nastoje ostvariti taj cilj. Mjere usklađivanja u odgovarajućim slučajevima uključuju zaštitnu klauzulu kojom se državama članicama odobrava da iz jednog ili više (opravdanih) razloga koji nisu gospodarske naravi (javni moral, javni poredak ili javna sigurnost; zaštita zdravlja i života ljudi, životinja ili biljaka; zaštita nacionalnog blaga umjetničke, povijesne ili arheološke vrijednosti; ili zaštite industrijskog i trgovačkog vlasništva), poduzmu privremene mjere koje podliježu postupku nadzora Unije. Kada država članica iznese određeni problem glede javnog zdravlja na području koje je već bilo podloženo mjerama usklađivanja,

Europskog gospodarskog i socijalnog odbora,⁶⁸ mišljenje Odbora regija,⁶⁹ a u skladu s redovnim zakonodavnim postupkom.

Stupanjem na snagu Direktive 2014/40/EU stavljana je izvan snage stara Direktiva o duhanskim proizvodima iz 2001. godine⁷⁰ s učinkom od 20. svibnja 2016., kada je i krajnji rok za provedbu Direktive 2014/40/EU u nacionalno pravo država članica.⁷¹ Odredbe Direktive 2001/37/EZ su se pokazale kao nedovoljan standard zaštite zdravlja ljudi (europskih građana), posebice onih najmlađih, od rizika koje donosi pušenje. Naime, više od deset godina od njezina usvajanja, kako to stoji u toč. 1. mišljenja Odbora regija, „pušenje i dalje ostaje vodeći uzrok smrti u EU-u koji se može spriječiti, a koji ubija gotovo 700.000 osoba svake godine, kao i da 70 % pušača započinje s pušenjem u dobi mlađoj od 18 godina, zbog čega čvrsto podržava potrebu za hitnom izmjenom aktualne Direktive uz razmatranje uvođenja strožih mjera za njezinu provedbu“.

Države članice mogu dopustiti da određeni duhanski i srodni proizvodi, koji nisu usklađeni s Direktivom 2014/40/EU, budu stavljeni na tržište do 20. svibnja 2017. godine. Riječ je o duhanskim proizvodima koji su proizvedeni ili pušteni u slobodan promet i označeni u skladu s Direktivom 2001/37/EZ prije 20. svibnja 2016., kao i o elektroničkim cigaretama ili spremnicima za ponovno punjenje koji su proizvedeni ili pušteni u slobodan promet prije 20. studenoga 2016., te o biljnim proizvodima za pušenje koji su proizvedeni ili pušteni u slobodan promet prije 20. svibnja 2016.

Direktiva 2014/40/EU predstavlja pokušaj (potpunijeg i učinkovitijeg) usklađivanja nacionalnih prava o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih i srodnih proizvoda. Naime, sadašnje značajne razlike između zakona i drugih propisa država članica o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih i srodnih proizvoda predstavljaju prepreke neometanom funkcioniranju unutarnjeg tržišta. Stoga je i cilj Direktiva 2014/40/EU usklađivanje nacionalnih prava kako bi se olakšalo neometano funkcioniranje unutarnjeg tržišta za duhanske i srodne proizvode, uzimajući kao polazište visoku razinu zaštite ljudskog zdravlja, pogotovo za mlade ljude, te kako bi se zadovoljile obveze Unije prema Okvirnoj konvenciji Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom.⁷²

Komisiji na to treba skrenuti pozornost, koja potom odmah odlučuje treba li Vijeću predložiti prikladne mjere.

68 Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o „Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zakonodavstva, propisa i administrativnih odredbi zemalja članica u vezi s proizvodnjom, prezentacijom i prodajom duhanskih i srodnih proizvoda” COM(2012) 788 final – 2012/0366 (COD) , (2013/C 327/13), Izvjestitelj: Rodríguez García-Caro, Službeni list C 327, 12.11.2013., str. 65. (dalje u tekstu: mišljenje Gospodarskog i socijalnog odbora).

69 Službeni list EU C 280, 27. 9. 2013., str. 57. (dalje u tekstu: mišljenje Odbora regija).

70 Direktiva 2001/37/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. lipnja 2001. o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica o proizvodnji, predstavljanju i prodaji duhanskih proizvoda (Službeni list L 194, 18.7.2001.).

71 Vidi: čl. 29. i 31. Direktive 2014/40/EU.

72 Čl. 1. Direktive 2014/40/EU: „Cilj ove Direktive je usklađivanje zakona i drugih propisa država članica o:

(a) sastojcima i emisijama duhanskih proizvoda i srodnim obvezama o izvješćivanju uključujući

Kako stoji u šestoj uvodnoj izjavi preambule Direktive 2014/40/EU „veličina unutarnjeg tržišta duhanskih i srodnih proizvoda, sve jača tendencija proizvođača duhanskih proizvoda da proizvodnju za čitavu Uniju koncentriraju u tek malom broju proizvodnih objekata unutar Unije te znatna prekogranična trgovina duhanom i srodnim proizvodima kao posljedica toga, pozivaju na snažnije zakonodavno djelovanje ne na razini država, već na razini Unije kako bi se postiglo neometano funkcioniranje unutarnjeg tržišta“.

U uvodnoj izjavi 59. stoji da je, s obzirom na to da Direktiva 2014/40/EU utječe na nekoliko temeljnih prava utjelovljenih u Povelji Europske unije o temeljnim pravima, potrebno osigurati da obveze nametnute proizvođačima, uvoznicima i distributerima duhanskih i srodnih proizvoda ne jamče samo visoku razinu zdravstvene zaštite i zaštite potrošača već i štite sva druga temeljna prava i proporcionalne su u pogledu neometanog funkcioniranja unutarnjeg tržišta.⁷³

U osmoj uvodnoj izjavi preambule Direktive 2014/40/EU navodi se da bi, s obzirom na to da duhanski proizvodi nisu obični proizvodi nego proizvodi koji imaju posebno štetne posljedice za zdravlje ljudi, zaštititi zdravlja ljudi trebalo dati veliku

-
- maksimalne razine emisija katrana, nikotina i ugljikova monoksida za cigarete;
- (b) određenim aspektima označavanja i pakiranja duhanskih proizvoda uključujući zdravstvenih upozorenja koja se trebaju nalaziti na paketima duhanskih proizvoda i vanjski izgled pakiranja kao i sljedivosti i sigurnosnih obilježja koji se primjenjuju na duhanske proizvode kako bi se osigurala sukladnost s ovom Direktivom;
 - (c) zabrani stavljanje na tržište duhana za oralnu uporabu;
 - (d) prekograničnoj prodaji duhanskih proizvoda na daljinu;
 - (e) obvezi podnošenja obavijesti o novim duhanskim proizvodima;
 - (f) stavljanju na tržište i označavanju određenih proizvoda koji su srodni duhanskim proizvodima, posebno elektroničkih cigareta i spremnika za punjenje i biljnih proizvoda za pušenje;
- kako bi se olakšalo neometano funkcioniranje unutarnjeg tržišta za duhanske i srodne proizvode, uzimajući kao polazište visoku razinu zaštite ljudskog zdravlja, pogotovo za mlade ljude, te kako bi se zadovoljile obveze Unije prema Okvirnoj konvenciji Svjetske zdravstvene organizacije o nadzoru nad duhanom -a („FCTC“).“

73 Gospodarski i socijalni odbor napominje i upozorava da usvajanje i primjena Direktive 2014/40/EU može imati ozbiljne posljedice za radna mjesta, gospodarstvo i porezne prihode u EU i time ugroziti ostale temeljne ciljeve EU-a kao što su puna zaposlenost i gospodarski rast. Drugim riječima, Direktiva 2014/40/EU donosi određene rizike na tržištu rada jer će u opasnosti biti znatan broj radnih mjesta diljem EU-a u svim dijelovima proizvodnog, odnosno distribucijskog lanca (primarna proizvodnja, obrada, pakiranje, prodaja duhana i duhanskih proizvoda). Također, postoji rizik od naglog pada poreznih prihoda zbog smanjenja prodaje duhanskih proizvoda i povećanja ilegalne trgovine. Kriminalne će mreže naglo povećati ilegalnu trgovinu (tj. krijumčarenje i krivotvorenje), što će dovesti do smanjenja prodaje zakonitog duhana, pada poreznih prihoda od duhanskih proizvoda, ugrožene sigurnosti potrošača zbog nepostojanja zdravstvenih kontrola i kontrola kvalitete te lakšeg pristupa maloljetnika duhanu (Mišljenje Gospodarskog i socijalnog odbora - zaključci 1.4. – 1.6. i 2.3.).

važnost, osobito kako bi se smanjio broj pušača među mladim osoba.^{74,75}

4.3. Nadzor nad duhanom u Republici Hrvatskoj

U cilju zaštite i poboljšanja zdravlja svojih građana od štetnih posljedica upotrebe duhanskih proizvoda i izloženosti duhanskom dimu Republika Hrvatska neprestano usvaja i razvija brojne mjere (programe – strateške dokumente, pravne propise i dr.) za jačanje nadzora nad duhanom koje se u potpunosti temelje na pravnoj stečevini Europske unije i relevantnim međunarodnim konvencijama i imaju kontinuirano potporu Nacionalnog povjerenstva za borbu protiv pušenja Ministarstva zdravlja Republike Hrvatske.⁷⁶ Ovdje ćemo spomenuti samo neke mjere, odnosno zakone koji

74 Član Kluba zastupnika Europske pučke stranke (kršćanski demokrati) u *Europskom parlamentu* gosp. Karl-Heinz Florenz bio je jedan od zagovornika (kao i Thomas Ulmer, Richard Seeber, Esther de Lange, Sophie Auconie) zanimljivog amandmana (amandman 4. kojeg je Odbor za okoliš, javno zdravlje i sigurnost hrane predložio, ali koji nije ušao u konačni tekst Direktive 2014/40/EU, jer je prema nekim razmišljanjima (vidi: <http://europeanjusticeforum.org>) nejasan i protivi temeljnim načelima pravnog poretka EU-a kao što su načelo proporcionalnosti, supsidijarnosti i pravne sigurnosti) na osmu uvodnu izjavu prijedloga Direktive 2014/40/EU: „U tu bi svrhu države članice trebale promicati kampanje za sprečavanje pušenja, posebno u školama i medijima. U skladu s načelom odgovornosti proizvođača proizvođači duhanskih proizvoda trebali bi snositi sve zdravstvene troškove koji nastanu kao posljedice potrošnje duhana.“ Izvješće od 24. srpnja 2013. godine o prijedlogu Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica o proizvodnji, oglašavanju i prodaji duhanskih i srodnih proizvoda [COM(2012)0788 - C7-0420/2012- 2012/0366(COD)] - Odbor za okoliš, javno zdravlje i sigurnost hrane (Izjestiteljica: Linda McAvan). Važno je napomenuti da je predložena odredba sukladna Rezoluciji Europskog parlamenta od 24. listopada 2007. godine (European Parliament resolution of 24 October 2007 on the Green Paper ‘Towards a Europe free from tobacco smoke: policy options at EU level’ (2007/2105(INI)) kojom Parlament poziva Komisiju da izradi prijedlog izmjena tada važeće Direktive o duhanskim proizvodima koji će uključivati i odredbu o odgovornosti proizvođača duhanskih proizvoda.

75 Odbor za unutarnje tržište i zaštitu potrošača u svome mišljenju od 20. lipnja 2013. godine pozivao je Odbor za okoliš, javno zdravlje i sigurnost hrane da kao nadležni odbor u svoje izvješće uključi sljedeći amandman (amandman 2.) na osmu uvodnu izjavu prijedloga Direktive 2014/40/EU: „Radi toga je također važno nastaviti s edukativnim, informativnim i preventivnim kampanjama i programima kako bi se pomoglo građanima koji se žele odviknuti od pušenja“. Odbor za poljoprivredu i ruralni razvoj pozvao je Odbor za okoliš, javno zdravlje i sigurnost hrane da kao nadležni odbor u svoje izvješće uključi sljedeći amandman na osmu uvodnu izjavu prijedloga Direktive 2014/40/EU (mišljenje od 27. lipnja 2013. godine): „Najmoćnije oruđe u sprječavanju započinjanja pušenja među mladima su edukativne, informativne i preventivne kampanje i programi pružanja pomoći građanima koji se žele odviknuti od pušenja. Ta oruđa i dalje imaju ključnu ulogu. Stoga bi trebalo utemeljiti Europsku zakladu za sprječavanje pušenja radi financiranja programa pružanja pomoći građanima u odvikavanju od pušenja, sprječavanja da se započne navika pušenja među građanima i informiranja građana o štetnim učincima pušenja na zdravlje“. Amandman 2. Odbora za industriju, istraživanje i energetiku na osmu uvodnu izjavu prijedloga Direktive 2014/40/EU glasio je: „Pušenje je aktualan i globalan problem s razarajućim posljedicama, s time da većina pušača počinje konzumirati duhan u adolescenciji“ (mišljenje od 8. srpnja 2013. godine).

76 Vidi: JERKOVIĆ, Dijana, VUGRINEC, Lidija, PETKOVIĆ, Željko, Procjena koherentnosti

su značajni za „duhansku“ problematiku.

Akcijski plan za jačanje nadzora nad duhanom za razdoblje od 2013. Do 2016. godine (Ministarstvo zdravlja, Zagreb, 2013.) strateški je dokument kojem je opći cilj unaprjeđenje zdravlja stanovništva usvajanjem nepušenja kao zdravijeg načina života, uz istodobno smanjenje prevalencije pušenja kao čimbenika rizika za niz kroničnih bolesti (bolesti cirkulacijskog sustava, maligne neoplazme, kronična opstruktivna bolest pluća itd.), a posebni ciljevi su prevenirati započinjanje pušenja u nepušača, posebno kod djece i mladih/osposobiti mlade da se odupru iskušenju i donesu pravilne odluke glede nepušenja; smanjiti broj pušača na populacijskoj razini; smanjiti izloženost duhanskom dimu na javnim mjestima, radnom mjestu i kućnom okruženju; smanjiti štetne posljedice po zdravlje konzumacije duhanskih proizvoda/smanjiti morbiditet i mortalitet vezan uz pušenje.^{77, 78}

Zakon o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda donesen je 17. listopada 2013., a stupio je na snagu 6. studenoga 2008. godine, kada je prestao važiti Zakon o ograničavanju uporabe duhanskih proizvoda (Narodne novine, br. 128/99., 14/00. i 55/00.). Ovim Zakonom u pravni poredak Republike Hrvatske prenesena je Direktiva EU 2001/37. Njime su utvrđene dopuštene količine štetnih sastojaka cigareta i obvezne oznake na duhanskim proizvodima, te mjere za smanjenje i ograničavanje uporabe duhanskih proizvoda, kao i preventivne mjere protiv pušenja.

Zakon o duhanu donesen je 18. lipnja 1999., a stupio je na snagu 13. srpnja 1999. godine kada je prestao važiti Zakon o duhanu (Narodne novine, br. 40/75., 26/93. i 29/94.).⁷⁹ Ovim se Zakonom uređuju odnosi u proizvodnji, otkupu, obradi i prometu duhana, te proizvodnji duhanskih proizvoda u Republici Hrvatskoj.

Zakon o zaštiti na radu (Narodne novine, br. 71/14., 118/14. i 154/14.) koji je stupio na snagu 19. lipnja 2014. godine sadrži mjere zaštite nepušača na radu. Sukladno čl. 57. poslodavac je obavezan provoditi zaštitu nepušača od djelovanja duhanskog dima. Tako je zabranjeno pušenje na radnim sastancima i na mjestu rada, s time da poslodavac iznimno može pisanim putem dopustiti pušenje u posebnoj prostoriji, odnosno prostoru na kojima je obavezan znak dozvoljenog pušenja.⁸⁰

politika o nekim psihoaktivnim tvarima i ovisničkom ponašanju u Republici Hrvatskoj, Kriminologija i socijalna integracija, vol. 21., br. 2., 2013., str. 113. – 126.

77 http://www.zdravlje.hr/programi_i_projekti/akcijski_planovi (30.11.2014.).

78 Nacionalna strategija razvoja zdravstva za razdoblje 2012.- 2020. (Narodne novine, br. 116/12.) bavi se, između ostalog, i problematikom ovisnosti o psihoaktivnim tvarima (duhan, alkohol, droge) u Republici Hrvatskoj.

79 Uskoro bi trebao biti donesen novi Zakon o duhanu. Ministarstvo poljoprivrede otvorilo je javnu raspravu o Nacrtu prijedloga Zakonu o duhanu od 07. studenog do 17. studenog 2014. godine. Nacrt prijedloga Zakona o duhanu dostupan na: <http://www.mps.hr/UserDocsImages/SAVJETOVANJA%20ZI/Zakon%20o%20duhanu.pdf>.

80 Važno je napomenuti da Zakon o zaštiti na radu sadrži odredbe o odgovornosti poslodavca za štetu koji pretrpi radnik u radu i vezi s radom. Tim zakonom predviđen je objektivna odštetnu odgovornost poslodavca. Sukladno čl. 25. ozljeda na radu i profesionalna bolest koju je radnik pretrpio obavljajući poslove za poslodavca smatra se da potječe od rada i poslodavac odgovara po načelu objektivne odgovornosti. On može biti oslobođen odgovornosti ili se njegova odgovornost može umanjiti ako je šteta nastala zbog više sile ili krajnjom nepažnjom radnika ili treće osobe, na koje poslodavac nije mogao utjecati niti je njihove posljedice mogao izbjeći,

5. PRIRODA DUHANSKE PROIZVODNJE I DUHANSKIH PROIZVODA

Kako bi se mogao donijeti pravilan sud o institutu odgovornosti za štetu od duhanskih proizvoda, potrebno je odgovoriti na sljedeća pitanja: Jesu li duhanski proizvodi sigurni proizvodi, (svojstveno) opasni proizvodi, neispravni proizvodi ili pak, nešto drugo?⁸¹ Je li djelatnost proizvođača duhanskih proizvoda opasna djelatnost? Prije nego odgovorimo na ova pitanja nužno je dati definicije pojmova siguran proizvod, opasan proizvod i neispravan proizvod.

Prema čl. 4. toč. 2. Zakona o općoj sigurnosti proizvoda⁸² *sigurni proizvod* označava bilo koji proizvod koji u normalnim ili razumno predvidljivim uvjetima uporabe, uključujući trajanje i po potrebi stavljanje u uporabu, zahtjeve za ugradbu i održavanje, ne predstavlja nikakav rizik ili samo najmanji rizik spojiv s uporabom proizvoda te koji se smatra prihvatljivim i sukladnim s visokom razinom zaštite sigurnosti i zdravlja ljudi, posebno uzimajući u obzir sljedeće elemente: značajke proizvoda, osobito njegov sastav, pakiranje, upute za sklapanje te po potrebi ugradbu i održavanje; utjecaj nekoga proizvoda na druge proizvode ako se razumno može predvidjeti da će se on upotrebljavati s drugim proizvodima; predstavljanje proizvoda, njegovo označivanje, upozorenja i upute za njegovu uporabu i uklanjanje i sve druge oznake ili obavijesti koje se odnose na taj proizvod; kategorije potrošača izloženih riziku kad upotrebljavaju određeni proizvod, osobito djeca i starije osobe. Mogućnost postizanja više razine sigurnosti ili dostupnosti drugih proizvoda koji predstavljaju manji rizik ne čini dovoljan razlog da se neki proizvod smatra opasnim. *Opasni proizvod* je svaki proizvod koji nije sukladan s prethodnom definicijom sigurnog proizvoda.⁸³ Prema odredbama Zakona o obveznim odnosima⁸⁴ (dalje u tekstu: ZOO) šteta nastala u vezi s opasnom stvari, odnosno opasnom djelatnošću smatra se da potječe od te stvari, odnosno djelatnosti, osim ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete (čl. 1063.), a za istu odgovara njezin vlasnik, odnosno osoba koja se opasnom djelatnošću bavi (čl. 1064.). Odredbama ZOO-a definiran je pojam neispravnog proizvoda.⁸⁵ Prema čl. 1075. ZOO-a: „Proizvod nije ispravan ako, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, a poglavito način na koji je proizvod predstavljen, svrhe u koje, prema razumnom

unatoč provedenoj zaštiti na radu.

81 Vidi: COSTA, Eva Dias, Producer Liability for Damages Caused by the Use of Tobacco, International Journal of Humanities and Social Science, vol. 2., no. 15., 2012., str. 279. – 282., http://www.ijhssnet.com/journals/Vol_2_No_15_August_2012/35.pdf (19.12.2014.).

82 Narodne novine, br. 30/09. 139/10. i 14/14. Vidi: Direktiva 2001/95/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 3. prosinca 2001. o općoj sigurnosti proizvoda (Službeni list L 11, 15.1.2002.).

83 Čl. 2. toč. 3. Zakona o općoj sigurnosti proizvoda.

84 Narodne novine, br. 357/05. i 41/08.

85 Usklađivanje propisa država članica EU-a u području odgovornosti za neispravan proizvod izvršeno je Direktivom Vijeća EEZ-a br. 374, od 25. srpnja 1985., o približavanju zakona, uredbi i administrativnih odredbi država članica koji reguliraju odgovornost za neispravan proizvod (Službeni list L 210, 7.8.1985.), izmijenjenom i dopunjenom Direktivom 1999/34/EZ (Službeni list L 141, 4.6.1999). Vidi: BARETIĆ, Marko, Odgovornost za neispravan proizvod, u: Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene – najznačajniji instituti, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 220. – 278.

očekivanju, proizvod može biti uporabljen te vrijeme kad je proizvod stavljen u promet, ne pruža sigurnost koja se od takva proizvoda opravdano očekuje. Proizvod nije neispravan samo zbog toga što je naknadno bolji proizvod stavljen u promet.“ Kao glavnu odgovornu osobu ZOO predviđa proizvođača.⁸⁶ Sukladno odredbama čl. 1078. ZOO-a odgovorna osoba se može osloboditi odgovornosti ako dokaže bilo koji od egzoneracijskih razloga (dakle, teret dokazivanja je na odgovornoj osobi): da nije stavila proizvod u promet; da iz okolnosti slučaja proizlazi da neispravnost, a ni njezin uzrok, nisu postojali u vrijeme stavljanja proizvoda u promet; da proizvod nije proizveden za prodaju, davanje u zakup ili bilo koju drugu poslovnu svrhu, kao niti da je proizveden ili stavljen u promet u okviru njegova poslovanja; da je neispravnost posljedica pridržavanja prisilnih propisa koji su bili na snazi u trenutku kad je stavio proizvod u promet; da stanje znanosti ili tehničkog znanja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije omogućavalo otkrivanje neispravnosti; da je šteta prouzročena isključivo radnjom oštećenika ili osobe za koju on odgovara, odnosno radnjom treće osobe koju proizvođač nije mogao predvidjeti i čije posljedice nije mogao izbjeći ili otkloniti. Proizvođač dijela proizvoda oslobađa se odgovornosti i ako dokaže da je neispravnost prouzročena konstrukcijom glavnog proizvoda ili uputama dobivenim od proizvođača glavnog proizvoda. Proizvođač se djelomično oslobađa odgovornosti ako je nastanku štete djelomično pridonio oštećenik ili osoba za koju on odgovara. Ako je nastanku štete djelomično pridonijela treća osoba, ona odgovara solidarno s proizvođačem.

Duhanski proizvodi su svojstveno opasni proizvodi, odnosno proizvodi koji po svojoj prirodi predstavljaju povećanu opasnost po zdravlje ljudi. Riječ je o jedinstvenoj vrsti proizvoda koji imaju potencijala da uzrokuju smrtnost, obolijevanje i invalidnost.⁸⁷ Za razliku od drugih (opasnih) proizvoda (npr. alkohola, lijekova, motornih vozila, itd.) koji mogu prouzročiti štetu, vrlo značajna i jedinstvena obilježja upotrebe duhana, odnosno duhanskih proizvoda su ovisnost (o nikotinu kao posljedica pušenje duhana, koja je čak i teža od ovisnosti o teškim drogama – heroinu)⁸⁸ i štetnost po zdravlje ljudi (potrošača) pri njegovoj normalnoj, namjenskoj i pravilnoj upotrebi.⁸⁹ Dakle, riječ o jedinstvenim, legalnim i još uvijek (kod nas) jako „popularnim“ (posebice među mlađim osobama) i lako pristupačnim proizvodima koji su izrazito opasni po ljudsko zdravlje i život pri namjenskoj, odnosno razumno očekivanoj upotrebi. Znanost je nedvojbeno dokazala da pušenje cigareta u normalnim ili razumno predvidljivim uvjetima uporabe negativno utječe na zdravlje ljudi.⁹⁰ Ipak, čini se kako brojni razlozi zbog kojih ljudi puše (ovisnost, smirenost, opuštenost, dosada, zabava, ...) često nadjačaju jedan razlog da to ne čine, a to je štetnost pušenja po njihovo zdravlje i okoliš.⁹¹ Drugim riječima, znanstveno je dokazana toksičnost

86 Vidi: čl. 1076. ZOO-a.

87 Vidi toč. 34. Preambule Direktive 2014/40/EU.

88 <http://www.plivazdravlje.hr/aktualno/clanak/23615/Ovisnost-o-nikotinu.html> (3.12.2014.).

89 KJØNSTAD, Asbjørn, Tobacco and Tort Liability, Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957 – 2009, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/41-13.pdf> (28.12.2014.).

90 Znanstveno je dokazano da je posljedica (duže) izloženosti duhanskom dimu u visokom stupnju vjerojatnosti (ali ne i apsolutnom) karcinom pluća.

91 Borba pušača protiv ovisnosti o pušenju, odnosno ovisnosti o nikotinu kao posljedici pušenja

duhanskih proizvoda, odnosno dokazano je da cigarete i neki duhanski proizvodi pri gorenju ispuštaju mnoge štetne, farmakološki aktivne, toksične i kancerogene tvari jako opasne za zdravlje pušača, kao i za pasivne pušače, posebice nerođenu djecu i bebe.⁹² Kako se u literaturi ističe ne postoji „lagana“⁹³ i sigurna cigareta, te zdrava i sigurna razina pušenja cigareta.⁹⁴ Pušenje je, kako ističu proizvođači, „užitak koji prelazi granice“,⁹⁵ ali istodobno užitak koji stvara ovisnost i „tiho ubija“ (aktivne, ali pasivne) pušače.⁹⁶ U pravnoj teoriji postoje mišljenja da s obzirom na to da je opasnost koja prijeti od pušenja očita (*obvious danger*), tada se teško može reći da duhanski proizvod (cigareta) ne pruža sigurnost koja se od njega opravdano može očekivati (tj. da je neispravan), te sukladno tome, ako dođe štete prouzročene tom očitom opasnošću duhanskog proizvoda (npr. pušač je obolio od raka pluća), može se reći da se oštećenik (pušač) svjesno izložio riziku (na sebe je preuzeo rizik) i sam doveo do štete.⁹⁷

Može se zaključiti da **duhanski proizvodi nisu sigurni proizvodi. Duhanski proizvodi su opasni proizvodi. Duhanski proizvodi mogu biti neispravni proizvodi. Proizvodnja, distribucija i prodaja duhanskih proizvoda sama po sebi nije opasna, ali je opasna uporaba proizvoda čija je opasnost očita.** Primarna proizvodnja i prerada duhana, proizvodnja i pakiranje cigareta, proizvodnja filtera, distribucija i prodaja gotovih duhanskih proizvoda, odnosno stavljanje u promet gotovih duhanskih proizvoda rezultiraju uporabom duhanskih proizvoda koja predstavlja veliki rizik nastanka štete. Proizvođači duhanskih proizvoda bave se legalnim djelatnošću, ali na određeni način opasnom djelatnošću.⁹⁸ Iako su proizvođači duhanskih proizvoda itekako dobro upoznati sa štetnim učincima svojih proizvoda, oni ih i dalje nesmetano

duhana može dugo trajati, a često je i bezuspješna. Vidi: TADIĆ, Mate, op. cit. u bilj. 48., str. 107. – 128.; BOJIĆ-MILIČEVIĆ, Gordana i dr., Zašto se počinje i nastavlja sa pušenjem? (Neke mogućnosti borbe protiv epidemije pušenja), *Pneumon*, vol. 33., no. 1-2., Institut za plućne bolesti, Sremska kamenica, 1995., str. 45. – 47.

92 Uvodna izjava 23. Preambule Direktive 2001/37/EZ o proizvodnji, predavljanju i prodaji duhanskih proizvoda.

93 Treba u cijelosti otkloniti zablude da su „lagane“ (*light* ili *ultra light*) cigarete sigurne, odnosno manje štetne od „običnih“ cigareta., Vidi: POPOVIĆ-GRLE, Sanja, op. cit u bilj. 25., str. 142.

94 Vidi: ČOP, Nevenka, Pušenje i moždani udar, *Medicus*, vol. 10., no. 11., 2001., str. 55.

95 http://www.tdr.hr/o_tdr/tdr_regija.html (17.1.2015.).

96 „Pušenje je jedan u nizu autoagresivnih postupaka kojima se, kao i alkoholizmom, drogom, raznim fanatizmima i samoubistvom, „diči“ homo sapiens.“. LUČIĆ, Saša, PERN, Branislav, Školska deca i pušenje, *Pneumon*, vol. 33., no. 1-2., Institut za plućne bolesti, Sremska kamenica, 1995., str. 9.; „Pušenje se ne temelji na biološkoj potrebi, nego na emocionalnoj, socijalnoj i ovisničkoj potrebi ...“. STANIĆ, Ivica, Pušenje je samoubojstvo na rate, *Narodni zdravstveni list*, svibanj-lipanj 2000., str. 34.; „Pušenje, dakle, nije privatna stvar pušača, nego problem čitavog društva pa ono postaje poremećaj ponašanja socijalno-medicinskog karaktera.“, MATEŠAN, Katja, Štetni učinci pušenja, *Javno zdravstvo*, god. 7., br. 2., 2013., str. 7.

97 BARETIĆ, Marko, Građanskopravna odgovornost za neispravan proizvod, doktorska disertacija, Zagreb, 2005., str. 286.

98 CARLEO, Roberto, Tobacco-Smoke Litigation in Italy: Could Activity the Marketing of Tobacco be a „Dangerous Activity?, *Journal of Multidisciplinary Research*, vol. 4., no. 4., 2012., str. 45. – 52.

proizvode, prodaju i stječu ogroman profit od takvih štetnih, svojstveno opasnih i ovisničkih proizvoda.⁹⁹

Sustav odgovornosti za štetu od opasnih stvari i opasnih djelatnosti, kao i posebni sustav odgovornosti za neispravan proizvod, teško mogu učinkovito odgovoriti na posebnosti pravnog odnosa odgovornosti za štetu od duhanskih proizvoda.

6. TUŽBE PROTIV PROIZVOĐAČA ZA NAKNADU ŠTETE OD DUHANSKIH PROIZVODA – POČECI DUGOTRAJNE BORBE „DUHANSKIH“ OŠTEĆENIKA

Slučajevi tužbi za naknadu štete protiv proizvođača duhanskih proizvoda privukli su veliku pozornost (američke) javnosti i medija nakon što je medicinska znanost nedvojbeno utvrdila štetnost pušenja po zdravlje ljudi, odnosno nakon što je dokazala da uživanje duhanskih i srodnih proizvoda (aktivno pušenje) i izloženosti duhanskom dimu (pasivno pušenje) uzrokuju smrt, bolesti i onesposobljenja.¹⁰⁰

Šef službe javnog zdravlja SAD-a (*Surgeon General of the U. S.*) Luther L. Terry objavio je 11. siječnja 1964. godine službeno izvješće o štetnim posljedicama pušenja koje je napisano na zahtjev predsjednika SAD-a Johna F. Kennedyja, a na temelju preko 7000 znanstvenih i stručnih članaka vezanih uz pušenje i oboljenja koja su posljedica pušenja.¹⁰¹ Navedeno izvješće potaknulo je američki Kongres na usvajanje Federal Cigarette Labeling and Advertising Act (1965). Taj je pravni akt predstavljao početak snažne borbe za sigurnost i jači nadzor nad duhanskim proizvodima.

Iste godine Američki pravni institut¹⁰² publicirao je dopunjeni *Restatement*

99 LIBERMAN, Jonathan, CLOUGH, Jonathan, Corporation That Kill: The Criminal Liability of Tobacco Manufacturers, *Criminal Law Journal*, vol. 26., 2002., str. 1., http://www.vctc.org.au/tc-res/criminal_liability_paper.pdf (10.10.2014.).

100 Vidi: DOLL, Richard, BRADFORD HILL, Austin, Mortality in Relation to Smoking: Ten Years' Observations of British Doctors, *British Medical Journal*, vol. 1., 1964., str. 1399. – 1410., 1460. – 1467.; HAJDU I., Steven, VADMAL S., Manjunath, The Use of Tobacco, *Annals of Clinical & Laboratory Science*, vol. 40., bo. 2., 2010., str. 178. – 181., <http://www.annclinlabsci.org/> (12.10.2014.).

101 Smoking and Health: Report of the Advisory Committee of the Surgeon General of the Public Health Service, U.S. Department of Health, Education and Welfare, Public Health Service Publication, no. 1103., 1964., <http://profiles.nlm.nih.gov/ps/access/NNBBMQ.pdf>; The health consequences of smoking – 50 years of progress: a report of the Surgeon General, U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health, 2014., str. 7., <http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/50-years-of-progress/> (28.12.2014.).

102 U veljači 1923. godine u Washingtonu je utemeljen Američki pravni institut (*American Law Institute, ALI* - <http://www.ali.org/>). To je neovisna i neprofitabilna organizacija čiji su članovi eminentni pravni teoretičari i praktičari (oko 4000 članova), uključujući članove iz stranih država. U okviru ALI-ja nastaju neformalne kodifikacije (neobvezujući, ali jako utjecajni izvori) određenih područja privatnog prava tj. *Restatementi*. Vidi: FRENKLIN, Mitchell, The Historic Function of the American Law Institute: Restatement as Transitional to Codification, *Harvard Law Review*, vol. 47. issue 8., 1934., str. 1367. – 1394.

(*Second*) of Torts (dopunjen odredbom par. 402A)¹⁰³ kojim je prihvaćen sustav objektivne izvanugovorne odgovornosti za štetu od neispravnog proizvoda.¹⁰⁴ U pravnoj literaturi postoje mišljenja da je navedeni sustav (bio) jedno od oružja u borbi protiv proizvođača duhanskih proizvoda u američkom pravu.¹⁰⁵ Međutim, navodi se i da je riječ o slabijem oružju nego što se to u vrijeme njegovog nastanka mislilo. Naime, američki sudovi odbacivali su tužbe protiv duhanskih kompanija, odnosno iste su uspjele izbjeći odgovornost po par. 402A(1) jer cigarete nisu smatrane nerazumno opasnim (*unreasonably dangerous*) proizvodom, odnosno neispravnim proizvodom (prema komentaru (i) par. 402A) samo zato što pušenje može izazvati štetne posljedice po zdravlje ljudi.¹⁰⁶

Dok s jedne strane ne mali broj autora o *Restatementima* govori kao o iznimno uspješnim projektima, s druge strane pak, brojni komentatori smatraju da *Restamenti* često predstavljaju visoko ispolitizirane projekte u kojima njihovi izvjestitelji (*Reporters*) djeluju kao posrednici u pregovorima između moćnih interesnih skupina ili kao zastupnici interesa pojedinih skupina kao što su proizvođači duhanskih proizvoda i njihovi partneri.¹⁰⁷ U pravnoj literaturi nisu rijetki stavovi da je građanskopravna odgovornost za nerazumno opasan proizvod (neispravan proizvod) u američkom pravu područje u kojem su pritisci i lobiranje različitih interesnih skupina bili iznimno visoki, te da je posebice velik i jak utjecaj duhanske industrije bio u izradi par. 402.

103 Početkom 1955. godine publiciran je *Restatementa (Second) of Torts*, a za izvjestitelja tog projekta imenovan je ugledni sveučilišni profesor prava i vodeći autor tekstova iz odštetnog prava tog vremena William L. Prosser (University of California Law School at Berkeley). Taj *Restatement* je nadopunjen 1965. godine odredbom par. 402A. *Restatementa (Second) of Torts* publiciran je od 1955. do 1979. godine. Projekt je uspješno završio prof. John Wade (Vanderbilt University Law School), budući da je prof. Prosser preminuo 1971. godine.

104 Par. 402A *Restatement (Second) of Torts* pod naslovom *Posebna odgovornost prodavatelja proizvoda za fizičku štetu korisnika ili potrošača* glasi: (1) Onaj tko prodaje bilo koji proizvod u neispravnom stanju, nerazumno opasnom za korisnika ili potrošača ili njegovu imovinu, odgovoran je za fizičku štetu koja je time prouzročena krajnjem korisniku ili potrošaču ili njegovoj imovini, ako se (a) prodavatelj bavi prodajom takvog proizvoda i (b) ako se očekuje da će i da jest proizvod stigao do korisnika ili potrošača bez znatnije promjene stanja u kojem je prodan. Pravilo navedeno u stavku (1) primjenjuje se iako je (a) prodavatelj upotrijebio svu moguću pozornost u pripremi i prodaji svoga proizvoda i (b) korisnik ili potrošač nije kupio proizvod, niti ušao u bilo kakav ugovorni odnos s prodavateljem. Sukladno par. 402B *Restatementa (Second) of Torts* pod nazivom *Prodavateljeva pogrešna prezentacija pokretne imovine potrošaču*, osoba koja tijekom poslovanja prodaje pokretnu imovinu, koja reklamom, etiketama ili na drugi način javnosti pogrešno prezentira materijalne činjenice koje se odnose na karakter ili kvalitetu prodane pokretne imovine, odgovorna je potrošaču pokretne imovine za fizičku štetu prouzročenu opravdanim oslanjanjem na prezentaciju, čak iako ona nije učinjena prijevarno ili nepažnjom i potrošač nije kupio pokretnu imovinu od prodavatelja ili nije ušao u ugovorni odnos s prodavateljem.

105 SIRABIONIAN, Andrei, Why Tobacco Litigation Has Not Been Successful in the United Kingdom: A Comparative Analysis of Tobacco Litigation in the United States and the United Kingdom, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 25., issue 2, 2005., str. 488.

106 Ibidem.

107 Vidi: VANDALL, Frank J., The American Law Institute is Dead in the Water, *Hofstra Law Review*, Vol. 26., issue 3., 1998., str. 802. – 816.

Restatementa (Second) of Torts, a još i više u nastanku *Restatementa (Third) of Torts: Products Liability*.¹⁰⁸

Razvoj „duhanskih tužbi“ u SAD-u mogao bi se podijeliti u nekoliko razdoblja, odnosno stadija. Prvo razdoblje započinje s podizanjem prvih tužbi protiv duhanskih kompanija. Prve duhanske tužbe u SAD-u podnesene su 1954. godine (slučajevi *Lowe v R.J. Reynolds Tobacco Company*, *The American Tobacco Company*, et al.; *Pritchard v Liggett & Myers Tobacco Co.*, itd.).¹⁰⁹ U navedenim slučajevima, kao i u brojnim drugim slučajevima nakon njih koji su se pojavili pred američkim sudovima u sljedećem desetljeću, tužitelji nisu imali nikakvog uspjeha u ostvarivanju prava na naknadu štete koja je bila posljedica pušenja cigareta i izlaganja duhanskom dimu. Drugo razdoblje započinje nakon objavljivanja ranije spomenutog izvješća o štetnosti pušenja 1964. godine.¹¹⁰ Međutim, usprkos znanstveno dokazanim štetnim posljedicama pušenja po ljudsko zdravlje oštećene osobe nisu uspijevale naknaditi štetu po do tada razvijenim različitim pravnim temeljima (*cause of action*), odnosno sustavima odgovornosti (*negligence liability*, *breach of warranty*, itd.). Prijelomna točka u razvoju odgovornosti za duhanske proizvode u američkom pravu bila je 1996. godina kada je donesena prvostupanjska presuda u slučaju *Grady Carter and Mildred Carter v. Brown & Williamson Tobacco Corporation* kojom je tužitelju dosuđena naknada štete prouzročene pušenjem (karcinom pluća) u iznosu od 750.000 dolara.¹¹¹ Neposredno nakon donošenja navedene presude cijene dionica duhanske industrije jako su pale. Također, ubrzo nakon donošenja presude u slučaju *Carter* zavladała je „panika“ u redovima proizvođača duhanskih proizvoda od mogućeg ishoda brojnih sličnih slučajeva koji su se nalazili pred američkim sudovima koji bi ih mogao dovesti do nezavidnog (financijskog) položaja. Brojne (neočekivane) okolnosti koje im nisu išle u prilog, potaknule najveće duhanske kompanije u SAD-u da u studenom 1998. sa saveznm državama zaključe iznimno važan dokument za jačanje nadzora nad duhanom i promociju zdravlja - *Master Settlement Agreement*.¹¹²

Danas je broj parnica koje se vode protiv duhanske industrije zbog šteta koje su posljedice pušenja i izloženosti duhanskom dimu u SAD-u relativno velik i znatno je veći negoli u Europi. Također, sve veći broj tužitelja (oštećenika) u SAD-u, po

108 Vidi: LEPOSATA, Elizabeth, BARNES, Richard, GFANTZ, Stanton, Tobacco Industry Influence of the American Law Institute's Restatements of Torts and Implications for Its Conflict of Interest Policies, Iowa Law Review, vol. 98., issue 1., 2012., str. 1. – 68.

109 Vidi: DAYNARD, Richard A., Tobacco litigation: a mid-course review, Cancer Causes and Control, vol. 12., issue 4., 2001., str. 383.

110 Vidi slučaj *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 693 F. Supp. 208, 210 (D.N.J. 1988); JACOBSON, Douglas N., After Cipollone v Liggett Group, Inc.: How Wide Will the Floodgates of Cigarette Litigation Open?, American University Law Review, Vol. 38., Issue 3., 1989., str. 1021. – 1059.; RILEY, Peter F., The Product Liability of the Tobacco Industry: Has Cipollone v. Liggett Group Finally Pierced the Cigarette Manufacturers' Aura of Invincibility?, Boston College Law Review, vol. 30., issue 4., 1989., str. 1103. – 1178.

111 Vidi: SIRABIONIAN, Andrei, op. cit. u bilj. 105., str. 493.

112 <http://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/tobacco/1msa.pdf>? (20.12.2014.)

različitim pravnim temeljima,¹¹³ uspijeva ostvariti svoje pravo na obeštećenje.¹¹⁴ Poznata je nedavna presuda u slučaju gospođe Robinson (slučaj *Cynthia Robinson v. R.J. Reynolds Tobacco Company, et al.*)¹¹⁵ kojoj je sud u saveznoj državi Florida dodijelio na ime naknade štete ukupan iznos od preko 23,64 milijarde dolara (od čega više od 23,62 milijarde dolara kaznene odštete – *punitive damages*).¹¹⁶

Povijesno promatrano, početna potpuna nemogućnost obeštećenja u američkom pravu postepeno je prerasla u relativnu (još uvijek nedovoljnu) uspješnost oštećenika u ostvarivanju naknade štete prouzročenu duhanskim proizvodima.

7. POSEBAN SUSTAV ODŠTETNE ODGOVORNOSTI ZA DUHANSKE PROIZVODE

Bez obzira na znanstveno dokazanu štetnost duhanskih proizvoda i veliki broj „duhanskih“ oštećenika pravni sustavi (država članica EU-a, uključujući i Republiku Hrvatsku) nisu uspostavili poseban, čvrsti i ujednačen, sustav odgovornosti (proizvođača duhanskih proizvoda) za štetu od duhanskih proizvoda. Odgovornost (proizvođača) za štetu od duhanskih proizvoda treba urediti kao poseban odštetnopravni sustav.¹¹⁷

113 Pravni temelji (*cause of action*) uključuju: *negligence, false representation, deceit, breach of express warranty, unfair competition/unlawful business practices, negligent false i misleading advertising, intentional false i misleading advertising, fraud, failure to warn i strict product liability*. Navedeno prema: LIBERMAN, Jonathan, CLOUGH, Jonathan, op. cit. u bilj. 99., str. 4.

114 Vrlo značajno postupovno sredstvo u američkom pravu (koje koriste i duhanski oštećenici) predstavljaju klasne tužbe (*class actions*). Radi se o instrumentu koji služi za rješavanje sudskih sporova omogućavajući većem broju ljudi da zajednički vode jedinstveni postupak radi zaštite svojih povrijeđenih prava. Vidi: MULLENIX, Linda S., Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action, *Emory Law Journal*, Vol. 64., Issue 2., 2014., str. 399. – 449.; ERICHSON, Howard, Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and the Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation, *U.C. Davis Law Review*, Vol. 34., No. 1., 2000., str. 1. – 48., http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1373&context=faculty_scholarship (13.12.2014).

115 <http://cvn.com/proceedings/cynthia-robinson-v-rj-reynolds-tobacco-company-et-al-trial-2014-03-03> (12.12.2014.).

116 Suprug gospođe Robinson gops. Michael Johnson umro je od karcinoma pluća 1996. godine u 36-oj godini života. Cigarete Menthol proizvođača Brown & Williamson je počeo u trinaestoj godini. Njegova supruga i sin (koji je imao četrnaest godina kada mu je otac umro) podnijeli su tužbu za naknadu štete protiv proizvođača cigareta. Ovaj slučaj je interesantan i po tome što je izvorno bio dio poznate (povijesne) i prve klasne tužbe Engle (Engle class action) protiv proizvođača duhanskih proizvoda kojom su oštećeni pušači ili članovi njihovih obitelji tražili naknadu štete prouzročene pušenjem. Prvotno su uspjeli sa svojim zahtjevom, jer im je sud 2000. godine dodijelio 145 milijardi dolara odštete (*Engle v. Liggett Group, Inc.*, No. 94-08273-CA-22 Fla. 11th Cir. Ct. Nov. 6, 2000), ali tu presudu je poništio Vrhovni sud Savezne države Florida 2006. godine (*Howard A. Engle, M.D. v. Liggett Group, Inc.*, 945 So. 2d 1246, 1276-77 Fla. 2006). Vidi: BARR, Brian H., Engle v. R.J. Reynolds: the Improper Assessment of Punitive Damages for an Entire class of Injured Smokers, *Florida State University Law Review*, Vol. 28., no. 3., 2001., str. 787. – 829. <http://www.floridasupremecourt.org/decisions/2006/sc03-1856.pdf> (13.12.2014.).

117 Vidi: HENDERSON, James A., TWERSKI, Aaron., Reaching Equilibrium in Tobacco

Objektivna odgovornosti i presumirani kauzalitet ispravan su i poželjan put u evoluciji toga novog i posebnog sustava građanskopravne odgovornosti.¹¹⁸

Duhanske kompanije svojom sofisticiranom marketinškom moći, ali i drugim sredstvima, nastoje održati kontinuirano korištenje njihovih po zdravlje ljudi jako štetnih proizvoda i znaju da ih većina oštećenika (posebice u siromašnim i zemljama u razvoju)¹¹⁹ vjerojatno neće tužiti za naknadu štete. Iako relevantni podaci pokazuju da su štetne posljedice pušenja i izloženosti duhanskom dimu po zdravlje građana RH (smrt, oboljenja, onesposobljenost) velike i predstavljaju jedan od vodećih javnozdravstvenih problema, osobe koje su na to ovlaštene ne odlučuju se podnijeti tužbu za naknadu štete (protiv proizvođača duhanskog proizvoda). Gotovo je sigurno da se prosječni hrvatski građanin (potrošač – pušač) neće upustiti u pravnu bitku s nekim moćnim duhanskim proizvođačem zbog štete koja mu je prouzročena aktivnim ili pasivnim pušenjem. Prema našim saznanjima, prakse o naknadi štete za slučajeve tjelesnih oštećenja i smrti osoba koje su bile izložene duhanskom dimu (aktivni i pasivni pušači) u Republici Hrvatskoj nema. Razlozi takvog stanja su brojni i raznovrsni.¹²⁰

S obzirom da u hrvatskom odštetnom pravu ne postoji poseban sustav odgovornosti (proizvođača duhanskih proizvoda) za štetu od duhanskih proizvodom, eventualni odštetni zahtjevi rješavati po općim propisima, odnosno pravilima sadržanim u Zakonu o obveznim odnosima.¹²¹ Obeštećenje osobe koja je pretrpjela štetu od duhanskog proizvoda po važećim pravilima ZOO-a teško je ostvarivo, ali nije nemoguće. Moguće je ako hrvatski sudovi prihvate „hrabriji“ pristup u primjeni i tumačenju odredba ZOO-a o odgovornosti za štetu. Sudska praksa može odigrati jako važnu ulogu u razvoju instituta odgovornosti proizvođača za štetu od duhanskih proizvoda.

Ovdje ćemo navesti primjer takvog pristupa iz samo jedne države članice EU-

Litigation, South Carolina Law Review, vol. 62., 2010., str. 67. – 103.

118 Ne možemo se u ovome radu upustiti u analizu sustava „apsolutne“ odgovornosti proizvođača za duhanski proizvod prema kojem proizvođač odgovara štetu prouzročenu njegovim proizvodom bez obzira je li taj proizvod bio neispravan. Može li sustav apsolutne odgovornosti biti pravilan put u borbi protiv duhanske epidemije? Taj sustav odgovornosti nikako se ne smije odbaciti kao nepoželjan bez jako uvjerljivih argumenta., Vidi: BARETIĆ, Marko, op. cit. u bilj. 97., str. 461. – 466.; SMITH, Jeremiah, Tort and Absolute Liability – Suggested Changes in Classification, Harvard Law Review, vol. 30., issue 3., 4. i 5., 1917., str. 241. – 262., 319. – 334. i 409. – 429.; Notes: Absolute Liability for Ammunition Manufacturers, Harvard Law Review, Vol. 108., No 7., 1995., str. 1679. – 1696.; PRIEST, George L., Can Absolute Manufacturer Liability be Defended? Yale Law School, Faculty Scholarship series, Paper 620, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/620 (10.1.2015.); JAEGER, Walter H. E., The Warranty of Habitability – Part II: Strict Liability versus Absolute Liability, Chicago-Kent Law Review, vol. 47., no. 1., 1970., str. 1. – 82., <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol47/iss1/2/> (28.12.2004.).

119 Preko 80% svjetske populacije pušača (preko 800 milijuna pušača) živi u slabo i srednje razvijenim državama. Navedeno prema: <http://global.tobaccokids.org> (17.11.2014.).

120 U mnoštvu razloga navedenog stanja nečinjenja i pasivnog držanja (neposrednih i posrednih) oštećenika jedan bi mogao biti i (neopravdano) nepovjerenje u sudove i učinkovitost hrvatskoga pravosuđa, odnosno zakonito i pravovremeno pružanje pravne zaštite.

121 Narodne novine, br. 35/05. i 41/08.

a.¹²² Naime, talijanski sudovi su se odvažili i u nekoliko slučajeva omogućili da „duhanski“ oštećenik bude obeštećen. U svojoj odluci br. 1015. od 3. ožujka 2005. godine Apelacijski sud u Rimu prvi put je zauzeo stajalište da je neoplazma pluća normalna i uobičajena posljedica pušenja cigareta; da proizvođač cigareta mora poduzeti odgovarajuće mjere kako bi se izbjegla šteta, koje uključuju i informiranje potrošača o rizicima pušenja; da je proizvodnja i prodaja cigareta opasna aktivnost jer cigarete predstavljaju ozbiljan rizik po zdravlje ljudi i mogu prouzročiti štetu (posebice tumor pluća), te da stoga proizvođač cigareta odgovara za štetu prouzročenu pušenjem cigareta na temelju čl. 2050. Građanskog zakonika, dakle prema pravila objektivne odgovornosti za štetu od opasne djelatnosti.¹²³ Navedeno pravilo predstavlja presedan u talijanskoj sudskoj praksi, ali i veliki korak naprijed u zaštiti oštećenika od posljedica pušenja cigareta i izloženosti duhanskom dimu. Prije nego je donio odluku i postavio navedeno pravilo o odgovornosti proizvođača cigareta Apelacijski sud u Rimu morao je analizirati i riješiti nekoliko bitnih „problema“ i otvorenih pitanja, i to: uzročnost (kauzalitet); teret dokaza; prihvatanje rizika nastanka štete od strane oštećenika, itd.¹²⁴

Isto tako je i Talijanski Vrhovni kasacijski sud donio 17. prosinca 2009. godine (kontroverznu) presudu u slučaju *British American Tobacco Bat Italia S.p.a. v. Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* u kojoj je smatrao da je proizvodnja i prodaja duhanskih proizvoda opasna djelatnost i da proizvođač duhanskog proizvoda odgovara za štetu prouzročenu tim proizvodom prema pravilima objektivne izvanugovorne odgovornosti sukladno čl. 2050. Građanskog zakonika.¹²⁵ U pravnoj teoriji se ističe da ova presuda može vrlo lako otvoriti novi put za, tzv. duhanske tužbe, ali također, može postati izolirani slučaj u EU, ako talijanski sudovi prihvate objektivnu odgovornost za štetu od opasne djelatnosti kao temelj proizvođačeve odgovornosti.¹²⁶

8. ZAKLJUČAK

Duhanska industrija je jedna od najprofitabilnijih industrija i važna grana gospodarstva u mnogim državama svijeta. Moćne (multinacionalne) duhanske kompanije svakodnevno proizvode, sofisticirano reklamiraju i prodaju nove i privlačnije duhanske proizvode koju stvaraju nove rizike po ljudsko zdravlje. Vjerojatnost nastanka štete po zdravlje osoba izloženih utjecaju duhanskih proizvoda (pušenju cigareta) prilikom njihovoga korištenja na predviđen ili razumno očekivan način je vrlo velika. Taj rizik nastanka šteta koje su posljedica proizvodnje i stavljanja u promet odnosno upotrebe duhanskih proizvoda stalno se povećava, te ga je gotovo nemoguće izbjeći. Proizvodnja duhanskih proizvoda, pored nekih pozitivnih (gospodarskih) učinaka, u konačnici je povezana s negativnim, zdravstvenim,

¹²² To ne znači da i u drugim državama članicama nema takvih primjera.

¹²³ Di DONNA, Luca, The Liability of the Tobacco Industry for Damage Caused by Smoking. Legal Theories and Legal Fictions, European Business Law Review, vol. 24., issue 4., 2013., str. 468. i 469.

¹²⁴ Ibid., str. 471.

¹²⁵ CARLEO, Roberto, op. cit. u bilj. 98., str. 45. – 48.

¹²⁶ Ibid., str. 51.

socijalnim i ekološkim posljedicama.

Proizvođači duhanskih proizvoda itekako su svjesni svojstava i rizika koje nose proizvodi koje proizvode i stavljaju u promet. Iako (deklarativno) prihvaćaju stav medicinske struke da (dugotrajno) pušenje izaziva ovisnost i da ne postoji sigurna cigareta, odnosno sigurna, bezopasna i zdrava razina pušenja cigareta, svojim inovativnim proizvodima i sofisticiranim načinima „nametanja i dolaska“ do potrošača, svakodnevno nastoje povećati prodaju, odnosno pušenje cigareta.

Potrošač, odnosno oštećenik ne smije nositi rizik štetnih posljedica pušenja i izloženosti duhanskom dimu. Oštećenim osobama je potrebno osigurati mogućnost naknade štete koja je posljedica proizvodnje i stavljanja u promet opasnih proizvoda, odnosno uporabe proizvoda kakvi su duhanski proizvodi.¹²⁷

Zadatak pravnog poretka je kontinuirano razvijati i jačati mjere nadzora nad duhanom i stvarati što strože (prevencijske) propise koji će se baviti pitanjima sigurnosti duhanskih proizvoda, odnosno prevencijom protiv šteta od duhanskim proizvodima (pravna regulacija nadzora nad duhanom), ali isto tako stvoriti posebne (kompenzacijsko-prevencijske) propise koji će se baviti pitanjem odgovornosti za štetu prouzročenu duhanskim proizvodima, odnosno pitanjem kompenzacije oštećene osobe (privatnopravna regulacija odgovornosti za štetu izazvanu duhanskim proizvodima).

Kako redovita građanska tužba (posebice za naknadu štete) može biti učinkovito pravno sredstvo za unaprjeđenje javnozdravstvene politike i strategije zdravlja, tako i građanske tužbe protiv proizvođača duhanskih proizvoda mogu imati iznimno važnu ulogu u ostvarivanju (nacionalnih) politika (strategija i programa) nadzora nad duhanskim i srodnim proizvodima.¹²⁸

Odgovornost za štetu od duhanskim proizvodima danas je nedvojbeno jedno od najkontroverznijih područja odštetne odgovornosti. Riječ je o područje odštetne odgovornosti koje je od prvorazrednog interesa ne samo za pojedine zemlje, nego predstavlja globalni problem koji zahtjeva odgovarajuće, posebno i ujednačeno pravno reguliranje. S obzirom da klasični sustavi odgovornosti za štetu, ali i posebni sustavi odgovornosti za neispravan proizvod, ne mogu učinkovito odgovoriti na posebnosti pravnog odnosa odgovornosti za štetu od duhanskih proizvoda, stvaranje posebnog sustava odgovornosti (proizvođača duhanskih proizvoda) za štetu od duhanski proizvoda zasigurno ima svoju (pravno-teorijsku i političku) opravdanost. Naravno, stvaranje bilo kojeg novog sustava odštetne odgovornosti je složen zadatak, pa tako i posebnog sustav odštetne odgovornosti (proizvođača duhanskih proizvoda) za duhanske proizvode nije nimalo lak ni jednostavan zadatak.

Navedena problematika zahtijeva daleko veću pozornost hrvatske pravne

127 „Oštećenici u pravnom odnosu naknade štete ne traže ni milost ni socijalnu pomoć. Oni imaju pravo dobiti naknadu onog što su izgubili. Njihov pritisak na državu da im ostvarenje tog prava efektivno osigura, stoga je pravno potpuno legitiman i država je takvo stanje dužna osigurati.“, RADOLOVIĆ, Aldo, Načelo zabrane prouzročenja štete kao (moguće) jamstvo stvarne (realne) naknade štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34., br. 1., 2013. str. 310.

128 Vidi: LYTTON, D. Timothy, Using Litigation to Make Public Health Policy: Theoretical and Empirical Challenges in Assessing Product Liability, Tobacco, and Gun Litigation, The Journal of Law, Medicine & Ethics, vol. 32., issue 4., 2004., str. 556.

znanosti i prakse građanskog prava nego što je to bilo do sada. Mnogi su, na određeni način, platili cijenu nedovoljnog i neodgovarajućeg tretiranja problematike ispitivanja i stavljanja u promet, proizvodnje, označavanja, klasifikacije, oglašavanja, nadzora nad duhanskim proizvodima, ali i odštetne odgovornosti za duhanske proizvode, kao i osiguranja od odštetne odgovornosti.

Summary

**TOBACCO CONTROL AND THE LIABILITY OF THE
TOBACCO INDUSTRY FOR DAMAGE CAUSED BY
TOBACCO PRODUCTS**

It has been scientifically proven that there is a high probability of chance that the long-term exposure to tobacco smoke will lead to the consequences such as illnesses, physical impairments and death. In this paper the author elaborates on the legal regulations concerning tobacco control at the international, regional and national level, and analyzes the issue of liability for damage caused by active smoking and exposure to tobacco smoke.

The issues relating to liability for damage of tobacco product manufacturers and compensation to those who suffered harmful effects of tobacco products raise a number of dilemmas and controversies and represent a great challenge to the theory and practice of law. The subject of liability for damage requires to be paid more attention to among the Croatian legal science and practice of civil law than it has been the case so far.

The liability (of producers) for harmful effects of tobacco products should be governed as a separate compensation system. The author holds that strict liability and presumed causation are the right and advisable directions to follow in the evolution of this new and distinct civil liability system.

The author of this paper does not do here a thorough research of this particular issue, which is certainly impossible to do, but opens up, initiates and analyzes a range of complex and sensitive issues and problems which occur in this area, and offers some proposals for their resolution.

Key words: *Directive EU 40/2014, tobacco control, liability for damages, tobacco products, defective product, dangerous product, strict liability.*

Zusammenfassung

TABAKKONTROLLE UND HAFTUNG FÜR DEN DURCH DIE TABAKERZEUGNISSE VERURSACHTEN SCHADEN

Es wurde wissenschaftlich bewiesen, dass eine Langzeitbelastung mit Tabakrauch das Risiko für Krankheiten, leibliche Schädigungen und Tod erhöht. Die Arbeit stellt die Rechtsregelung der Tabakkontrolle in völkerrechtlichen, regionalen und nationalen Vorschriften dar und analysiert die Frage der Haftung für den durch das Aktivrauchen und Belastung mit Tabakrauch verursachten Schaden.

Die Fragen der Schadenshaftung des Herstellers von Tabakerzeugnissen sowie des Schadenersatzes für Personen, welche den Schaden von Tabakerzeugnissen erlitten haben, sind sehr zweifelhaft und umstritten und stellen eine Herausforderung für Rechtswissenschaft und -praxis dar. Jetzt fordert der genannte Bereich der Schadenshaftung fordert größere Aufmerksamkeit der kroatischen Experten des Zivilrechts aus Wissenschaft und Praxis.

Die Haftung (des Herstellers) für den durch die Tabakerzeugnisse verursachten Schaden sollte als selbständiges Institut der Schadenshaftung geregelt werden. Die Meinung wird vertreten, dass die objektive Haftung und Kausalitätsvermutung der richtige Weg zur Entwicklung dieses neuen und selbstständigen Systems der zivilrechtlichen Haftung ist.

Diese Arbeit stellt keine umfassende wissenschaftliche Forschung der genannten Problematik dar, was auch unmöglich ist, aber sie eröffnet und analysiert eine ganze Reihe von in diesem Bereich entstehenden komplexen und heiklen Fragen und Problemen und gibt Vorschläge für deren Lösungen.

Schlüsselwörter: *Richtlinie 2014/40/EU, Tabakkontrolle, Schadenshaftung, Tabakerzeugnisse, fehlerhaftes Produkt, gefährliches Produkt, objektive Haftung.*

Riassunto

**VIGILANZA SUL TABACCO E RESPONSABILITÀ
DEL PRODUTTORE PER I DANNI DA PRODOTTI DEL
TABACCO**

E' dimostrato scientificamente che le conseguenze dovute ad una (prolungata) esposizione al fumo da tabacco in un'alta percentuale sono la malattia, le lesioni fisiche e la morte. L'autore nel contributo illustra la disciplina giuridica della vigilanza sul tabacco sul piano internazionale, regionale e nazionale, analizzando la questione della responsabilità per danni derivanti dal fumo attivo e dall'esposizione al fumo da tabacco.

Le questioni della responsabilità da danno del produttore di prodotti del tabacco e del risarcimento delle persone che hanno patito il danno da prodotti del tabacco comportano numerosi dubbi ed aspetti controversi, rappresentando una sfida per la dottrina e la giurisprudenza. Tale ambito del diritto risarcitorio richiede un'attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza croate ben maggiore rispetto a quella che ha avuto sino ad ora.

La responsabilità (del produttore) per i danni da prodotto del tabacco va disciplinata quale sistema risarcitorio speciale. L'autore ritiene che la responsabilità oggettiva e la causalità presunta siano la via giusta ed auspicabile nell'evoluzione di tale nuovo e specifico sistema di responsabilità civile.

In questo lavoro l'autore non offre una trattazione completa della questione, poiché ciò non sarebbe possibile; bensì offre, apre ed analizza tutta una serie di questioni complesse e delicate che sorgono in detto ambito, offrendo all'uopo alcune soluzioni.

Parole chiave: *Direttiva UE 40/2014, vigilanza sul tabacco, responsabilità per danno, prodotti del tabacco, prodotto difettoso, prodotto pericoloso, responsabilità oggettiva.*

DESET GODINA NOVE KONCEPCIJE NEIMOVINSKE ŠTETE

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.426.4
Ur.: 13. veljače 2015.
Pr.: 16. ožujka 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se nastoji odgovoriti na pitanje je li i koliko izmjena koncepcije neimovinske štete u Zakonu o obveznim odnosima utjecala na sudsku praksu, odnosno koje je promjene donijela u pogledu privatnopravne zaštite prava osobnosti. Upozorava se na osnovne probleme pri definiranju neimovinske štete i priznavanju prava na popravljivanje iste novčanom naknadom u poredbenom pravu, u kojem su u tome ključnu ulogu imale sudska praksa i pravna teorija, jer su zakonodavci u pravilu imali restriktivan pristup. Staroj zakonskoj definiciji neimovinske štete naša je pravna teorija upućivala kritike, a sudska je praksa uspješno prevladavala njezine nedostatke. Usporedbom ranije sudske prakse i sudske prakse uz primjenu objektivne koncepcije neimovinske štete, ocjenjuje se da novo uređenje, iako je zakonodavac postavio dobar okvir, za sada nije bitno utjecalo na sam pojam i popravljivanje te štete u praksi.

Ključne riječi: *neimovinska šteta, prava osobnosti, novčana naknada, orijentacijski kriteriji.*

1. UVOD

Odgovor na pitanje što je šteta u određenom pravnom poretku ovisi o tome kojim je sve pravima i interesima taj poredak pružio zaštitu i od kojih oblika povreda. Zakonodavci se u pravilu ne upuštaju u precizno definiranje pojma štete, odnosno poredbenopravni propisi vrlo rijetko sadrže njegovu definiciju. Bez obzira na izostanak zakonskih definicija i sudovi i pravna teorija poredbenog prava pojmu štete pristupaju slično, kao pojmu vrlo širokog značenja čije precizno definiranje nije moguće, ali ni poželjno.¹ Za neimovinsku štetu, odnosno njezine oblike, dodatno je naglašen problem (ne)mogućnosti i (ne)poželjnosti njihova preciznog definiranja, te priznavanja prava na popravljivanje novčanom naknadom. Zbog same svoje prirode, neimovinska šteta je neizraziva u novčanom iznosu, pa se nužno postavlja pitanje opravdanosti popravljivanja iste novčanom naknadom, prirode i svrhe takve naknade

¹ Vidi: MAGNUS, U., *Comparative Report on the Law of Damages*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001., str. 190.

i metoda određivanja visine iste. Iako se ovim pitanjima već dugo i intenzivno bave zakonodavci, pravna teorija i sudska praksa poredbenog i našeg prava, njihova aktualnost ne prestaje.

Prema Zakonu o obveznim odnosima² šteta je *umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta)*.³ Izmjenom definicije iz starog Zakona o obveznim odnosima⁴ pod pojam neimovinske štete umjesto dosadašnjeg fizičkog ili psihičkog bola i straha, ušla je povreda prava osobnosti. Definiciji neimovinske štete kao nanošenju fizičkog ili psihičkog bola i straha pravna je teorija, sasvim opravdano, upućivala brojne kritike.⁵ U našoj se pravnoj teoriji neimovinska šteta⁶ definirala kao povreda subjektivnih neimovinskih prava i interesa prvenstveno vezanih uz osobu,⁷ dok je definiranje (i klasificiranje) prava osobnosti bio (i još je) mnogo složeniji problem.⁸ Usvajanje definicije neimovinske štete kao povrede prava osobnosti, predstavlja promjenu njene zakonske koncepcije – napuštanje subjektivne (odnosno subjektivno-objektivne) i usvajanje objektivne. Ovu je izmjenu ocijenio kao onu od povijesnog značaja autor koji se za povezivanje neimovinske štete i prava osobnosti u svojim radovima zalagao punih dvadeset godina prije no što je do njega došlo.⁹

Smatramo da je deset godina nakon te izmjene korisno istražiti koje su njene

2 NN 35/05., 41/08. i 125/11. (dalje u tekstu: ZOO).

3 Čl. 1056. ZOO.

4 NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99. (dalje u tekstu: stari ZOO). Čl. 155. staroga ZOO-a: *Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola i straha (nematerijalna šteta)*.

5 KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 589., GORENC, V., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRiF plus, Zagreb, 1998., str. 207.-208., RADOLOVIĆ, A., Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21., br. 1., 2000., str. 219.–243. Isti: Neimovinska (nematerijalna) šteta po ZOO-u, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 2., 1981., str. 143.–160., Moguće (i pravno poželjne) promjene koncepta neimovinske štete u novom pravnom sustavu Hrvatske, Pravo u gospodarstvu, 33., br. 11.–12., 1994., str. 1083.–1088., Pravo ličnosti u građanskom pravu Republike Hrvatske, Vladavina prava, 2/98, str. 73.–93.

6 Osim izraza neimovinska šteta, u našem se govornom području koriste i izrazi nematerijalna, imaterijalna, nenovčana, neekonomska, idealna, moralna... itd. U poredbenom se pravu razni oblici neimovinskih šteta označavaju različitim pojmovima, užeg ili šireg sadržaja, a kao opći pojmovi najčešće se koriste *immaterielle Nachteil*, *immaterieller Schaden*, *ideeller Schade* i *Nichtvermögensschaden* u njemačkom, *danno non-patrimoniale*, *danno morale*, *danno alla salute* (*danno biologico*) u talijanskom, *dommage immateriel*, *dommage extra-patrimonial*, *dommage moral* u francuskom, te *non-pecuniary loss*, *non-pecuniary damages* i *non monetary damages* u engleskom govornom području.

7 KLARIĆ/VEDRIŠ, op. cit., str. 590.

8 Njime su se posebno u svom radu bavili prof. Gavella (Vidi: GAVELLA, N., Osobna prava I, Pravni fakultet, Zagreb, 2000.), prof. Klarić (KLARIĆ, P., Odštetno pravo, Narodne novine, 2003.) i prof. Radolović (RADOLOVIĆ, A., Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Zagreb, 1985.). Od mnogo drugih radova ovih, a i nekih drugih autora u ovom su radu citirani samo neki.

9 RADOLOVIĆ, A., Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., br. 1., 2006., str. 129.-170. (dalje: RADOLOVIĆ, Pravo osobnosti u novom), str. 158.

posljedice, odnosno je li i u kom smislu utjecala na sudsku praksu, te jesmo li se njome približili suvremenim poredbenopravnim rješenjima i rezultatima nekih pokušaja ujednačenja pravila odštetnog prava u Europi.

2. KONCEPCIJE NEIMOVINSKE ŠTETE U POREDBENOM PRAVU, NAČELIMA EUROPSKOG ODŠTETNOG PRAVA I DCFR-U

Uvodno smo spomenuli da su zakonodavci neskloni definiranju pojma štete, a posebno one neimovinske. Bez obzira na to, neimovinska se šteta, odnosno pojedini njezini oblici, popravljaju novčanom naknadom u većini suvremenih pravnih sustava. Odgovor na pitanje što se priznaje kao neimovinska šteta, odnosno koja je koncepcija iste prihvaćena treba tražiti u sudskoj praksi, jer je ona, uz pomoć pravne teorije, odigrala i još uvijek igra ključnu ulogu u njenom razvoju i priznavanju prava na popravljaj iste. Budući da detaljna obrada pojma i koncepcije neimovinske štete u poredbenom pravu prelazi okvire ovoga rada, zadržat ćemo se na temeljnom pristupu izabranih pravnih poredaka, u mjeri koju smatramo dovoljnom za usporedbu s pojmom i koncepcijom prihvaćenom u našem pravu.

Sudovi u Njemačkoj izbjegavaju dati opću definiciju štete, a teorija je općenito definira kao svaki gubitak koji netko pretrpi u svojim pravno zaštićenim pravima, dobrima i interesima.¹⁰ Opće pravilo BGB-a da se neimovinska šteta ne naknađuje osim ako to nije izričito propisano zakonom (§ 253. I), već je u idućem stavku, čija je primjena proširena sudskom praksom, zapravo postalo izuzetak.¹¹ U Francuskoj, budući da ne postoji zakonska definicija naknadive štete, tu je prazninu popunio *Cour de cassation* i to na vrlo širok i liberalan način, pa kao opće pravilo vrijedi da je naknativ svaki gubitak ako je: određen, osoban, direktan i legitiman. Ne postoje posebna pravila za naknadu pojedinih vrsta gubitaka, postoji pravo na naknadu svake štete ukoliko udovoljava navedenim općim karakteristikama.¹² U talijanskom pravu neimovinska šteta (*danno non-patrimoniale*) ima tri posebna oblika – *danno biologico* (biološka šteta), *danno morale* (moralna šteta) i *danno esistenziale* (egzistencijalna šteta). Prvi sam za sebe predstavlja štetu i naknađuje se prema tablicama koje se razlikuju od suda do suda, dok se drugi procjenjuje prema okolnostima slučaja. Najopćenitije govoreći, biološka šteta predstavlja povredu zdravlja kao pravno zaštićenog interesa, dok moralna šteta obuhvaća bol i patnju povezanu s tom povredom.¹³ Egzistencijalna šteta obuhvaća povrede svih drugih prava osobnosti i razvila se u sudskoj praksi. Sudovi izbjegavaju pozivanje na nju kao poseban oblik štete, pa se pozivaju na opće termine – neimovinske posljedice povrede ustavom zajamčenih prava.¹⁴

10 MAGNUS, U., *Damages under German Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 93.

11 Vidi infra: Popravljanje neimovinske štete.

12 GALAND-CARVAL, S., *Damages under French Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 79.-80.

13 Opširnije o tome vidi: MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN, A., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, A Comparative Outline*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014., 82.-91.

14 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of*

Zbog ovakvih pristupa nacionalnih zakonodavaca, ne čudi da se i pri pokušajima nalaženja ujednačenih rješenja, susrećemo s vrlo širokim, općim određenjima štete. Tako Načela europskog odštetnog prava¹⁵ definiraju štetu kao materijalnu ili nematerijalnu povredu pravno zaštićenog interesa.¹⁶ Prema Načelima, 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 samoga štetnika, njegovu slobodu djelovanja i vršenja prava i javni interes.¹⁷

I DCFR¹⁸ šteti pristupa kao pojmu vrlo širokog značenja. Govori o „pravno relevantnoj šteti“ (*legally relevant damage*),¹⁹ dakle o gubitcima koji su kao takvi pravno bitni, odnosno priznati. Ekonomski ili neekonomski gubitak ili povreda pravno je relevantan ako tako određuje neko od pravila toga poglavlja, rezultat je povrede priznatog prava ili je rezultat povrede interesa koji zasluži 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 popravljivanje 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 prijetee 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

Reference (DCFR), Full Edition, Volume IV, Sellier.european law publishers, Munich, 2009., str. 3167.

- 15 Načela su rezultat dugogodišnjeg istraživanja Europske grupe za odštetno pravo. U nastojanju da se odredi minimum zajedničkih i prihvatljivih pravila odštetnog prava pojedine su pretpostavke odgovornosti, vrste odgovornosti i pojedini pojmovi odštetnog prava istraživani na način da su osim teorijskog pristupa, zakonodavnih rješenja i sudske prakse o zadanom problemu, predstavnici država davali (moguće) rješenje hipotetskih slučajeva u svom pravnom sustavu. Načela su predstavljena 19. i 20. svibnja 2005. godine na javnoj konferenciji u Beču. Više o samoj Grupi i Načelima vidi na: <http://civil.udg.es/tort/> Vidi i: PETRIĆ, S., Načela europskog odštetnog prava (PETL), Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 10, Mostar, 2012., str. 63.–77.
- 16 Načela, Art. 2:101. Compensable damage: Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest (Tekst Načela na engleskom dostupan je na: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf>) (12. ožujak 2015.)
- 17 Vidi Načela, Art. 2:102. Protected interests.
- 18 Draft Common Frame of Reference. O tom pokušaju ujednačenja europskog odštetnog prava vidi: PETRIĆ, S., Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 1., 2009., str. 473.–513. Ista: Usklađivanje europskog odštetnog prava, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7., Mostar, 2009., str. 121.–139.
- 19 Chapter 2, Legallv relevant damage, sec. I, VI:-2:101, Meaning of legally relevant damage.

neekonomski gubitak uključuje bol i patnju i pogoršanje kvalitete života (2:101 (4)).

I Načela i DCFR zapravo nastoje izbjeći definiciju neimovinske štete, odnosno koriste najopćenitiji pojam iste, što svakako omogućuje da su njime obuhvaćeni svi oni oblici neimovinske štete priznati u pojedinim nacionalnim sustavima.

3. POVREDA PRAVA OSOBNOSTI KAO NEIMOVINSKA ŠTETA

Izmjenom definicije neimovinske štete iz “nanošenja drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha”, u „povredu prava osobnosti“ ZOO je napustio dotadašnje subjektivno, odnosno subjektivno-objektivno shvaćanje neimovinske štete, u korist njezine objektivne definicije. Već je sama povreda prava osobnosti neimovinska šteta, a pretrpljene fizičke i duševne boli, postali su samo mjerilo stupnja povrede prava osobnosti.

Međutim, iako povreda prava osobnosti nije bila izričito navedena u čl. 155. starog ZOO-a, to ne znači da nije bila priznata kao oblik neimovinske (tada nematerijalne) štete, jer su čl. 157.²⁰ i 199.²¹ staroga ZOO-a pod nematerijalnom štetom priznavali i povredu prava ličnosti (osobnosti) i onda kada njome nisu bili izazvani boli i/ili strah.²² Povrede prava osobnosti koje nisu praćene duševnim bolovima, predstavljale su objektivni dio subjektivno-objektivnog koncepta nematerijalne štete, jer su same za sebe predstavljale nematerijalnu štetu iako nisu bile obuhvaćene definicijom nematerijalne štete iz čl. 155. staroga ZOO-a.²³ Za te su povrede bili propisani isključivo nenovčani oblici njihova popravljjanja.

Pojedini oblici nematerijalne štete priznati starim ZOO-om²⁴ bili su *fizički bolovi* (sudska je praksa ovom obliku nematerijalne štete dala mnogo širi sadržaj nego što bi se s obzirom na naziv moglo pomisliti, uključila je i razne oblike nelagode tijekom liječenja),²⁵ *duševni bolovi* (nisu bili općenito priznati kao oblik nematerijalne štete, već isključivo oni duševni bolovi koji su nastali kao posljedica: smanjene životne

20 Zahtjev da se prestane s povredom prava ličnosti, članak 157.: “(1) Svatko ima pravo zahtijevati od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuje pravo njegove ličnosti.

(2) Sud odnosno drugi nadležni organ može narediti prestanak radnje pod prijetnjom plaćanja stanovitih novčane svote, određene ukupno ili po jedinici vremena, u korist povrijeđenog.”

21 Objavljivanje presude ili ispravka, članak 199.: “U slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude odnosno ispravka, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.”

22 KLARIĆ/VEDRIŠ, op. cit., str. 590.-591.

23 Vidi: KLARIĆ, P., Naknada neimovinske štete, u: Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene – novi instituti, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 27.-28.

24 Čl. 200.-202. staroga ZOO-a.

25 U okviru naknade za fizičke bolove razmatrane su i kraće nesvjestice, hospitalizacija, vezanost za krevet, razne vrste mobilizacija i fiksacija, rendgensko snimanje, operacije, infuzije, transfuzije, injekcije, previjanje rana, odstranjivanje šavova, upotreba invalidskih kolica... Zaključak (broj 4/1) sjednice Građanskog odjela VS od 30.03.1987.; cit. prema GRBIN, I., Oblici nematerijalne štete i kriteriji za određivanje naknade, u: CRNIĆ, I., et al., Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obveznim odnosima, Pravni i medicinski aspekti, Organizator, Zagreb, 2003., str. 31.

aktivnosti,²⁶ naruženosti, povrede ugleda i časti, povrede slobode, povrede prava osobnosti, smrti bliske osobe, naročito teškog invaliditeta bliske osobe, određenih kaznenih djela protiv dostojanstva osobe i morala),²⁷ *strah*,²⁸ te *povreda prava ličnosti (osobnosti)*.

Posljedica definicije neimovinske štete kao povrede prava osobnosti u ZOO-u je to da se njezini oblici više ne mogu određivati prema vrstama bolova i uzrocima koji su ih izazvali, već prema povrijeđenom pravu osobnosti. Pri tom nije nužno da se tužitelj pozove na neko određeno pravo osobnosti, ako se iz njegova zahtjeva može zaključiti o kojem se to povrijeđenom pravu radi. „Na temelju tih činjenica prvostupanjski sud je utvrdio da je kod tužiteljice, uslijed liječničke greške došlo do povrede prava osobnosti (ne navodeći konkretno kojeg prava), ali se iz sadržaja obrazloženja presude jasno razabire da se u smislu odredbe čl. 19. st. 1. i 2. Zakona o obveznim odnosima (...) radi o povredi prava na tjelesno i duševno zdravlje, pa joj je primjenom odredbe čl. 1100. st. 1. ZOO-a u svezi čl. 1103. ZOO-a dosudio primjerenu novčanu naknadu za pretrpljenu štetu.“²⁹

I fizičke i pravne osobe nositelji su prava osobnosti. U čl. 19. st. 1. ZOO-a izričito se propisuje da svaka fizička i pravna osoba ima, pod pretpostavkama propisanim zakonom, pravo na zaštitu tih svojih prava. Za razliku od staroga ZOO-a koji nije određivao što podrazumijeva pod pojmom prava osobnosti, čl. 19. st. 2. ZOO-a sadrži, primjerice nabrojana prava osobnosti: *pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda i dr.* Zbog specifičnosti pravnih osoba kao pravnih subjekata, izričito je propisano da i pravne osobe imaju sva navedena prava osobnosti, osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe, a posebno pravo na *ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja* i dr. (čl. 19. st. 3. ZOO).

Sud za svaku od povreda prava osobnosti, ako to težina povrede i okolnosti

26 Sadržaju pojma smanjenje životne aktivnosti davalo se vrlo široko značenje. Kao posebna osnova za naknadu štete zbog duševnih bolova, u sudskoj je praksi bio shvaćen kao svako ograničenje u životnim aktivnostima oštećenika koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom tijeku stvari u budućnosti izvjesno ostvarivao, a pod ograničenjem se razumijevalo i obavljanje aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uvjetima. Tako se po toj osnovi priznavala naknada za duševne boli zbog nemogućnosti daljnjeg razvoja i napredovanja, zbog nemogućnosti rađanja, zbog gubitka potencije, zbog gubitka ploda, zbog gubitka školske godine, zbog prekida školovanja... Treba naglasiti da je s obzirom na to da su pravno priznati oblici nematerijalne štete u starom ZOO-u bili taksativno navedeni, moglo sporno biti pitanje je li to što je tužitelj u tužbi pogrešno (različito od zakonskog termina) nazvao neki oblik štete, zapreka sudu da udovolji njegovu tužbenu zahtjevu. Teorija je zauzela stav da, ako taj nedostatak ne bude uklonjen u postupku prethodnog ispitivanje tužbe, sud na osnovi činjeničnih navoda oštećenika može sam razlučiti pojedine oblike nematerijalne štete u skladu sa zakonom i o njima odlučiti. Vidi: CRNIĆ, I., Naknada nematerijalne štete prema Zakonu o obveznim odnosima – Uvodne napomene, u: CRNIĆ, I., et al., Naknada nematerijalne štete po Zakonu o obveznim odnosima, Pravni i medicinski aspekti, Organizator, Zagreb, 2003., str. 17.-19. (dalje: CRNIĆ, Uvodne); GRBIN, op. cit., str. 28.-29. i 31.-32.

27 Više o pojedinim oblicima nematerijalne štete vidi GRBIN, op. cit., str. 32.-42.

28 Više o tom obliku nematerijalne štete vidi: GRBIN, op. cit., str. 42.-43., KLARIĆ, P., Strah kao nematerijalna šteta, u: Odstetno pravo, Narodne novine, 2003., str. 347.-374.

29 ŽS u Varaždinu, Broj: Gž-4492/13-2, od 13. svibnja 2014. godine.

slučaja opravdavaju, može dosuditi pravičnu novčanu naknadu,³⁰ dok se u čl. 1048. i 1099. ZOO-a predviđa nenovčano popravljjanje štete prouzročene povredom prava osobnosti.

4. POPRAVLJANJE NEIMOVINSKE ŠTETE

Popravljanje neimovinskih šteta nemoguće je izvršiti povratom u prijašnje stanje, a ni novčana naknada kao ekvivalent za oštećeno dobro, nije primjerena kod ove vrste šteta. Stoga se neimovinska šteta popravlja isključivo kroz zadovoljenje (satisfakciju), u njezina dva priznata oblika: neimovinski - moralno zadovoljenje i imovinski - novčano zadovoljenje.

Svaka će teža povreda prava osobnosti kod fizičkih osoba imati za posljedicu fizički ili psihički bol i strah (osim kod onih osoba koje su zbog tih povreda u tako teškom stanju da iste ne mogu osjetiti), pa su, iako više ne predstavljaju sam pojam neimovinske štete, oni i dalje bitni elementi za procjenu težine same povrede i utječu na pravo na pravičnu naknadu kao oblik njezinog popravljjanja. Kod procjene težine povrede prava osobnosti pravnih osoba, ove se okolnosti, naravno, ne mogu uzimati u obzir, već će se sudovi u konkretnom slučaju morati voditi drugim, na pravne osobe primjenjivim elementima procjene. Njihovo je definiranje prepušteno sudskoj praksi. Budući da je ista vrlo oskudna, jer se pravne osobe izuzetno rijetko sudovima obraćaju za zaštitu svojih prava osobnosti, možemo samo pretpostavljati koji bi to elementi mogli biti. Težina povrede prava osobnosti pravne osobe mogla bi se, smatramo, ogledati u raznim oblicima smanjenog ili otežanog poslovanja pravne osobe, potrebi drukčije organizacije poslovanja i dodatnih aktivnosti da se prouzročena šteta smanji, otklone posljedice povrede, spriječi daljnja šteta i sl. Često će kao posljedica povrede prava osobnosti pravne osobe za istu nastati i imovinska šteta (gubitak poslovnih partnera, klijenata, pad prometa...), pa će i visina imovinske, kao posljedične štete, ukazivati na težinu same povrede prava osobnosti.

4.1. Neimovinski oblici popravljjanja neimovinske štete

4.1.1. Zahtjev za prestanak povrede prava osobnosti

Svako ima pravo zahtijevati od suda ili drugoga nadležnog tijela da naredi prestanak radnje kojom se povređuje pravo njegove osobnosti i uklanjanje njome izazvanih posljedica (čl. 1048. ZOO). Zakonodavac nije pravo zahtijevati prestanak povrede prava osobnosti vezao uz okolnosti slučaja niti težinu same povrede, što zapravo znači da ono pripada svakome kome je osobnost povrijeđena. Ipak, naravno, radnja koju je oštećenik naveo kao štetnu, odnosno onu koja mu je povrijedila osobnost, treba prouzročiti povredu prava osobnosti u konkretnom slučaju, odnosno sud ili drugo nadležno tijelo trebaju utvrditi da štetnik njome vrijeđa pravo osobnosti oštećenika.

U sudskoj praksi nailazimo na dvije zanimljive odluke po zahtjevima

30 Vidi čl. 1100. ZOO.

postavljenim prema čl. 1048. ZOO-a koje mogu poslužiti kao „školski primjer“ slučajeva u kojima je, odnosno nije došlo do povrede prava osobnosti.

Sud svakako nije imao dvojbe u procjeni da je posljedica počinjenog kaznenog djela uvrede predstavlja povredu prava osobnosti i daje pravo na građanskopravnu zaštitu: „Nakon provedenog postupka sud prvog stupnja utvrđuje da tuženik unatrag 10 godina vrijeđa pravo osobnosti tužiteljice tako što tužiteljici izgovara pogrдне riječi kada ona dolazi na svoje nekretnine, koje su susjedne nekretninama tuženika, te tužiteljica zbog toga ne dolazi na nekretnine sama, ali isto tako ne poziva goste k sebi, jer ju tuženik vrijeđa i pred drugim ljudima koji k njoj dolaze, zbog čega je njoj neugodno. Protiv tuženika je proveden kazneni postupak (...), te je pravomoćnom presudom presuđeno da je kriv što je dana 02. svibnja 2006.g. oko 17,30 sati došao na posjed tužiteljice koji je u naravi vinograd sa klijeti, te joj se obratio riječima: „kurvo jedna zapamtiti ćeš ti mene“, što je tužiteljicu uvrijedilo, te je time počinio kazneno djelo protiv časti i ugleda, uvredom, opisano i kažnjivo po čl. 199. st. 1. KZ-a. Sud utvrđuje da zbog ponašanja tuženika tužiteljica u duljem razdoblju osjeća nelagodu, bijes, omalovažavanje, te da je radnjama tuženika poremećen duševni mir tužiteljice i na taj način povrijeđeno pravo osobnosti sukladno čl. 19. st. 2. Zakona o obveznim odnosima, pa joj pripada zaštita u smislu odredbe čl. 1048. Zakona o obveznim odnosima.“³¹

Drugi slučaj pokazuje da se svako ponašanje koje određenom subjektu nije ugodno ne može kvalificirati kao povreda prava osobnosti: „Svoj zahtjev za prestanak radnje kojom se povrjeđuje pravo osobnosti tužiteljice na duševno zdravlje, tužiteljica temelji na činjenici da se određenog dana tužena iscerila tužiteljici radeći grimase licem i rukama i isplazivši jezik tužiteljici, smatrajući očigledno navedene radnje uznemiravanjem. Duševno zdravlje može biti ugroženo različitim štetnim postupanjem, pa među ostalim i uznemiravanjem, pri čemu je dovoljno da takve radnje kod oštećenika izazovu neugodu, nezadovoljstvo, frustraciju, bijes, odnosno poremećaj njegovog dotadašnjeg duševnog mira, pa se mora raditi o takvim postupcima kojima štetnik zadire u zaštićenu sferu prava osobnosti na duševno zdravlje. Međutim, po ocjeni ovog suda, činjenice vezane uz ponašanje tužene koje tužiteljica smatra uznemiravanjem, odnosno povredom njezinog prava osobnosti na duševno zdravlje, a iz kojih jasno proizlazi da se radi o samo jednom, izoliranom ponašanju tužene koje se niti po svojem značaju, težini i sadržaju, a niti po trajanju, očigledno ne može smatrati radnjom kojom bi moglo biti ugroženo duševno zdravlje tužiteljice.“³²

Naravno, većina potencijalnih slučajeva povreda prava osobnosti bit će negdje između navedene dvije krajnosti: „Upućivanje tijelima javne vlasti (Ministarstvo RH) pismena sa sadržajem kojim se za neku osobu iznose informacije o njenoj seksualnosti (o odnosu s neposredno nadređenim), i objava tih pismena i informacija u lokalnom tiskanom mediju (novinama), jesu radnje kojima se javnosti izlaže privatni život te osobe te vrijeđa njeno pravo osobnosti (na dostojanstvo, čast, ugled, privatnost osobnog i obiteljskog života), zbog čega joj pripada pravo od suda tražiti prestanak svakog daljnjeg takvog ili sličnog uznemiravanja.“³³ „Tuženik nije povrijedio pravo

31 ŽS u Koprivnici, Gž, 770/09-2, od 11. veljače 2010., Portal IUS-INFO, <http://www.iusinfo.hr> (dalje: ius-info).

32 ŽS u Varaždinu, Gž, 725/07-2, od 5. listopada 2007., ius-info.

33 ŽS u Bjelovaru, Gž, 918/13-2, od 11. travnja 2013., ius-info.

osobnosti tužitelja u smislu povrede njegova osobnog odnosno obiteljskog života ako su radnje tuženika fotografiranjem i snimanjem bile usmjerene na osiguranje dokaza, odnosno u svrhu dokumentiranja činjenica puštanja dima s nekretnine tužitelja na nekretninu tuženika, time da je u vezi navedenog intervenirao i nadležni inspektor nalažući tužitelju da ukloni nedostatak.³⁴

Na sudovima je postaviti i održati razumnu granicu pri procjeni ponašanja koja se mogu kvalificirati povredom prava osobnosti. Iz citiranih odluka mogli bismo zaključiti da sudovi s tim zadatkom nemaju većih problema. Posebno je bitno, smatramo, naći pravi pristup i mjeru u ovakvim slučajevima u kojima se traži prestanak radnji koje predstavljaju povredu prava osobnosti, jer bi to trebao biti osnovni put zaštite prava osobnosti i prevencije njihovih daljnjih povreda, izvan onih klasičnih povreda koje prevladavaju u našoj sudskoj praksi (štete iz prometa i ozljeda na radu). Međutim, dosadašnje iskustvo pokazuje da su se oštećenici njime vrlo rijetko služili, odnosno da ga nisu prepoznali kao učinkovito sredstvo popravljivanja povreda prava osobnosti. Hoće li promjena koncepcije dovesti do promjena u tom smislu, čak je i nakon deset godina teško zaključiti. Temelj za to, u svakom slučaju, postoji (posebno zbog toga što je novom koncepcijom jasnije postavljen odnos povrede osobnosti i prava na popravljivanje iste), nadamo se da će oštećenici prepoznati tu mogućnost, a sudovi pridonositi „popularizaciji“ ovog oblika popravljivanja (i prevencije daljnje) štete.

4.1.2. Objava presude, ispravka, povlačenje izjave ili što drugo

Prema čl. 1099. ZOO-a, *u slučaju povrede prava osobnosti oštećenik može zahtijevati, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravka, povlačenje izjave kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže pravičnom novčanom naknadom.*

Oblici neimovinskog popravljivanja neimovinske štete prema čl. 1099., dakle, nisu taksativno određeni, već ZOO samo primjerice navodi objavu presude, objavu ispravka i povlačenje izjave kojom je povreda učinjena, ostavljajući mogućnost oštećeniku da zatraži i što drugo. Specifičnost je neimovinske štete da se kod njenog popravljivanja oštećeniku dopušta da sam izabere određeno ponašanje odgovorne osobe koje će kod njega izazvati osjećaj zadovoljenja, odnosno dovesti do popravljivanja iste. To je i logično budući da samo oštećenik u punom opsegu i sadržaju „osjeća“ samu tu povredu i njeno popravljivanje. Objava presude ili ispravka i povlačenje izjave kojom je povreda učinjena nisu za svakog oštećenika najprikladniji oblici popravljivanja povrede prava osobnosti.

Ovi su oblici popravljivanja štete, smatramo, najprikladniji za štete (povrede prava osobnosti) prouzročene u medijima. Međutim, kako čl. 22. st. 1. Zakona o medijima³⁵ navodi da se neimovinska šteta u pravilu naknađuje objavljivanjem ispravka informacije i isprikom nakladnika, te isplatom naknade sukladno općim propisima obveznog prava, postalo je sporno isključuje li ta odredba druge oblike nenovčanog popravljivanja neimovinske štete, predviđene čl. 1099. ZOO-a, konkretno,

34 ŽS u Varaždinu, Gž, 396/07-2, od 23. travnja 2007., ius-info.

35 NN 59/04., 84/11. i 81/13. (dalje u tekstu: ZM).

objavu presude. Vrhovni je sud zauzeo stajalište da je nenovčano popravljjanje neimovinske štete prema ZM-u ograničeno na objavu ispravka odnosno isprike, odnosno da je isključena mogućnost popravljjanja iste prema čl. 1099. ZOO-a. Smatra da se ta odredba ZOO-a kao opća primjenjuje samo kada povreda prava osobnosti nije učinjena u medijima, dok se za povrede u medijima primjenjuje čl. 22. st. 1. koji ne predviđa objavu presude kao oblik popravljjanja štete.³⁶ Iako se primjenom pravila o odnosu općeg i posebnog propisa ovaj stav može braniti, njegove su nam posljedice zaista neprihvatljive, jer isključuju, po nama, najprimjereniji oblik popravljjanja neimovinske štete u ovim slučajevima.

4.2. Popravljanje neimovinske štete novčanom naknadom

Iako je u pravnoj teoriji upozoravano na neprimjerenost novčane naknade kao oblika popravljjanja neimovinske štete, prevladalo je stajalište da novac, iako ne predstavlja ekvivalent uništenom ili oštećenom dobru, može oštećeniku osigurati lakši oporavak od duševne krize izazvane povredom. Novčana naknada, dakle, nije naknada u pravom smislu riječi već je samo mogući način umanjivanja štetne posljedice, ublažavanjem neugode koju je povredom oštećenik pretrpio.³⁷

Zbog svoje neprocjenjivosti u novcu, neimovinska šteta stvara ozbiljne teškoće pri utvrđivanju visine novčane naknade na koju oštećenik ima pravo. Ne postoje jednostavni objektivni kriteriji prema kojima bi se "mjerila" neimovinska šteta oštećenika, odnosno novčani ekvivalent povrede koju je pretrpio. Procjena visine neimovinske štete prepuštena je slobodnoj ocjeni suda. Polje te ocjene vrlo je široko što kao posljedicu ima različitu sudsku praksu između različitih pravnih sustava i između različitih sudova iste države, pa i samih odjela i vijeća pojedinih sudova. Najopćenitije govoreći, za određivanje naknade neimovinske štete mogu se koristiti dvije metode: objektivna (ili apstraktna) i subjektivna (ili konkretna). Objektivna metoda pri određivanju naknade u obzir uzima prosjek, uobičajenost sličnih slučajeva, dok subjektivna metoda utvrđuje sve okolnosti i specifičnosti pojedinog slučaja. Obje imaju svoje prednosti i nedostatke, pa se rijetko koristi isključivo jedna, jer samo kombinacija obje daje mogućnost da dosuđena naknada bude pravična, koliko to ona zaista i može biti.

4.2.1. Popravljanje neimovinske štete novčanom naknadom u poredbenom pravu

Naknada neimovinske štete u novcu u njemačkom je pravu, prema § 253. BGB dopuštena samo u zakonom izričito propisanim slučajevima (povrede tijela, zdravlja, slobode i seksualnog samoodređenja). Njima je sudska praksa dodala i teže povrede prava osobnosti.³⁸ Pravo na novčano popravljjanje neimovinske štete za bol i patnju

36 VSRH, Rev 1661/2010-2 od 3. studenog 2010., ius-info.

37 Vidi opširnije CRNIĆ, I., Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete, Organizator, Zagreb, 2013., str. 13.-14. (dalje: CRNIĆ, Utvrđivanje), GRBIN, op. cit., str. 43.,-44., KLARIĆ/VEDRIŠ, op. cit., str. 636.-638.

38 MAGNUS, op. cit., str. 94.

zbog tjelesnih ozljeda (*Schmerzensgeld*) bilo je bivšim § 847. BGB-a određeno prilično restriktivno, između ostalog, postojalo je samo ako je šteta nanesena skrivljeno, a isključeno u području primjene objektivne odgovornosti za štetu. Nakon izmjena iz 2002. godine, novi § 253. priznaje pravo na naknadu neimovinske štete općenito, bez obzira na krivnju štetnika. Visinu naknade sudac određuje na temelju diskrecijske ocjene, ovisno o svim okolnostima konkretnog slučaja, a pozivanje na usporedive slučajeve je raširena praksa.³⁹ Dosuđuje se jedinstveni iznos naknade za svu pretrpljenu štetu, sudac nije ovlašten dosuđivati posebne iznose za pojedine “naslove” boli i patnje. U obzir se uzimaju intenzitet i trajanje bolova i trajnih posljedica ozljeda, godine i osobna situacija žrtve, činjenica jesu li stranke osigurane, ekonomske situacije štetnika i oštećenog i slične okolnosti.⁴⁰ Orijentaciju pružaju, tzv. “*Schmerzensgeldtabellen*” u kojima se objavljuju okolnosti pojedinog slučaja i dosuđene naknade.⁴¹

Za utvrđivanje visine neimovinske štete, zbog iracionalnosti samog tog procesa, u Francuskoj je dugo vladalo mišljenje da je najbolje rješenje to prepustiti “mudrosti suda”. Danas, međutim, prevladava mišljenje da je na tom polju nužna racionalizacija i sudovi su počeli objavljivati tablice dosuđenih iznosa. *Cour de cassation* ne zabranjuje upućivanje na tablice, ali redovito naglašava da one mogu služiti samo kao pomoć pri utvrđivanju visine naknade. Jedinom prihvatljivom metodom smatra uzimanje u obzir ranije dosuđenih naknada kao početne točke i prilagođavanje istih osobnoj, konkretnoj situaciji oštećenika, dakle, njihovo individualiziranje.⁴²

U talijanskoj sudskoj praksi za procjenu biološke štete koriste se tablice, dok se moralna šteta procjenjuje od slučaja do slučaja.⁴³ Za naknađivanje neimovinske štete prema čl. 2059. talijanskoga C.C.-a (prema kojem se naknađuje samo neimovinska šteta prouzročena ponašanjem koje je sankcionirano pravom)⁴⁴ ističe se da je uglavnom

39 MARKESINIS/COESTER/ALPA/ULLSTEIN, ch. 2, str. 67.-68.

40 Još je 1955. Veliko vijeće Saveznog suda razmatralo ideju isplate novčanog iznosa u slučaju neimovinske štete i zaključilo da se ona temelji na dva osnovna načela – načelu pravične naknade (omogućavanju oštećeniku zadovoljstva koja će kompenzirati povredu), te načelu zadovoljenja (satisfakcije). Za ovaj drugi element, zadovoljenje, postavilo se pitanje ustavnosti, uz isticanje njegove kaznene prirode. Savezni sud je odbacio ideju o kaznenoj prirodi naknade, jer ona nije u javnom već u privatnom interesu, te isticao da činjenica je li štetnik kazneno odgovarao ne smije imati utjecaja na visinu naknade u kasnijem građanskom postupku. Bez obzira na to, još se drugostupanjski sudovi pri smanjivanju dosuđenih naknada znaju pozivati na to da je oštećenik već dobio zadovoljenje kroz kaznenu osudu štetnika, a Savezni sud mijenja njihove odluke ponavljajući da zadovoljenje ima korijene u odnosu između štetnika i oštećenika, potpuno različite od prava države da kažnjava. Vidi odluke citirane kod MARKESINIS/COESTER/ALPA/ULLSTEIN, op. cit., str. 62.-65.

41 Vidi: MAGNUS, op. cit., str. 95.-96.; Detaljan prikaz okolnosti koje se uzimaju u obzir kao i primjere kako su utjecale na visine naknada u njemačkoj sudskoj praksi vidi kod: MARKESINIS/COESTER/ALPA/ULLSTEIN, op. cit., str. 68.-82.

42 GALAND-CARVAL, op. cit., str. 81.

43 Velike su razlike u tablicama pojedinih sudova i regija, što je problem na koji stalno ukazuje talijanska pravna teorija. U nekim regijama sudovi primjenjuju i tablice za moralnu štetu. Primjere iznosa (tablice po sudovima) vidi kod: MARKESINIS/COESTER/ALPA/ULLSTEIN, op. cit., str. 225.-227.

44 Art. 2059 Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi

usmjereno na ostvarivanje satisfakcijsko-kaznjive funkcije odštetnog prava, jer se odnosi na štetu koja ne može biti objektivno ekonomski procijenjena, dok je opće pravilo o odgovornosti iz čl. 2043. C.C.-a usmjereno na obeštećenje oštećenog i odnosi se na sve štete koje to mogu biti.⁴⁵

3.2.2. *Popravljanje neimovinske štete novčanom naknadom prema starom ZOO-u*

U našoj se sudskoj praksi prije starog ZOO-a, pozivanjem na pravna pravila OGZ-a, naknada neimovinske štete nazivala satisfakcijom ili zadovoljenjem.⁴⁶ Termin iz čl. 200. staroga ZOO-a “pravična novčana naknada” iako je kritiziran u teoriji,⁴⁷ zadržan je i ZOO-u. Novčana naknada za pretrpljene fizičke i duševne bolove naziva se i bolnina. ZOO, za razliku od starog ZOO-a, izričito⁴⁸ priznaje pravo pravnih osoba na novčanu naknadu za neimovinsku štetu.⁴⁹

Kriteriji za određivanje naknade neimovinske (tada, prema zakonskoj terminologiji nematerijalne) štete iz čl. 200. staroga ZOO-a bili su: jačina bolova i straha, trajanje bolova i straha, te druge okolnosti slučaja. Nije svaka pretrpljena neimovinska šteta davala pravo oštećeniku na novčanu naknadu. Prema st. 1. čl. 200. staroga ZOO-a, sud je mogao dosuditi takvu naknadu samo onda “ako nađe da okolnosti slučaja, a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju.” Osim faktičnog postojanja štete potrebno je bilo, dakle, i uvjerenje suda da je u konkretnom slučaju pravično oštećeniku dosuditi novčanu naknadu.

Sudskoj je praksi najveći problem stvarao upravo najodlučniji element pri dosuđivanju naknade – jačina bolova i straha, a posebno jačina duševnih bolova. Budući da pravo na naknadu nije proizlazilo iz samog smanjenja životne aktivnosti,

determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598). Ova se odredba odnosi na tzv. moralnu štetu. Prema njenom strogom tumačenju, pravo bi zapravo bilo kazneno pravo, pa bi vodilo zaključku da se naknađuje samo neimovinska (moralna) šteta prouzročena kaznenim djelima. Ustavni se sud priklonio širem tumačenju protupravnosti, dopuštajući naknadu ove štete i kada nema kaznenog djela. Danas prevladava mišljenje da bi navedenu odredbu trebalo brisati. Vidi MARKESINIS/COESTER/ALPA/ULLSTEIN, op. cit., str. 91.-94.

45 BUSNELLI, D. F., COMANDÉ, G., *Damages under Italian Law*, u: *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2001., str. 118.-119.

46 CRNIĆ, Uvodne, cit., str. 4.

47 Crnić smatra da on zamagljuje bit takve naknade i pridonosi terminološkoj zabuni, a posebno stoga što je i novčanoj naknadi za materijalnu štetu imanentan postulat pravednosti. CRNIĆ, op. cit., str. 9.

48 Većina se teorije priklonila stavu sudske prakse da ZOO ne priznaje pravo pravne osobe na novčanu naknadu nematerijalne štete. GORENC je, međutim, isticao da čl. 199. i čl. 200. ne razlikuju pravne i fizičke osobe kao oštećenike, te da bi bilo logično da oba oblika satisfakcije može zahtijevati i fizička i pravna osoba, uzimajući u obzir pravnu prirodu pravne osobe. GORENC, op. cit., str. 290. O nagovještaju priznavanja prava na novčanu naknadu nematerijalne štete pravnim osobama u vrijeme važenja Zakona o javnom informiranju vidi: KLARIĆ, P., *Naknada neimovinske štete*, u: *Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene – novi instituti*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 29.-30.

49 “Za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe sud će, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi joj pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema (čl. 1100. st. 3.).”

naruženja i sl., već iz bolova koji su njima bili prouzročeni (sekundarne štete), prema doslovnom tumačenju zakona, sud se nije trebao baviti utvrđivanjem stupnja umanjenja životne aktivnosti, stupnja naruženosti, već time koliko su jaki duševni bolovi koje je zbog njih oštećenik trpio. Zbog teškoća koje bi se pri tom javljale, sudska praksa nije postupala tako već je polazila od pretpostavke da veći postotak smanjenja životne aktivnosti i veći stupanj naruženosti izazivaju i veće duševne boli.⁵⁰ Pretpostavljalo se, dakle, da su veličina primarne i sekundarne štete proporcionalne, iako se u konkretnom slučaju, ovisno o svim njegovim okolnostima, moglo u većoj ili manjoj mjeri od toga odstupiti. U teoriji se isticalo da bi kod individualiziranja naknade sudovi više računa trebali pridavati ostalim okolnostima slučaja, budući da jačina i trajanje bolova i straha nemaju kod svih oštećenika jednaku važnost. Te okolnosti ovise najviše o tome o kojem je obliku neimovinske štete riječ.⁵¹

U čl. 200. st. 2. stari je ZOO propisivao da će sud pri odlučivanju o zahtjevu za naknadu štete te o njezinoj visini voditi računa o značenju povrijeđenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom prirodom i društvenom svrhom.⁵² Neki su autori u toj odredbi vidjeli zapreku prodoru lukrativnosti i komercijalizacije koju sudovi dosljedno tumače i primjenjuju,⁵³ dok su joj drugi zamjerali preveliku apstraktnost zbog koje nije lako dokučiti njezino značenje i navodili da ne nailaze na rješidbe koje se na nju oslanjaju.⁵⁴

Vrhovni sud je na sjednici Građanskog odjela 29. studenog 2002. godine razmatrao i prihvatio Orijentacijske kriterije i iznose za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete.⁵⁵ Istaknuto je da bi oni trebali omogućiti ujednačenu primjenu čl. 200. st. 1. ZOO-a, da ne predstavljaju matematičku formulu za izračunavanje pravične naknade automatizmom, već pri primjeni ZOO-a treba imati na umu sve okolnosti slučaja. Trajanje i jačina fizičkih i duševnih bolova i straha imaju značaj osobito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične naknade.⁵⁶ U raspravi i pri prihvaćanju Orijentacijskih kriterija, kojima je prethodilo prikupljanje podataka o praksi županijskih sudova kao drugostupanjskih, posebno se imalo na umu da za manje posljedice treba dosuđivati manje iznose naknade, a za teške ili osobito teške veće iznose naknade od onih u

50 GRBIN, op. cit., str. 44.-45.; KALADIĆ, Pravična novčana naknada za duševne boli zbog smanjenja životne aktivnosti, njezini oblici i kriteriji za njezino odmjerenje, Hrvatska pravna revija, 3/2002, str. 22.

51 CRNIĆ, I., Naknada nematerijalne štete – neka pitanja, Godišnjak 9, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2002., str. 149. i sl.

52 Isto propisuje st. 2. čl. 1100. ZOO-a.

53 CRNIĆ, Utvrđivanje, cit., str. 5.; Gorenc ističe da prihvaćanje zahtjeva za isplatom novčane satisfakcije kod neznatnih ugrožavanja prava osobe ili dosuđivanje visokih svota ohrabruje parničenje zbog lukrativnih razloga čime se gubi smisao ove naknade. GORENC, op. cit., str. 288.

54 GRBIN, op. cit., str. 47.

55 VSRH Su VI 1331/2002; VSRH Su II 1372/2002, tekst dostupan na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr> (dalje: Orijentacijski kriteriji).

56 Orijentacijski kriteriji.

dotadašnjoj praksi.⁵⁷

4.2.3. Kriteriji za popravljjanje povrede prava osobnosti novčanom naknadom i njihova primjena u sudskoj praksi

Za povredu prava osobnosti sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu ako to opravdavaju težina same povrede i okolnosti slučaja.⁵⁸ U odnosu na čl. 200. staroga ZOO-a uvedena su dva nova kriterija za dosudu pravične novčane naknade: povreda prava osobnosti i težina povrede koja opravdava dosudu naknade, dok je treći kriterij – okolnosti povrede (slučaja) koje opravdavaju dosudu, ostao isti. Pri odlučivanju o visini pravične naknade sud mora voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih boli (fizičkih i duševnih) i straha, svrsi naknade i mogućoj zloporabi iste, odnosno paziti da do nje ne dođe.⁵⁹

Povreda treba predstavljati povredu prava osobnosti, ali ne smije biti neznatna. Upravo procjena težine povrede predstavlja osnovni problem u sudskoj praksi. U teoriji se ističe da pri tom sud treba uzimati u obzir objektivne elemente (vrsta povrede, način njezina nanošenja, izazvane posljedice i sl.) i subjektivne okolnosti samog oštećenika, poput životne dobi, zanimanja i sl.⁶⁰

Smatramo, međutim, da povreda prava osobnosti ne smije biti ni toliko teška da bi potpuno onemogućila ostvarivanje svrhe novčane naknade. Radi se o najtežim povredama zdravlja zbog kojih je oštećenik u takvom stanju da mu je nemoguće novčanom naknadom osigurati neka dobra i zadovoljstva koja bi mu pružila zadovoljenje. Tako je, npr. u jednoj odluci⁶¹ dosuđena naknada u iznosu od milijun kuna oštećeniku koji je zbog teške ozljede glave u trenutku ozljeđivanja završio u moždanoj komi i kod kojeg se razvilo trajno vegetativno stanje u kojem nije pri svijesti i ne osjeća ni bol ni strah. Ne vidimo kako se, bilo kojim novčanim iznosom može popraviti neimovinska šteta koju je, nesumnjivo, pretrpio. Naravno, nije sporno da je to najteži oblik povrede prava osobnosti, ali je potrebno zapitati se koja je svrha dosuđivanja novčane naknade u ovom slučaju, osim ako joj ne priznajemo kazneni karakter. Ovo sve pod pretpostavkom da je vegetativno stanje trajno, bez mogućeg poboljšanja. Težina povrede prava osobnosti ovdje nije sporna, ali, sukladno čl. 1100. st. 2. ZOO-a, sud mora voditi računa i o cilju novčane naknade, a koji, smatramo, u ovakvim slučajevima ne može biti ostvaren.⁶²

Sudska će praksa s vremenom razraditi i dodatna mjerila i kriterije kojima će se jasno razlikovati povrede prava osobnosti koje opravdavaju od onih koje ne opravdavaju dosuđenje pravične novčane naknade, što već potvrđuju neke odluke donesene uz primjenu novoga ZOO-a.

57 CRNIĆ, Uvodne, cit., str. 8.-9.

58 ZOO čl. 1100. st. 1.: *U slučaju povrede prava osobnosti sud će, ako nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.*

59 Čl. 1100. st. 2. ZOO.

60 KLARIĆ, op. cit., str. 37.

61 VSRH, Revr 689/08-2., od 1. travnja 2009., ius-info.

62 Imovinska šteta koju takav oštećenik trpi, kao i imovinska i neimovinska šteta članova njegove obitelji, naravno, posve je drugo pitanje.

Neznatne povrede prava osobnosti, odnosno povrede za koje je procijenjeno da oštećeniku ne daju pravo na pravičnu novčanu naknadu:

Utvrđeno je da su neznatne tjelesne ozljede (natučenje čije je liječenje kratko trajalo (3 dana), bez potrebe uzimanja lijekova i obavljanja terapija, uz bolove slabog intenziteta i kratkog trajanja, bez trajne posljedice na zdravlje oštećenog) – povreda prava osobnosti koja ne opravdava dosudu pravične novčane naknade.⁶³ Nadalje, za mirovanje zbog zadobivenih ozljeda, ocijenjeno je da može biti kvalificirano kao povreda prava osobnosti na slobodu kretanja, podvrsta prava osobnosti na slobodu, ali da bi pravo na pravičnu novčanu naknadu tužitelju pripadalo samo ako je ta povreda izazvala posljedice u obliku duševnih bolova.⁶⁴

Odbijen je tužbeni zahtjev u slučaju u kojem je tužitelj tražio pravičnu novčanu naknadu zbog povrede prava na dostojanstvo, koje mu je prema njegovom zahtjevu bilo povrijeđeno „smještajnim i prostornim uvjetima u kojima je boravio, higijenskim i zdravstvenim uvjetima, zbog povrede prava na intimu, na ljepotu i privatnost, a koje povrede su se reflektirale na tužiteljeve psihičke smetnje“⁶⁵...u kaznionici za vrijeme izdržavanja kazne zatvora. U ovom se slučaju, sama činjenica da spavaonica nije odgovarala propisanom standardu, ocijenila nedovoljnom za zaključak da je tužitelj bio izložen nečovječnom ili ponižavajućem postupanju tuženika, a zbog ukupne kvalitete života u ustanovi. Dnevni raspored koji je omogućavao boravak izvan spavaonice tijekom čitavog dana, različite aktivnosti (radne, sportske, kulturni sadržaji, čitaonica, informatička sekcija...) i sloboda kretanja koju je uživao, prema ocjeni suda, nadoknadili su ograničenost prostora u samoj spavaonici u kojoj je morao boraviti samo za vrijeme spavanja. Stoga je odlučeno da „duševna bol koju je tužitelj trpio zbog nedovoljnog prostora spavaonice ne prelazi onaj neizbježni element trpljenja ili poniženja povezanog s oblikom legitimnog postupanja prema osobi lišenoj slobode, niti predstavlja oblik poniženja ili nečovječnog postupanja od strane tuženika koje bi vrijedalo dostojanstvo tužitelja do mjere koja bi opravdavala dosuđenje pravične novčane naknade“...

Isti je sud odlučivao i u slučaju u kojem se na povredu prava osobnosti na zdravlje pozivao tužitelj koji je 16 dana bio izložen utjecaju duhanskog dima kao pritvorenik smješten u zatvoru u sobi s još pet pritvorenika od kojih su svi bili pušači.⁶⁶ Prvostupanjski je sud odbio tužbeni zahtjev s obrazloženjem da tužitelj nije dokazao uzročnu vezu između izloženosti duhanskom dimu i fizičkih tegoba koje očituje (glavobolje, mučnina, pritisak u grudima, gastritis). Drugostupanjski je sud ocijenio da je povrijeđeno pravo osobnosti tužitelja na zdravlje, te da se, budući da prvostupanjski sud nije utvrđivao ostale uvjete boravka tužitelja u pritvoru za sada ne može prihvatiti pravilnim stajalište da izloženost duhanskom dimu u razdoblju od 16 dana nije dostatna da tužitelju uzrokuje tegobe intenziteta koji premašuje neizbježnu razinu trpljenja do koje dolazi pri svakom lišenju slobode.

„Pravno pitanje zbog kojeg je tužitelj podnio reviziju je pitanje je li tužitelju nastala

63 ŽS u Bjelovaru, Gž, 1364/11-2., od 27. srpnja 2011., ius-info.

64 ŽS u Varaždinu, Gž 2483/12-2., od 11. ožujka 2013., ius-info.

65 ŽS u Varaždinu, Gž 2395/13-2., od 4. studenog 2013., www.vsrh.hr

66 ŽŠ u Varaždinu, Gž 370/13-2., od 22. svibnja 2013., www.vsrh.hr

šteta zbog povrede tjelesnog zdravlja kao posljedice prekomjernih imisija (padanja građevnog materijala i širenja neugodnih mirisa) zbog kojih tužitelj u spornom razdoblju nije mogao koristiti dvorište na, do tada, uobičajeni način, a koja šteta je uzrokovana ponašanjem tuženika te može li se ta šteta po svom obliku smatrati neimovinskom štetom u smislu odredbe čl. 19. Zakona o obveznim odnosima (...) U konkretnom slučaju nižestupanjski sudovi su ocijenili da je povrijeđeno pravo osobnosti tužitelja zbog konkretne životne situacije u kojoj se našao prilikom izgradnje stambene zgrade i izloženosti imisijama, ali da okolnosti slučaja i težina duševnih boli na koje ukazuje tužitelj ne upućuju na poremećenost dotadašnjeg tužiteljevog duševnog mira koje bi opravdalo dosuđivanje pravične novčane naknade u smislu odredbe čl. 1100. ZOO. (...) Pravno pitanje postavljeno u ovom konkretnom slučaju odnosi se na pravo na naknadu štete zbog povrede prava osobnosti, koja ovisi o činjeničnom i pravnom temelju svakog konkretnog slučaja, zbog čega se ne radi o pitanju od važnosti koje ima u vidu odredba čl. 382. st. 2. ZPP.⁶⁷

Povrede prava osobnosti za koje je procijenjeno da daju pravo na pravičnu novčanu naknadu:

Tjelesna povreda ne mora biti teška da bi dala pravo na pravičnu novčanu naknadu: „... Točno je da ukoliko bi štetnom radnjom povreda prava osobnosti bila neznatna tada bez obzira što objektivno postoji neimovinska šteta kako to propisuje odredba čl. 1046. ZOO-a ista ne bi davala pravo na isplatu pravične novčane naknade, no u konkretnom slučaju ovaj sud je suglasan s utvrđenjima suda prvog stupnja da bez obzira što je u štetnom događaju tužitelju kako to utvrđuje liječnik vještak nanijeta samo laka tjelesna povreda ista je takvog značenja da daje pravo tužitelju na isplatu pravične novčane naknade, s time da je i visinu ove pravične novčane satisfakcije prvostupanjski sud osnovano odmjerio u visini od 5.000,00 kn, čime je pravilno primijenio relevantno materijalno pravo.“⁶⁸

U slučaju u kojem je tužitelju dosuđena pravična novčana naknada zbog povrede prava osobnosti na tjelesno zdravlje Vrhovni sud⁶⁹ je pravilnim ocijenio primjenu čl. 1100. ZOO-a nižestupanjskih sudova koji su tužitelju dosudili pravičnu novčanu naknadu vodeći računa o jačini duševnih boli, pri čemu su uzeli u obzir jačinu i trajanje fizičkih boli i straha kao i to da tužitelj trpi duševne boli zbog naruženja srednjeg stupnja, te duševne boli zbog smanjenja životnih aktivnosti u omjeru od 30 %. Sud je naglasio da su fizički bolovi, duševni bolovi i strah samo kriteriji po kojima su sudovi odredili visinu pravične novčane naknade, a ne samostalni oblici povrede prava osobnosti. Uz navedeno, sudovi su uzeli u obzir (mladu) dob tužitelja, da je prije nesreće sportaš koji je osvajao medalje na međunarodnim i domaćim natjecanjima, a nakon nezgode mu je onemogućeno daljnje aktivno bavljenje sportom.

U jednom drugom slučaju je, ističući da naknada koja se priznaje građanima u slučaju povrede prava na slobodu ima simboličko značenje, „te kao takva ne smije pogodovati ciljevima koji su protivni njezinoj svrsi, ali niti biti takva da obezvređuje svrhu kojoj je takva naknada namijenjena“, Vrhovni sud naknadu u iznosu od 400,00

67 VSRH, Rev 1685/10-2., od 5. listopada 2011., ius-info.

68 ŽS u Varaždinu, Gž 422/10-2., od 26. travnja 2010., ius-info.

69 VSRH, Revr 1351/10., od 10.01.2012., www.vsrh.hr

kn po danu neosnovanog pritvaranja ocijenio primjerenom.⁷⁰ Pri tom se vodilo računa o vremenu trajanja neosnovanog lišenja slobode (od godine dana), životnoj dobi tužitelja, socijalnom ambijentu iz kojeg je tužitelj potekao i u kojem živi. U jednom drugom slučaju je tužitelju koji je bio neosnovano lišen slobode u ukupnom trajanju od 117 dana, a tijekom i nakon kojeg je trpio duševne boli i psihičke smetnje u vezi s pritvaranjem, ocijenio primjerenom dosuđenu naknadu od 180.000,00 kn.⁷¹

Kao nesporne povrede prava osobnosti na slobodu, čast, ugled i dostojanstvo u jednoj su odluci⁷² kvalificirani neutemeljeno lišenje slobode, te pretrage kuća i automobila tužitelja. Sporna je bila visina dosuđene pravične novčane naknade. Budući da je lišenje slobode trajalo manje od jednog dana i da nisu utvrđena prekoračenja ovlaštenja policije, prvostupanjski je sud tužiteljima svakom dosudio 1.500,00 kn, a odbio ih u preostalom dijelu ukupno zatražene naknade (2.500,00 kn). Drugostupanjski je sud, pak, ocijenio da je prvostupanjski podcijenio okolnosti o kojima ovisi ocjena visine naknade, te usvojio žalbe tužitelja preinačivši prvostupanjsku presudu na način da je usvojen tužbeni zahtjev tužitelja u cijelosti. Pozvavši se na kriterije iz čl. 1100. ZOO-a, sud je od okolnosti slučaja naglasio trajanje lišenja slobode, uvjete za vrijeme zadržavanja tužitelja (trpljenje gladi i hladnoće), izdvajanje iz obitelji, reakciju životne sredine na lišenje slobode, koje su ostavile dubok i negativan dojam na tužitelje, a dovele su i do promjena njihovih životnih navika i ponašanja.⁷³

Za utvrđenje da je povrijeđeno pravo osobnosti na duševno zdravlje oštećenika, nije nužno medicinsko vještačenje. „Duševno zdravlje neke osobe ne sastoji se samo u štetnom radnjom izazvanim duševnim oboljenjima što se utvrđuje sudsko medicinskim vještačenjem u sudskim postupcima, već isto predstavlja povredom izazvanu neugodu, nezadovoljstvo, frustraciju, ljutnju, sram kod te osobe, jer i navedeni osjećaji predstavljaju poremećaj dotadašnjeg duševnog mira određene osobe, zadiranje u zaštićenu sferu prava osobnosti na duševno zdravlje oštećenika. Prema tome iz nespornih činjenica o fizičkom napadu tuženika na tužitelje u kojem su ovi pretrpjeli i tjelesne povrede (...) zbog čega im je pružena i medicinska zaštita, verbalno vrijeđanje i ismijavanje zbog njihove seksualne orijentacije, pa već i sam čin nemogućnosti slobodnog kretanja, bijegom u dućan III tužitelja radi spašavanja od napada, dovoljno je u konkretnom slučaju za ocjenu suda da je tužiteljima povrijeđeno njihovo pravo osobnosti na čast, ugled, dostojanstvo i to zbog nespornog čina diskriminacije po tuženicima pa, zbog navedenog za odgovor na pitanje jesu li tužitelji trpjeli duševne bolove radi ovakvih postupaka tuženika prvostupanjskom sudu nije bila potrebna pomoć u vidu nalaza liječnika vještaka psihijatrijske struke.“⁷⁴

Povreda prava osobnosti, da bi dala pravo na pravičnu novčanu naknadu mora biti usmjerena neposredno na oštećenika, odnosno njegovu osobnost. Tako je u slučaju u kojem je pred maloljetnim tužiteljem ubijen njegov kućni ljubimac (mačka), iako je tužitelju to izazvalo duševne boli i strah, njegov tužbeni zahtjev u cijelosti

70 VSRH, Rev 2101/10., od 16.11.2011., www.vsrh.hr.

71 VSRH, Rev 406/2010., od 11.1.2012., www.vsrh.hr.

72 ŽS u Varaždinu, Gž 22/08-2., od 14. srpnja 2008., ius-info.

73 U konkretnom slučaju, tužitelji su bili osumnjičeni za kazneno djelo krivolova, a nakon spornog događaja ispisali su se iz lovačkog društva.

74 ŽS u Varaždinu, Gž-3123/11-2., od 25. listopada 2011., ius-info.

odbijen: „...samim time što je on bio očevidac oštećenja stvari za koju je bio, u što ovaj sud ne sumnja, emotivno vezan i zbog čijeg ustrjeljenja po tuženiku je kako to vještak zaključuje promijenio ponašanje u vidu povlačenja u sebi, razdražljivosti, čestog plača, depresije ili prkosa, traženja stalne zaštite obitelji, nemogućnosti učenja i koncentriranja na nastavu, ne daje mu pravo na pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti na duševno zdravlje, već eventualno na naknadu imovinske štete prema vrijednosti koju je ta stvar imala za njega sukladno čl. 1089. st. 4. ZOO-a (afektivna vrijednost).“⁷⁵

Da su i u primjeni novoga ZOO-a aktualni Orijentacijski kriteriji iz 2002. godine potvrdio je Vrhovni sud u niz svojih odluka.⁷⁶ Ovaj sud ističe da se zbog činjenice što ne postoje egzaktna ili precizna mjerila za utvrđenje naknade neimovinske štete, budući da se ista utvrđuje s obzirom na okolnosti konkretnoga slučaja, visina naknade mora kretati samo u okviru osnovnih (i općih) smjernica i njene prirode: ona mora predstavljati pravičnu satisfakciju za oštećenika.⁷⁷ Orijentacijski kriteriji doneseni su na temelju tih smjernica i izražavaju samo načelna (orijentacijska) stajališta o uvjetima u kojima bi određena naknada mogla biti pravična, te ih sudovi ne mogu primjenjivati pukim automatizmom za izračunavanje pravične novčane. Oni nisu izvor prava, u suprotnom bi bilo onemogućeno o visini naknade odlučivati prema svim okolnostima slučaja.⁷⁸

Ovo su argumenti kojima je Vrhovni sud otklonio mogućnost pobijanja drugostupanjskih odluka izvanrednom revizijom pozivanjem na to da je u njima utvrđena visina naknade viša ili niža od iznosa navedenih u Orijentacijskim kriterijima, a što su revidenti smatrali materijalnopравnim pitanjem važnim za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana.⁷⁹ Teško je, međutim, ne primijetiti da se sudovi teško odupiru porivu primjene Orijentacijskih kriterija čistim automatizmom, čemu svjedoči niz presuda u kojima se pravična novčana naknada dosuđivala točno u onim iznosima koji su u njima navedeni, bez obzira na okolnosti konkretnih slučajeva. Tako su, primjerice, u jednom slučaju nižestupanjski sudovi dosudili pravičnu novčanu naknadu zbog smrti sina u iznosu od 220.000 kn (koliko za taj oblik štete kriteriji predviđaju) i ocu koji sa sinom nije bio emocionalno vezan, u životu ga je vidio samo nekoliko puta, nije se brinuo o njegovu odgoju, za njegovo je uzdržavanje doprinio samo po odlukama sudova, a koju je Vrhovni sud, imajući u vidu navedene okolnosti, „smanjio“ na 50.000 kn.⁸⁰

Orijentacijski iznosi od kojih će sudovi polaziti pri procjeni visine naknade neimovinske štete pokazali su se nužnim i svakako je da ovaj objektivni dio

75 ŽS u Varaždinu, Gž-1113/12-2., od 11. prosinca 2013., ius-info.

76 Vidi, npr.: VSRH, Rev 637/09-2., od 24. ožujka 2010., VSRH, Revr 991/10-2. od 19. kolovoza 2010., VSRH, Revr 990/10-2., od 15. rujna 2010., VSRH, Rev 1092/11-2 od 14. studenog 2012., VSRH, Rev 928/11-2., 14. studenog 2012., sve dostupne na www.vsrh.hr.

77 Tako u VSRH, Rev 637/09-2., od 24. ožujka 2010., ali u bitnom i u drugim odlukama navedenim u prethodnoj bilješci.

78 Tako u VSRH, Rev 637/09-2., od 24. ožujka 2010., ali u bitnom i u drugim odlukama navedenim u bilj. 76.

79 Vidi odluke navedene u bilj. 76.

80 VSRH, Rev 70/09-2., od 2. lipnja 2010., ius-info.

metode procjene ima vrlo važnu ulogu u omogućavanju ujednačenja sudske prakse i ostvarivanju jednakosti građana. Slažemo se s mišljenjem da se Orijentacijski kriteriji moraju periodički usklađivati, jer su se od dana njihova donošenja troškovi života bitno izmijenili,⁸¹ kao i da bi bio dobro da ih se, s obzirom na novu koncepciju neimovinske štete, nadopuni.⁸² Vjerujemo da će Vrhovni sud, ako na temelju prakse županijskih sudova, ocijeni da je to potrebno, reagirati u tom smislu.

4.2.4. *Popravljanje buduće neimovinske štete (povrede prava osobnosti) novčanom naknadom*

Ako je izvjesno da će neimovinska šteta trajati i u budućnosti, sud će na zahtjev oštećenika dosuditi pravičnu novčanu naknadu i za buduću neimovinsku štetu.⁸³ Iz ove odredbe proizlazi da je zakonodavac imao u vidu kontinuiranu buduću štetu,⁸⁴ odnosno onu koja je uzrokovana u sadašnjosti i štetne posljedice nastupaju u sadašnjosti, ali je po redovnom tijeku stvari sigurno da će trajati i u budućnosti, te se s obzirom na prirodu neimovinske štete već sada može ocijeniti i dosuditi visina novčane satisfakcije.⁸⁵ U sudskoj je praksi zauzeto stajalište⁸⁶ da to ne znači da je oštećeniku priznato pravo na dvije posebne naknade (jednu za postojeću, a drugu za buduću štetu), već da neimovinska šteta (postojeća i buduća) predstavlja jednu štetu za koju se određuje jedan iznos naknade pri čemu se u obzir uzima njezino trajanje i do donošenja presude i u budućnosti.⁸⁷

Pravična naknada za neimovinsku štetu u pravilu se dosuđuje u jednokratnom iznosu, budući da ZOO-om izričito nije predviđena mogućnost da se dosuđuje u obliku rente. Ipak bi se, u skladu s mišljenjem izraženim u jednoj odluci Vrhovnog suda,⁸⁸ naknada za buduću neimovinsku štetu, na zahtjev oštećenika, mogla dosuditi i

81 Samo kao ilustracija tome u prilog, 2002. godine prosječna neto plaća u Republici Hrvatskoj iznosila je oko 3.500,00 kn, a krajem prošle godine 5.700,00 kn. Jasno je da će za isti iznos naknade danas oštećenik moći pribaviti puno manje dobara koja mu trebaju olakšati povredom prouzročeno stanje.

82 CRNIĆ, Utvrđivanje, cit., str. 89.-93.

83 Čl. 1104. ZOO.

84 Gorenc razlikuje dvije inačice buduće štete: samostalnu buduću štetu i kontinuiranu buduću štetu. Samostalna buduća šteta je ona koja je uzrokovana u sadašnjosti, a njezine će posljedice sigurno nastupiti naknadno u budućnosti, ali se ne zna kada i u kojem opsegu, pa se ne može ocijeniti i dosuditi u sadašnjosti, nego tek kada stvarno i nastupe. Primjer koji navodi je naruženost djeteta koje još ne shvaća svoju naruženost i ne trpi zbog nje duševne boli. Za ovu štetu, budući da ne može dosuditi visinu novčane satisfakcije, sud može samo deklaratornom međupresudom odlučiti o usvajanju tužbenog zahtjeva glede postojanja odgovornosti, dok će za dosuđivanje visine novčane satisfakcije biti potrebno u budućnosti podnijeti novi odštetni zahtjev. GORENC, op. cit., str. 294.

85 GORENC, op. cit., str. 294.-295.

86 Zaključak (broj 3/1) sjednice Građanskog odjela VS od 30.03.1987; VS Rev 13/86 od 20.02.1986 PSP 32/81, Rev 460/87. od 09.04.1987., PSP 36/53, cit. prema GRBIN, op. cit., str. 29.

87 GRBIN, op. cit., str. 30.

88 U citiranoj odluci Vrhovni je sud zauzeo stav da na zahtjev oštećenika naknada za neimovinsku štetu može „biti dosuđena i u obliku novčane rente ako takav oblik naknade prema okolnostima danog slučaja predstavlja odgovarajuću satisfakciju, jer odredbe članaka 200. i 203. ZOO

u obliku rente, ako bi to predstavljalo odgovarajuću satisfakciju, jer ni čl. 1100. ni čl. 1104. ZOO-a ne određuju oblik naknade za buduću neimovinsku štetu.

5. ZAKLJUČAK

I pored vrlo restriktivnih pristupa zakonodavaca pojmu neimovinske štete i mogućnostima njena popravljanja novčanom naknadom, pravna teorija i sudska praksa poredbenog prava odigrale su (a i dalje igraju) ključnu ulogu u razvoju i priznavanju iste. Stoga se kao mogući zaključak o tome kako zakonska koncepcija neimovinske štete utječe na popravljanje iste u pojedinom pravnom sustavu, posve legitimno javlja onaj da je to, zapravo, vrlo malo. Kada u društvu sazrije ideja da povreda nekog neimovinskog dobra zaslužuje privatnopravnu zaštitu, čak i vrlo restriktivno zakonsko uređenje ne može spriječiti kreativnu snagu sudova (posebno, naravno, kada u tome imaju i podršku pravne teorije). Suprotno tome, čak i zakonom (pre)široko priznato pravo na popravljanje svake prouzročene boli i straha, ne znači da sudska praksa neće vršiti selekciju i da će nekritički priznavati pravo na popravljanje svake nelagode i neugode koju određeni subjekt doživi. Iako je poželjno da se zakonodavac, pravna teorija i sudska praksa slažu oko temeljnog pojma neimovinske štete i pristupa popravljaju iste, za ovaj dio materije odštetnog prava možemo reći da ga upravo stalni „sukobi“ oko toga čine najzanimljivijim i stalno aktualnim.

Prema koncepciji neimovinske štete starog ZOO-a, pravo na popravljanje pravičnom novčanom naknadom bilo je priznato samo za pretrpljenu fizičku ili psihičku bol ili strah, dok su povrede prava osobnosti koje nisu bile njima praćene davale pravo samo na nenovčano popravljanje štete. Prihvaćanjem objektivne koncepcije neimovinske štete, svaka je povreda prava osobnosti neimovinska šteta, ali pravo na popravljanje pravičnom novčanom naknadom daju samo one koje nisu neznatne (sud može dosuditi pravičnu novčanu naknadu ako to opravdavaju težina povrede i okolnosti slučaja). Neznatne povrede daju pravo na nenovčano popravljanje štete i prema dostupnoj sudskoj praksi čini se da sudovi nemaju većih problema u razlikovanju ponašanja koja predstavljaju povrede prava osobnosti i daju pravo na zaštitu prema čl. 1048. ZOO-a od onih koja to ne daju. Od neimovinskih oblika popravljanja štete propisanih čl. 1099. ZOO-a, objava presude se ne primjenjuje na slučajeve povreda prava osobnosti izvršene putem medijima, čime su oštećenici lišeni oblika popravljanja štete za kojim su u ranijoj sudskoj praksi (u vrijeme primjene čl. 199. staroga ZOO-a) najviše posezali. U dosadašnjoj primjeni nove koncepcije, kao ni ranije (uz izuzetak objave presude), oštećenici nisu pokazali interes za neimovinske oblike popravljanja štete iz čl. 1099. ZOO-a. To bi, svakako, trebalo promijeniti, osobito jer priroda većine povreda prava osobnosti, zadovoljenje u neimovinskom obliku čini najprirodnijim.

U procjeni težine povrede, odnosno odlučivanju koja je povreda prava osobnosti neznatna, a koja to nije, sudovi se kao ključnim kriterijem procjene vode upravo bolima i strahom koje je ista prouzročila, pa postoji opasnost da se kao konačni

rezultat, u odnosu na fizičke osobe kao oštećenike, promjena koncepcije zapravo svede na promjenu termina. Smatramo da promjena koncepcije neimovinske štete u našem pravu nikako ne treba biti samo „tehničko“ pitanje, odnosno pitanje kako će se oštećenik pri postavljanju zahtjeva i sud pri donošenju odluke o naknadi neimovinske štete u konkretnom slučaju izraziti – hoće li naknadu zahtijevati/dosuditi s naslova pretrpljenih boli i straha ili same činjenice da je došlo do povrede prava osobnosti. Ne smije se dopustiti da se jednostavno pronalaze odgovarajuće povrede prava osobnosti u čl. 19. ZOO-a kao iz ponuđenog „kataloga“ i traži (i dosuđuje) naknada u slučajevima i iznosima kao i u vrijeme primjene stare koncepcije neimovinske štete. Objektivna koncepcija omogućuje veću „polarizaciju“ i ostvarivanje već ranije predlaganih pristupa u sudskoj praksi – dosuđivanja većih naknada za teške povrede prava osobnosti, a isključivanje naknada za one neznatne. Činjenica da određeno ponašanje može biti kvalificirano kao povreda prava osobnosti koja ne daje pravo na novčano popravljjanje, trebala bi oštećenike navesti na češće postavljanje zahtjeva za nenovčanim popravljjanjem tih povreda, što svakako smatramo poželjnim.

Promjena koncepcije omogućila je da i pravne osobe ostvare pravo na pravičnu novčanu naknadu zbog povrede svojih prava osobnosti. Navedena mogućnost, ipak, ne koristi se u praksi jer se pravne osobe u takve sporove rijetko upuštaju. Zbog toga je do danas ostalo neodgovoreno i pitanje koji su to bili kriteriji za procjenu težine povrede prava osobnosti pravnih osoba (jer na njega odgovor treba dati sudska praksa).

Zadržavanju nekih elemenata starog pristupa naknadi neimovinske štete u sudskoj praksi sigurno pridonosi i primjena Orijentacijskih kriterija, za koje je i ranija sudska praksa pokazala sklonost da ih tumači ne kao orijentacijske, već kao propisane iznose za pojedine oblike neimovinske štete. Ponekad potpuno nekritički i bez ikakve volje za prilagođavanje visine naknade okolnostima konkretnog slučaja, sudovi su se često previše oslanjali na predložene iznose. Da je to neispravan pristup pokazuje i činjenica da nailazimo na odluke o pravičnoj novčanoj naknadi izražene precizno „do u lipe“. Apsurdno je da se za nešto što je apsolutno neizrazivo u novcu dosuđuju tako „precizni“ iznosi.

Iako je zakonodavac ostavio mogućnost kreiranja i novih prava osobnosti, za sada ne nalazimo naznake da bi sudovi išli u tom smjeru. Tome, svakako, u velikoj mjeri doprinosi i činjenica da su prilike da se u tom smislu iskažu zapravo vrlo rijetke jer u sudskoj praksi prevladavaju, tzv. klasični zahtjevi, za koje je dovoljno široko postavljena lepeza prava osobnosti iz ZOO-a.

Vrhovni sud, nažalost, ima rijetko priliku očitovati se o slučajevima povreda prava osobnosti. Za redovnu reviziju u tim slučajevima (pre)visoko je postavljena ljestvica vrijednosti spora, a najbitnije pitanje – predstavlja li određeno ponašanje povredu prava osobnosti - ovisi o činjeničnom i pravnom temelju svakoga konkretnog slučaja, pa se ne radi o pitanju od važnosti koje ima u vidu odredba čl. 382. st. 2. ZPP-a, za izvanrednu reviziju. Stoga je „sudbina“ koncepcije prava osobnosti, odnosno njihove građanskopravne zaštite, u rukama nižestupanskih sudova. Oni bi trebali iskoristiti priliku za kreativnu ulogu u kvalificiranju određenih ponašanja kao povreda prava osobnosti, procjeni njihove težine i određivanju okolnosti slučaja koje će u konkretnom slučaju uzimati u obzir pri procjeni visine pravične novčane naknade,

za što im je zakonodavac zaista dobro postavio okvir. Ipak, upravo činjenica da je Vrhovni sud gotovo isključen iz neposrednog sudjelovanja u kreiranju sudske prakse prema novoj koncepciji, navodi nas na zaključak da od iste ne možemo očekivati neke velike promjene.

Summary

TEN YEARS OF APPLICATION OF THE NEW CONCEPT OF NON-PECUNIARY DAMAGE

The author analyses the question of whether and how the new concept of non-pecuniary damage in the Law on Obligations impact on case-law in Croatia. What changes in respect of a private protection of rights on personality are consequences of this new concept?

The attention is given to the basic problems in defining non-pecuniary damage and the recognition of the right to monetary compensation in personal injuries cases in comparative law, where the key role have case-law and legal theory.

Croatian legal theory had a lot of criticism of the old legal definition of non-pecuniary damage, but judicial practice has successfully overcome those defects. Comparing the earlier case-law and case-law with the application of an new, objective concept of non-pecuniary damage, it is concluded that the new regulation, although the legislator set a good framework for that, has not significantly affect the repairing such damage in practice.

Key words: *non-pecuniary damage, right on personality, monetary compensation, Orientation criteria.*

Zusammenfassung

ZEHN JAHRE DES NEUEN BEGRIFFS DES IMMATERIELLEN SCHADENS

In der Arbeit wird versucht, die Frage zu beantworten, ob und inwiefern die Änderung des Begriffs des immateriellen Schadens im Schuldrechtsgesetz die Rechtsprechung beeinflusste, beziehungsweise welche Änderungen sie bezüglich des privatrechtlichen Schutzes des Persönlichkeitsrechts mit sich brachte. Es wird auf die Hauptprobleme bei der Definierung des immateriellen Schadens und Anerkennung des Anspruchs auf Gutmachung des Schadens durch Geldentschädigung im komparativen Recht hingewiesen, wobei hier die Rechtsprechung und die Rechtstheorie die Hauptrolle spielten, denn der Gesetzgeber hatte in der Regel einen restriktiven Zugang. Die alte Gesetzesdefinition des immateriellen Schadens wurde von der Rechtstheorie der Kritik ausgesetzt, aber die rechtsprechende Gewalt überwand erfolgreich ihre Mängel. Indem man die frühere Rechtsprechung und die Rechtsprechung, welche den objektiven Begriff des immateriellen Schadens anwendet, vergleicht, wird festgestellt, dass die neue Regelung, obwohl der Gesetzgeber dafür einen guten Rahmen setzte, auf den Begriff und die Gutmachung dieses Schadens in Praxis keinen wesentlichen Einfluss hatte.

Schlüsselwörter: *immaterieller Schaden, Persönlichkeitsrecht, Geldentschädigung, Richtkriterien.*

Riassunto

I DIECI ANNI DEL NUOVO CONCETTO DI DANNO NON PATRIMONIALE

Nel contributo si tenta di rispondere alla domanda se e in quale misura il nuovo concetto di danno non patrimoniale della legge sui rapporti di obbligazione abbia influito sulla giurisprudenza, ovvero a quali cambiamenti abbia condotto con riguardo alla tutela civilistica della personalità. Si segnalano i principali problemi circa la definizione del danno non patrimoniale ed il riconoscimento del diritto al ripristino dello stesso mediante risarcimento pecuniario nel diritto comparato, dove un ruolo centrale nella soluzione ebbero proprio la giurisprudenza e la dottrina, poiché di regola i legislatori avevano un approccio di carattere restrittivo. La nostra dottrina criticava la vecchia definizione di danno non patrimoniale, mentre la giurisprudenza riusciva con successo a superare le sue lacune. Confrontando la giurisprudenza più risalente e quella a partire dall'applicazione della concezione oggettiva del danno non patrimoniale, si valuta che la nuova disciplina, benché il legislatore abbia offerto un valido quadro normativo, per ora non abbia influito significativamente sul concetto medesimo e sul ripristino di detto danno nella prassi.

Parole chiave: *danno non patrimoniale, diritti della personalità, risarcimento pecuniario, criteri orientativi.*

(JOŠ JEDNA) REFORMA STEČAJNOG ZAKONODAVSTVA – FUNKCIONALIZACIJA STEČAJNO PRAVNE ZAŠTITE ILI PLACEBO EFEKT?

Dr. sc. Dejan Bodul, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Ante Vuković, stečajni upravitelj
Split

UDK: 347.736
Ur.: 22. prosinca 2014.
Pr.: 2. veljače 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad obrađuje trenutno najaktualniju temu iz područja građanskopravne kolektivne zaštite. Naime, reformama Stečajnog zakona (njih sedam) kao i implementacijom Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (s tri izmjene), čija je primjena počela tijekom 2012., hrvatsko insolventijsko zakonodavstvo značajno je izmijenjeno. Ipak, indikativna metoda utvrđivanja činjenica pokazuje kako su stečajni i predstečajni postupci u odnosu na druge države u okruženju nešto kraći, ali su skuplji i s nižim stupanjem namirenja vjerovnika. Naravno, u odnosu na zemlje s razvijenim stečajnim sustavom, ovi pokazatelji su relativno lošiji. Uzimajući u obzir da na takve podatke pored samih zakonskih rješenja utječu i brojni izvansudski (institucionalni) čimbenici (nepovoljan društveni kontekst, problemi u platnom prometu, nezavidno stanje u domenu evidencije nekretnina i pokretnina, nedovoljan broj sudaca kojima je bilo povjereno vođenje stečajnog postupka, slaba obučenost stečajnih upravitelja, neadekvatni način njihovog financiranja i posljedično slaba motiviranost za rad), zakonodavac planira napraviti još jednu funkcionalizaciju Stečajnog zakona preuzimajući, nakon dvogodišnjeg eksperimentiranja iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, odredbe o predstečajnoj nagodbi te vraćajući mnoge opcije u izradi stečajnog plana. Svakako smatramo bitnim istaknuti kako prostor koji ovdje imamo, ne dopušta detaljnu raščlambu ove problematike, pa smo prinuđeni ograničiti se isključivo, po mišljenju autora, na neke aspekte nove stečajne regulative.

Ključne riječi: stečaj, predstečajni postupak, predstojeća reforma.

1. UMJESTO UVODA

O značaju koji ima stečajna regulativa u pravnom sistemu jedne zemlje, ali i o potrebi da ona bude prilagođena rješenjima koja vladaju u suvremenim gospodarstvima ne treba previše govoriti. Stečajno pravo ne može riješiti probleme u gospodarstvu, ali može pomoći u rješavanju namirenja vjerovnika u slučaju insolventije dužnika.

Stoga se opravdano može tvrditi kako je problematika stečajnih postupaka i stečajne regulative danas u uvjetima globalne gospodarske krize aktualna i u zemljama u tranziciji i u zemljama s tradicionalno razvijenim tržišnim sustavom.¹ Mnogobrojne i česte novele stečajnog zakonodavstva u nas i u svijetu svakako govore u prilog navedenoj tvrdnji. Traganje za optimalnim rješenjima u zaštiti prava vjerovnika, ali i dužnika u slučaju ozbiljnih financijskih poteškoća je postupak *in statu nascendi*, ali i trajni je cilj svih legislativa.²

2. HRVATSKE REFORME STEČAJNOG ZAKONODAVSTVA U KONTEKSTU REGIONALNOG I MEĐUNARODNOG RAZVOJA

Donošenje Stečajnog zakona u 1996., po uzoru na njemački Insolventzijski zakon (*Insolvenzordnung* – InsO)³ i prestankom važenja Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji,⁴ u procesnom smislu, predstavljalo je korjenitu promjenu načina na koji se provodio stečajni postupak u Republici Hrvatskoj.⁵ Svakako moramo istaknuti da je njemačko insolventzijsko zakonodavstvo izvršilo utjecaj na stečajna zakonodavstva Hrvatske, Slovenije, Bosne i Hercegovine (i Republike Srpske i Federacije BiH) te Srbije. Ipak činjenica da je „novi“ SZ stupio na snagu tek početkom 1997., odnosno 7 godina nakon uspostavljenosti samostalnosti, ukazuje na recidiv socijalističkog razmišljanja i otpor tranziciji. Stečajni zakon je od svoga donošenja 1996. mijenjan i dopunjen sedam puta, i to 1999., 2000., 2003., 2006., 2010. i 2012. (dva puta).⁶ U svim se tim novelama u različitom opsegu i s različitim uspjehom, pokušala u procesnom smislu ostvariti funkcionalizacija, ubrzanje i pojeftinjenje stečajno-pravne zaštite.⁷

- 1 Vidi, MARTIN, Natalie, The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation, Boston College International & Comparative Law Review, vol. 29, 2005., no. 1, str. 1-78.
- 2 Podrobnije, JACOBY, Melissa B., Bankruptcy Reform and the Financial Crisis, North Carolina Banking Institute, vol. 13, 2009., str. 115-122. Isto treba vidjeti statističke podatke o uspješnosti niza stečajnih modela dostupne u: The World Bank Symposium, Building effective insolvency system - transcript, Washington, D.C., 1999., dostupno na: www.worldbank.org (10.05.2014.) te UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, 2004., dostupno na: www.uncitral.org (10.05.2014.). Ipak analizom navedenih podataka kao i korištene metodologije smatramo bitnim istaknuti kako navedene studije imaju značajna ograničenja jer se temelje na percepciji o vjerojatnosti ishoda, a ne na pokazateljima koji su temeljeni na stvarnim podacima.
- 3 *Insolvenzordnung*, 5.10.1994. (BGBl. I S. 2866), 22.3.2005 (BGBl. I S. 837), 20.12.2011. (BGBl. I. S. 2854) te 31.8.2013. (BGBl. I S. 3533). Podrobnije, PAULUS, Christoph G., Germany: Lessons to Learn from the Implementation of a New Insolvency Code, Connecticut Journal of International Law, vol. 17, 2001., no. 1, str. 89. *et seq.*
- 4 NN, br. 53/91. i 9/94.
- 5 Detaljnije DIKA, Mihajlo, Razlozi za reformu hrvatskog insolventzijskog prava i neke temeljne novine toga prava; ERAKOVIĆ, Andrija, Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka i BARBIĆ, Jakša, Preustroj, u: Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, (DIKA, Mihajlo, ur.), Organizator, Zagreb, 1996., str. 203-227., 229-249. i 251-278.
- 6 NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. te 133/12. – dalje: SZ.
- 7 Detaljnije DIKA, Mihajlo, Četvrta novela stečajnog zakona od 7. srpnja 2006. - Opći pregled, VII. Savjetovanje sudaca trgovačkih sudova republike hrvatske, Zbirka radova, Zagreb, 2006., str. 7.

Štoviše, reforma hrvatskoga stečajnoga prava usporedno se odvijala s reformama parničnog i ovršnog prava,⁸ kao i u većini tranzicijskih zemalja⁹ te u nekim razvijenim zapadnim zemljama.¹⁰

Kako su poredbeno-pravne analize postale nužni preduvjet uzajamnog dijaloga i harmonizacije nacionalnih stečajnih sustava bitno je istaknuti kako su posljednjih desetak godina, razvijene europske ekonomije počele po uzoru na glavu 11. američkog Stečajnog zakonika (par. 1101.-1174.) (eng. *Chapter 11*) poticati postupak restrukturiranja insolventnih trgovačkih društava kroz „pre-pack“ i „pre negotiated“ plan kao alternative za preživljavanje poduzeća.¹¹ Načelno, *ratio* je omogućiti dužniku da neformalno, dakle izvan suda pripremi plan reorganizacije i proslijedi ga vjerovnicima zajedno s izjavom o svim relevantnim informacijama (engl. *disclosure statement*) te time unaprijed osigura potrebnu većinu za izglasavanje plana i tek tada podnese prijedlog za pokretanje formalnog sudskog stečajnog postupka. U Velikoj Britaniji *Insolvency Act 1986*,¹² koji je ekvivalent američkog Stečajnog zakonika, dopunjen je odredbama *Enterprise Act 2002*¹³ koji također potiče reorganizaciju

- 8 Naime, isključivo stečajni propisi ne rješavaju na apsolutni način pitanje funkcionalizacije stečajno-pravne zaštite. Stoga je, ako eliminiramo izvanzakonske razloge, počevši od stanja u pravosuđu, itekako je važna korelacija s drugim procesnim i materijalnim zakonima, prvenstveno propisima o ovršnim postupku. Vidi, ZOROSKA-KAMILOVSKA, T., Reforme sistema izvršenja u državama regiona - konceptualne sličnosti i razlike, kontroverze i dileme - Zbornik radova: Harmonizacija građanskog prava u regionu, 2013., str. 447-477. te UZELAC, A., Uloga službenika za izvršenje u pravilnom i efikasnom funkcionisanju pravosudnog sistema - pregled sa posebnim osvrtom na pitanja sa kojima se susreću zemlje u tranziciji, u: Evropski prostor pravde, Zbornik radova, Tempus projekat Evropske unije - Centar za obuku sudija Republike Crne Gore, Podgorica, 2006., str. 364-375.
- 9 Primjerice, u Federaciji Bosne i Hercegovine donesen je Zakon o stečajnom postupku (Sl. novine Federacije BiH, br. 29/03., 32/04., 42/06.), u Republici Srpskoj donesen je Zakon o stečaju (Sl. glasnik RS, br. 104/09.), u Makedoniji je donesen Zakonot za stečaj (Služben vesnik na RM, br. 34/06., 126/06. i 84/07.), u Crnoj Gori Zakon o insolventnosti privrednih društava (Sl. list RCG, br. 06/02., 01/06. i 02/07.).
- 10 Podrobnije, BODUL, Dejan, VUKOVIĆ, Ante, BARTULOVIĆ, Željko, Pravno-povijesni i poredbeno-pravni prikaz razvoja stečajnog postupka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2013., br. 2, str. 911-941.
- 11 The Bankruptcy Code USA, Chapter XI., Pub. L. 113-75, zadnja izmjena bila je 2005., Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (BAPCPA) of 2005, Pub. L. No. 109-8, 19 Stat. 23 (codified in 11 U.S.C., par. 101-1501), dostupno na <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11> (12.02.2014.). To je bio odlučni zaokret prema kulturi spašavanja i reorganizacije poduzetnika koji su dospjeli u ozbiljne poteškoće u poslovanju. Za razliku od postupaka reorganizacije iz glava 9. (par. 901.-946.), 11. (par. 1101.-1174.), 12. (par. 1201.-1231.) i 13. (par. 1301.-1330.), američki Stečajni zakonik, sadrži u glavi 7. (par. 1101.-1174.) (tzv. *liquidation bankruptcy* ili *straight bankruptcy*) odredbe o likvidaciji dužnika (eng. *Chapter 7 – Liquidation*). Bitna osobina likvidacijskog stečajnog postupka je obavezno sudsko imenovanje stečajnog upravitelja čija je dužnost prikupiti svu stečajnu masu dužnika, unovčiti je i podijeliti vjerovnicima i članovima društva dužnika u skladu s diobenim popisom. Podrobnije, MILLER, Harvey R., Chapter 11 in Transition - From Boom to Bust and Into the Future, *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 81, 2007., str. 375.
- 12 *Insolvency Act 1986*, c. 45. Dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986> (12.03.2014.) - dalje: IA 1986.
- 13 *Enterprise Act 2002*, c. 40. Dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002>

poduzeća.¹⁴ Francuski sudski model reorganizacije (fran. *redresman*), koji se od američkog značajno razlikuje i ima svoje specifičnosti, zahtijeva obveznu izradu stečajnog plan pa do likvidacijskog stečaja dolazi isključivo ako ne postoje nikakve pretpostavke da stečajni dužnik može nastaviti s radom.¹⁵ Zadnjih pet godina, „trend“ reorganizacijskih modela slijedi i niz drugih, pa i (post)tranzicijskih država. U Češkoj je reformom Zakona iz 2009. uveden institut „*pre-pack-a*“, koji kombinira najbolje karakteristike dva modela restrukturiranja: neformalnog izvansudskog i formalnog restrukturiranja po pravilima glave 11. američkog Stečajnog zakona.¹⁶ Slovačka, pored formalnog stečajnog postupka koji završava likvidacijom ima i neformalni izvansudski postupak reorganizacije koji podrazumijeva dogovor između vjerovnika i dužnika.¹⁷ Novom reformom Stečajnog zakona u Poljskoj, postupak restrukturiranja (polj. *postępowanie naprawcze*) dodatno je pojednostavljen. Postupak se provodi izvan suda (uz određene sudske kontrole), a pravo za podnošenje prijedloga za restrukturiranjem ima isključivo dužnik.¹⁸ Njegov je cilj osigurati priliku dužniku da postigne dogovor sa svojim vjerovnicima.¹⁹ U pravu Bosne i Hercegovine se za sada samo raspravlja prijedlozima koji su ostvarivi u stečajnim propisima entiteta²⁰ i Brčko distriktu BiH²¹, a tiču se recepcije izvansudskog modela reorganizacije odnosno instituta predstečajne nagodbe. Tu su svakako zanimljiva doktrinarna promišljanja koja navode kako bi zbog preopterećenosti sudova bilo svrsishodnije gotovo u potpunosti problem neformalne reorganizacije usmjeriti na tijela uprave

(11.02.2014.).

- 14 U Engleskoj riječ *bankruptcy* označava stečaj fizičkih osoba, a riječ *insolvency* stečaj poduzeća, dok se u SAD-u pod pojmom *bankruptcy* označava stečaj fizičkih i pravnih osoba. Vidi, RHIM, Alexandra, Reorganization Schemes under U.K. Insolvency Act of 1986: Chapter 11 as a Springboard for Discussion, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, vol. 18, 1994., no. 1, str. 985. *et seq.*
- 15 Vidi, WEBER, Robert, Can the Sauvegarde Reform save French Bankruptcy Law?: A Comparative look at chapter 11 and french bankruptcy law from an agency cost perspective, Michigan Journal of International Law, vol. 27, 2006., str. 257. *et seq.*
- 16 Dužnik i vjerovnici se dogovaraju o svim bitnim dijelovima plana prije nego ga dužnik konačno podnese sudu na potvrdu. Act No. 182/2006 Coll. Bankruptcy and Settlement (Insolvency Act). Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.czechlegislation.com/en/182-2006-sb> (12.04.2014.).
- 17 Act of 30 March 2006 on Bankruptcy and Settlement (Insolvency Act) as amended by Act No. 312/2006 Coll., Act No. 294/2013 Coll. Dostupno na <http://www.czechlegislation.com/en/182-2006-sb> (12.02.2014.).
- 18 Tako i detaljnije, NIKOLIĆ, Nemanja, *Prepack*: Američko i srpsko rešenje, Pravo i privreda, vol. 49, 2011., br. 1-3, str. 92., SPASIĆ, Slobodan, *Pre pack* kao šansa za srpsku privredu, Pravo i privreda, 2010., br. 7-9, str. 243-257. te ČOLOVIĆ, Vladimir, Osnovne karakteristike i pravna priroda *pre pack* reorganizacije (unapred pripremljenog plana reorganizacije) u zakonodavstvu Srbije sa osvrtom na odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije, Godišnjak fakulteta pravnih nauka, Banja Luka, vol. 3, 2013., br. 3, str. 101-117.
- 19 Act of 28 February 2003 on Bankruptcy and Rehabilitation (*Prawo upadłościowe i naprawcze*). Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.law.uj.edu.pl/~kpg/index.php?option=com_content&task=view&id=72&Itemid=115 (12.02.2014.).
- 20 Vidi *supra* bilješka 11.
- 21 U Brčko distriktu BiH donesen je Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, Sl. gl. Brčko distrikta BiH, br. 1/02.

pri nadležnom Ministarstvu financija, a konačnu potvrdu predati tijelu "ne tako dalekom od uprave" – notarima!²² Naime, zastupa se stajalište kako notar ima sasvim dovoljne ovlasti da izvrši potvrdu isprave kakva je predstečajna nagodba, budući da je sudski dio ovog postupka u načelu, izvanparnično postupanje, a istovremeno i znanje i odgovornost da poduči stranke o njihovom postupanju te pravima i obvezama koje zasnivaju stavljanjem potpisa na predstečajnu nagodbu. Nadalje, u bosansko-hercegovačkoj pravnoj teoriji raspravlja se i o implementaciji, tzv. *pre-pack* (unaprijed pripremljenog plana) modela reorganizacije²³ (eng. *prepack, preplan, prepackaged bankruptcy*) koji postoji u Srbiji.²⁴ Naime, srpski Zakon o stečaju koji, osim „običnog“ plana reorganizacije, predviđa i mogućnost podnošenja unaprijed pripremljenog plana reorganizacije.²⁵ Štoviše, *pre-packaged* plan je moguć i prema InsO te se može podnijeti zajedno s prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka (*Insolvenzplan*, §§ 217.-269.). Dosadašnja njemačka iskustva ukazuju da je jedna od najvećih mana *pre-packaged* plana to što se nalazi „na čekanju“ za vrijeme prethodnog postupka koji može trajati do tri mjeseca (u Hrvatskoj, sukladno čl. 42., st. 4. SZ-a prethodni postupak može trajati najduže 60 dana od podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka). Drugi nedostatak *pre-packaged* plana stajalište je privremenog stečajnog upravitelja u prethodnom postupku. Naime, on se može, ali i ne mora složiti s planom reorganizacije dužnika koji je sudu dostavio sam dužnik u dogovoru s vjerovnicima. Upravo zbog uklanjanja navedenih zapreka njemački je zakonodavac donio Zakon o daljnjem olakšanju sanacije poduzeća (njem. *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen - ESUG*) iz 2011. s kojim je izmijenio InsO. Prva izmjena tiče se ovlasti odbora vjerovnika koji se od sada može osnovati i u prethodnom postupku. Ovaj se odbor osniva radi zaštite interesa vjerovnika, ali se osniva i radi zaštite interesa dužnika koji želi restrukturirati poslovanje i oporaviti se. Odbor vjerovnika ima ovlasti utjecati i na izbor privremenog stečajnog upravitelja. Druga izmjena InsO-a odnosi se na institut osobne uprave koji je u njemačkoj, kao i u hrvatskoj stečajnoj praksi vrlo malo zastupljen. Bitno obilježje osobne uprave je to što sud rješenjem o otvaranju stečajnog postupka ovlašćuje dužnika da sam upravlja i raspolaže stečajnom masom pod nadzorom stečajnog povjerenika. Prema sekciji 270.b InsO, putem osobne uprave dužnik se obvezuje u roku od tri mjeseca, zajedno s vjerovnicima izraditi stečajni plan, a pod nadzorom stečajnog povjerenika, pri čemu se čak može narediti i privremena zabrana vođenja ovršnih postupaka protiv

22 Tako i detaljnije, VILAŠEVIĆ, Mujo, Predstečajna nagodba – Mogućnosti u Bosni i Hercegovini, Nova pravna revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 2014., br. 1., str. 72.

23 Vidi, ČOKIĆ, Mirela, Indicije za uvođenje *pre pack* instituta u stečajno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine - sa osvrtom na pravo Republike Srbije, Strani pravni život, 2011., br. 2, str. 285-295.

24 Vidi, JOVANOVIĆ-ZATTILA, Milena, Reorganizacija ili korporativna rehabilitacija kao stečajna alternative, Harmonizacija stečajnog prava i novi Zakon o stečajnom postupku, Pravni fakultet, Niš, 2006., str. 217-230., *id.*, Usklađivanje srpskog stečajnog prava sa merodavnim propisima EU, Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije, Zbornik radova, Pravni fakultet, Niš, 2005., str. 525-542.

25 Zakon o stečaju Republike Srbije, Sl. gl. R. Srbije br. 104/09., 99/11. - dr. zakoni, 71/12., odluka US. Podrobnije, SPASIĆ, *op. cit.*, str. 243-257.

imovine dužnika. I napokon, treća izmjena InsO-a vezana je uz uvjete za pobijanje insolventijskog plana. Od sada vjerovnici u zamjenu za tražbine mogu steći dionice ili udjele u dužniku što značajno može olakšati njihov odnos prema stečajnom planu.²⁶ U slovenskom je zakonodavstvu²⁷ plan financijske reorganizacije dio prisilne nagodbe (slo. *postopek prisilne poravnave*), koji se može provesti isključivo prije, odnosno izvan stečaja. U slučaju da ne dođe do takve nagodbe između dužnika i vjerovnika, uslijedit će „klasični“ stečajni postupak bez daljnje mogućnosti restrukturiranja. Smatramo bitnim novelu Insolventijskog zakona iz 2013. objavljenu u Ur.l., br. 100/13. od 06.12.2013. Navedenom novelom u ZFPPIPP uvodi se potpuno novi pravni institut - postupak preventivnog prestrukturiranja (slo. *postopek preventivnega prestrukturiranja*) – (dalje: PPP), (čl. 44.b.-44.z.). Odredbe o PPP-u nalaze se u sklopu poglavlja Financijsko poslovanje društava i drugih pravnih osoba, a ne u sklopu insolventijskih postupaka. PPP se provodi kako bi se dužniku za kojega je *vjerojatno* da će u razdoblju od jedne godine postati insolventan omogućiti da na podlozi sporazuma o financijskom prestrukturiranju izvede potrebne mjere prestrukturiranja svojih financijskih obveza i druge mjere financijskog prestrukturiranja radi otklanjanja uzroka zbog kojih bi mogao postati insolventan (čl. 44.c.).²⁸ Nadalje, o početku PPP odlučuje sud na prijedlog ovlaštenog predlagatelja. Prijedlog za početak PPP ovlašten je uputiti samo dužnik (44.f.). Otvaranjem postupka PPP-a nad dužnikom nije moguće otvoriti postupak prisilne nagodbe i stečajni postupak (čl. 44.k.). Sporazum o financijskom prestrukturiranju proizvodi pravne učinke s pravomoćnošću rješenja o potvrdi toga sporazuma (čl. 44.v.).

Dakle, poredbeno-pravna analiza pojedinih modela stečajnog postupka pokazuje čitav niz paralela, čiji su zajednički nazivnik: dvojbe i otvorena pitanja.²⁹ Upravo zato za Hrvatsku višestruku važnost ima učenje pravnih rješenja, kao i prepoznavanje iskustava drugih zemalja u razrješenju problema koji mogu rezultirati prakticiranjem potrošačkog stečajnog prava. Stoga je i hrvatski zakonodavac radi daljnje funkcionalizacije stečajno-pravne zaštite 2012. donio, po uzoru na slovenski

26 Opširnije, GARAŠIĆ, Jasnica, Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Pravni Fakultet, Zagreb, 2013., str. 469-493.

27 U Sloveniji je donesen Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Ur. list RS, št. 13/14. - uradno prečišćeno besedilo, dalje: ZFPPIPP). ZFPPIPP se kolokvijalno zove i Insolventijski zakon jer se najveći dio odredbi odnosi na insolventiju fizičkih i pravnih osoba.

28 Hrvatski SZ poznaje institut „prijeća nesposobnost za plaćanje“ (čl. 4., st. 10.). Dužnik može predložiti otvaranje stečajnog postupka i ako učini vjerojatnim da svoje već postojeće obveze neće moći ispuniti po dospelju. Dakle, dužnik još nije insolventan, ali bi to mogao biti kada obveze dospelju na ispunjenje. Usp. § 18. InsO (njem. *Drohende Zahlungsunfähigkeit*).

29 Ipak, iako su autori analizirali navedena zakonodavna uređenja ukazujemo na oprez kod ovakvih usporedbi, jer kvaliteta i metodologija statistike i njezin obuhvat se razlikuju od zemlje do zemlje. Štoviše, dostupni statistički podatci o stečaju prikazuju obično samo pola istine - otkrivaju broj i vrstu postupaka, ali ne govore o neuspjehu pregovora o spašavanju, utjecaju na treće osobe, pojedine zajednice ili dugoročnoj uspješnosti reorganizacijskih planova.

ZFPIIP koji na jednom mjestu regulira financijsko poslovanje pravnih osoba, postupke povodom insolventnosti fizičkih i pravnih osoba te postupke prisilnog prestanka pravnih osoba, Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi.³⁰ Proklamirani cilj je kroz postupak predstečajne nagodbe omogućiti dužniku, pravnoj osobi i dužniku pojedincu, restrukturiranje i nastavak poslovanja (ekonomsko ozdravljenje) te prisiliti vjerovnike da u razumnom roku, relativno brzo, donesu ključne odluke o sudbini dužnika.³¹ Da bi se konačno riješili mnogobrojni problemi od kojih je insolventnost na prvom mjestu, predmeti iz nadležnosti sudova pune jurisdikcije preneseni su na Financijsku agenciju (FINA-u kao pravnu osobu s javnim ovlastima).³²

3. ANALIZA IZVJEŠĆA O PREDSTEČAJNIM NAGODBAMA MINISTARSTVA FINANCIJA OD LIPNJA 2014. (KOJA JE PRETHODILA NOVELI STEČAJNOG ZAKONA OD LIPNJA 2014.) ILI ZAŠTO NOVA REFORMA?

Dugotrajnost stečajnih postupaka i velik broj neriješenih predmeta postali su najeklatantniji primjer slabosti sudskog sustava u svim državama istočne i jugoistočne Europe. Ova se analiza bavi problemom ostvarenih rezultata predstečajnih postupaka u odnosu na definirane ciljeve u Republici Hrvatskoj. Naime, u Ministarstvu financija Republike Hrvatske (dalje: MF) napravili su studiju rezultata predstečajnih nagodbi u razdoblju od 1. listopada 2012.-31. ožujka 2014. Analizu su nazvali „Učinci predstečajnih nagodbi”, a kao glavne mjere poduzete za rješavanje velike nelikvidnosti (nesposobnosti za pravovremeno ispunjavanje dospjelih novčanih obveza) u gospodarstvu navode se: 1) ubrzani stečajevi, 2) postupci brisanja društava koja nisu postupala po čl. 70. Zakona o sudskom registru te 3) mjere oporavka gospodarstva kroz postupke predstečajnih nagodbi. U usporedbi s drugim studijama, nismo bili u mogućnosti koristiti neke od uobičajenih varijabli kojima se objašnjavaju indikatori učinkovitosti stečajnog postupka. To se prije svega odnosi na one varijable/indikatore stečajnog dužnika kojima se opisuje stanje prije pokretanja predstečajnog postupka, primjerice podatci iz temeljnih financijskih izvještaja (ukupni prihodi, vrijednost

30 Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13. – dalje: ZFPPN. On pored odredbi o postupku predstečajne nagodbe uređuje i financijsko poslovanje poduzetnika te rokove ispunjenja novčanih obveza i pravne posljedice zakašnjenja s ispunjenjem novčanih obveza, a njegovim stupanjem na snagu prestao je važiti Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza (NN, br. 125/11.). U tome se odgleda razlika između ZFPIIP-a i ZFPPN-a. Podrobnije, GIUNIO, Miljenko, Financijsko poslovanje i predstečajna nagodba, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Sveučilišna tiskara, Zagreb, str. 159-215.

31 Konačni prijedlog Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, PZE 138, str. 46. *et seq.*

32 Stajalište pojedinih autora je da svaki sustav u kojem se manje od 20 % od ukupnog broja slučajeva “spašavanja” odigrava izvan suda u bitnom daleko učinkovitiji nego kada je ta procjena veća. Kod takve ocjene ipak treba uzeti u obzir i podatke o broju procesa sa zadovoljavajućim krajnjim ishodom. Podrobnije, WOOD, Philip R., *Insolvency Law and the Legal Framework*, Washington, 1999., str. 35. *et seq.*

imovine i obveza, tj. aktiva - pasiva, i sl.). Štoviše, financijski izvještaji za veliki broj dužnika nisu dostupni za godinu koja prethodi godini u kojoj je pokrenut postupak, a često oni ne postoje i za nekoliko godina prije pokretanja postupka. Čak i ako postoje, pouzdanost podataka financijskih izvještaja u godini prije pokretanja predstečajnog postupka vrlo je diskutabilna.

Najzanimljiviji podatci iz analize „Učinci predstečajnih nagodbi” tiču se stanja predstečajnih nagodbi na dan 31. ožujka 2014.

Ukupan broj prijavljenih predstečajnih nagodbi iznosi 6464 od čega se 692 prijave odnose na „velike” predstečajne nagodbe, a 5772 prijave na „male” predstečajne nagodbe.³³ Broj predstečajnih nagodbi sklopljen pred trgovačkim sudom, nadležnim prema sjedištu dužnika je 987, a u 696 predmeta čeka se rješenje suda kojim će odobriti sklapanje predstečajne nagodbe. S druge strane, FINA odnosno nagodbeno vijeće po službenoj je dužnosti (*ex offio*) pokrenulo 3402 stečajna postupka pred nadležnim trgovačkim sudom. Pozitivno riješeni postupci predstečajnih nagodbi sačuvali su 18509 radnih mjesta, a zbog negativno riješenih postupaka predstečajnih nagodbi (pokrenutih stečajeva) izgubljeno je 5389 radnih mjesta. Ipak, rezultate predstečajnih nagodbi predstavljene na mrežnim stranicama FINE³⁴ i MF³⁵ treba uzeti sa zadržkom, budući da se najveći broj planova tek počeo provoditi te će se potencijalni problemi u pogledu ispunjavanja nagodbom predviđenih obveza javiti tek kasnije. Ovo ističemo kao bitno jer još uvijek neverificirani podatci ukazuju kako se sve veći broj subjekata našao u blokadi odmah nakon što je okončana predstečajna nagodba i sada se nalaze pred stečajnom likvidacijom. Razlog tomu je činjenica da se za većinu poslovnih subjekata, čiji je plan restrukturiranja odobrilo MF (u pravilu najveći vjerovnik u svim predstečajnim nagodbama), kao nepremostiv korak nakon uspješno odrađene predstečajne nagodbe pokazala već prva obveza uplata za prioritetne tražbine. Radnici u većini slučajeva odmah nakon zaključene predstečajne nagodbe ponovno blokiraju račun (vlastite) tvrtke jer im nisu u zakonskom roku isplaćena prava iz radnog odnosa (čl. 70. ZFPPN). Drugi problem, za koji ne postoje statistički podatci, problem je specifičnog položaja povezanih osoba (v. *infra* Stečaj povezanih društava).

Na popisu najvećih poduzetnika koji su kroz postupak predstečajne nagodbe čini se „spašeni” je KONSTRUKTOR-INŽENJERING d.d., Split s 1121 zaposlenim radnikom. Nad ovim je dužnikom postupak predstečajne nagodbe otvoren 28. siječnja 2013., ali još uvijek nije vidljivo da je Trgovački sud u Splitu pred kojim se sklapa predstečajna nagodba dostavio nadležnom registarskom tijelu rješenje o sklopljenoj predstečajnoj nagodbi (st. 2., čl. 84. ZFPPN).³⁶

33 Sukladno čl. 26., st. 2. ZFPPN-a, u postupcima predstečajne nagodbe u kojima ukupan iznos dužnikovih obveza naveden u izvješću o financijskom stanju i poslovanju dužnika prelazi iznos od 10.000.000,00 kuna, isključivo su nadležna nagodbena vijeća regionalnog centra FINA u Zagrebu.

34 FINA, Pregled zbirnih podataka iz sustava predstečajnih nagodbi od 1. listopada 2012. do 25. travnja 2014.

35 Ministarstvo financija, Učinci predstečajnih nagodbi, veljača 2014.

36 Iz podataka na mrežnim stranicama Sudskog registra (posjet 25.11.2014.) proizlazi zaključak da bi ova tvrtka mogla biti „spašena” pretvorbom tražbina vjerovnika u udjele u kapitalu društva (engl. *debt equity swap*). S tim u svezi donesena je Odluka o povećanju temeljnog kapitala

Na kraju analize „Učinci predstečajnih nagodbi” je usporedba pokazatelja efikasnosti insolventijskih postupaka stečaj – predstečajna nagodba. U stečajnim postupcima vjerovnici naplaćuju 10,4 % tražbina, duljina postupka je od 3 do 5 godina, a troškovi postupka u odnosu na visinu tražbine iznose 15%. S druge strane, u postupcima predstečajnih nagodbi vjerovnici naplaćuju 53,3 % utvrđenih tražbina, dok troškovi postupka u odnosu na visinu tražbine iznose 0,09 %. Kao najzanimljiviji podatak iznosi se da su troškovi stečajnog upravitelja od 60.000,00 do 100.000,00 kuna po stečajnom postupku, dok je trošak povjerenika predstečajne nagodbe samo 4621 kuna. Međutim, u MF-u očito nisu uzeli u obzir kao ključno razinu odgovornosti stečajnog upravitelja i povjerenika predstečajne nagodbe. Zasad istaknimo da je stečajni upravitelj zastupnik dužnika po Stečajnom zakonu (st. 3., čl. 24. SZ), dok se uloga povjerenika predstečajne nagodbe svodi na nadzor onoga što rade osobe ovlaštene za zastupanje dužnika odnosno uprave i druga tijela dužnika u predstečajnoj nagodbi (čl. 35. ZFPPN) (više *infra*).

Dakle, statistika MF-a ne otkriva najvažnije: kako sklopljene predstečajne nagodbe djeluju u praksi, vrlo konkretno je li dužnik uredno ispunjavao preuzete obveze prema vjerovnicima te je li, ako preuzete obveze ne izvršava nad njim pokrenut stečajni likvidacijski postupak kao krajnja mjera u kojoj više nema priliku za novi početak. Osim toga, u MF iznose podatke samo za „velike” poduzetnike, dok šute o „srednjim” i „malim” poduzetnicima pa ostaje nejasno je li spašavanje „velikih” poduzetnika utjecalo na potonuće „srednjih” i „malih” poduzetnika. Podatak o troškovima upravitelja u svakoj analizi insolventijskih postupaka relevantan je podatak pod uvjetom da se radi o jednakoj razini prava i obveza upravitelja u stečajnom postupku i u postupku predstečajne nagodbe. Kako razina odgovornosti nije jednaka, onda troškovi upravitelja nisu mjerilo uspjeha postupka te nisu relevantni. Pored toga, sveobuhvatna statistika, kao koristan instrument u analizi svih insolventijskih postupaka u Republici Hrvatskoj trebala bi biti u nadležnosti komore stečajnih upravitelja. Komore stečajnih upravitelja postoje u svim dobro uređenim državama regije i šire. Primjerice, u Sloveniji statistiku vodi Komora upravitelja (slo. *Zbornica upraviteljev*) (čl. 120.a-120.p ZFPPIPP)³⁷ kao strukovna organizacija u čiju se objektivnost ne sumnja jer njezin rad izravno nadzire nadležno ministarstvo pravosuđa i sigurno je objektivnije tijelo od našeg MF-a koje u postupcima predstečajnih nagodbi višestruko sudjeluje kao vjerovnik te ponajviše kao arbitar. Na temelju

izdavanjem redovnih dionica, unosom u pravima, uz isključenje prava prvenstva postojećih dioničara, na Skupštini društva 18. kolovoza 2014. godine, kojim se temeljni kapital povećava sa iznosa od 20.000.000,00 kn, za iznos do 250.042.200,00 kn, na iznos od 270.042.200,00 kn. Povećanje temeljnog kapitala društva provest će se izdavanjem najviše 1.250.211 redovnih dionica na ime, nominalne vrijednosti 200,00 kuna svaka. Odluka Skupštine je na tragu Rješenja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske br. 34. Pž-1363/14-3 od 26. veljače 2014. u kojoj se ističe da sklopljena predstečajna nagodba koja ne sadrži nominalni iznos odnosno broj dionica koji će svaki vjerovnik dobiti za unos tražbina u temeljni kapital dužnika ne predstavlja ovršnu ispravu podobnu za ovrhu, jer u njoj nisu navedeni vrsta, opseg i vrijeme izvršenja obveze, odnosno koliko će dionica dobiti vjerovnici, koje vrste i u kojem će se roku nagodba izvršiti.

37 Zbornica upraviteljev Slovenije. Podrobnije na: <http://www.zbornica-upraviteljev.si/> (22.06.2014.).

statističke analize predstečajnih nagodbi u Hrvatskoj i Sloveniji uočavaju se dva različita trenda. U Hrvatskoj je predstečajna nagodba prihvaćena kao „popravni ispit“ dužnika što on u velikoj mjeri i koristi, dok je u Sloveniji prisilna nagodba izuzetak u insolventnim postupcima, a pravilo je otvaranje likvidacijskog stečajnog postupka nad pravnom te osobnom stečaja nad fizičkom osobom kada postoje stečajni razlozi. Razlog tome je činjenica da u oporavak insolventnog dužnika malo tko vjeruje pa je stoga, kao preventivna mjera za spas dužnika u 2013. u ZFPPIP uведен, kako smo već istaknuli postupak preventivnog prestrukturiranja koji se provodi nad dužnikom koji će vjerojatno postati insolventan, a ima šanse za oporavak i za tržišnu utakmicu.

Implementacijom ZFPPN-a svakako je zaokružen pravni okvir koji treba omogućiti ili restrukturiranje dužnika ili izlazak s tržišta. Također treba istaknuti da pravna doktrina (*Dika, Garašić*) nije od početka sklona sadašnjem uređenju instituta predstečajne nagodbe u kojoj se favorizira dužnik, marginalizira sud, ograničavaju prava vjerovnika te postavlja pitanje ustavnosti važećeg instituta predstečajne nagodbe.^{38 39} Potpuno opravdane kritike konačno je usvojilo i Ministarstvo pravosuđa RH o čemu više u nastavku članka.⁴⁰

4. RJEŠENJA NACRTA PRIJEDLOGA ZAKONA O IZMJENAMA I DOPUNAMA STEČAJNOG ZAKONA

Iako je donošenjem ZFPPN 2012. znatno izmijenjen stečajni postupak u Republici Hrvatskoj, u njegovoj dvogodišnjoj praktičnoj primjeni uočeno je niz problema u tumačenju i učincima pojedinih odredbi i instituta, što će se pokušati otkloniti donošenjem Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (dalje: Nacrt zakona).

4.1. Opće napomene

Bitne novine u odnosu na prijašnje stečajno zakonodavstvo ogledaju se i u proširenju cilja stečajnog postupka te reformiranju stečajnih razloga. U pogledu cilja, uz dosadašnja rješenja likvidacijskog stečaja i stečajnog plana koji predstavljaju dva načina provođenja stečaja, dakle kao dva moguća smjera u provođenju stečajnog

38 Vidi još: GRBIĆ, Sanja, BODUL, Dejan, VUKOVIĆ, Ante, O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe iz perspektive čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 34, 2013., no. 1., str. 471-489.

39 Smatramo bitnim istaknuti i stajalište MEĐUNARODNOG MONETARNOG FONDA (MMF) koji je pohvalio predstečajne nagodbe kao jednu od reformi hrvatskoga zakonodavca u procesu mjera uštede i financijskog oporavka. Više na mrežnim stranicama: <http://www.hnb.hr/mmf/hmmf.htm>, (03.07.2014.). Također treba istaknuti kako je predstečajna nagodba institut prijelaznog karaktera (premijer hrvatske vlade Zoran Milanović istaknuo je kako je institut predstečajne nagodbe samo i isključivo privremeno rješenje (Zoran Milanović, HRT, 22.02.2014.)).

40 Vidi, VUKOVIĆ, Ante, BODUL, Dejan, GRBIĆ, Sanja, O pravu sudova da ulaze u meritum predmeta u kojem donose odluke – slučaj predstečajne nagodbe, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, 2014., br. 12, str. 336.-351.

postupaka, zakonodavac određuje mogućnost pokretanja predstečajnog postupka (dalje: PP) prije pokretanja stečajnog postupka i ako postoji stečajni razlog. To je rezultat ideje iz čl. 6. Nacrta Zakona po kojoj bi odredbe o predstečajnoj nagodbi, koje su bile često kritizirane u javnosti i stručnim krugovima zbog pogodovanja dužnicima i zapostavljenosti sudova u buduću trebale biti regulirane novim Stečajnim zakonom. U pogledu stečajnih razloga, treba istaknuti da se razlog nelikvidnosti briše, tako da u smislu Nacrta Zakona kao stečajni razlozi ostaje nesposobnost za plaćanje (insolventnost), prijeteća insolventnost i prezaduženost (insuficientnost).⁴¹

4.2. Predstečajni postupak

Najvažnije novine su članci Glave I (čl. 4.a-4.z) prema kojima odredbe o predstečajnoj nagodbi prelaze iz ZFPPN u SZ kao PP sukladno kojima bi FINA ostala tijelo predstečajnog postupka koje samo tehnički i administrativno pomaže sudu.⁴² Dakle, tijela PP-a su sudac pojedinac, povjerenik i FINA.

4.2.1. (Izmijenjena) uloga suda

Pritisak za ovakve reforme, odnosno za jaču ulogu suda u predstečajnim nagodbama, vršila je i primjena čl. 6. iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴³ Naime, praksa ECHR-a naznačuje kako se čl. 6., st. 1. primjenjuje na stečajni postupak⁴⁴ pa prva dvojba koja se odnosi na samu legitimnost procesa dejudicijalizacije kroz model predstečajne nagodbe je činjenica da stečajno pravna zaštita mora biti u nadležnosti onog tijela koje Konvencija označava sintagmom „tribunal“ (koji bez obzira na to kojoj vlasti pripada), a danas ta svojstva u pozitivnom pravu ima samo sud.⁴⁵ To je rezultiralo „brisanjem“ zakonodavnih

41 S tim u svezi treba svakako naznačiti doktrinarna promišljanja po kojima problematika stečajnih razloga nije na jedinstven način regulirana u svjetskoj praksi, tj. kriteriji kojima se utvrđuje postojanje stečajnih razloga i otvaranje stečajnog postupka, razlikuju se među zakonodavstvima različitih zemalja. Čak ni međunarodne institucije koje se bave stečajnom regulativom, nemaju jasno stajalište koji od pokazatelja insolventnosti je najprimireniji za praktičnu primjenu. Podrobnije FALKE, Mike, *Insolvency Law Reform in Transition Economies*, Berlin, 2003., str. 171-178.

42 Treba napomenuti kako je uloga trgovačkog suda u postupcima predstečajne nagodbe opisana u čl. 66. ZFPPN-a koji je noveliran čak tri puta.

43 NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. – dalje: Konvencija.

44 Arg., *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984., *Decisions and Reports* 40, *Interfina and Christian della Faille d'Huyse protiv Belgije*, odluka, 4. svibnja 1987., br. 11101/84, *Ceteroni protiv Italije*, presuda, 15. studeni 1996., *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, *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.

45 Europski sud za ljudska prava, u predmetu *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis protiv Grčke*, presuda, 9. prosinca 1994., Serija A, br. 301-B naglasio je važnost vladavine prava s aspekta nedopuštenog utjecaja zakonodavca na ishode sudskih postupaka: “49. ... Načelo vladavine prava i pojam poštenog suđenja zajamčen čl. 6. isključuje svako miješanje zakonodavca u vršenje sudske vlasti koje ima za cilj utjecati na sudsku odluku o sporu. Kad se

rješenja po kojima je FINA *de facto* i *de jure* odlučivala u postupcima predstečajne nagodbe. Novo rješenje ukazuje na samostalnost suda što podrazumijeva da je sud posebna vrsta tijela državne vlasti za koji vrijede posebna pravila organiziranja. Pod samostalnošću i nezavisnošću suda podrazumijeva se sloboda suda od svakog utjecaja sa strane, odnosno slobodno i samostalno donošenje sudskih odluka. To dalje znači da ni jedan nositelj druge državne vlasti ne može utjecati na vršenje sudske vlasti, odnosno da se ne može miješati u rad suda. Kada je riječ o stečajnom postupku, ova ustavna garancija, u skladu s odredbama članka 118., st. 2. Ustava RH i čl. 6., st. 1. Konvencije, kojima se jamči pravo na pravično suđenje, podrazumijeva da se mora omogućiti da nezavisan, nepristran i zakonom već ustanovljen sud, pravično, javno i u razumnom roku raspravi o pravima i obvezama stečajnog dužnika i stečajnih vjerovnika.

4.2.2. Nova uloga povjerenika

Stečajni je upravitelj zastupnik dužnika po SZ-a (st. 3., čl. 24. SZ), pa otvaranjem stečajnog postupka prava tijela dužnika pravne osobe (uprave, nadzornog odbora, skupštine) prestaju i prelaze na stečajnog upravitelja (čl. 89. SZ). Stečajni je upravitelj glavno operativno tijelo ovoga postupka te vodi poslovanje stečajnog dužnika što se nikako ne odnosi na ulogu povjerenika predstečajne nagodbe čija je glavna funkcija nadzirati što rade uprave i druga tijela dužnika u predstečajnoj nagodbi (čl. 35. ZFPPN).

Povjerenik se sukladno odredbama Nacrta zakona imenuje s liste stečajnih upravitelja, dakle, uvjeti za povjerenika su isti kao i uvjeti za imenovanje stečajnog upravitelja, s time da nitko nema pravo žalbe protiv imenovanja konkretnog povjerenika. Nadalje, na određivanje povjerenika, nadzor nad njegovim radom, odgovornost te nagradu i naknadu troškova za rad na odgovarajući način se primjenjuju odredbe SZ-a o stečajnom upravitelju. U pogledu obveza povjerenik je dužan: 1. ispitati stanje imovine i poslovanje dužnika, 2. ispitati popis vjerovnika i popis dužnikovih dužnika, 3. ispitati vjerodostojnost prijavljenih tražbina, 4. osporiti tražbine ako na temelju priopćenja vjerovnika ili iz nekog drugog razloga posumnja u njihovo postojanje; 5. nadzirati poslovanje dužnika, a osobito financijsko poslovanje dužnika, stvaranje obveza prema trećim osobama, izdavanje sredstava osiguranja plaćanja te poslovanje u prodaji roba, odnosno usluga, pri tome pazeći da se ne oštećuje imovina dužnika, 6. podnijeti prijavu sudu ako dužnik postupi protivno odredbama članka 4.p ovoga Zakona, 7. nadzirati pravodobnost i potpunost namirenja troškova PP te 8. obavljati i druge poslove u skladu s ovim Zakonom.

Dakle, ovlasti povjerenika u PP-u su značajno šire od ovlasti povjerenika u predstečajnoj nagodbi, ali mu Nacrt zakona izrijekom ne daje, kao SZ stečajnom

uzmu zajedno, formulacije st. 1. i 2. čl. 12. djelotvorno su isključile svako smisleno ispitivanje predmeta od strane Prvog odjeljenja Kasacijskog suda. Kad je ustavnost tih stavova potvrdio Kasacioni sud u plenarnoj sjednici, odluka Prvog odjeljenja postala je neizbježna. 50. Zaključak je da je država povrijedila prava podnosioca zahtjeva iz čl. 6., st. 1. zbog toga što je intervenirala na način koji je bio presudan da se osigura kako bi predstojeći ishod postupka u kojoj je ona bila jedna od stranaka bio povoljan za nju. Stoga je došlo do povrede tog članka.”

upravitelju ovlaštenje zastupnika po zakonu dužnika u PP-u (usp. st. 3., čl. 24. Glava II. SZ).⁴⁶ Na to upućuje i čl. 6. Nacrta zakona u kojem se određuje krug osoba koje mogu osporavati tražbine vjerovnika: 1) dužnik, 2) povjerenik ako je određen te 3) vjerovnik čija je tražbina utvrđena. Znači, dužnika ne zastupa povjerenik, već njegova uprava i to je *differentia specifica* između povjerenika i stečajnog upravitelja. Stoga je položaj povjerenika u PP-u usporediv s položajem stečajnog povjerenika u posebnom postupku osobne uprave iz SZ-a (čl. 266.-282. SZ), u kojem slučaju stečajni sudac rješenjem o otvaranju stečajnog postupka ovlašćuje dužnika da sam upravlja i raspolaže stečajnom masom, ali pod nadzorom stečajnog povjerenika (Glava VII. SZ).⁴⁷

4.2.3. (Izmijenjena) uloga Financijske agencije

Nagodbeno vijeće vodi postupak u vijeću od tri člana, s tim da predsjednika i članove imenuje ministar financija (čl. 33. ZFPPN). Sintagma nagodbeno vijeće više ne postoji u Nacrtu Zakona već samo FINA, a osim takve jezične forme razlika je mnogo dublja. Naime, dok je FINA u predstečajnoj nagodbi odlučivala o međusobnim pravima i obvezama dužnika i njegovih vjerovnika, u Nacrtu Zakona njena uloga je čisto tehničke prirode te služi isključivo kao servis sudu⁴⁸ (vidi *infra*).

4.2.4. Prijedlog za otvaranje

U odnosu na aktivnu legitimaciju osobe predlagatelja otvaranja PP-a, Nacrt zakona daje osnovni i alternativni prijedlog. Po prvom, PP pokreće se na temelju prijedloga samog dužnika, a može se pokrenuti i na prijedlog vjerovnika ako se dužnik suglasi. Po drugom, ovlašteni predlagatelj može biti isključivo dužnik. Bitna razlika sastoji se u tome što ako dužnik uskrati svoju suglasnost vjerovniku kao predlagatelju pretpostavka je da je podnesen prijedlog za pokretanje stečajnog postupka.

Rješenje da pravo predlaganja PP-a imaju dužnik i vjerovnik kompromis je između odredbi predstečajne nagodbe i stečajnog postupka. U predstečajnoj nagodbi dužnik je jedina ovlaštena osoba (čl. 39. ZFPPN), dok u stečajnom postupku kao ovlašteni predlagatelji mogu biti dužnik, vjerovnik ili neka treća osoba određena posebnim zakonom (čl. 39. SZ). Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji,⁴⁹ koji je prethodio važećem SZ-u određivao je da se postupak prisilne nagodbe pokreće

46 U sudskom registru zabilježiti će se činjenica da je imenovan povjerenik radi zaštite javnog interesa.

47 U hrvatskoj stečajnoj praksi institut osobne uprave vrlo se rijetko koristio. Za istaknuti je pozitivan primjer stečajnog dužnika MORNAR d.d. u stečaju iz Makarske. Naime, rješenjem Trgovačkog suda u Splitu, posl. br. VII St-178/99 od 27. ožujka 2000. stečajni je sudac ovlastio dužnika da sam upravlja i raspolaže stečajnom masom pod nadzorom stečajnog povjerenika. Štoviše, nad dužnikom je 13. svibnja 2002. zaključen stečajni postupak jer je pravomoćnim rješenjem br. VII St-178/99 od 25. ožujka 2002. godine, potvrđen stečajni plan u ovom postupku.

48 U postupku predstečajne nagodbe uloga je bila obrnuta: trgovački sud je bio servis FINA-i odnosno nagodbenom vijeću.

49 Sl. list SFRJ, br. 84/89.

na prijedlog dužnika, dok se može pokrenuti i na prijedlog vjerovnika ako se dužnik suglasi (čl. 18.). No, vrijeme će pokazati je li takav pristup opravdan i u ovom trenutku jer je stečajna praksa pokazala da vjerovnici rijetko pokreću stečajne postupke u nadi da će se namiriti na „neki drugi način“, ali bez dodatnih troškova.

U pogledu osoba dužnika nad kojima se može provesti PP, Nacrt zakona uređuje da se PP može provesti nad pravnom osobom i nad dužnikom pojedincem (trgovac pojedinac i obrtnik). Sam postupak je hitan i mora se okončati najkasnije u roku od 120 dana od dana njegovog otvaranja, ako nije drukčije propisano. Zakonodavac inzistira na žurnosti postupka pa tako ako su podnesena dva ili više prijedloga za otvaranje PP-a istog dužnika, sud će za sve prijedloge provesti jedinstveni postupak i donijeti zajedničku odluku, odnosno odlučit će o prijedlogu za otvaranje PP u roku od osam dana od dana dostave potpunog prijedloga. Protiv takvog rješenja dopuštena je žalba o kojoj će odlučiti drugostupanjski sud u roku od osam dana od njezinog primitka. Na taj način izbjegnuta je situacija do koje dolazi s obzirom na to da se u postupku predstečajne nagodbe odgovarajuće primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku (čl. 31. ZFPPN).⁵⁰ Naime, sadašnje rješenje nalaže kako se protiv rješenja može izjaviti žalba koja se podnosi prvostupanjskom tijelu koje je donijelo rješenje, dakle FINA-i, a o njoj odlučuje Ministarstvo financija – samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak (MFIN). Podredna primjena ZOUP-a znači da se protiv odluke po žalbi MF može pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom (st. 2., čl. 12. ZOUP). Doktrina stoga opravdano postavlja pitanje učinaka i domašaja spora pred upravnim sudom u situaciji ako osoba kojoj je osporena tražbina uspije u upravnom sporu, a u međuvremenu je na trgovačkom sudu sklopljena predstečajna nagodba (*res judicata*) kojom se dužnik oslobađa obveze prema svim vjerovnicima isplatiti iznos koji je veći od postotka prihvaćenog u predstečajnoj nagodbi (*arg.* čl. 62., st. 7. ZFPPN)?

Stoga rokovi o duljini trajanja PP-a, zatim o spajanju više prijedloga u jedan prijedlog, kao i rokovi u kojima o spornim situacijama mora odlučiti prvostupanjski i drugostupanjski sud bitno doprinose ekonomiji postupka.

U pogledu sadržaja prijedloga za PP treba naglasiti kako je on iznimno obiman i zahtjevan za pripremu i podnošenje te mora, a što je i najvažnije, sadržavati brojne činjenice na temelju kojih vjerovnici i sud mogu objektivno donijeti *relevantne* odluke o sudbini dužnika. Obveza je da se uz prijedlog dostavi: 1. tvrtka ili naziv, sjedište i poslovna adresu, odnosno ime i prezime, sjedište i poslovna adresu, adresa prebivališta te osobni identifikacijski broj dužnika i zahtjev da se nad dužnikom provede predstečajni postupak, 2. izvješće o financijskom stanju i poslovanju dužnika, 3. plan financijskog i operativnog restrukturiranja (kao *ključni element*), 4. popis imovine i prava dužnika koji su upisani u odgovarajuće upisnike. Žurnosti postupka svakako pomaže činjenica da bi ministar nadležan za poslove pravosuđa pravilnikom trebao propisati obrazac za prethodno navedeni prijedlog. Ako je dužnik veliki ili srednji poduzetnik prijedlog za otvaranje PP-a mora sadržavati izvješće ovlaštenog revizora koje sadrži pozitivno mišljenje o planu financijskog i operativnog restrukturiranja. Prijedlog mora sadržavati opis pregovora s vjerovnicima, ako ih je

50 NN, br. 47/09. – dalje u tekstu: ZOUP.

bilo, a koji su prethodili prijedlogu za pokretanje postupka, uključujući i potrebne obavijesti dostavljene vjerovnicima koji sudjeluju u postupku da bi mogli donijeti odluku o planu financijskog i operativnog restrukturiranja.

Sud mora odlučiti hoće li prihvatiti ili odbaciti prijedlog, s time da se prijedlog odbacuje: 1. ako je prijedlog podnesen za vrijeme trajanja prethodno potvrđenog predstečajnog sporazuma, 2. ako nije protekao rok od dvije godine od ispunjenja obveza iz prethodno potvrđenog predstečajnog sporazuma, 3. ako prijedlog nije podnesen od strane ovlaštenog predlagatelja, 4. ako sadržaj prijedloga nije u skladu s odredbama ovoga Zakona, 5. ako utvrdi da je dužnik sposoban i bez plana financijskog i operativnog restrukturiranja odgovarati svojim obvezama, 6. ako je nad dužnikom otvoren stečajni postupak. *Alternativno*, kao 7. razlog za sudski odbačaj prijedloga navodi se okolnost u kojoj je dužnik u vrijeme podnošenja prijedloga u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje koji vodi FINA imao evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u razdoblju duljem od 120 dana, a koje je trebalo, na temelju valjanih osnova za plaćanje, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa.

Treba li dužniku koji ima evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u razdoblju duljem od 120 dana, a koje je trebalo, na temelju valjanih plaćanja bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa, pružiti priliku putem PP-a? Odgovor je negativan. Blokada računa u razdoblju duljem od 120 dana znači ozbiljan, vrlo teško otklonjiv poremećaj u poslovanju dužnika i javni je interes takve osobe ukloniti s tržišta. Drugim riječima, dužnik je dokazano nesposoban za plaćanje (*insolventan*) jer ne može trajnije ispunjavati svoje dospjele novčane obveze pa je to opravdan razlog zbog kojega će sud odbaciti njegov prijedlog za PP (v. čl. 21. Nacrta zakona).

4.2.4.1. Otvaranje predstečajnog postupka

Ako prijedlog nije odbačen i ako su ispunjeni uvjeti iz Zakona, onda sud donosi rješenje o otvaranju PP-a. U sadržaju rješenja posebno će se navesti: 1. tvrtka, odnosno naziv, osobni identifikacijski broj dužnika, sjedište ili poslovna adresa, odnosno ime i prezime dužnika, sjedište i poslovna adresa i adresa prebivališta dužnika, 2. ime, prezime, osobni identifikacijski broj i adresa povjerenika, 3. dan, sat i minuta otvaranja predstečajnog postupka. Rješenjem o otvaranju predstečajnog postupka pozvat će se vjerovnici da u roku od 15 dana od dana objave oglasa, prijave svoje tražbine FINA-i⁵¹ i u roku od 15 dana od dana objave prijavljenih tražbina ospore prijavljene tražbine koje smatraju nepostojećim, uz obvezno navođenje razloga osporavanja. Također će se dužnik i povjerenik, ako je određen, pozvati da u roku od osam dana od isteka roka za osporavanje tražbina podneskom priznaju ili ospore svaku prijavljenu tražbinu, uz obvezno navođenje razloga osporavanja. Izlučni, razlučni i ostali založni vjerovnici obavještavaju o svojim pravima te se otvaranjem predstečajnog postupka njihov položaj ne mijenja u odnosu na stečajna pravila. Rješenje o otvaranju PP-a objavljuje se na internetskoj stranici e-stečajna oglasna ploča istoga dana kad je

51 U stečajnom postupku vjerovnici svoje tražbine i prava prijavljuju osobno stečajnom upravitelju (čl. 54. SZ).

doneseno rješenje o otvaranju postupka. Od dana objave rješenja o otvaranju PP-a, FINA prestaje izvršavati osnove za plaćanje evidentirane u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje na teret dužnika, osim mjera osiguranja donesenih u kaznenom postupku do drukčije odluke tijela koje je donijelo mjeru. Osnovu za plaćanje na teret dužnika zaprimljenu nakon otvaranja PP-a FINA neće evidentirati u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje niti je izvršavati, nego će je vratiti podnositelju uz obrazloženje. Rješenjem o otvaranju PP-a pozvat će se dužnikovi dužnici da svoje dospjele obveze bez odgode ispunjavaju dužniku. Kada sud utvrdi da je udovoljeno uvjetima za otvaranje PP-a, zaključkom određuje povjerenika.

4.2.4.2. Troškovi predstečajnog postupka

U praksi je jedna od najvećih prepreka za podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka upravo bila povezana s troškovima postupka. Name, pri podnošenju prijedloga za otvaranje stečajnog postupka dužnik je obavezan platiti predujam za troškove, dok će pri podnošenju prijedloga za otvaranje PP-a nad velikim ili srednjim poduzetnikom uplatiti predujam za troškove PP-a koji odgovara iznosu dodatne pristojbe iz čl. 39.a SZ (10.000,00 kuna). U protivnom sud će prijedlog odbaciti kao nedopušten. *Argumentum a contrario* znači da mali poduzetnici, koji su kao takvi definirani čl. 3., st. 2. Zakona o računovodstvu,⁵² nisu obvezni uplaćivati predujam za troškove PP-a. Glede troškova svakako je zanimljivo i rješenje sukladno kojemu je FINA dužna podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka ako pravna osoba, odnosno dužnik pojedinac u Očevidniku redoslijeda osnova za plaćanje ima evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u razdoblju od 120 dana (čl. 21. Nacrta zakona). Kao rezultat takvog rješenja mogao bi biti pokrenut velik broj stečajnih postupaka pred trgovačkim sudovima povodom prijedloga FINA-e, za što je potrebno više milijuna samo za troškove objave oglasa, na teret vjerovnika ili državnog proračuna. Nadalje, još desetke milijuna je potrebno za stečajne upravitelje čija se nagrada i troškovi isplaćuju iz sredstava Fonda za pokriće troškova stečajnog postupka, u kojem trenutno nema sredstava. Štoviše ovu tvrdnju opravdava i činjenica kako su u primjeni SZ-a i ZFPPN-u (u dijelu koji se odnosi na predstečajnu nagodbu) uočene određene slabosti. Iz tih razloga potrebno je izvršiti određene izmjene zakonskog teksta, donijeti podzakonske akte važne za ulogu upravitelja. U ovom pogledu mislimo prvenstveno na Uredbu koja uređuje pitanje nagrade i naknade troškova stečajnih upravitelja, čime bi se stvorila nezavisna i profesionalna služba. Također smatramo da je Uredba za sada nezadovoljavajuća *de facto*, ali i *de iure*. U Vladi RH već je dugo u pripremi prijedlog Uredbe o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrada stečajnim upraviteljima kojom se žele ispraviti svi veliki propusti iz istoimene Uredbe iz 2003.⁵³ Na žalost, još uvijek nije donesen poseban propis kojim će urediti nagradu i naknadu stečajnim upraviteljima, iako je izmjenama Zakona iz 2006. stvorena pravna osnova i utvrđen ovlaštenik. Kvalitetnim određivanjem nagrada i troškova operativnom tijelu u stečajnom postupku uvelike bi se doprinijelo profesionalizaciji službe. Pravo je pitanje zašto su nagrade za rad i naknada troškova stečajnom upravitelju problematika

52 NN, br. 109/07., 54/13. i 121/14.

53 NN, br. 189/03.

koju zakonodavac uporno ne želi riješiti već desetak godina, točnije od 1. prosinca 2003. kada je stupila na snagu protuustavna Uredba jer djeluje *retroaktivno*?⁵⁴

4.2.4.3. Pravne posljedice otvaranja predstečajnog postupka

Pravne posljedice otvaranja PP-a nastaju od trenutka kad je rješenje o otvaranju postupka objavljeno na internetskoj stranici e-stečajna oglasna ploča sudova. Ako je rješenje o otvaranju PP-a u povodu žalbe ukinuto, a u ponovnom PP-u se opet otvori, smatrat će se da su pravne posljedice otvaranja PP-a nastupile od trenutka objave prvog rješenja o otvaranju postupka. Pravne posljedice otvaranja PP-a nastaju za sve tražbine vjerovnika prema dužniku koje su nastale do otvaranja postupka, ako ovim Zakonom nije drukčije propisano. Ipak, PP ne utječe na pravo odvojenog namirenja izlučnih i razlučnih vjerovnika te tražbine radnika i prijašnjih radnika dužnika nastale do dana otvaranja PP-a, iz radnog odnosa u neto iznosu, otpremnine do iznosa propisanog zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom i tražbine na temelju naknade štete pretrpljene zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti.

Na prava radnika, kao zaštićene kategorije vjerovnika, posebno ćemo se osvrnuti. Naime, treba prihvatiti da veći dio hrvatskoga insolventijskog prava (SZ i ZFPPN u dijelu koji se odnosi na predstečajne nagodbe), kao i insolventijska prava drugih, posebno tranzicijskih država nisu *sedes materiae* gdje se rješava složena struktura radničkih prava. To, međutim ne znači da naš zakonodavac o ovom pitanju mora biti pasivan i ne rješavati ga u minimalnim stavkama. Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca,⁵⁵ kao treći stup našeg insolventijskog prava tek amortizira snažne udarce insolventije trgovačkih društava i ne nudi dugoročna rješenja. Dugoročna rješenja ne nudi, po naravi stvari niti SZ, a izravni cilj PP-a nije spašavanje radnih mjesta. Ipak, Nacrt zakona štiti radnika u PP-u jer ako dužnik tijekom PP-a kasni s isplatom plaće radnicima dospjelim nakon otvaranja PP-a, pa radnici i prijašnji radnici dužnika čije su tražbine nastale do dana otvaranja PP-a, iz radnog odnosa u neto iznosu, otpremnine do iznosa propisanog zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom i tražbine po osnovi naknade štete pretrpljene zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti mogu tražiti ovrhu na novčanim sredstvima dužnika. Osim toga, sud će obustaviti PP ako dužnik tijekom PP-a kasni s isplatom plaće radnicima dospjelim nakon otvaranja PP-a. S druge strane, radnike se PP suštinski tiče budući da su zainteresirani za dugoročni prosperitet poslodavca na tržištu i za svoja radna mjesta. Tek će se vidjeti hoće li rješenja PP-a u svezi s radničkim pravima, slično kao i rješenja ZFPPN-a biti zaprjeka uspješnom financijskom restrukturiranju u onim slučajevima ako ne postoji način da se svi radnici stave u punu zaposlenost.⁵⁶

Druge izuzetno važne pravne posljedice otvaranja PP-a su: 1) parnični, ovršni, upravni i postupci osiguranja, pokrenuti protiv dužnika prije otvaranja PP-a prekidaju

54 Čl. 20. Uredbe glasi: „Na stečajne postupke pokrenute do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN, br. 123/03.) primjenjivat će se odredbe ove Uredbe“.

55 NN, br. 86/08. i 80/13.

56 Vidi, ZUBER, Marija, Potraživanja radnika u predstečajnoj nagodbi, u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12.), CRNIĆ, Ivica (ur.), Organizator, Zagreb, 2012., str. 113-133.

se na prijedlog dužnika nakon objave rješenja o otvaranju postupka, osim postupaka osiguranja u kaznenom postupku, postupaka utvrđivanja zlouporabe prava i postupka vezanih uz tražbine na koje PP ne utječe, 2) za vrijeme trajanja PP-a, nije dopušteno pokretanje parničnih, ovršnih, upravnih i postupaka osiguranja radi namirenja ili osiguranja tražbina nastalih do otvaranja postupka, osim postupaka osiguranja u kaznenom postupku, postupaka utvrđivanja zlouporabe prava i postupka vezanih uz tražbine na koje ne utječe predstečajni postupak.⁵⁷ Uz to, prijavom tražbina u PP-u prekida se zastara od dana podnošenja prijave do proteka roka za isplatu koji je određen u predstečajnom sporazumu, a ako se predstečajni sporazum ne potvrdi – do pravomoćnosti odluke o obustavi predstečajnog postupka.

4.2.4.4. Ispitni postupak i utvrđivanje tražbina

Rješenjem o otvaranju PP-a pozvat će se vjerovnici da u roku od 15 dana od dana objave oglasa, prijave svoje tražbine i u roku od 15 dana od dana objave prijavljenih tražbina ospore prijavljene tražbine koje smatraju nepostojećim, uz obvezno navođenje razloga osporavanja, dok se na ročištu radi ispitivanja tražbina one ispituju. Tražbine prijavljene u roku propisanim ovim Nacrtom zakona smatraju se utvrđenim ako ih nije osporio dužnik, ako je određen povjerenik ili koji od vjerovnika čije su tražbine utvrđene.

Zbog osobite važnosti na PP posebno ćemo se osvrnuti na dvije odredbe iz čl. 6. Nacrta zakona svrstane među pravne posljedice otvaranja predstečajnog postupka, a koje glase: 1) „Ako je koji od vjerovnika osporio tražbinu koju je priznao dužnik, osporavatelj u takvom postupku nastupa u ime i za račun dužnika“ te 2) „Postupak za utvrđivanje osporenih tražbina provodi se odgovarajućom primjenom pravila o postupku za utvrđivanje tražbina u stečajnom postupku“.

Čl. 178. SZ-a u jedanaest (11) stavaka određuje pravila u svezi s osporenim tražbina, a najsporniji može biti st. 2. koji glasi: „Ako je koji od stečajnih vjerovnika osporio tražbinu koju je priznao stečajni upravitelj, stečajni sudac će stečajnog vjerovnika uputiti u parnicu radi utvrđivanja osporene tražbine. Osporavatelj u takvoj parnici nastupa u ime i za račun stečajnog dužnika“.⁵⁸

Dakle, u ovom slučaju kao tuženika treba označiti dužnika jer vjerovnik ne ističe tražbinu prema osporavatelju, već prema dužniku. Dužnika u ovoj parnici ne zastupa njegov zastupnik po zakonu (*alter ego*) nego onaj vjerovnik koji je osporio tražbinu – osporavatelj. Troškove izgubljenog parničnog troška mora nadoknaditi dužnik, premda je na ispitnom ročištu priznao tražbinu. Ipak, dužnik za izgubljeni parnični trošak koji predstavlja ostale obveze stečajne mase (čl. 87. SZ) ima pravo na *regres* od vjerovnika osporavatelja budući da je bez uspjeha osporavao tražbinu

57 Ostale pravne posljedice otvaranja PP-a navedene su u čl. 4. Nacrta zakona.

58 Uveden je u Četvrtoj noveli SZ-a iz 2006. (čl. 79. ZID SZ), a Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, kao predlagatelj razlog njegovog uvođenja obrazložilo je vrlo zanimljivim stajalištem: „Zbog obijesnog osporavanja i kasnijeg parničenja na teret stečajnog postupka razdvojeno je osporavanje stečajnog upravitelja i ostalih osporavanja.“ Dostupno na: <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/Sjednice/Arhiva/172-04.pdf> (27.02.2014.).

drugom vjerovniku.⁵⁹ To je potvrdila i naša sudska praksa.⁶⁰

Pod utvrđenom se tražbinom podrazumijeva glavni dug i kamate koje su dospjele do dana donošenja rješenja o otvaranju PP-a, a ako je tražbina sadržana u ovršnoj ispravi, pod utvrđenom tražbinom razumijeva se cjelokupna svota navedena u toj ispravi. Ako je u PP određeno da se tražbine isplate u smanjenoj svoti, postotak koji se isplaćuje prema PP obračunava se na cijelu svotu utvrđene tražbine.

Radi ekonomije PP-a i zbog kontrole suvišnih troškova, zakonodavac propisuje da se tražbine koje su osporili dužnik, povjerenik ako je određen ili koji od vjerovnika čije su tražbine utvrđene moraju raspraviti. Nakon što su sve pristigle tražbine ispitane, sudac sastavlja posebnu tablicu ispitanih tražbina u koju za svaku pojedinu tražbinu unosi u kojoj je mjeri utvrđena, odnosno osporena, uz obvezno navođenje razloga osporavanja. Na temelju tablice sudac donosi rješenje kojim odlučuje o tome u kojem su iznosu utvrđene i osporene pojedine tražbine, uz obvezno navođenje razloga osporavanja. Dužnik je obavezan najkasnije u roku od osam dana od donošenja rješenja o utvrđenim i osporenim tražbinama, dostaviti plan financijskog i operativnog restrukturiranja koji obuhvaća sve utvrđene i osporene tražbine prema rješenju o utvrđenim i osporenim tražbinama, ako ranije dostavljeni plan financijskog i operativnog restrukturiranja ne obuhvaća sve tražbine koje su sadržane u rješenju o utvrđenim i osporenim tražbinama. Ne može se pristupiti glasovanju za plan financijskog i operativnog restrukturiranja koji ne obuhvaća sve utvrđene i osporene tražbine. Ako dužnik ne dostavi plan financijskog i operativnog restrukturiranja u roku, sud će rješenjem obustaviti postupak.

Ovo je svakako bolje rješenje od rješenja iz ZFPPN-a prema kojem ni vjerovnici, a niti povjerenik predstečajne nagodbe ne mogu osporavati drugim vjerovnicima tražbine nego se samo dužnik izjašnjava. Takav, u biti privilegirani status dužnika u predstečajnoj nagodbi, otvara, na žalost preveliku mogućnost manipulacije jer dužnik u dogovoru s vjerovnikom može priznati nepostojeću tražbinu, a osporiti postojeću i na taj način bitno, čak odlučujuće utjecati na glasovanje o predstečajnoj nagodbi s obzirom na to da se nitko drugi ne može izjašnjavati o tražbinama. Čak ni nagodbeno vijeće ne može ulaziti u činjenično izjašnjenje dužnika, dok trgovački sud, pred kojim se sklapa nagodba nema ovlaštenja ulaziti u prethodno završeni upravni postupak pred FINA-om već samo verificirati postojeće stanje. Predstečajna nagodba ima snagu ovršne isprave za sve vjerovnike čije su tražbine utvrđene (st. 13., čl. 66. ZFPPN), odnosno predstečajna nagodba sklopljena pred trgovačkim sudom ima snagu *res judicatae*.

59 Suprotno stajalište ima Eraković. On smatra ako je stečajni upravitelj u stečajnom postupku priznao tražbinu, nema smisla prisiljavati ga da u parnici osporava postojanje tražbine. On i u parnici može priznati postojanje tražbine, čime bi osporavatelj (stečajni vjerovnik) ostao zapravo bez pravne zaštite, stoga treba zaključiti da kao tuženika u parnici treba označiti osporavatelja. Vidi, ERAKOVIĆ, Andrija, Stečajni zakon s komentarom i primjerima, RRIF plus, Zagreb, 1997., str. 124.

60 U svojoj odluci br. Pž-1896/01 od 24. rujna 2002. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske zauzeo je stajalište da kada tražbinu vjerovnika osporava drugi vjerovnik, a ne stečajni upravitelj, tuženik može biti jedino stečajni dužnik jer „tužiteljica i osporavatelj nisu bili u nikakvom pravnom odnosu.“

S druge strane, tražbine razlučnih vjerovnika ne utvrđuju se ako vjerovnik nije dostavio izjavu o odricanju prava na odvojeno namirenje i takve tražbine ne ulaze u tablicu ispitanih tražbina, niti u iznos prijavljenih tražbina, već za njih sudac sastavlja posebnu tablicu. Takve tražbine mogu se naknadno utvrditi rješenjem, ako vjerovnik naknadno dostavi izjavu kojom se odriče od prava na odvojeno namirenje, sukladno odredbama ovoga zakona.

4.2.4.5. Pravo glasa i potrebne većine za sklapanje predstečajnog sporazuma

Sud će zakazati ročište na kojem će se raspravljati i glasovati o planu financijskog i operativnog restrukturiranja. Ročište se mora održati u roku od 30 dana od zakazivanja. Ročište za raspravljanje i glasovanje i plan financijskog i operativnog restrukturiranja moraju biti objavljeni. U objavi treba istaknuti da se u prispjele stavove o planu financijskog i operativnog restrukturiranja može obaviti uvid u pisarnici suda. Na ročištu za raspravljanje i glasovanje dužnik obrazlaže prijedlog plana financijskog i operativnog restrukturiranja. Nakon izlaganja dužnika o prijedlogu, izjašnjava se povjerenik ako je određen. O prijedlozima dužnika otvara se rasprava u kojoj imaju pravo sudjelovati vjerovnici, dužnik i povjerenik ako je određen. O prijedlozima vjerovnika iznesenim na ročištu, glede izmjena u predloženom planu financijskog i operativnog restrukturiranja izjašnjava se dužnik. Vjerovnici odlučuju o planu financijskog i operativnog restrukturiranja glasovanjem u pismenom obliku. Formatizirani obrazac za glasovanje mora biti dostavljen sudu najkasnije do početka ročišta za glasovanje te potpisan i ovjeren od ovlaštene osobe. Ako je vjerovnik pravna osoba, uz obrazac mora biti priložen dokaz da ga je potpisala ovlaštena osoba (izvadak iz sudskog ili odgovarajućeg registra). Ako vjerovnici koji glasuju pisanim putem, najkasnije do početka ročišta za glasovanje ne dostave formatizirani obrazac, smatrat će se da su glasovali protiv plana financijskog i operativnog restrukturiranja. Sud će vjerovnicima s pravom glasa prisutnim na ročištu za glasovanje podijeliti formatizirane obrasce za glasovanje. Svaki vjerovnik glasuje popunjavanjem formaliziranog obrasca. Također sud će sastaviti popis prisutnih vjerovnika i prava glasa koja im pripadaju. Sud će o provedenom glasovanju sastaviti zapisnik koji potpisuje dužnik i povjerenik ako je određen.

Na pravo glasa i potrebne većine pri glasovanju i prihvatanju plana financijskog i operativnog restrukturiranja na odgovarajući način se primjenjuju pravila ovoga Zakona o pravu glasa i potrebnim većinama o stečajnom planu. Drugim riječima, napušta se model „potrebne većine“ iz ZFPPN-a i ponovno prihvata model „potrebne većine“ koji u našem stečajnom zakonodavstvu s modifikacijama postoji još od originalne verzije SZ-a iz 1996. U izvornoj verziji SZ (NN, br. 44/96.), st. 1., čl. 240. glasilo je: „Smatrat će se da su vjerovnici prihvatili stečajni plan ako je u svakoj skupini većina vjerovnika od onih koji su glasovali za plan i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko premašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati“. Prema čl. 28. ZID SZ-a iz 1999. (NN, br. 29/99.) iza riječi „onih koji su glasovali“ dodaje se riječ: „glasovala“. Međutim, st. 1., čl. 48. ZID SZ-a iz 2000. (NN, br. 129/00.) mijenja definiciju potrebne većine i određuje: „Smatrat će se da su vjerovnici prihvatili stečajni plan ako je u svakoj

skupini glasovala većina vjerovnika i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko premašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati⁶¹. U kasnijim izmjenama i dopunama SZ-a ova odredba nije mijenjana. U odnosu na pravo glasa stečajnih vjerovnika pri glasovanju o stečajnom planu na odgovarajući se način primjenjuju pravila iz čl. 38. d. SZ-a, dok različiti vjerovnici imaju jednako pravo kao i stečajni vjerovnici ako im je dužnik i osobno odgovoran i ako se odreknu svoga prava na odvojeno namirenje ili ne budu odvojeno namireni (čl. 23. SZ).⁶²

Glasovanje o prihvatu plana obavlja se odvojeno po skupinama vjerovnika s pravom glasa (čl. 239. SZ). Smatrat će se da su vjerovnici prihvatili stečajni plan ako je u svakoj skupini glasovala većina vjerovnika i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko premašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati (st. 1., čl. 240. SZ). Dakle, za prihvaćanje plana moraju biti *kumulativno* ispunjena dva uvjeta. Prvi je uvjet da je za plan u svakoj skupini glasovala obična većina vjerovnika, dok je drugi uvjet ispunjen ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko premašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati.⁶³ Vjerovnici koji imaju neko zajedničko pravo ili čija su prava do nastanka stečajnog razloga tvorila jedinstveno pravo računaju se pri glasovanju kao jedan vjerovnik, a na odgovarajući način će se pristupiti i s nositeljima razlučnih prava ili prava plodouživanja (st. 2., čl. 240. SZ). Ako se stečajnim planom ne zadire u prava razlučnih vjerovnika te ako stečajni vjerovnici nisu razvrstani u posebne skupine, smatrat će se da su vjerovnici prihvatili stečajni plan ako je za njega glasovala većina vjerovnika koji su glasovali i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan premašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se on ne prihvati (st. 3., čl. 240. SZ). Izuzetno je važno da čl. 241. SZ-a izrijeком određuje zabranu opstrukcije koju u svakom konkretnom slučaju ocjenjuje sud. Smatra se da je neka skupina prihvatila plan, premda u njoj nije postignuta potrebna većina, ako vjerovnici te skupine: a) stečajnim planom nisu stavljeni u lošiji položaj od onoga u kojemu bi bili da plana nema; b) ako primjereno sudjeluju u gospodarskim koristima koje bi sudionicima trebale pripasti na temelju stečajnog plana te c) ako je većina glasačkih skupina plan prihvatila s potrebnom većinom.⁶⁴

Nakon što stečajni plan prihvate vjerovnici i nakon što na njega pristane dužnik, stečajni sudac će odlučiti o tomu hoće li plan potvrditi (st. 1., čl. 244. SZ). Rješenje o potvrdi stečajnog plana sadrži provedbenu osnovu plana koju su vjerovnici prihvatili

61 Vidi GARAŠIĆ, Jasna, Sadržaj stečajnog plana u: Novosti u stečajnom pravu s pročišćenim tekstom Stečajnog zakona (urednik knjige DIKA, Mihajlo), Organizator, Zagreb, 2001., str. 229.-257.

62 Čl. 84. SZ određuje: „Vjerovnici s pravom odvojenog namirenja su stečajni vjerovnici ako im je dužnik i osobno odgovoran. Oni imaju pravo na razmjerno namirenje iz stečajne mase samo ako se odreknu odvojenog namirenja ili ako se ne uspiju odvojeno namiriti“.

63 Prisilna nagodba je prihvaćena ako su za njeno prihvaćanje glasovali vjerovnici čiji ukupni ponderirani iznosi tražbina predstavlja najmanje šest desetina tražbina utvrđenih u st. 3. čl. 201. ZFPPIP (čl. 205. ZFPPIP).

64 Vidi, ERAKOVIĆ, *op. cit.*, str. 155.

(st. 3., čl. 244. SZ). Provedbena osnova sadrži odredbe o tome kako će se planom izmijeniti pravni položaj dužnika i drugih sudionika u postupku (čl. 217. SZ). Protiv rješenja kojim se stečajni plan potvrđuje ili se potvrda plana uskraćuje vjerovnici i dužnik imaju pravo na žalbu (čl. 249. SZ). Ako se na ročištu za glasovanje postigne potrebna većina, sud će rješenjem potvrditi predstečajni sporazum. Rješenje kojim se potvrđuje predstečajni sporazum ili se potvrda uskraćuje objavit će se na e-stečajnoj oglasnoj ploči sudova. Protiv rješenja vjerovnici i dužnik imaju pravo na žalbu. Odredbe o učincima potvrđenog stečajnog plana i nadzora nad njegovim ispunjenjem primjenjuju se na odgovarajući način na potvrđeni predstečajni sporazum. Ako se na ročištu za glasovanje ne postigne potrebna većina, dužnik i natpolovična većina vjerovnika prisutnih na ročištu mogu zatražiti od suda da odredi raspravljanje o izmjenama i dopunama plana financijskog i operativnog restrukturiranju pri FINA-i.

4.2.4.6. Obustava predstečajnog postupka

Osim kada se ne usvoji dužnikov plan ozdravljenja, Nacrta zakona predviđa i druge slučajeve obustave PP-a. To su: 1. ako utvrdi da ne postoji razlog za otvaranje PP-a, 2. ako je vrijednost utvrđenih tražbina veća za 10 posto od vrijednosti obveza prema vjerovnicima koje je dužnik naveo u prijedlogu, 3. ako dužnik tijekom PPa postupa protivno odredbama članka 4.s ovoga Zakona, 4. ako dužnik u tijeku PP-a kasni s isplatom plaće radnicima dospjelim nakon otvaranja PP-a, 5. ako dužnik ispuni sve obveze prema vjerovnicima do ročišta za glasovanje, 6. ako Hrvatska narodna banka ne izda prethodnu suglasnost za pretvaranje tražbina kreditne institucije u temeljni kapital dužnika u P-a, a dužnik ne predloži novi plan financijskog i operativnog restrukturiranja, 7. ako se protekom roka od 120 dana od dana otvaranja PP-a ne potvrdi predstečajni sporazum odnosno ako se taj postupak ne proveden niti u produljenom roku od daljnjih najviše 90 dana, ako je sud odobrio produljenje roka za dovršetak postupka. Nakon donošenja rješenja o obustavi PP-a, FINA će osnove za plaćanje nastaviti izvršavati, naravno osim u situacijama kada je PP obustavljen jer je dužnik ispunio sve obveze prema vjerovnicima.

4.3. Nova pravila o stečajnim upraviteljima

Iznimna složenost dužnosti i faktičnih poslova koje moraju obavljati stečajni upravitelji vodila je zakonodavca u smjeru reformiranja općih (*in abstracto*) i posebnih (*in concreto*) uvjeta u vezi s izborom za stečajnog upravitelja.⁶⁵ Tako se, u pogledu općih uvjeta, za stečajnog upravitelja, sukladno čl. 9. Nacrta zakona može imenovati osoba koja se nalazi na listi stečajnih upravitelja i isključivo na području nadležnog suda.⁶⁶

65 Vidi, HRASTINSKI JURČEC, Ljiljana, Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Zagreb, Inženjerski biro, 2007., str. 60-127.

66 U praksi hrvatskih trgovačkih sudova gotovo se uvijek primjenjivalo pravilo da je stečajni upravitelj isključivo s područja nadležnog suda zbog naknade troškova koji predstavljaju troškove stečajnog postupka (čl. 86. SZ). U vrlo rijetkim situacijama stečajni sudac se

U čl. 10. Nacrt je zakona redefinirao negativnu listu pretpostavki koje su zaprjeka osobi koja inače ispunjava sve potrebne (opće i posebne) uvjete da je u određenom slučaju imenovana stečajnim upraviteljem. Ističu se dva kriterija: 1.) kriterij prezaduženosti te 2.) kriterij da je protiv osobe pokrenut kazneni postupak.

Ako analiziramo takvu formulaciju iz nomotehničke perspektive, možemo reći da ima propusta, a jedan je od njih i što se ne definira kriterij prezaduženosti kao preprjeka obavljanja stečajno-upraviteljske službe. Istina, navedeni kriterij je definiran u st. 11., čl. 4. SZ-a te st. 1., t. 2. i st. 4., čl. 16. ZFPPN-a kao stečajni razlog koji postoji kada je riječ o pravnim osobama koje obavljaju djelatnost radi stjecanja dobiti i vode računovodstvene evidencije. U slučaju fizičkih osoba prezaduženost kao stanje u kojem imovina ne pokriva postojeće obveze treba utvrditi isključivo stručno osposobljena (ovlaštena) osoba. Takvim nomotehničkim previdom i suprotno načelu pravne sigurnosti, zakonodavac, uz mnoge nedorečenosti, rabeći zakonodavnu konstrukciju „prezaduženost“ implicira na institut stečaja nad imovinom fizičkih osoba, potrošača. Stoga kako je odnos između pravnih pojmova daleko kompliciraniji negoli je taj odnos u svakodnevnom govoru, jezičnoj konstrukciji „koja je prezadužena“ treba prigovoriti. Slična je situacija i s drugim navedenim kriterijem. Bez detaljne analize ove odredbe, ali i relevantnih odredbi Zakona o kaznenom postupku⁶⁷ možemo zaključiti da je ovo i protuustavno rješenje jer čl. 28. Ustava RH kao i praksa u vezi s čl. 6. Europske konvencije propisuje da je svatko nedužan i nitko se ne smije smatrati krivim za kazneno djelo dok mu se pravomoćnom sudskom presudom ne utvrdi krivnja. Riječ je o zahtjevu koji se, načelno, sam po sebi čini umjesnim i opravdanim, ali koji će u praksi omogućiti stečajnim sucima relativno veliku, zapravo nekontrolabilnu diskreciju pri izboru stečajnih upravitelja što može stvoriti dojam pristranosti i neobjektivnosti sudstva.

Također nije jasna formulacije da će stečajni upravitelj biti, među ostalim uvjetima, i osoba „koja nakon položenog stručnog ispita ima uspješno završenu stručnu obuku u trajanju od jedne godine“. Naime, analizom položaja stečajnog upravitelja dolazimo do zaključka kako navedena profesija nije dostatno regulirana, odnosno da ne postoje kriteriji za profesionalno bavljenje ovom profesijom, kao i da nema tijela, osim tijela u stečajnom postupku, koji bi vršio stalan nadzor nad njihovim radom. Rješenje je u uspostavljanju komore stečajnih upravitelja koja bi bila zadužena za edukaciju stečajnih upravitelja, zastupanje njihovih interesa i sankcioniranje u slučaju djelovanja protiv interesa vjerovnika i dužnika. Nadalje, ono što se u radu predlaže mogućnost je da edukaciju stečajnih upravitelja obavljaju udruženja stečajnih upravitelja ili pak da se organizira posebna agencija za licenciranje i edukaciju stečajnih upravitelja kako je to već urađeno, primjerice u Sloveniji. Naime, odvjetništvo i javno-bilježništvo kao pravosudne profesije u svakom su slučaju kvalitetno organizirane profesije i treba koristiti njihova iskustva. Naša nastojanja su upravo usmjerena u tom pravcu unificiranja zakonskih rješenja i ukazivanju nadležnim organima da stečajni

odlučivao imenovati za stečajnog upravitelja iz područja nadležnosti drugog suda. Primjerice, na Trgovačkom sudu u Splitu stečajno upraviteljske poslove obavlja stečajni upravitelj iz Osijeka („Dalmacija vino d.d. u stečaju, Split, „Sportski grad TPN“ d.o.o. u stečaju, Split). Mišljenje je autora kako je razloge takvog ponašanja pojedinih sudaca teško proniknuti.

67 NN, br. 152/08., 76/09., 80/11., 121/11., 91/12., 143/12., 56/13. i 145/13., čl. 17.

upravitelji trebaju biti organizirani, u duhu našeg pravnog sustava, kroz strukovnu organizaciju Komore stečajnih upravitelja na koju bi se prenijela javnopravna ovlaštenja. U konačnici, bez stručnih operativnih tijela nije moguće zamisliti uspjeh bilo kojeg postupka povodom insolventnosti dužnika u nas, ali i u svijetu.

4.4. Nova (stara) pravila o stečajnom planu

Kako je ZFPPN omogućio restrukturiranje dužnika, u stečajnom je postupku napuštena mogućnost financijskog restrukturiranja stečajnog dužnika, pa je vjerovnicima sada jedino omogućeno da se stečajnim planom prenese cjelokupna imovina dužnika na osobu koju će osnovati stečajni dužnik (tzv. prijenosni stečajni plan).⁶⁸

Provođenjem plana stečajnom dužniku se prije svega pruža neophodno vrijeme da stabilizira svoje poslovanje. Stoga novo - staro rješenje iz čl. 51. Nacrta zakona s mnogobrojnim mjerama ekonomske, financijske, pravne i organizacijske prirode (ne postoji *numerus clausus*) pruža daleko veći broj mogućnosti stečajnom dužniku izaći iz krize i namiriti svoje vjerovnike na prihvatljiv način. U svakom konkretnom slučaju treba pronaći najkvalitetniju mogućnost. Neke od predloženih mjera su: 1) ostaviti dužniku svu ili dio njegove imovine radi nastavljanja poslovanja dužnika, 2) prenijeti dio ili svu imovinu dužnika na jednu ili više već postojećih osoba ili osoba koje će tek biti osnovane, uz isključenje primjene općeg pravila o pristupanju dugu u slučaju preuzimanja neke imovinske cjeline iz zakona kojim se uređuju obvezni odnosi i o dužnosti davanja izjave o nepostojanju dugovanja iz zakona kojim se uređuje postupak u sudskom registru, 3) dužnika pripojiti drugoj osobi ili spojiti s jednom ili više osoba, 4) prodati svu ili dio imovine dužnika, s ili bez razlučnih prava, 5) raspodijeliti svu ili dio imovine dužnika između vjerovnika, odrediti način namirenja stečajnih vjerovnika, 6) namiriti ili izmijeniti razlučna prava, 7) smanjiti ili odgoditi isplatu obveza dužnika, 8) obveze dužnika pretvoriti u kredit, 9) preuzeti jamstvo ili dati drugo osiguranje za ispunjenje obveza dužnika, 10) urediti odgovornost dužnika nakon završetka stečajnoga postupka, i drugo. Ponovnim uvođenjem mnogobrojnih opcija u svezi sa stečajnim planom zakonodavac priznaje propust iz 2012. koji je doktrina, zajedno s ZFPPN-om već ocijenila kao „značajan korak unazad u razvoju hrvatskog stečajnog prava, a posebice instituta stečajnog plana“.⁶⁹

4.5. Stečaj povezanih društava

Pozitivno hrvatsko pravo prilično kvalitetno definira elemente pojma povezanih društava. Tako Zakon o trgovačkim društvima⁷⁰ uređuje pitanje povezanih društava koja se mogu povezivati putem učešća u kapitalu, putem ugovora ili mješovito.

68 NN, br. 133/12.

69 Vidi opširnije, GARAŠIĆ, Jasnica, Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., ... *cit.*, str. 490.

70 NN, br. 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 125/11., 152/11., 111/12. i 68/13., čl. 473. *et seq.*

Povezana društva obuhvaćaju jedno kontrolno (matično) i jedno ili više podređenih (zavisnih) društava. Osnovne karakteristike povezanih društava su ekonomska zavisnost, pravna samostalnost i jedinstvena uprava,⁷¹ a odnos ovisnosti nastaje u pravilu na temelju većinskog sudjelovanja vladajućeg društva u ovisnom društvu kroz utjecaj na donošenje odluka.⁷² Međutim, mnogo je manji opseg suglasnosti s europskim pravom⁷³ praksa u vezi s ZFPPN-om koja ukazuje kako su dužnici nerijetko priznajući nepostojeće - fiktivne tražbine putem izravno ili neizravno povezanih trgovačkih društava u potpunosti obezvrijedili tražbine - imovinu stvarnih vjerovnika - pravnih i fizičkih osoba te Republike Hrvatske, jer se na strani dužnika i vjerovnika često nalazi „ista“ osoba, koja ima kontrolu nad nekoliko trgovačkih društava, u kojima su osnivači, članovi uprava ili direktori, odnosno putem udjela u društva u vlasništvu drugog društva te u stvarnosti ne postoji odnos dužnik - vjerovnik. Dakle, s obzirom na uvođenje novog modela stečajnog postupka, predstečajne nagodbe, bez istodobnog propisivanja položaja povezanih društava u pravnom sustavu otvorio se prostor za arbitarnost u primjeni pravnih normi. Shvaćajući taj propust u ZFPPN-u, Nacrt Zakona uvodi Glavu IX. a „Stečaj povezanih osoba“. U stečajnim postupcima nad dvije ili više povezanih osoba, među kojima je i dužnik koji ima vladajući utjecaj: a) imenovat će se jedan stečajni upravitelj, b) postoji jedna skupština vjerovnika i jedan odbor vjerovnika, c) mjesno nadležan sud je sud nadležan prema sjedištu dužnika koji ima vladajuću utjecaj, d) postoji jedna stečajna masa i e) prestaju međusobne tražbine povezanih osoba.

Uredba Vijeća (EZ) broj 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskom postupku (u daljnjem tekstu: Uredba br. 1346/2000.)⁷⁴ ne sadrži pojam povezanih društava (engl. *group of companies*), što znači da je to pitanje prepušteno nacionalnim zakonodavstvima i njihovoj stečajnoj praksi.⁷⁵ Ipak, Europska komisija je, zbog onemogućavanja zloupotreba i veće pravne sigurnosti krajem 2012. sastavila Prijedlog izmjena Uredbe o insolventijskim postupcima (dalje: Prijedlog), kojim je, između ostalog, djelomično uredila i materiju stečaja povezanih društava.⁷⁶ Definirajući povezana društva kao više pravnih subjekata koje se sastoje od matičnih i ovisnih društava, Prijedlogom se uvodi obveza koordinacije stečajnih postupaka otvorenih protiv različitih članova iste skupine povezanih društava, i to tako što se stečajni

71 Podrobnije, JURIC, Dionis, Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, 2002., br. 2, str. 507540.

72 Vidi, ERAKOVIĆ, Andrija, Komentar Zakona o trgovačkim društvima sa sudskom praksom, napomenama, prilogima i abecednim kazalom pojmova, Organizator, Zagreb, 2008., str. 593.

73 Vidi primjerice, IVANJKO, Šime *et al.*, Korporacijsko pravo – Pravni položaj gospodarskih subjekta, Ljubljana, 2009., str. 965-1007.

74 Uredba Vijeća (EZ), br. 1346/2000. od 29. svibnja 2000. o insolventijskim postupcima, SL L 160, 30.06.2000.

75 Podrobnije, PAULUS, Christoph G., Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches, Texas International Law Journal, vol. 42, 2007., no. 1, str. 823.

76 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012., COM (2012), 012/0360 (COD), 744 final.

upravitelji i sudovi obvezuju između sebe razmjenjivati informacije i surađivati.⁷⁷ Iako će od najveće važnosti biti jasnoća, dosljednost i konstantnost pravne prakse, smatramo neophodnim daljnju razradu i preciziranje pojma povezanih društava te jasno i precizno propisivanje posljedica kvalifikacije društava kao povezanih.

4.6. Stečaj s prekograničnim elementom

Unifikacija pravila međunarodnog privatnog (i insolventijskog) prava u EU predstavlja jednu od bitnih pretpostavki za ostvarivanje postavljenih integracijskih ciljeva država članica EU. Zbog toga se ovom pitanju počela posvećivati dužna pažnja od samog početka integracijskog procesa.⁷⁸ SZ-om odredbe o postupcima s međunarodnim elementom imenuje se skupnim nazivom „međunarodni stečaj“ (čl. 301.-334. SZ). Međutim, nazivom „međunarodni stečaj“ obuhvaćeno je puno šire područje od isključivo stečajnog postupka s međunarodnim elementima.⁷⁹ Općenito govoreći, doktrina određuje kako stečajni postupak dobiva elemente međunarodnosti/prekograničnosti onda kada jedna ili više zainteresiranih osoba koji su povezani s tim stečajnim postupkom, zatraži zaštitu svojih pravnih interesa u stranoj zemlji, odnosno u zemlji u kojoj nije otvoren taj postupak. Cilj je, dakle, osiguranje suradnje između sudova i drugih nadležnih tijela RH i strane države koja sudjeluje u stečajnom postupku, ostvarivanje veće pravne sigurnosti u trgovini i zaštita stranih investicija, zaštita interesa svih vjerovnika i drugih zainteresiranih osoba te očuvanju odnosno uvećanju vrijednosti imovine stečajnog dužnika. Temeljna pretpostavka ovakvog zahtjeva jest činjenica da se poslovanje stečajnog dužnika ili pak samo dio njegove imovine nalazi na području više država. Jedna od izmjena određuje da se Nacrtom Zakonom utvrđuju uvjeti i načini za provedbu Uredbe br. 1346/2000. (čl. 1a. Nacrta Zakona).⁸⁰ Analizirajući pravne sustave dolazimo do zaključka kako su poznata dva načelna opredjeljenja u pogledu načina priznavanja strane odluke o otvaranju stečajnog postupka. To su sustav automatskog priznavanja stranih odluka o otvaranju stečajnog postupka koji je sadržan u Uredbi, br. 1346/2000. (čl. 17.) te postupak formalnog priznanja, za koji se opredijelio hrvatski zakonodavac (čl. 308. SZ). Naime, osjetljivost i složenost materije, zadiranje u državni suverenitet, jednostavno je nametnulo državama razumnu opreznost u pristupu ovoj složenoj materiji. Ipak radi usvajanja europske pravne stečevine, kao i radi usklađivanja

77 Vidi, РАДОВИЋ, Вук, Међународни стечај и повезана друштва – основни проблеми недоумице, рад објављен у оквиру семинара „Међународни стечај и повезана лица у смислу Закона о стечају и других закона, одржан 25.10.2013. Dostupno na: <http://www.alsu.gov.rs/bap/cod/navigate.jsp?Id=37&newsId=790> (12.11.2013.).

78 Za istaknuti je da su pravila o međunarodnom stečaju jedna od najmlađih pravila u hrvatskom pravnom sustavu, jer su u njega implementirana 01. siječnja 1997. RH se tako našla među prvim zemljama koje su cjelovito i samostalno uredile postupanje u stečajnim postupcima s međunarodnim elementom, ali za pravne osobe.

79 Treba spomenuti kako je predstečajna nagodba poznata u pravnim sustavima država članica EU-a, ali ipak na razini Europske unije, gdje je na snazi Uredba Vijeća (EZ) broj 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskom postupku, Europska unija se nije opredijelila za ovaj institut.

80 Podrobnije o Uredbi 1346/2000, GARAŠIĆ, Jasnica, Europska uredba o insolventijskim postupcima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 2005., no. 1, str. 257-305.

s odredbama Uredbe 1346/2000,⁸¹ Nacrt Zakona definira posebna pravila za stečajne postupke u državama članicama Europske unije prihvaćajući sustav automatskog priznavanja. Time se izbjegla mogućnost da u državi priznanja različiti sudovi dođu do različitih ocjena o tomu jesu li pretpostavke za priznanje ispunjene, što nije u skladu s načelom pravne sigurnosti.⁸² Ipak, bez obzira na entuzijazam, harmonizacija navedenog načela u praksi može se pokazati kao naporan i usporan proces. Naime, Nacrt Uredbe 1346/2000 pravljen je imajući na umu stečaj pravnih osoba i stoga je sukladno tomu uređeno njeno polje primjene (*ratione personae*).⁸³ Kako je potrošački

81 Naime ulaskom u EU, uredbe se izravno/direktno primjenjuju na građane država članica te nije dopušteno donošenje nacionalnih implementacijskih mjera za njihovu primjenu, osim ako same uredbe to neposredno zahtijevaju odnosno kada je zbog neodređenosti pojedinih dijelova dopušteno preciziranje nacionalnim mjerama, pod uvjetom da nisu u neskladu s odredbama Uredbe. Tako, BARIĆ, Sanja, RUŽIĆ, Lena, Sekundarno zakonodavstvo EU i parlamentarni nadzor nad nacionalnom egzekutivom, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 2008., br. 2, str. 789.

82 Vidi, HRASTINSKI JURČEC, Ljiljana, Međunarodni stečaj u hrvatskom pravnom sustavu, Zakonodavstvo i praksa: Zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka, 2008., str. 175-185., GARAŠIĆ, Jasnica, Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventnog postupka prema hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, 2006., no. 2-3, str. 583-616. te KERAMEUS, Konstantinos D., Procedural harmonization in Europe, American Journal of Comparative Law, vol. 43, 1995., no. 3, str. 404.

83 Uredba 1346/2000 u načelu će se primjenjivati na insolventni postupak, bilo u slučaju da je dužnik fizička ili pravna osoba, trgovac ili privatna osoba (Preambula 9. i čl. 1., čl. 2., st. 1., t. 1. Uredbe 1346/2000). U konkretnim uvjetima, pitanje tko može biti insolventni dužnik uređeno je nacionalnim pravom (čl. 4., st. 2., (a), Uredbe 1346/2000.). Dok države članice imaju različite insolventne postupke za različite dužnike, Uredba 1346/2000 primjenjuje se na postupke koji su navedeni u Aneksu A Uredbe (čl. 2., st. 1., t. a.). Svaka država članica izvijestila je nadležno tijelo pri EU o tomu koji su postupci uključeni u Aneks A. Države su zauzele različita stajališta o primjeni Uredbe 1346/2000 na postojeće insolventne postupke za potrošače. Prva skupina zemalja, Belgija i Nizozemska odlučile su da se Uredba 1346/2000 primjenjuje na njihove postupke potrošačkog stečaja, koji su navedeni u Aneksu A. (Aneks A: Insolventni postupci iz čl. 2. t. (a): BELGIJE - BELGIQUE (*Het faillissement/La faillite; Het gerechtelijk akkoord/Le concordat judiciaire i De collectieve schuldenregeling/Le règlement collectif de dettes*); NEDERLAND (*Het faillissement; De surséance van betaling i De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*). U drugoj skupini, koju čine Njemačka i Austrija, potrošačko stečajni postupci nisu izrijekom spomenuti u Aneksu A, ali budući da su oni mogući stadiji u navedenim insolventnim postupcima, spomenutim u Aneksu A, potpadaju pod polje primjene Uredbe 1346/2000. U trećoj skupini država, koja uključuje Francusku, Finsku, Luksemburg i Švedsku, ne spominju se njihovi postupci potrošačkog stečaja u Aneksu A. Ipak budući da su ti postupci regulirani posebnim zakonima (primjerice, u Francuskoj je institut otpusta dugova potrošača reguliran u Zakoniku o zaštiti potrošača) i ne potpadaju pod postupke navedene u Aneksu A, dvojben je primjena Uredbe 1346/2000. U svakom slučaju odluka Europskog suda u predmetu *Staubitz-Schreiber* (predmet C-1/04 *Susanne Staubitz-Schreiber* [2006] ECR I-701.) izuzetno je značajna. U navedenom predmetu pred Europskim sudom postavilo se pitanje ostaje li sud države članice, kod kojeg je stavljen prijedlog za otvaranje insolventnog postupka, nadležan za donošenje odluke o njegovom otvaranju, ako je dužnik nakon stavljanja prijedloga, ali prije otvaranja postupka, premjestio središte svojih glavnih interesa u područje neke druge države članice ili sud te druge države članice postaje nadležan? Naime, odlučeno je da se čl. 3., st. 1. Uredbe 1346/2000, mora tumačiti u značenju da sud države članice, na čijem se području nalazi središte glavnih interesa dužnika u vrijeme kada dužnik podnosi prijedlog za pokretanje

stečaj dio drugoga, ne SZ-a, konkretnije za sada u RH postoji samo Nacrt Zakona o stečaju potrošača, smatramo da takvi postupci nisu priznati u Aneksu A Uredbe 1346/2000. Stoga priznanje učinaka Uredbe 1346/2000 u ovom je slučaju u najmanju ruku dvojbeno.⁸⁴ Dakle, i u Europskoj uniji, koja je stvorila i uspostavila zajedničko tržište za više stotina milijuna ljudi iz 28 različitih zemalja članica, prisutne su brojne razlike, pa zadatak stvaranja stvarnog zajedničkog međunacionalnog insolventijskog prava ima i dalje mnoge izazove.⁸⁵

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analizom Nacrta Zakona moguće je iznijeti zaključke, koji su, čini se, *communis opinio*. Prvo, ne može se izbjeći dojam da su reforme hrvatskoga insolventijskog zakonodavstva stvorile konceptijsku nesređenost oko pravne prirode i funkcije stečaja čime se ZFPPN u dijelu koji se odnosi na predstečajne nagodbe pokazao kao neuspješan dvogodišnji „eksperiment“. Drugi je propust uklanjanje iz SZ-a mnogobrojnih opcija za rehabilitaciju dužnika putem stečajnog plana u posljednjoj noveli iz 2012. Kako bi sanirao posljedice naš se zakonodavac odlučio odredbe o predstečajnoj nagodbi izvan i prije stečajnog postupka implementirati u „matični“ SZ kroz, po mnogo čemu vrlo sličan, pravni institut „predstečajni postupak“. U pogledu stečajnog plana, novo/staro rješenje je cijeli dijapazon mjera (ne postoji *numerus clausus*) koje stoje na raspolaganju dužniku i njegovim vjerovnicima u cilju postizanja financijske konsolidacije dužnika i većeg stupnja namirenja vjerovnika od likvidacijskog stečajnog postupka. Po novom rješenju, predstečajni postupak vodit će

stečajnog postupka, zadržava nadležnost za pokretanje tog postupka ako dužnik preseli središte svojih glavnih interesa na teritorij druge države članice nakon podnošenja prijedloga, ali prije pokretanja postupka. U određenom trenutku fizička osoba može imati samo jednu zemlju kao središte svojih glavnih interesa. Relevantni datum je datum podnošenja prijedloga za pokretanje stečajnog postupka. Stoga taj sud zadržava nadležnost, čak i ako se glavni interesi dužnika kasnije promijene u smislu da ih on preseli u neku drugu zemlju. Ipak trebat će još mnogo prakse dok se ne definira središte glavnih interesa, koji je ključni (prema mišljenju prof. dr. sc. Jasnice Garašić iznesenom na Konferenciji „Legal Culture in Transition Supranational and International Law in National Courts“, u organizaciji Jean Monnet Centra izvrsnosti, Opatija, 17.-18. lipnja, 2011., u izlaganju „Basic Directions of Unification and Harmonization in European Civil Procedural Law“), ali ne i jedini problem međunarodnog insolventijskog prava. Vidi, RADOVIĆ, Vuk, Osnovno koliziono pravilo u međunarodnom stečajnom pravu (*lex fori concursus*) sa posebnim osvrtom na Uredbu o stečajnim postupcima, HARMONIUS - Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, vol. 2., 2013., br. 1, str. 233-256.

84 Naime, dosadašnja pozitivno-pravna iskustva u pogledu međunarodnog potrošačkog stečaja nisu reprezentativna jer ako se radi o stečaju nad imovinom fizičke osobe koja nije trgovac pojedinac, odnosno obrtnik, vjerovnici-predlagatelji mogu svoja zakonska prava ostvariti drugim pravnim sredstvima, ali ne prijedlogom za priznanje strane odluke za otvaranje stečajnog postupka s pravnim značenjem rješenja o otvaranju stečajnog postupka u Republici Hrvatskoj. Takva strana odluka nema sve pretpostavke za priznanje, jer bi njeno priznanje bilo u suprotnosti s javnim poretom Republike Hrvatske (SZ, čl. 311., st. 3. u vezi s čl. 3., st. 1.) (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-7770/07.).

85 РАДОВИЋ, Вук, Принцип чисте универзалности у међународном стечају, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2013., бр. 2, стр. 261-278.

tijelo državne vlasti, dakle sud uz pomoć povjerenika kao glavnog operativnog tijela te FINA-e sada kao tehničke podrške. Time su otklonjeni mnogobrojni prigovori pravne doktrine o povredama kako čl. 118. Ustava RH tako i čl. 6. Europske konvencije jer postupak predstečajne nagodbe vodi pravna osoba s javnim ovlastima FINA (nagodbeno vijeće). U operativnom smislu, najvažnije pravne posljedice otvaranja predstečajnog postupka u korist dužnika su: 1.) parnični, ovršni, upravni i postupci osiguranja, pokrenuti protiv dužnika prije otvaranja predstečajnog postupka prekidaju se na prijedlog dužnika nakon objave rješenja o otvaranju postupka te 2.) za vrijeme trajanja predstečajnog postupka, nije dopušteno pokretanje parničnih, ovršnih, upravnih i postupaka osiguranja radi namirenja ili osiguranja tražbina nastalih do otvaranja postupka, dok je za vjerovnike u pogledu pravne zaštite vrlo važno da se prijavom tražbina u predstečajnom postupku prekida zastara od dana podnošenja prijave do proteka roka za isplatu koji je određen u predstečajnom sporazumu, a ako se predstečajni sporazum ne potvrdi – do pravomoćnosti odluke o obustavi predstečajnog postupka. Od drugih novina, ističemo uvođenje stečajnog postupka nad povezanim društvima kao i utvrđivanje uvjeta i načina za provedbu Uredbe br. 1346/2000. koja regulira međunarodnu nadležnost za otvaranje insolventijskih postupaka. Ovim su radom otvorena pitanja, s mnogo argumenata *pro et contra*, o kojima će se još uvijek raspravljati, jer je proces kreiranja funkcionalnog stečajnog sustava još uvijek obilježen specifičnim problemima, naspram ideje o usklađivanju. Ipak smatramo nespornim kako je Nacrt zakona u velikoj mjeri usklađen s rješenjima koja postoje u zemljama razvijenog tržišnog gospodarstva. Hoće li ispuniti ulogu koja mu je namijenjena ovisi o načinu na koji će se provoditi, institucionalnog kao i regulatornog okvira, kao i od prevladavanja određenih u radu spomenutih nomotehničkih nedorečenosti i nepreciznosti (koje zahtijevaju reviziju).

Summary

(ANOTHER) BANKRUPTCY LEGISLATION REFORM - FUNCTIONALIZATION OF BANKRUPTCY LEGAL PROTECTION OR PLACEBO EFFECT?

The paper deals with the most current topic in the field of collective civil law protection. The reforms of the Bankruptcy Act (seven of them) as well as implementation of the **Financial Operations** and Pre-Bankruptcy **Settlements Act** (three amendments), which were implemented in 2012, have significantly altered Croatian insolvency legislation. Nevertheless, the indicative methods of determining the facts show that the bankruptcy and preliminary bankruptcy procedures, in relation to other countries in the region, are consuming less time. They are more expensive and have lower satisfaction from creditors. In comparison to countries with developed bankruptcy systems, Croatian regulations still need improvement. One has to take into consideration a substantial impact of multiple external, institutional factors on legislative solutions (unfavourable social context, problems in the payment system, the precarious recordings of immovable and movable property, an insufficient number of judges who were entrusted with the liquidation proceedings, weak training of bankruptcy administrators, inadequate methods of financing, and consequently weak motivation to work). The legislators are planning to make another functionalization of the Bankruptcy Act. His intention is, after two years of experimentation in the **Financial Operations** and Pre-Bankruptcy **Settlements Act**, to accept provisions on pre-bankruptcy settlements and reinstate many pre-existing options in the preparation of the reorganization plan. Since the existing framework is not allowing for a detailed analysis of the aforementioned subjects, one must emphasize that the space here does not permit a detailed analysis of these issues. Therefore, authors of this article will deal with subjects they see as relevant and essential for understanding key issues within the domain of the Bankruptcy Act.

Keywords: *bankruptcy, bankruptcy proceedings, the forthcoming reform.*

Zusammenfassung

(NOCH EINE) REFORM DER INSOLVENZGESETZGEBUNG FUNKTIONALISIERUNG DES INSOLVENZRECHTLICHEN SCHUTZES ODER PLACEBO-EFFEKT?

In dieser Arbeit wird das meist aktuelle Thema im Bereich des zivilrechtlichen Kollektivschutzes bearbeitet. Die kroatische Insolvenzgesetzgebung wurde, nämlich, durch die Reformen des Insolvenzgesetzes (sieben) sowie durch die Implementierung des Gesetzes über finanzielle Geschäftsführung und Insolvenzvergleich (drei Änderungen), dessen Anwendung während 2012 begann, wesentlich geändert. Die Methode der Tatsachenfeststellung aber zeigt, dass die Insolvenzverfahren und vorinsolvenzliche Verfahren im Vergleich zu denselben Verfahren in anderen Nachbarstaaten kürzer dauern, aber auch teurer sind. Ebenfalls ist der Grad der Gläubigerbefriedigung niedriger. Im Vergleich zu den Ländern mit einem entwickelten Insolvenzsystem sind diese Indikatoren relativ schlechter. Da solche Daten außer von den Gesetzesbeschlüssen auch von den zahlreichen außergerichtlichen institutionellen Faktoren (ungünstiger sozialer Kontext, Zahlungsverkehrprobleme, keine beneidenswerte Situation im Verzeichnis der Mobilien und Immobilien, ungenügende Anzahl von den mit der Führung der Insolvenzverfahren betrauten Richtern, ungenügende Ausbildung der Insolvenzverwalter, unangemessene Finanzierung der Insolvenzverwalter und die daraus resultierende geringe Motivation) beeinflusst werden, hat der Gesetzgeber noch eine Funktionalisierung des Insolvenzgesetzes vor, indem er nach der zweijährigen Experimentierung die Bestimmungen über den Insolvenzvergleich aus dem Gesetz über finanzielle Geschäftsführung und Insolvenzvergleich übernimmt und viele Optionen bei der Erstellung des Insolvenzplans wiedereinführt. Es muss betont werden, dass diese Arbeit keine detaillierte Besprechung dieser Problematik zulässt, weshalb sich die Autoren nur auf manche Aspekte neuer Insolvenzvorschriften beschränkt haben.

Schlüsselwörter: *Insolvenz, vorinsolvenzliches Verfahren, bevorstehende Reform.*

Riassunto

**(ANCORA UNA) RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE
FALLIMENTARE: FUNZIONALIZZAZIONE DELLA
TUTELA GIURIDICA FALLIMENTARE O EFFETTO
PLACEBO?**

Il contributo tratta di un tema assai attuale dal punto di vista della tutela collettiva giusprivatista. Precisamente, con le riforme della legge fallimentare (sette ad oggi), come anche mediante l'attuazione della legge sugli affari finanziari e sul concordato preventivo (che ha già subito tre modifiche), vigente dal 2012, la legislazione fallimentare croata ha subito significativi cambiamenti. Tuttavia, il metodo indicativo di accertamento dei fatti dimostra come i procedimenti fallimentari e prefallimentari, rispetto ad altri paesi limitrofi, siano sensibilmente più corti, benché più costosi e con minore soddisfazione dei creditori. Va da sé che, se paragonati a paesi dal sistema giuridico fallimentare sviluppato, questi siano indicatori relativamente negativi. Considerando che su tali dati, oltre alle sole soluzioni giuridiche, influiscono altresì numerosi fattori extragiudiziali (il contesto sociale sfavorevole, problemi nei pagamenti, l'infelice situazione nell'ambito dell'evidenza degli immobili e dei mobili, il numero insufficiente di giudici preposti alle procedure fallimentari, la scarsa preparazione dei curatori fallimentari, l'inadeguatezza del loro finanziamento e la scarsa attitudine al lavoro), il legislatore intende operare ancora una funzionalizzazione della legge fallimentare recependo, dopo due anni di sperimentazione condotta nell'ambito della legge sugli affari finanziari e sul concordato preventivo, le disposizioni sul concordato preventivo e rimettendo numerose opzioni nella progettazione del piano di riparto fallimentare. Certamente riteniamo importante sottolineare che lo spazio ivi concessoci non consente una trattazione dettagliata di tali problematiche, sicché siamo costretti a limitare le riflessioni ad alcuni aspetti della nuova disciplina giuridica.

Parole chiave: *fallimento, procedimento prefallimentare, riforma in atto.*

PROBLEMATIKA USPOSTAVE ETAŽNOG VLASNIŠTVA TEMELJEM ODGOVARAJUĆEG SUVLASNIČKOG DIJELA NEKRETNINE

Dr. sc. Davorin Pichler, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.238.3
Ur.: 25. studenog 2014.
Pr.: 6. veljače 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Uvidom u postupke koji su se, temeljem prijedloga radi utvrđivanja korisne vrijednosti stanova, vodili pred Općinskim i Županijskim sudom u Osijeku, te postupke uspostavljanja posebnih dijelova nekretnine kroz izradu diobnih planova, kao i postupke izrade etažnog elaborata uočena je velika različitost i neujednačenost u pristupu izradi elaborata etažiranja i utvrđivanju korisnih površina. Rad analizira sudske odluke o određivanju korisne površine i ukazuje na probleme koji se u praksi javljaju vezano uz uspostavu etažnog vlasništva na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela nekretnine. Predlaže se donošenje podzakonskog propisa koji bi detaljno uredio postupak izrade etažnog elaborata, odnosno, izračuna korisnih vrijednosti pojedinih posebnih dijelova nekretnine i korisne vrijednosti svih stanova i ostalih samostalnih prostorija cijele nekretnine. Ovo je potrebno radi jednakog tumačenja i primjene pravila o etažiranju svih sudionika u postupku kao i ostvarenja pravne sigurnosti, jedinstvene primjene zakona i ujednačavanja sudske prakse. Analizira se i uređenje etažnog vlasništva u Republici Sloveniji kao mogući pristup rješenjima u našem pravnom sustavu. Zaključno, utvrđuje se da postoji potreba za stručnim usavršavanjem sudaca, sudskih savjetnika, sudskih vještaka, upravnih službenika s multidisciplinarnim pristupom problemu postupka etažiranja, zasnovanom na analizama drugih znanstvenih disciplina, poglavito građevine i ekonomije.

Ključne riječi: etažno vlasništvo, suvlasništvo, vještačenje, korisna površina, etažni elaborat, samostalna uporabna cjelina

1. UVOD

Vlasništvo posebnog dijela nekretnine – etažno vlasništvo, predstavlja poseban i jedinstven oblik vlasništva.^{1,2} Prema svojoj pravnoj prirodi predstavlja spoj isključivog

- 1 Belaj, Vlado, *Pravna priroda etažnog vlasništva na temelju analize inozemnih pravnih sustava*, Pravni vjesnik, 9 (1-4): 5-14, 1993., str. 14.
- 2 Etažno vlasništvo (lat. *tabulati possessio*; *tabulationis auctoritas*; engl. *ownership of an apartment, property in a freehold flat*; *condominium ownership*/US/; njem. *Wohnungseigentum*;

prava vlasništva i suvlasništva u kojem svi oblici prava vlasništva trpe određena odstupanja od osnovnog pojma tih pravnih instituta.³ Specifičnu pravnu prirodu etažnog vlasništva obilježava preinačenje načina izvršavanja suvlasničkih ovlasti u pogledu nekretnine tako da su, s učinkom i prema trećima, ovlasti i obveze osobe kojoj pripada određeni suvlasnički dio nekretnine usredotočene na neki uporabno samostalni fizički dio te nekretnine kao da je taj dio u isključivom vlasništvu tog suvlasnika.⁴

Etažno vlasništvo prema odredbi čl. 68. i 71. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁵ uspostavlja se na tri načina: 1. temeljem zahtjeva suvlasnika nekretnine koji ima barem odgovarajući suvlasnički dio; 2. temeljem suglasne odluke svih suvlasnika nekretnine, ako njihovi suvlasnički dijelovi ukupno iznose barem koliko je odgovarajući suvlasnički dio; 3. temeljem očitovanja volje vlasnika zemljišta sa zgradom, odnosno nositelja prava građenja sa zgradom koji podijeli tu nekretninu na suvlasničke dijelove koji su odgovarajući dijelovi za uspostavu vlasništva posebnih dijelova.⁶

Najznačajniji i s pravnog stajališta najsloženiji oblik uspostave etažnog vlasništva jest na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela nekretnine.⁷ Zbog toga, je cilj ovoga rada naglasiti probleme koji se u praksi javljaju u vezi s uspostavom etažnog vlasništva na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela nekretnine. U tom smislu, prikazat će se slučajevi uspostave etažnog vlasništva temeljem sudske odluke o određivanju korisne površine i ukazati na sporna pitanja koja se u praksi javljaju vezano uz ovaj način uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine. Naglasit će se potreba za preciznijim određenjem pojmova; korisne površine, samostalne uporabne cjeline, sporednih i zajedničkih dijelova nekretnine. Također, predložit će se donošenje podzakonskog propisa koji bi detaljno uredio postupak izrade etažnog elaborata, odnosno, izračuna korisnih vrijednosti pojedinih posebnih dijelova nekretnine i korisne vrijednosti svih stanova i ostalih samostalnih prostorija cijele nekretnine. Ovo je potrebno radi jednakog tumačenja i primjene pravila o etažiranju svih sudionika u postupku kao i ostvarenja pravne sigurnosti, jedinstvene primjene zakona i ujednačavanja sudske prakse.

2. USPOSTAVA VLASNIŠTVA POSEBNOG DIJELA NEKRETNINE

Da bi se moglo raspolagati vlasništvom posebnog dijela nekretnine, ono mora biti prethodno uspostavljeno. Dok nije uspostavljeno vlasništvo posebnog dijela

franc. *propriété par étage*), vlasništvo posebnog dijela suvlasničke nekretnine koji je samostalna uporabna cjelina prikladna za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti (stan, poslovni prostor i sl.). Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 302.

3 Belaj. Op. cit. (bilješka 1), str. 14.

4 Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 736.

5 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, u daljnjem tekstu ZV.

6 Gavella *et al.* Op. cit. (bilješka 4), str. 746 - 747.

7 *Ibid.*, str. 752.

suvlasnik raspolaže svojim idealnim dijelom, ali po općim pravilima koja vrijede za raspolaganje idealnim dijelom stvari. Stoga je i pretpostavka svakog raspolaganja vlasništvom posebnog dijela nekretnine uspostava vlasništva posebnog dijela.⁸ Uspostava vlasništva na posebnom dijelu nekretnine za vlasnike posebnih dijelova nekretnine znači da suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenog posebnog dijela izvršava sve vlasničke ovlasti i dužnosti kao da je posebni dio samo njegovo vlasništvo, te da s tim dijelom i koristima od njega čini što ga je volja te svakoga drugog iz toga isključuje.⁹

Kako je istaknuto, za uspostavu etažnog vlasništva na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela potrebna je odluka suda.¹⁰ O odnosima iz razvrgnuća suvlasničke zajednice, utvrđivanja korisne vrijednosti stana ili druge prostorije, odlučuje se u izvanparničnom postupku. Međutim, ako se tijekom izvanparničnog postupka među strankama pojavi spor o predmetu razvrgnuća suvlasništva ili veličini suvlasničkih dijelova, izvanparnični sud će predlagatelja uputiti da svoj zahtjev ostvaruje u parnici.^{11,12} Etažiranje u stvari predstavlja pravno–upravno–tehnički postupak kojim se uspostavlja vlasništvo posebnog dijela nekretnine – etažno vlasništvo.¹³ Naime, osim navedenog ostvarenja zahtjeva stranaka u parničnom/izvanparničnom postupku, prikladnost objekta etažnog vlasništva ispituje se i u upravnom postupku. U tom postupku nadležna upravna vlast treba ispitati pretpostavke o tome je li određeni dio nekretnine samostalna uporabna cjelina prikladna za samostalno izvršavanje

- 8 Josipović, Tatjana, Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (uspostava i raspolaganje), Hrvatska pravna revija, 1/2002., str. 1.
- 9 Antolić, Ljiljana, Etažno vlasništvo – povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora, Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju – problemi u praksi, Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, 2005., str. 21.
- 10 Gavella *et al.* Op. cit. (bilješka 4), str. 747.
- 11 Sessa, Đuro, Razvrgnuće suvlasničke zajednice, u: Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju – problemi u praksi, Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, 2005., str. 12.
- 12 Prilično nejedinstveni kriteriji razgraničenja parnične i izvanparnične jurisdikcije često izazivaju dvojbe u pogledu odabira pravilnog puta pravne zaštite. U pokušaju da se pruži potpuna slika procesnopravnog uređenja odnosa etažnih vlasnika u Hrvatskoj, posebnu poteškoću predstavlja nedostatak adekvatnih odredbi o izvanparničnom postupanju. Pored toga, u nekim slučajevima dvojbeno je treba li zahtjeve etažnih vlasnika ostvarivati u parničnom ili izvanparničnom postupku. U ZV-u ne postoje čvrsti kriteriji za razgraničenje parnične i izvanparnične jurisdikcije. Tako, ZV svega dva puta spominje izvanparnični postupak (u čl. 74. st. 2. i čl. 83. st. 3.) čime upućuje da se u tim stvarima ima odlučivati po pravilima izvanparničnog postupka. Međutim, postoji niz odredbi u kojima ZV sadrži samo formulaciju sud (a koji može biti i parnični i izvanparnični), pa se tek eventualnom općom spoznajom može zaključiti da bi to bile stvari izvanparnične jurisdikcije, ali s obzirom na zakonsku formulaciju nije isključena ni mogućnost da bi se o tome moglo prosuđivati u parničnom postupku. Stoga je zakonodavac u procesnopravnom uređenju odnosa etažnih vlasnika trebao upotrijebiti jasnije kriterije razgraničenja. Čini se da bi se to moglo postići postojanjem jedne odredbe kojom bi se obuhvatile sve etažnopravne izvanparnične stvari, a time ujedno odredile granice u odnosu na parnično postupanje. Maganić, Aleksandra, Procesnopravno uređenje odnosa etažnih vlasnika, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, no. 1, ožujak 2007., str. 3. – 28.
- 13 Nakić, Jakob; Vukšić, Anđelko, Vlasništvo posebnog dijela nekretnine, s posebnim osvrtom na etažni plan i prostorno etažiranje, Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 3.

suvlasnikovih ovlasti.¹⁴ Tehničku komponentu postupka etažiranja predstavlja postupak vještačenja¹⁵ u kojem se utvrđuju korisne vrijednosti stana ili druge samostalne prostorije, ali i izrada, tzv. etažnog elaborata.

Upravo zbog složenosti postupka etažiranja i njegove multidisciplinarnosti potrebno je precizno definiranje temeljnih pojmova vlasništva posebnih dijelova nekretnine i postupka etažiranja. Također, u proteklom vremenu uočeni su mnogi problemi vezani uz postupak etažiranja. Uređenje vlasničkih odnosa, rješavanje sporova između investitora (kupaca) i izvođača (prodavača) u vezi s načinom obračuna površine stanova, utvrđivanje jasnih kriterija u vezi s izradom etažnih elaborata, ali i postupanje sudova u postupcima uspostave vlasništva posebnoga dijela nekretnine samo su neki od njih. Suci, vještaci i djelatnici državne uprave, vezani ovim praktičnim problemima, smatraju da su mnogi od njih uzrokovani uopćenim i nepreciznim člancima te nedovoljno jasnim rješenjima u ZV-u.¹⁶ Zbog toga postoji potreba da se ova pitanja uredi *de lege ferenda*. To je preduvjet ostvarenja pravne sigurnosti, ali i preduvjet uređenja postupak etažiranja kao osnove za uvođenje do sada više puta najavljenog poreza na imovinu.¹⁷ Upravo ukazivanje na probleme vezane uz postupak etažiranja kao i predlaganje potrebnih zakonskih intervencija radi njihovih prevladavanja bit će i tema ovoga rada.

3. UVID U PRAKSU

Radi stjecanja uvida u probleme koji se javljaju u svakodnevnoj praksi pri provođenju postupka etažiranja izvršen je uvid u postupke koji su se temeljem prijedloga radi utvrđivanja korisne vrijednosti stanova vodili pred Općinskim i Županijskim sudom u Osijeku, postupke uspostavljanja posebnih dijelova nekretnine kroz izradu diobnih planova kao i postupke izrade etažnog elaborata.

Vlasništvo posebnog dijela nekretnine ne može se uspostaviti dok ne postane pravomoćna odluka suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti stana, odnosno druge prostorije te korisnih vrijednosti svih stanova i ostalih prostorija cijele nekretnine.¹⁸

14 Tako čl. 73. st. 3. ZV-a određuje da se vlasništvo posebnoga dijela ne može uspostaviti dok nadležna upravna vlast ne potvrdi da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. ZV. Op. cit. (bilješka 5).

15 Temelj za određivanje vještačenja u postupku predstavlja čl. 74. st. 1. i 2. ZV-a u kojem se određuje da korisne vrijednosti utvrđuje sud svojom odlukom donesenom u izvanparničnom postupku, po pravilima da se korisna površina u pravilu izračunava prema građevnom planu, odobrenom od vlasti; ali ako netko učini vjerojatnim da postoje znatnija odstupanja od toga plana, korisna će se površina izračunati prema stvarnom stanju. ZV. Op. cit. (bilješka 5).

16 Kordić, Zdenko, *Praktična provedba etažiranja*, Građevinar, vol. 57, no.09, 2005., str. 703.

17 Končić, Ana-Marija, *Predložene novine u Pravilniku o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora i upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine*, Hrvatska gospodarska komora – Sektor za trgovinu, Devetnaesti forum poslovanja nekretninama, str. 63., http://www.hgk.hr/wp-content/blogs.dir/1/files_mf/predavanje_koncic.pdf, zadnji pregled 11. 11. 2014.

18 Ovo se odnosi samo na slučaj kada se uspostava etažnog vlasništva vrši na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela. Odluka suda nije potrebna u slučaju suglasne odluke svih suvlasnika jer tada pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje isprava suvlasnika.

Pri utvrđivanju korisnih vrijednosti sud će u izračunu koristiti pomoć ovlaštenih sudskih vještaka. Upravo je sudska odluka, utemeljena na provođenju vještačenja radi izračuna korisnih vrijednosti posebnih dijelova, od presudnog značaja za svakog suvlasnika nekretnine ako ne postoji opća suglasnost suvlasnika o uspostavi etažnog vlasništva. Na temelju te odluke određuje se i udio svakog pojedinog suvlasnika u pravu samostalne uporabe određenog posebnog dijela nekretnine, a i u odnosu na ostala prava i dužnosti u vezi s nekretninom kao cjelinom.¹⁹ Međutim, postupak vještačenja kao i sadržaj i opseg nalaza i mišljenja vještaka nisu propisani već o pojedinom izrađivaču ovisi na koji će ga način izraditi.^{20,21} Zbog toga, u praksi, pri izračunu korisnih vrijednosti površina postoje ogromne razlike i može se reći da svaki vještak ili projektant ima svoj način izrade nalaza i mišljenja i etažnih elaborata. Praksa je pokazala da se za praktički iste građevine izgrađene u različitim dijelovima Republike Hrvatske izrađuju potpuno različiti etažni elaborati.²²

3.1. Izvanparnični postupak

Kako je navedeno, izvršen je uvid u izvanparnične predmete utvrđivanja korisne vrijednosti nekretnina Općinskog i Županijskog suda u Osijeku br.: R1-329/06, R1-223/06, R1-116/10, R1-1/11 i R1-354/13, kao i diobne planove uspostavljanja posebnih dijelova nekretnine u postupku potvrđivanja da označeni posebni dijelovi zgrade čine samostalnu uporabnu cjelinu pred Uredom za prostorno uređenje, stambeno-komunalne poslove, graditeljstvo i zaštitu okoliša Osijek - Ispostava Beli Manastir, Osječko-baranjske županije, klasa: 360-02/99/01/1, ur. broj: 2158-04/1/01-

Gavella *et al.* Op. cit. (bilješka 4), str. 751.

19 *Ibid.*

20 Upute za postupanje vještaka određuje čl. 258. st. 1. Zakona o parničnom postupku navodeći opće odredbe da će se prije početka vještačenja vještak pozvati da predmet vještačenja brižljivo razmotri, da točno navede sve što opazi i nađe i da svoje mišljenje iznese savjesno i u skladu s pravilima znanosti i vještine. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11 (pročišćeni tekst), 25/13.

21 Vještak je osoba pozvana da pred sudom, koristeći se svojim stručnim znanjem, iznese: svoja sadašnja stručna zapažanja potrebna za utvrđenje sadržaja neke relevantne činjenice (NALAZ) i svoje stajalište o značenju, vjerovanju, uzrocima i posljedicama određenih činjenica koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti u dokazivanju (MIŠLJENJE). Pravilnost samog vještačenja osigurava se postupanjem *lege artis*, po pravilima odgovarajuće znanosti, struke ili vještine, pa je zato nepodesna za (procesno)pravnu regulativu i uopće joj ne podliježe. U nalazu se daju temeljni podatci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrsni opis predmeta vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se kojim je pravilima (svoje) struke vještak izveo zaključak te je mišljenje, zapravo, odgovor koji je sud tražio od vještaka. Čizmić, Jozo, O vještačenju u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 32 (2011), 1, str. 473 - 486.

22 Standardizacija određivanja koeficijenata za obračun korisnih površina i korisnih vrijednosti površina – prijedlog, Hrvatsko društvo sudskih vještaka – Sekcija graditeljstva, arhitekture i geodezije, str. 8. http://www.sudski-vjestaci.hr/fdsak3jnFsk1Kfa/inicijative/Standardizacija_odredivanja_koeficijenata_za_obracun_korisnih_povrsina_i_korisnih_vrijednosti_povrsina.pdf, zadnji pregled 24. 11. 2014.

99-1 od 17. kolovoza 1999. i klasa: 361-05/07-01/07, ur. broj: 2158-11-03/01-07-06 od 9. studenog 2007.

U predmetu br. R1-329/06 - utvrđivanje korisnih vrijednosti stanova i poslovnih prostora kao i sporednih dijelova stanova i poslovnih prostora u stambeno-poslovnoj zgradi u Osijeku, Gundulićeva ulica, vještak korisnu vrijednost površine stanova izražava tabelarno. Posebno izražava korisnu vrijednost površina sporednih dijelova za pojedini stan, te posebno korisnu vrijednost zajedničkih dijelova. U nalazu i mišljenju, međutim, nema obrazloženja zašto određeni dio smatra sporednim dijelom određenog stana. Tako se kao sporedni dijelovi stanova prikazuju podrum, drvarnica, nenatkrivena terasa, poljski wc, tavan, natkrivena terasa. Nalaz i mišljenje nema položajnog nacrt s ucrtanom zgradom na građevinskoj čestici i crteža svih etaža, odnosno nalaz i mišljenje su bez grafičkog dijela (tlocrta pojedinih etaža zgrade, etažnih jedinica, zajedničkih prostora).

Protustranka u postupku ističe prigovor da ovakav nalaz i mišljenje ne smatra potpunim etažnim elaboratom, prigovor nedostatka grafičkih priloga s tabelarnim prikazima izmjere na terenu, te da je u nalazu i mišljenju potrebno izdiferencirati što se smatra sporednim dijelom nekretnine, a što su u konkretnom slučaju zajednički dijelovi zgrade, odnosno što je pertinencija određenog stana. Prigovoreno je i da vještak ne navodi koju metodu koristi pri izračunu korisne površine. Ističe se i da prihvaćanje ovakvog nalaza i mišljenja predstavlja determinantu za konačni diobni plan, te da bi pravomoćno rješenje o utvrđivanju korisnih vrijednosti, utemeljeno na nepravilnom nalazu i mišljenju, vezalo ruke strankama u daljnjem postupku.

Vještak, temeljem prigovora protustranke, ističe da ne postoje zakonske odredbe ni pravilnik o izradi elaborata etažiranja i da se isti razlikuje od grada do grada. Također, iznosi da se u ovom postupku na radi o etažiranju, već o utvrđivanju korisnih vrijednosti nekretnine, te da će sve nejasnoće između posjedovnog i suvlasničkog odnosa biti riješene etažno-diobnim planom.

Uvidom u predmete R1-223/06, R1-116/10 i R1/11 utvrđeni su slični praktični problemi. Protustranke na vještački nalaz i mišljenje ističu prigovor da je nedovoljno jasno određeno što ulazi u izmjeru korisne površine. Tako je u predmetu R1-116/10 sporno što je vještak u korisnu površinu uvrstio „terasu u potkrovlju“. Sud, međutim, prihvaća nalaz i mišljenje vještaka uz već spomenutu konstataciju da će se sve sporedne i zajedničke prostorije predlagatelja i protustranaka riješiti pri etažiranju i to uz suglasnost svih suvlasnika.

U predmetu R1-354/13, također u postupku radi utvrđivanja korisnih vrijednosti nekretnine, protustranka kritizira nalaz vještaka u dijelu u kojem vještak u izračun korisne površine ne uzima tavanke prostorije temeljem odredbe čl. 74. st. 2. podstavak 4. ZV-a²³ po kojoj se pri izračunavanju korisne površine neće uzeti u obzir podrumke i tavanke prostorije koje po svojoj opremi nisu prikladne za stambene ili poslovne svrhe, kao ni stubišta, otvoreni balkoni i terase. Isto vrijedi i za druge dijelove nekretnine koji su pripadak nekog stana ili druge samostalne prostorije. Protustranka navodi da je već iz fotodokumentacije vidljivo da su predmetne prostorije prikladne za stambene svrhe. Vještak u napomeni u nalazu i mišljenju predmetne prostorije ne

23 ZV. op. cit. (bilješka 5).

uvrštava ni u korisnu ni u sporednu vrijednost površine stana, već ih određuje kao „sporni dio stana „C“ u tavanu“, te navodi „do odluke suda ili razvrgnuća suvlasništva uspostavom etažnog vlasništva sporni dio stana „C“ u tavanu za sada se neće uvrstiti u korisnu ili sporednu vrijednost površina stana „C“. Protustranka kritizira ove navode vještaka, navodeći da se na ovaj način određena površina u stvari ne iskazuje nigdje, te da su zbog toga nalaz i mišljenje proturječni i nerazumljivi i izrađeni protivno pravilima struke.

U nalazu vještak određuje hodnik stana „C“ kao zajednički dio stanova „A“, „B“ i „C“. Protustranka prigovara da se takvim određenjem narušava stambeno-funkcionalna cjelina stana „C“. Ovakvo određenje omogućavalo bi prolaz kroz predsoblje stana „C“ ostalim stanarima. Time je ovaj nalaz i mišljenje proturječan budući da bi ovakvim određenjem stan „C“ izgubio svojstvo stana temeljem odredbe čl. 2. Zakona o najmu stanova²⁴: „Stanom se smatra skup prostorija namijenjenih za stanovanje s prijeko potrebnim sporednim prostorijama koje čine jednu zatvorenu građevinsku cjelinu i imaju poseban ulaz“. Dakle, stan „C“ ovakvim određenjem ne bi predstavljao zatvorenu građevinsku cjelinu, odnosno ne bi imao ni svojstvo stana.

U predmetima u koje je izvršen uvid uočeno je da nalazi i mišljenja vještaka ne sadrže grafičke priloge. Ovo predstavlja i prigovor protustranaka na sadržaj nalaza i mišljenja zbog čega isti ocjenjuju nepreglednim i nevjerodostojnim. Ističe se da bi prikaz podjele zgrade na posebne dijelove bio jasno vidljiv iz tlocrta pojedinih etaža zgrade, etažnih jedinica (stanova), zajedničkih prostorija, tlocrta pojedinih prostorija u etažnim jedinicama, širine zidova koji omeđuju prostorije, te crteža otvora na zidovima (sa smjerom otvaranja vrata).

Također, iz nalaza i mišljenja nije vidljivo koja je norma primijenjena pri izračunavanju korisnih vrijednosti što također predstavlja sadržaj prigovora protustranaka koje ističu da postoje različiti koeficijenti za zatvorene prostorije, balkone itd. Množenjem korisne površine s koeficijentom za pojedine sastavne dijelove posebnog dijela nekretnine dobiva se njihovim zbrajanjem korisna vrijednost tog posebnog dijela. Ukupan zbroj svih korisnih vrijednosti je bitan jer se njihovim dijeljenjem s korisnom vrijednošću pojedinog posebnog dijela nekretnine dobiva veličina suvlasničkog dijela.

U navedenim predmetima odluke suda, nažalost, nemaju meritoran značaj. Tako je u predmetu R1-329/06, prvostupanjski sud rješenjem odbio prijedlog predlagatelja za utvrđenje korisnih vrijednosti posebnih dijelova nekretnine kao neosnovan i prihvatio prigovor promašene aktivne legitimacije. Naime, punomoćnik protustranke istaknuo je prigovor da je prijedlog za utvrđenje korisnih vrijednosti posebnih dijelova nekretnine podnijela stranka koja je izvanknjižni vlasnik. U obrazloženju rješenja, prvostupanjski sud je istaknuo da predlagatelj nije upisan kao suvlasnik na predmetnoj nekretnini. U postupku povodom žalbe, drugostupanjski sud je žalbu odbio i potvrdio prvostupanjsko rješenje. Također, u predmetu R1-116/10, drugostupanjski sud je ukinuo prvostupanjsko rješenje jer je povučen prijedlog za utvrđivanje korisnih vrijednosti posebnih dijelova nekretnine.

U ostalim predmetima, meritornom odlukom drugostupanjskog suda, odbijena

24 Zakon o najmu stanova, Narodne novine, br. 91/96., u daljnjem tekstu ZNS.

je žalba protustranaka kao neosnovana i potvrđeno prvostupanjsko rješenje, uz ponavljanje formulacije iz obrazloženja prvostupanjskog rješenja kojim se prihvaća nalaz i mišljenje vještaka „da će se sve sporedne i zajedničke prostorije predlagatelja i protustranaka riješiti prilikom etažiranja i to uz suglasnost svih suvlasnika“.

3.2. Elaborati u diobnim planovima za uspostavljanje posebnih dijelova nekretnine

Diobni planovi uspostavljanja posebnih dijelova nekretnine, koji su bili predmet analize, sadržajno obuhvaćaju:

- a) Opće priloge – preslike katastarskog plana, izvatke iz zemljišne knjige, rješenje kojim se odobrava upotreba zgrade, uvjerenje za uporabu,
- b) Tehnički dio – tehnički opis, diobni plan,
- c) Grafički dio – plan posebnih dijelova zgrade (tlocrte prizemlja, 1. i 2. kata zgrade).

U tehničkom opisu navodi se: što je predmet elaborata, lokacija građevine (grad, ulica), opis zgrade, investitor, katastarska općina, katastarska čestica i njena površina, zemljišnoknjižni uložak, koji su akti prilog elaboratu. Također se navodi da je iskaz neto korisnih površina izrađen na temelju izmjere izvedenog stanja, na licu mjesta i u stvarnoj površini bez korektivnih koeficijenata, te da je površina iskazana prema normi HRN ISO 9836: 2002.

Diobni plan izražava korisne površine za svaki posebni dio (izražene za pojedinu prostoriju posebnog dijela; ured, garderobu, sanitarije itd.), površinu zajedničkih dijelova (stube, dizalo, ostava) te ukupnu korisnu površinu sporednih dijelova (garaža). U rekapitulaciji diobnog plana izražava se odnos ukupne građevinske i korisne površine, odnos korisne površine pojedinog posebnog dijela nekretnine prema ukupnoj korisnoj površini uz izražavanje odgovarajućeg suvlasničkog dijela u razlomku, te „učešće pojedinog posebnog dijela u zajedničkom prostoru“ (učešće se računa kao odnos korisne površine pojedinog posebnog dijela građevine prema ukupnoj korisnoj površini svih dijelova koji koriste zajednički prostor).

U grafičkom dijelu plan posebnih dijelova zgrade sadrži tlocrte prizemlja, 1. i 2. kata zgrade u kojima je zajednički dio poslovnih prostora istaknut posebnom bojom, te je zajednički dio prikazan i tabelarno (uz opis: dizalo, strojarnica, ostava, skladište itd. i uz iskaz površine pojedinog zajedničkog dijela). Tabelarno je prikazana i korisna površina sporednih dijelova.

4. ANALIZA I VERIFIKACIJA REZULTATA I SINTETIZIRANI ZAKLJUČCI

4.1. Nedovoljna određenost zakonskih pojmova

Na temelju provedene analize uočen je niz problema u provođenju postupka uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine;

- nerazumijevanje pojmova samostalna uporabna cjelina, korisne površine, sporedni i zajednički dijelovi nekretnine
- velika različitost i neujednačenost u pristupu izradi elaborata etažiranja i utvrđivanju korisnih površina
- problem ocjene vrijednosti pojedinih korisnih površina
- problem standardizacije načina određivanja jedinstvenih koeficijenata za obračun korisnih površina i korisnih vrijednosti površina.

Zbog toga bi trebalo, radi standardizacije izrade elaborata, ali i osiguranja jedinstvene primjene zakona i ujednačavanja sudske prakse, odrediti pojmove i jedinstvene normative za izračun korisne površine posebnog dijela nekretnine.²⁵

U tom smislu, potrebno je postaviti jasne kriterije za određivanje sljedećih pojmova: samostalna uporabna cjelina, korisna površina/ korisna vrijednost površina, sporedni dijelovi nekretnine, zajednički dijelovi nekretnine.

Samostalna uporabna cjelina – kao što je vidljivo iz analiziranih primjera, postoje razlike u utvrđivanju činjenice da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi ili određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. Određenje pojma „samostalna uporabna cjelina“ mora biti jedinstveno prihvaćeno, ne samo zbog činjenice da je predmet utvrđivanja od strane tijela državne uprave mjerodavnog za poslove graditeljstva²⁶, već i stoga što predstavlja osnovu za utvrđivanje korisnih vrijednosti posebnih i zajedničkih dijelova nekretnine, ali i diobnih planova uspostavljanja posebnih dijelova nekretnine. Kriteriji koji dio suvlasničke nekretnine predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu određeni su čl. 67. st. 1. i 2. ZV-a.²⁷ U tom smislu, vlasništvo posebnoga dijela može biti uspostavljeno glede dijela suvlasničke nekretnine koji čini samostalnu uporabnu cjelinu, prikladnu za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlasti, kao što je stan ili druga samostalna prostorija. Među druge samostalne prostorije spadaju osobito samostalne poslovne prostorije, samostalne garaže ili jasno omeđena mjesta u zgradi namijenjena ostavljanju motornih vozila. Dakle, samostalna uporabna cjelina jest cjelina prikladna za ostvarivanje suvlasničkih ovlaštenja.²⁸ Pri tome, pojam stana, poslovne prostorije i garaže određuju posebni zakoni. Tako se, temeljem čl. 2. ZNS-a,²⁹ stanom smatra skup prostorija namijenjenih za stanovanje s prijeko potrebnim sporednim prostorijama koje čine jednu zatvorenu građevinsku cjelinu i imaju poseban ulaz. Poslovnom prostorijom se, temeljem čl. 2. st. 5. Zakona o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora,³⁰ smatra jedna ili više prostorija u poslovnoj ili stambenoj zgradi namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti koja, u pravilu, čini samostalnu uporabnu cjelinu i ima zaseban glavni ulaz. U st. 6. istoga članka daje se definicija garaže koja predstavlja prostor za

25 Krtalić, Vladimir, Prijedlog teza za izradu naputka za utvrđivanje odgovarajućeg suvlasničkog dijela posebnog dijela nekretnine, Informator, br. 5493-5494, Zagreb, 2006., str. 2.

26 Bienenfeld, Josip, Potvrda plana posebnih dijelova nekretnine (elaborata etažiranja), Pravo i porezi, br. 5/2005., str. 74.

27 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

28 Bubalo, Davor, Izrada elaborata etažiranja – posao geodeta, Ekscentar, vol., no. 5, 2003., str. 34.

29 ZNS. Op. cit. (bilješka 24).

30 Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, Narodne novine, br. 125/11.

smještaj vozila. Pojam zgrade definira čl. 3. st. 1. toč. 27. Zakona o gradnji³¹ kao zatvorenu i/ili natkrivenu građevinu namijenjenu boravku ljudi, odnosno smještaju životinja, biljaka i stvari. Zgradom se ne smatra pojedinačna građevina unutar sustava infrastrukturne građevine.³² U tom smislu, sintagmu samostalna uporabna cjelina treba razumjeti na način da posebni dio nekretnine može biti i svaka druga uporabna cjelina prikladna za samostalno izvršavanje suvlasnikovih ovlaštenja (ako nije zajednički dio zgrade). Primjerice, samostalna prostorija koja nema obilježje stana, a koristi se za stanovanje.^{33,34} Također, pri ocjeni mogućnosti „geometrijske podjele nekretnina“ potrebno je još uzeti u obzir i minimalne standarde stanovanja za određenu sredinu.³⁵

Korisna površina/korisna vrijednost površina – Kako je već navedeno, pojam korisne površine odnosno korisne vrijednosti površina predstavlja i najsporniji element utvrđivanja u postupcima izrade elaborata etažiranja i utvrđivanja korisnih površina. Iako je ZV postavio određena pravila o utvrđivanju korisnih vrijednosti, ona nisu dostatna da sud može u svakom konkretnom slučaju donijeti utemeljenu odluku o utvrđivanju korisnih vrijednosti jer ne postoji provedbeni propis koji bi detaljnije uredio ovo pitanje.³⁶ Temeljem čl. 74. st. 2. podstavak 3. ZV-a³⁷ korisna površina je ukupna podna površina stana ili druge samostalne prostorije, umanjena za širinu zidova koji je prekidaju. Za korisnu vrijednost površine možemo ustvrditi da predstavlja umnožak korisnih površina prostorija posebnih dijelova i njihovih

31 Zakon o gradnji, Narodne novine, br. 153/13., u daljnjem tekstu ZOG.

32 Do stupanja na snagu ZOG-a nije postojala opća definicija zgrade, već je na temelju različitih zakonskih određenja pod tim pojmom bilo moguće smatrati različite vrste građevina, pa su se tako spominjale: etažne, neetažne, gospodarske, poljoprivredne, obiteljske stambene zgrade itd. Belaj, Vlado, Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnog dijela nekretnine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27. no. 1., ožujak 2006., str. 347.

33 Bienenfeld. Op. cit. (bilješka 26), str. 75.

34 U analiziranim primjerima također možemo uočiti različiti pristup u određenju što se smatra stanom. U tom smislu je značajan stav V. Belaja koji navodi da kao što se jedna prostorija ne može smatrati stanom. Stan ne predstavlja ni više prostorija koje ne ispunjavaju sve potrebne preduvjete da bi se smogle smatrati stanom. Stan ili druga samostalna prostorija, u pravnom smislu, jest najmanja samostalna čestica zgrade koja se u pravilu ne može više fizički dijeliti, odnosno, ako bi ipak došlo do diobe, tako nastale cjeline morale bi imati sve potrebne sastojke koje podrazumijeva pojam stana da bi se mogle smatrati stanom. Stan služi za trajno stanovanje tako da se pod pojmom stana ne smatraju objekti koji služe privremenom smještaju. Stan bi trebao predstavljati zatvorenu građevinsku cjelinu što bi značilo da se prostorije koje su fizički udaljene ili odvojene od ostalih na način da se do njih može doći samo preko dijelova nekretnine na kojima nije uspostavljeno etažno vlasništvo u korist etažnog vlasnika predmetnog stana, ne mogu smatrati sastavnim dijelom toga stana. Također, stan treba imati poseban ulaz što bi značilo da se ne radi o tzv. prolaznom stanu. Nije nebitno ulazi li se u stan izvana, sa stubišta ili iz hodnika već činjenica da se pri dolasku u stan ne mora prolaziti kroz neki drugi stan. Belaj, Vlado, Zakonska regulativa etažnog vlasništva, u: Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju – problemi u praksi, (ur. Melita Bestvina; Miroslav Maček), Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, 2005., str. 65.

35 Peti, Franjo, Etažno vlasništvo – Izrada projekta etažiranja, u: Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju – problemi u praksi, Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, 2005., str. 110. O standardima stanovanja vidi više *infra*.

36 Gavella *et al.* Op. cit. (bilješka 4), str. 753.

37 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

pripadaka i odgovarajućih koeficijenata za pojedine prostore.³⁸ Korisne vrijednosti pojedinih korisnih površina izražavaju se cijelim brojevima.³⁹ Temeljem čl. 74. st. 2. podstavak 5. ZV-a⁴⁰ korisna površina se u pravilu izračunava prema građevnom planu, koji su odobrile vlasti; ali ako netko učini vjerojatnim da postoje znatnija odstupanja od toga plana, korisna će se površina izračunati prema stvarnom stanju. Međutim, u praksi je neophodno snimiti postojeće stanje jer već tijekom gradnje dolazi do odstupanja, bilo temeljem zahtjeva samog vlasnika ili još češće temeljem zahtjeva kupaca (obično se radi o pomacima pregradnih zidova, za što nije potrebna izmjena i dopuna građevinske dozvole).⁴¹ Ovo se pogotovo odnosi na starije građevine (koje su i bile temelj provedene analize u ovom radu). Naime, protekom vremena u ovim je građevinama došlo do promjene oblika, veličine pa i broja prostorija.⁴² Također, radi se o građevinama, često starijim od 100 godina, u kojima su posebni dijelovi nekretnine nastali prenamjenama zajedničkih prostorija⁴³ i na kojima su posebni dijelovi nekretnina stjecani na različitim pravnim osnovama.⁴⁴ Zbog toga je pravilo da se korisna površina izračunava temeljem građevnog plana u stvari izuzetak, dok se u praksi mora snimiti postojeće stanje, odnosno korisnu površinu izračunati prema stvarnom stanju.

Sporedni dijelovi nekretnine – Kriterije što se smatra sporednim dijelom nekretnine određuje čl. 67. st. 3. – 5. ZV.⁴⁵ Tako se uz stan, odnosno drugu samostalnu prostoriju, vlasništvo posebnoga dijela nekretnine može protezati i na sporedne dijelove kao što su otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanačke prostorije, kućni vrtovi, mjesta za ostavljanje najviše do dva motorna vozila po pojedinom stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji. Zakonska formulacija sporedne dijelove nekretnine navodi kao primjer. Tako bi bilo moguće kao sporedni dio odrediti i neke druge dijelove nekretnine (npr. gospodarski tavan, stambeni tavan, spremište s obrađenim zidovima i podovima).⁴⁶ Iako ZV daje i dodatne kriterije za određenje sporednih

38 Vrijednost koeficijenta ovisi o karakteristikama i namjeni prostora. Standardizacija određivanja koeficijenata za obračun korisnih površina i korisnih vrijednosti površina. Op cit. (bilješka 22), str. 13.

39 Krtalić. Op. cit. (bilješka 25), str. 4.

40 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

41 Peti. Op. cit. (bilješka 35), str. 113.

42 *Ibid.*

43 Sarvan, Desa, Etažno vlasništvo – dvojbe u postupanju uspostave etažnog vlasništva, Informator, br. 5335, Zagreb, 2005., str. 3.

44 Probleme u praksi predstavljaju upravo stare stambene zgrade u kojima postoji više posebnih dijelova, a koje su ranije bile u režimu društvenog vlasništva ili u kombiniranom režimu privatnog i društvenog vlasništva, a sada je došlo do povrata oduzete imovine, unošenja pojedinih poslovnih prostorija u kapital trgovačkih društava u postupku pretvorbe i privatizacije, pri čemu veći dio tih etaža ili posebnih dijelova nije uopće bio evidentiran u zemljišnim knjigama. Kontrec, Damir, Vlasništvo posebnog dijela nekretnine stečeno prije i poslije 1. siječnja 1997. godine i upis tih prava u zemljišne knjige, u: Ljiljana Antonić; Crnić, Jadranko; Grebenar, Lidija; Kontrec, Damir; Končić, Ana-Marija; Nakić, Jakob; Vukšić, Anđelko; Vlasništvo posebnog dijela nekretnine, praksa-dvojbe-prijedlozi, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 29.

45 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

46 Štefić, Tihomir; Jurić, Aleksandar; Ambruš, Denis, Koeficijenti korisne ploštine prema vrijednosti izgradnje kvadratnog metra stana, Tehnički vjesnik, vol. 16., no. 1., ožujak 2009.

dijelova⁴⁷ iz analiziranih primjera proizlazi da postoje velike razlike u praksi. Može se uočiti da u nalazima vještaka nema obrazloženja zašto određeni dio smatra sporednim. Kao sporedne dijelove stanova vještaci određuju i podrum, drvarnicu, nenatkrivenu terasu, poljski wc, tavan, nadkrivenu terasu. Također, analizirani nalazi i mišljenja nemaju položajni nacrt s ucrtanom zgradom na građevinskoj čestici i crteže svih etaža, odnosno nalazi i mišljenja su bez grafičkog dijela (tlocrta pojedinih etaža zgrade, etažnih jedinica, zajedničkih prostora). Zbog toga je teško izdiferencirati što se smatra sporednim dijelom nekretnine, a što su u konkretnom slučaju zajednički dijelovi zgrade, odnosno što je pertinencija određenog stana. Jasno je da svi stanovi u određenoj nekretnini obuhvaćeni izračunom korisne površine nemaju terase iste veličine, isti broj parkirnih mjesta, kućne vrtove ili drvarnice. Zbog toga je i dvojbeno određivanje korisne vrijednosti koju utvrđuje sud prema mišljenju sudskog vještaka, a koji u konačan izračun uključuje uzance i shvaćanje u prometu nekretnina, tržišne vrijednosti (koje su relativne jer nisu konstanta) i iskustvo. Dva vještaka, u dva nalaza, dat će različita mišljenja o korisnim vrijednostima iste nekretnine.⁴⁸ Zbog toga je neophodno, *de lege ferenda*, utvrditi jasne kriterije što se smatra sporednim dijelom. Naime, svaki prostor, ma koliko sporedan bio, ima određeni značaj u konačnom izračunu, koji određuje veličinu suvlasništva.⁴⁹ Zahtjev da propis jasno utvrdi što predstavlja sporedni dio određenog posebnoga dijela nekretnine pogotovo je značajan u vezi sa zahtjevom za pravnom sigurnosti jer je pojam sporednog dijela u teoriju i praksu uveo tek ZV budući da Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada⁵⁰ nije poznao navedenu pravnu kategoriju „sporednih dijelova“, već su ti dijelovi nekretnine smatrani zajedničkim dijelovima zgrade glede kojih je u pravnoj praksi bilo dvojbi u svezi s mogućnošću njihovog prometa.^{51,52}

Zajednički dijelovi nekretnine – Što predstavlja zajedničke dijelove nekretnine određuje čl. 67. st. 6. ZV-a.⁵³ Međutim, da je ovakvo zakonsko određenje nedovoljno

str. 47., http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=55288, zadnji pregled 9. 11. 2014.

47 Tako čl. 67. st. 4. ZV-a određuje da bi se vlasništvo posebnoga dijela nekretnine moglo protegnuti i na neki dio kao tome sporedan, on treba biti jasno razgraničen od ostalih dijelova nekretnine, te dostupan s međe nekretnine ili iz njezinih zajedničkih dijelova ili iz onoga stana, odnosno samostalne prostorije čiji bi bio sporedni dio. ZV. Op. cit. (bilješka 5).

48 Nakić *et al.* Op. cit. (bilješka 13), str. 8.

49 *Ibid.*

50 Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada, Narodne novine, br. 52/73.

51 Sarvan, Desanka, Etažno vlasništvo, Pravo i porezi, br. 9, rujan, 1999., str. 55.

52 Kao posljedicu nedostatno propisom utvrđenih kriterija možemo razumjeti i učestale formulacije u nalazima i mišljenjima vještaka, ali i u obrazloženjima sudskih rješenja; „da će se sve sporedne i zajedničke prostorije predlagatelja i protustranaka riješiti prilikom etažiranja i to uz suglasnost svih suvlasnika“. Potpuno je utemeljen prigovor protustranaka da bi pravomoćno rješenje o utvrđivanju korisnih vrijednosti, utemeljeno na nepravilnom nalazu i mišljenju, vezalo ruke strankama u daljnjem postupku. Naime, do utvrđivanja korisnih vrijednosti u izvanparničnom postupku, a zatim i uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela dolazi, u pravilu, kada nema mogućnosti da se etažno vlasništvo uspostavi na temelju suglasne odluke svih suvlasnika, odnosno kada nije moguće između suvlasnika postići sporazum o razgraničenju posebnih dijelova nekretnine.

53 Navedena odredba propisuje da vlasništvo posebnoga dijela nekretnine ne može postojati na

precizno bilo je jasno i zakonodavcu, te je naknadno, u čl. 3. Uredbe o održavanju zgrada,⁵⁴ detaljno nabrojio zajedničke dijelove i uređaje zgrade. Također, suvlasnici ovo pitanje mogu urediti i drukčije, odnosno ne smatrati zajedničkim dijelovima sve ono što je nabrojano u Uredbi ili pak smatrati zajedničkim i neke koji nisu spomenuti Uredbom.⁵⁵ Međutim, primjena oborive predmnjeve da u sumnji određeni dio nekretnine služi kao zajednički potencijalno može biti izvor sporova između suvlasnika. Zbog toga je svrsishodno istaknuti jasne kriterije za određenje što predstavlja zajednički dio nekretnine. Tako se zajedničkim dijelom smatraju sve površine nužne za pristup objektu i funkcionalnost objekta (a nisu pridružene posebnim dijelovima kroz parkirališta, vrtove i terase), tj. sve kolne površine, hortikulturne površine, nedodijeljeni vrtovi, pješački pristupi, vanjska stubišta, dječja igrališta, ulazna stubišta, nedodijeljena parkirališna mjesta, vatrogasni putevi i druge vanjske površine ako su na građevnoj čestici. Zajedničkim dijelom se smatraju svi dijelovi objekta koji su nužni za funkcionalnost objekta i omogućavanje pristupa pojedinim posebnim dijelovima i pripadcima u objektu.⁵⁶

4.2. Problem standarda stanovanja i utvrđivanja korisnih površina

Kao što je već spomenuto, najveći problemi u praksi javljaju se u vezi s postupkom utvrđivanja korisnih površina i izračunom korisnih vrijednosti posebnog dijela nekretnine i korisnih vrijednosti cijele nekretnine. Izračun korisne površine posebnog dijela nekretnine danas se provodi na najrazličitije načine budući da ne postoji zakonski akt koji bi propisivao ovaj postupak.⁵⁷ ZV u čl. 74. st. 2. podstavak 3.⁵⁸ samo načelno definira pojam korisne površine kao ukupne podne površine stana ili druge samostalne prostorije, umanjene za širinu zidova koji je prekidaju.⁵⁹

Zbog toga je neophodno podzakonskim propisom, na jednom mjestu, urediti

dijelovima nekretnine koji služe kao zajednički, ili im se namjena protivi isključivoj uporabi samo u korist određenoga posebnoga dijela nekretnine; u sumnji se uzima da dio služi kao zajednički i da mu se namjena protivi isključivoj uporabi u korist određenoga posebnoga dijela. ZV. Op. cit. (bilješka 5).

54 Uredba o održavanju zgrada, Narodne novine, br. 64/97., u daljnjem tekstu Uredba.

55 Gavella *et al.* Op. cit. (bilješka 4), str. 745.

56 Standardizacija određivanja koeficijenata za obračun korisnih površina i korisnih vrijednosti površina. Op. cit. (bilješka 22), str. 12.

57 Grebenar, Lidija, Elaborat (projekt) etažiranja – značenje i način izrade, u: Ljiljana Antonić; Crnić, Jadranko; Grebenar, Lidija; Kontrec, Damir; Končić, Ana-Marija; Nakić, Jakob; Vukšić, Anđelko; Vlasništvo posebnog dijela nekretnine, praksa-dvojbe-prijedlozi, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 133.

58 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

59 Načelne su prirode i druga određenja iz istog članka kojima se propisuje da se korisna vrijednost stana ili druge prostorije izračunava iz korisne površine stana ili druge prostorije i odgovarajućih dodataka ili odbitaka za razlike koje povećavaju ili smanjuju vrijednost prema drugim stanovima, odnosno prostorijama, a koje po shvaćanju u prometu i iskustvu proizlaze iz namjene, položaja i sl., a nisu nastale na trošak samo jednoga od suvlasnika. Pri izračunavanju korisne vrijednosti zanemaruju se razlike koje povećavaju ili smanjuju vrijednost, ako bi sve zajedno opravdale dodatak ili odbitak od manje 2 % korisne površine stana ili druge prostorije. ZV. Op. cit. (bilješka 5).

postupanje vještaka u izradi nalaza i mišljenja u izvanparničnom postupku u kojem sud utvrđuje korisne vrijednosti nekretnine, ali i regulirati izradu etažnog elaborata.

U tom smislu, valjalo bi utvrditi da za svaki prostor za koji se može uspostaviti vlasništvo posebnih dijelova treba specificirati sve prostorije na temelju kojih je izračunata korisna površina kao i sve sporedne dijelove koji pripadaju u vlasništvo tog posebnog dijela, a koji mu povećavaju ili smanjuju korisnu vrijednost.⁶⁰ Pri tome korisnu površinu treba prikazati kao zbroj površina podova svih prostorija, uračunavajući i sve površine podova u nišama prozora, radijatora, ugrađenih dijelova namještaja, površine balkona, lođa i terasa koje pripadaju jednoj stambenoj ili poslovnoj jedinici.^{61,62}

Dakle, nakon utvrđivanja elemenata koji ulaze u izračun korisne površine, ne smije biti prostora u građevini na kojima nije jasno definirana pripadnost pojedinom posebnom dijelu.⁶³

Poseban problem predstavlja utvrđivanje kriterija za izračun korisne vrijednosti nekretnine. Naime, sukladno čl. 68. st. 1. i 74. st. 2. ZV-a⁶⁴ ocjena korisne vrijednosti pojedine vrste korisne površine primjenjuje se na cijeloj nekretnini za korisne površine istovjetne namjene. Izračun korisne vrijednosti pojedinih korisnih površina provodi se multipliciranjem pojedine korisne površine s ocjenom njezine korisne vrijednosti.⁶⁵ Međutim, korisne bi vrijednosti bilo moguće izračunati i primjenom određenih koeficijenata.⁶⁶ Vrijednost koeficijenta ovisi o karakteristikama i namjeni prostora. Naime, razvojem tržišta nekretnina posebno se prate svi parametri koji utječu na njihovu vrijednost. Poseban utjecaj imaju razne vrste korisnih površina, njihova obrada i lokacija posebnoga dijela unutar nekretnine.⁶⁷ Tako je uobičajeno da se ukupna cijena stana izračunava množenjem jedinične cijene kvadratnog metra s ukupnom korisnom površinom.⁶⁸ Republika Hrvatska prihvatila je 2002. godine

60 Krtalić, Vladimir, Vlasništvo posebnih dijelova nekretnine – odgovarajući dio i korisne vrijednosti, Vještak, br. 2, Zagreb, 2000., str. 5.

61 Grebenar. Op. cit. (bilješka 57), str. 133.

62 Takođe, predlaže se da u izračun korisnih površina ulaze: površine svih podova u prostorijama – od zida do zida ako imaju svod viši od 30 cm, sve površine elemenata stana ili poslovnog prostora koji su niži od 100 cm, npr. kade i sl., površine lođa i balkona od zida do zida ili od zida do parapetnog zida lođe – ako ima zidanu parapetnu ogradu, kose površine, npr. rampe, sve niše u zidovima koje su u punoj visini od poda do stropa, bez obzira na njihovu dubinu. U izračun korisnih površina, međutim, ne ulaze: prolazi kroz zidove (vrata) bez obzira na debljinu zidova, niše koje nisu od poda do stropa, obzidi viši od 100 cm, površine čiji je svod niži od 30 cm. Standardizacija određivanja koeficijenata za obračun korisnih površina i korisnih vrijednosti površina. Op cit. (bilješka 22), str. 12.

63 Krupa, Vladimir, Postupak uspostave vlasništva na posebnom dijelu građevine, u: Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju – problemi u praksi, Hrvatsko društvo sudskih vještaka, Zagreb, 2005., str. 269.

64 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

65 Krtalić. Op. cit. (bilješka 25), str. 4.

66 Gavella *et al.* Op. cit. (bilješka 4), str. 753.

67 Krtalić. Op. cit. (bilješka 25), str. 4.

68 Tako se ukupna cijena stana izračunava prema cijeni građenja kvadratnog metra stana. U pogledu troškova, osim izgradnje objekta, uračunava se i: komunalni doprinos, vodna naknada, priključci (voda, odvodnja, el. energija i dr.) projektna dokumentacija, nadzor nad gradnjom

međunarodnu normu ISO 9836.⁶⁹ Ova se norma odnosi na norme učinaka u građevini, na određivanje površinskih i prostornih pokazatelja. Norma nema učinak zakona, njena primjena nije obvezujuća, već ona daje preporuke, normira određeno područje djelovanja.^{70,71} Izračun *ukupne korisne površine zgrade prema normi* HRN EN ISO 9836:2011 predviđa i ZOG.⁷² Međutim, u međuvremenu, u pogledu obračuna površina dolazi do određenih promjena. Tako su osim spomenutih ISO i HRN standarda na snazi i standardi utvrđeni Pravilnikom o načinu obračuna površine i obujma u projektima zgrada.⁷³ Današnja situacija modernog graditeljstva i suvremeni standardi stanovanja uvjetuju potrebu za građevinskim sklopovima koji nisu iskazani starijim standardima.⁷⁴ Također, kriterije za izračun neto korisne površine donose i: Pravilnik minimalnih tehničkih uvjeta za projektiranje i gradnju stanova iz Programa društvenopoticajne stanogradnje⁷⁵ i Pravilnik o dodjeli stambenog kredita članovima obitelji smrtno stradaloga, zatočenoga ili nestaloga hrvatskoga branitelja iz Domovinskog

itd. Međutim, kako kod navedenih troškova nije jasno određen sustav kojim bi se naplaćivale naknade i takse vezane za izgradnju, preporučuje se određivanje vrijednosti isključivo radova izgradnje (građevinski, obrtnički, strojarski i ostali radovi) s prosječnim cijenama koje su trenutno aktualne na tržištu. Obično se ne uzima u obzir preklapanje određenih radova (da određeni zid koriste dvije prostorije, ni radovi na zajedničkim dijelovima zgrade, npr. krovšte, temelji i sl.). Omjerom cijene po ukupnim kvadratnim metrima i cijene po jednom kvadratnom metru pojedine prostorije dobiju se koeficijenti korisnih površina. U pravilu, najskuplja prostorija u stanu je kupaonica. Veća vrijednost njenog koeficijenta u odnosu na koeficijente ostalih prostorija može se objasniti potrebom za više raznovrsnih radova kod izgradnje te prostorije, utrošiti mnogo više skupljih materijala, kao i više vremena pri projektiranju i nadzoru (oblaganje keramičkim pločicama, ugradnja sanitarija, vodo i vlago otpornost, kompliciranije uzemljenje). U cijenu kvadratnog metra potrebno je još umetnuti i elemente tipa: orijentacija stana, kat na kojem se nalazi (u praksi su stanovi na prvom katu najcjenjeniji), dizalo, ukupna katnost, lokacija i sl. U uskoj vezi s ekonomičnošću pojavljuju se i socijalno-biološko-psihološki zahtjevi koji imaju odgovarajuće protuvrijednosti (cijenu): svjetlo, zrak, sunce, pogled, izolacija od buke, vrućine, hladnoće, vlage i atmosferalija. Štefić *et al.* Op. cit. (bilješka 46), str. 47.- 52.

69 Službeno glasilo Hrvatskog zavoda za norme, 6/2011.

70 U RH još je uvijek prisutan i obračun neto korisne površine koji je utvrđen hrvatskom normom HRN U.C2.100 koja je povučena nakon usvajanja hrvatske norme HRN ISO 9836:2002. Željko, Žarko, *Izmjere u stanogradnji i standardi*, HGK – Sektor za trgovinu, Četrnaesti forum poslovanja nekretninama, 2009. str. 106., <http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-14/14-forum-Izmjera-u-stanogradnji-Standardi.pdf>, zadnji pregled 25. 11. 2014.

71 Graditeljski koeficijenti postali su predmet standarda još 1966. godine njihovom objavom u Službenom listu br. 3/66. pod službenom oznakom JUS U.C2. 100. Naslov tog standarda bio je „Površina i zapremina zgrada – uslovi izračunavanja“. Republika Hrvatska preuzela je ove standarde. Omerhodžić, Zlatko, *Način obračuna površine stanova i drugih objekata*, <http://www.webgradnja.hr/strucni-dio/strucni-savjetnik-zlatko-omerhodzic/clanci/nacin-obracuna-povrsine-stanova-i-drugih-objekata/521/>, zadnji pregled 25. 11. 2014.

72 Čl. 3. st. 1. toč. 24. ZOG. ZOG. op. cit. (bilješka 31).

73 Pravilnik o načinu obračuna površine i obujma u projektima zgrada, Narodne novine, br. 90/10, 111/10, 55/12.

74 Kao što su npr. parkirališna mjesta, kućni vrtovi i sl. Omerhodžić. Op. cit. (bilješka 71).

75 Pravilnik minimalnih tehničkih uvjeta za projektiranje i gradnju stanova iz Programa društvenopoticajne stanogradnje, Narodne novine, br. 106/04, 25/06, 121/11, u daljnjem tekstu PTUPDPS.

rata i HRVI iz Domovinskog rata.⁷⁶

U praksi se planovi etažiranja izrađuju prema ovim pravilnicima i s odgovarajućim koeficijentima za korisnu površinu. Pri izračunu u korisne površine uključuju se i prostori koji temeljem čl. 67. st. 3. ZV-a⁷⁷ predstavljaju sporedne dijelove određenog posebnoga dijela nekretnine. Razlike u izračunima prema navedenim pravilnicima su minimalne, ali ne i nebitne.⁷⁸ Zbog toga je bitno da je metoda, odnosno norma, izračuna jasno naznačena u planu etažiranja, nacrtu, odnosno ugovoru o kupoprodaji nekretnine. Ovo je pogotovo neophodno dok zakonodavac, *de lege ferenda*, ne uredi izračun korisnih površina u planu etažiranja odnosno izračuna korisnih vrijednosti u nalazu i mišljenju sudskog vještaka.

Nedostatak jasnih kriterija pri izradi etažnih elaborata posljedica je uopćenih i nepreciznih odredbi ZV-a. Tako su u analiziranim primjerima uočeni i problemi uzrokovani formulacijom iz čl. 74. st. 2. podstavak 4. ZV-a:⁷⁹ „prigodom izračunavanja korisne površine neće se uzeti u obzir podrumске i tavanačke prostorije koje po svojoj opremi nisu prikladne za stambene ili poslovne svrhe“. Naime, u praksi se postavlja pitanje kojim se kriterijima procjenjuje prikladna opremljenost prostorija za stambene ili poslovne svrhe? Kao što je već navedeno, bez jasno istaknutih kriterija, dva vještaka, u dva nalaza, dat će različita mišljenja o korisnoj površini iste nekretnine. Zbog toga bi, *de lege ferenda*, podzakonskim propisom valjalo utvrditi potrebnu razinu opremljenosti podrumskih i tavanačkih prostorija za stambene ili poslovne svrhe. Nomotehnički, kriteriji se mogu formulirati određivanjem prostornih i površinskih pokazatelja kao ih određuje, npr. PTUPDPS.⁸⁰ Mogu se postaviti i daljnji socijalno-biološko-psihološki zahtjevi u vezi s opremljenošću predmetnih prostorija; svijetlo, zrak, izolacija od buke, vrućine, hladnoće itd.

76 Pravilnik o dodjeli stambenog kredita članovima obitelji smrtno stradaloga, zatočenoga ili nestaloga hrvatskog branitelja iz Domovinskog rata i HRVI iz Domovinskog rata, Narodne novine, br. 134/13.

77 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

78 Ako bi se npr. stan iz poticajne stambene izgradnje upisao u zemljišne knjige s kvadraturom izračunatom na osnovi PTUPDPS-a, dok bi u kasnijem vještačenju vještak primijenio izračun prema HRN U.C2.100, površine se neće podudarati. Grebenar. Op. cit. (bilješka 57), str. 137.

79 ZV. Op. cit. (bilješka 5).

80 Tako se npr. može propisati da stan čini cjelinu i mora imati najmanje: sobu, prostor za pripremanje hrane, prostor za održavanje osobne higijene s nužnikom. Ulazni prostor mora omogućiti nesmetan ulaz i nesmetanu komunikaciju stanara, ulazni prostor mora biti širok najmanje 1,90 m. Ako strop prostorije u stanu nije vodoravan, svijetla visina najnižeg dijela takve prostorije ne može biti manja od 2,20 m. Ako se prostorija nalazi u potkrovlju građevine s kosim krovom nagiba iznad 30 stupnjeva, svijetla visina najnižeg dijela takve prostorije ne može biti manja od 1,50 m. U prostoru za pripremu hrane mora biti dovod vode, potrebni aparati za zagrijavanje vode, te odvod vode. Veličina prostora za održavanje osobne higijene (kupaonica) mora biti takva da osigurava upotrebu opreme predviđene za održavanje osobne higijene, mora biti predviđen dovod vode, potrebni aparati za zagrijavanje vode, te odvod vode. Mora se osigurati mogućnost zagrijavanja stana na siguran način. Sve prostorije, bez obzira na njihovu namjenu, moraju biti trajno zaštićene od prodiranja vlage u vodoravnom i okomitom pravcu, kao i od prodiranja atmosfere.

5. SLOVENSKI POUČAK

Etažno vlasništvo u Republici Sloveniji uređeno je Stvarnopravnim zakonikom.⁸¹ Međutim, slovenski pristup problemu etažiranja bio je potaknut okolnošću da još 2008. godine oko 300.000 stambenih zgrada nije bilo upisano u zemljišne knjige. Zbog toga je Državni zbor Republike Slovenije 2008. godine donio Zakon o uspostavi suvlasništva na prijedlog stjecatelja svakog dijela zgrade i određivanju pripadajućeg zemljišta zgradi.⁸² Međutim, već 2011. godine bilo je potrebno donijeti Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o uspostavi suvlasništva na prijedlog stjecatelja svakog dijela zgrade i određivanju pripadajućeg zemljišta zgradi⁸³ radi uklanjanja prepreka brzoj i učinkovitoj provedbi postupaka.⁸⁴ Tako se ovim izmjenama i dopunama nastojalo urediti vlasništvo na nekretninama, koncentrirano rješavanje velikog opsega potencijalnih sporova, ubrzanje postupaka etažiranja i evidentiranja pripadajućeg zemljišta, te povećanje pravne sigurnosti u pravnim poslovima s nekretninama.⁸⁵ U tom smislu, naglašena je inkvizitorna uloga suda koji na vlastitu inicijativu utvrđuje niz pretpostavki kako bi se osigurala uspješna provedba postupka. Kao posljedica, zadatci suda u postupku su prilično široki.⁸⁶ Tako, npr. pri odlučivanju o prijedlogu za uspostavu suvlasništva sud će s odlukom o uspostavi suvlasništva odlučiti da se uspostavi etažno vlasništvo, odrediti pripadajuće zemljište i druge zajedničkih dijelove zgrade koji se upisuju u zemljišne knjige, odrediti posebne dijelove zgrade i idealne suvlasničke dijelove koji pripadaju vlasnicima u zajedničkim dijelovima zgrade, te odluku o uspostavi suvlasništva upisati u zemljišnu knjigu po službenoj dužnosti.⁸⁷ Radi ostvarenja učinkovitog postupanja, u postupku uspostave etažnog vlasništva, sud može u slučaju smrti ili prestanka postojanja sudionika postupka, prije ili tijekom njegova upuštanja u raspravljanje, na prijedlog i trošak bilo koje stranke ili druge zainteresirane osobe imenovati staratelja ili skrbnika za poseban slučaj sve dok pravni sljednici ne preuzmu postupak, osim ako će sud bez odgode odrediti pravne sljednike i pozvati ih da se uključe u postupak. Postavljeni skrbnik zastupa pravne sljednike također i u postupku upisa u katastar, upisa u zemljišne knjige i u drugim postupcima

81 Stvarnopravni zakonik, Uradni list RS, 87/2002.

82 Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi, Uradni list RS, 45/2008, u daljnjem tekstu ZVEtL-08.

83 Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi, Uradni list RS, 59/2011., u daljnjem tekstu ZVEtL-11.

84 Hitreje in učinkoviteje do etažne lastnine, Dnevnik, 18. julij 2011.

<http://www.dnevnik.si/slovenija/1042459651>, zadnji pregled 21. 11. 2014.

85 Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi 24.05.2011., str. 8. <http://imss.dz-rs.si/imis/821dcd52f1d54a347846.pdf>, zadnji pregled 21. 11. 2014.

86 *Ibid.*, str. 3.

87 Čl. 7. ZVEtL-11. op. cit. (bilješka 83).

koji će biti pokrenuti temeljem ovoga zakona.^{88,89}

Također, još 2000. godine, u Sloveniji su donesene Upute za izradu i potvrđivanje etažnog nacrtu.⁹⁰ Donošenjem ovih Uputa definirala su se pravila igre i odredila standardizirana izrada i potvrđivanje etažnog plana.⁹¹ Upute detaljno uređuju izradu etažnog nacrtu, postupak njegove potvrde od Geodetske uprave kao i sadržaj i oblik obrazaca za izradu nacrtu koji predstavljaju prilog i sastavni dio ovih Uputa.

Između ostalog, čl. 3. – 6. Uputa⁹² određuju da etažni plan mora sadržavati tlocrt kojim se prikazuje svaki dio zgrade, te posebni dijelovi zgrade, koji se nalaze na istim ili različitim katovima zgrade te su odvojeni jedni od drugih, npr. podrum, spremište, garaža. Etažni plan treba prikazati površinu podova i zajedničkih i posebnih dijelova zgrade. Ulazni dijelovi zgrade moraju biti označeni strelicom. Ako vertikalni presjek izgleda zgrade i podova ne prikazuje položaj dijelova zgrade u zgradi, trebalo bi na posebnom listu dodatno razraditi trodimenzionalni prikaz položaj dijelova zgrade unutar zgrade.⁹³

U čl. 7. Uputa⁹⁴ određuje se da etažnim planom mora biti iskazana površina izračunata iz izmjerenih podataka, i metoda izračuna površine za svaki prostor potrebna za upis prava vlasništva na određenom dijelu zgrade. Također, etažni plan mora sadržavati i plan ili skicu dijelova zgrade za svaku prostoriju s njezinom namjenom, a to su: stanovanje, poslovni prostor, ostave, zajedničke prostorije.

Detaljno se čl. 8. Uputa⁹⁵ propisuje i način obračuna „površine građevinskih

88 Čl. 16. st. 8. ZVEtL-08. (bilješka 82) i čl. 3. st. 2. ZVEtL-11. op. cit. (bilješka 83).

89 Ovakvo zakonsko rješenje posebno je zanimljivo s obzirom na odredbu čl. 73. st. 2. ZV-a koja određuje da niti jedan suvlasnik nekretnine ne može uskratiti svoj pristanak na uspostavu vlasništva posebnoga dijela drugom suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio, osim ako bi se uspostavom novoga vlasništva posebnoga dijela u korist toga suvlasnika ukinula ili ograničila prava koja njemu već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela. S pravom se u literaturi javilo pitanje što učiniti u slučajevima kada pojedini suvlasnici nisu u mogućnosti dati pisanu suglasnost, odnosno izjasniti se o tome pristaju li na uspostavu vlasništva posebnog dijela nekretnine u korist određene osobe, a što se može dogoditi u slučaju dužeg izbjivanja suvlasnika, kad je nepoznato njegovo trenutačno boravište, kao i u slučaju smrti fizičke osobe, odnosno prestanka pravne osobe, dok se ne razriješi pitanje sukcesije. Gavella *et al.* op. cit. (bilješka 4), str. 750.

90 Navodilo za izdelavo in potrditev etažnega načrta, Uradni list RS, 2/2000., u daljnjem tekstu Upute.

91 Nakić, Jakob; Vukšić, Anđelko, Vlasništvo posebnog dijela nekretnine, s posebnim osvrtom na etažni plan i prostorno etažiranje, u: Ljiljana Antić; Crnić, Jadranko; Grebenar, Lidija; Kontrec, Damir; Končić, Ana-Marija; Nakić, Jakob; Vukšić, Anđelko; Vlasništvo posebnog dijela nekretnine, praksa-dvojbe-prijedlozi, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 206.

92 Navodilo. Op. cit. (bilješka 90).

93 Danas bi bilo realno očekivati i izradu plana posebnih dijelova građevine u digitalnom obliku. Budući da se većina dijelova diobnog plana i izrađuje u digitalnom obliku (crteži, tekstovi) objedinjavanjem tih podataka i upotrebom tehnologija geografskog informacijskog sustava povezali bi se grafički i opisni podatci u jedinstven geoinformacijski sustav. Ovakav bi proizvod, u slučaju kompleksnijih građevina, predstavljao izuzetno vrijedan izvor informacija investitoru, vlasniku, kupcu ili upravitelju zgrade i uklopio bi se u tendenciju stvaranja, tzv. „*facility management*“ sustava za pojedinu građevinu. Krupa. Op. cit. (bilješka 63), str. 269.

94 Navodilo. Op. cit. (bilješka 90).

95 Navodilo. Op. cit. (bilješka 90).

dijelova“. Tako se površina izračunava iz izmjerenih podataka. Pri izračunu površine dijelova zgrada uzima se u obzir neto površina građevinskih dijelova. Neto površina je područje između vertikalnih elemenata koji ograničavaju prostor, te dijelova građevinskih elemenata koje se može ukloniti, na primjer: particije, kanali i kanali za ožičenje. Neto površina građevinskih dijelova obračunava se prema stvarnim dimenzijama. U slučaju nagnutih površina mjeri se vertikalna projekcija na horizontalnu ravninu. Površina se izražava u četvornim metrima, s dvije decimale. Neto površina građevinskih komponenti izračunava se kao zbroj neto podne površine svih prostorija koji su sastavni dio zgrade.

Upute u čl. 9. – 18.⁹⁶ detaljno određuju koje podatke mora sadržavati etažni plan: podatke o podnositelju zahtjeva za etažiranjem (ime i adresu fizičke osobe, odnosno naziv i sjedište pravne osobe), podatke o sadržaju i načinu izrade tlocrta, naziv katastarske općine, parcele, broja gradilišta, adrese, podatke o broju dijelova zgrade, što predstavlja stan u zgradi, koje prostorije predstavljaju poslovne prostore, sadržaj tlocrta i detalje izvedbe tlocrta, te datum mjerenja na terenu. Također, Upute objašnjavaju sadržaj i oblik obrazaca za izradu nacrtu koji predstavljaju prilog i sastavni dio Uputa, a koji služe za unos prethodno navedenih podataka.

6. PROBLEMATIKA STRUČNE OSPOSOBLJENOSTI I STRUČNOG USAVRŠAVANJA SUDIONIKA POSTUPKA ETAŽIRANJA

Temeljem provedene analize uočeno je i sljedeće: godišnji raspored poslova i postupak dodjele predmeta u rad sucima i sudskim savjetnicima uređen je temeljem odredbi čl. 22.–29. Sudskog poslovnika.⁹⁷ Godišnji raspored poslova utvrđuje predsjednik suda, te utvrđuje način podjele predmeta sucima i sudskim savjetnicima po vrstama predmeta. U sudovima u kojima se primjenjuje automatska (nasumična) dodjela predmeta, način podjele predmeta utvrdit će se sukladno informacijskom sustavu koji se primjenjuje u poslovanju suda.⁹⁸ Ovakav način dodjele predmeta ima za posljedicu da se određenim sucima i sudskim savjetnicima dodjeljuju predmeti iz upisnika za izvanparnične predmete - R1. Ovaj upisnik obuhvaća velik broj vrlo različitih građanskih predmeta (npr. lišenje poslovne sposobnost, proglašenje nestale osobe umrlom, razvrgnuće suvlasništva, izdavanje dozvola za stupanje u brak). Zbog toga je teško očekivati da su suci specijalizirani i dovoljno educirani, uz ostale predmete koji im se dodjeljuju, i za stručno i tehnički vjerojatno najkompliciraniji izvanparnični postupak kao što je postupak etažiranja. U tom smislu, valjalo bi, *de lege ferenda*, razmisliti o formiranju posebnih sudskih odjela koji bi uključivali suce koji će postupati isključivo u ovim predmetima, odnosno Poslovnikom predvidjeti mogućnost formiranja posebnog upisnika za ove postupke.

96 Navodilo. op. cit. (bilješka 90).

97 Sudski poslovnik, Narodne novine, br. 37/14., u daljnjem tekstu Poslovnik

98 Čl. 26. st. 2. i 3. Sudskog poslovnika određuje da sudski administrator sustava u algoritam za dodjelu predmeta unosi podatke o vrstama predmeta koji će se dodjeljivati svakom pojedinom sucu. Dodjela novih predmeta u rad sucima obavlja se kroz algoritam za dodjelu predmeta automatski (nasumce). Poslovnik. op. cit. (bilješka 97).

U vezi s problematikom stručne osposobljenosti sudionika postupka etažiranja može se uočiti da se prema ZV-u razgraničenje posebnih dijelova nekretnine može prikazati grafičkim nacrtom koji formalno-pravno nije plan posebnih dijelova nekretnine, odnosno projekt etažiranja. Takav nacrt, prema mišljenju Ministarstva graditeljstva i prostornog uređenja, može izraditi osoba „s potrebnim stručnim znanjem ili pravne osobe u kojima su zaposlene osobe s takvim znanjem“.⁹⁹ Dakle, nije nužno da nacrt izrađuje osoba koja ispunjava uvjete za obavljanje poslova stalnih sudskih vještaka određene čl. 2.–9. Pravilnika o stalnim sudskim vještacima.^{100,101} Međutim, u sudskom postupku projekt etažiranja izrađuje stalni sudski vještak građevinske ili arhitektonske struke.¹⁰² Zahtjev za pravnom sigurnosti uvjetuje izjednačavanje položaja sudionika postupka etažiranja, bilo da se razgraničenje posebnih dijelova nekretnine vrši grafičkim nacrtom ili u sudskom postupku. Zbog toga bi, *de lege ferenda*, bilo potrebno podzakonskim aktom propisati potreban profil stručnjaka za provođenje ovoga pravno-tehničkog postupka.¹⁰³ Pravna sigurnost važna je i za sudionike postupka etažiranja i za sve treće osobe koje bi tako etažiranu nekretninu u budućnosti stjecale pravnim poslom ili na koji drugi zakonom predviđeni način.¹⁰⁴

Uz prethodno navedeno, može se zaključiti da postoji potreba za stručnim usavršavanjem sudaca, sudskih savjetnika, sudskih vještaka, upravnih službenika, odnosno, svih sudionika postupka etažiranja. U tom smislu, bilo bi korisno formirati poslijediplomski studij, odnosno modul unutar postojećih poslijediplomskih studija, koji bi u sebi uključivao multidisciplinarni pristup problemu postupka etažiranja,

99 Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja, klasa: 360-01/12-02/79, ur. broj: 531-05-12-2 od 15. ožujka 2012., <http://www.mgipu.hr/doc/Propisi/360-01-12-02-79-misljenje.pdf>, zadnji pregled 21. 7. 2014.

100 Pravilnik o stalnim sudskim vještacima, Narodne novine, br. 38/14., u daljnjem tekstu PSSV.

101 Tako se za stalnog sudskog vještaka zahtijeva da je državljanin Republike Hrvatske, državljanin države članice Europske unije ili državljanin države potpisnice Sporazuma o Europskom gospodarskom prostoru, zdravstveno sposoban za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka, da je nakon završenog odgovarajućeg studija odnosno odgovarajuće škole radio na poslovima u struci i to: najmanje 8 godina – ako je završio diplomski sveučilišni studij ili specijalistički diplomski stručni studij, najmanje 10 godina – ako je završio odgovarajući preddiplomski sveučilišni studij ili preddiplomski stručni studij, da je uspješno završio stručnu obuku. Stručna obuka obavlja se prema programu što ga za svaku djelatnost odnosno struku utvrđuje odgovarajuća strukovna udruga. Sposobnost kandidata za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka utvrđuje se na temelju izvješća o provedenoj stručnoj obuci kod stalnog sudskog vještaka odgovarajuće struke pod čijim je nadzorom kandidat dužan obaviti najmanje pet vještačenja i u njima izraditi nalaz i mišljenje. Nakon obavljene stručne obuke odgovarajuća strukovna udruga dužna je na temelju izvješća stalnog sudskog vještaka kod kojeg je kandidat bio na stručnoj obuci (mentora) u roku od mjesec dana izraditi mišljenje u pisanom obliku o uspješnosti obavljene obuke i osposobljenosti kandidata za obavljanje poslova sudskog vještačenja i dostaviti ga predsjedniku odgovarajućeg županijskog odnosno trgovačkog suda. PSSV. Op. cit. (bilješka 100).

102 Peti. Op. cit. (bilješka 35), str. 108.

103 Krupa. Op. cit. (bilješka 63), str. 270.

104 Dakle ovdje se otvara pitanje jamči li se postojećim zakonskim uređenjem ono stručno znanje kakvo se pretpostavlja u slučaju kada se etažiranje provodi u sudskom postupku, te nije li tako široko postavljena mogućnost, u kojoj zapravo i laik može izraditi elaborat etažiranja, u suprotnosti s načelima pravne sigurnosti. Grebenar. Op. cit. (bilješka 57), str. 132.

utemeljen na analizama drugih znanstvenih disciplina, poglavito građevine i ekonomije, te građanskopravnu i upravnu analizu ovoga problema. Ovo je neophodno zbog cjelovitog sagledavanja relevantnih pravnih izvora i pravne prakse u ovoj domeni, te uočavanja problema s kojima se, u reguliranju postupka etažiranja, susreće svakodnevna praksa. Značajan bi bio i komparativno-pravni pristup problemu, prije svega u pravnim sustavima razvijenih država Zapadne Europe kao mogućih obrazaca za reguliranje ovoga pitanja u našem pravnom sustavu.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Praksa ukazuje na brojne probleme u vezi s uspostavom etažnog vlasništva na temelju odgovarajućeg suvlasničkog dijela nekretnine. Zbog toga je, za potrebe ovog rada, izvršen uvid u postupke koji su se temeljem prijedloga radi utvrđivanja korisne vrijednosti stanova vodili pred Općinskim i Županijskim sudom u Osijeku te postupke uspostavljanja posebnih dijelova nekretnine izradom diobnih planova kao i postupke izrade etažnih elaborata. Na temelju provedene analize, kao problem u provođenju postupka uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine, uočeno je nerazumijevanje pojmova: samostalna uporabna cjelina, korisna površina, sporedni i zajednički dijelovi nekretnine. Također, velika različitost i neujednačenost u pristupu izradi elaborata etažiranja i utvrđivanju korisnih površina, problem ocjene vrijednosti pojedinih korisnih površina, problem standardizacije načina određivanja jedinstvenih koeficijenata za obračun korisnih površina i korisnih vrijednosti površina predstavljaju sporna pitanja vezana uz ovaj način uspostave vlasništva posebnog dijela nekretnine.

Zbog toga se predlaže donošenje podzakonskog propisa koji bi detaljno uredio postupak izrade etažnog elaborata, izračuna korisnih vrijednosti pojedinih posebnih dijelova nekretnine i korisne vrijednosti svih stanova i ostalih samostalnih prostorija cijele nekretnine. Ovo je potrebno radi jednakog tumačenja i primjene pravila o etažiranju od strane svih sudionika u postupku kao i ostvarenja pravne sigurnosti, jedinstvene primjene zakona i ujednačavanja sudske prakse. Također, *de lege ferenda*, potrebno je da zakonodavac utvrdi kriterije za izračun korisne vrijednosti nekretnine u planu etažiranja odnosno nalazu i mišljenju sudskog vještaka. Naime, razvojem tržišta nekretnina posebno se prate svi parametri koji utječu na njihovu vrijednost. Poseban utjecaj imaju razne vrste korisnih površina, njihova obrada i lokacija posebnog dijela unutar nekretnine. Također, današnja situacija modernog graditeljstva i suvremeni standardi stanovanja uvjetuju potrebu za građevinskim sklopovima koji nisu iskazani starijim standardima. Republika Hrvatska prihvatila je 2002. godine međunarodnu normu ISO 9836 koja se odnosi na norme učinaka u građevini, na određivanje površinskih i prostornih pokazatelja. Norma nema učinak zakona, njena primjena nije obvezujuća, već ona daje preporuke, normira određeno područje djelovanja. Osim spomenutih ISO standarda na snazi su i standardi utvrđeni brojnim pravilnicima. U praksi se planovi etažiranja izrađuju prema ovim pravilnicima i s odgovarajućim koeficijentima za korisnu površinu. Razlike u izračunima prema navedenim pravilnicima su minimalne, ali ne i nebitne. Zbog toga je bitno da je metoda, odnosno norma, izračuna jasno naznačena u planu etažiranja, nacrtu, odnosno

ugovoru o kupoprodaji nekretnine. Ovo je pogotovo neophodno dok zakonodavac, *de lege ferenda*, ne uredi izračun korisnih površina u planu etažiranja odnosno izračuna korisnih vrijednosti u nalazu i mišljenju sudskog vještaka.

Slovenski pristup problemu etažiranja bio je potaknut okolnošću da još 2008. godine oko 300.000 stambenih zgrada nije bilo upisano u zemljišne knjige. Zbog toga je Državni zbor Slovenije donio *lex specialis* kojim se nastojalo urediti; vlasništvo na nekretninama, koncentrirano rješavanje velikog opsega potencijalnih sporova, ubrzanje postupaka etažiranja i evidentiranja pripadajućeg zemljišta, te povećanje pravne sigurnosti u pravnim poslovima s nekretninama. Naglašena je inkvizitorna uloga suda koji na vlastitu inicijativu utvrđuje niz pretpostavki kako bi se osigurala uspješna provedba postupka. Prikaz uređenja etažnog vlasništva u Republici Sloveniji može poslužiti i eventualnim *de lege ferenda* rješenjima u našem pravnom sustavu. Pristup detaljnog uređenja etažnog vlasništva, temeljem posebnih propisa, prihvatile su i neke druge zemlje kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, kao što su Njemačka i Austrija.

Postupci etažiranja predstavljaju, stručno i tehnički, vjerojatno najkompliciranije sudske predmete. Zbog toga je ukazano na potrebu specijalizacije i edukacije sudaca, ali i sudskih savjetnika, sudskih vještaka, upravnih službenika, odnosno, svih sudionika postupka etažiranja formiranjem novih ili unutar postojećih poslijediplomskih studija s uključenim multidisciplinarnim pristupom problemu postupka etažiranja.

Summary

**ESTABLISHING TENANT OWNERSHIP ON THE BASIS OF
PROPORTIONAL CO-OWNERSHIP
SHARE OF THE REAL PROPERTY**

The survey of the Osijek District and County Courts procedures related to the motion to determine the usable values of flats and into procedures of establishing separate parts of real property by the means of apportioning plans as well as the tenant ownership study procedures resulted in different and inconsistent approaches in the process of creation of the study and establishing the usable surface area. The paper deals with the analysis of judicial decisions on determining usable surface and indicates the problems emerging in practice while establishing the tenant ownership based on proportional co-ownership share of the real property. It also gives suggestions to passing a by-law on the procedure of tenant ownership study creation i.e. calculation of usable values of particular real property shares and usable values of all flats and other independent premises of the entire real property. Its goals are equal interpretation and application of tenant ownership by all parties to the procedure as well as legal security, uniform application of law and harmonisation of judicial practice. As a possible approach to the solutions in Croatian legal system the paper also analyses the regulation of tenant ownership in the Republic of Slovenia. In conclusion, it establishes the need for professional training of judges, court counsellors, court appointed expert witnesses, civil servants through application of a multidisciplinary approach to the issue of tenant ownership procedure based on other scientific disciplines e.g. civil engineering and economics.

Key words: *tenant ownership, co-ownership, expert witnessing, usable surface, tenant ownership study, independent usable unit.*

Zusammenfassung

PROBLEMATIK DER FESTSTELLUNG DES WOHNUNGSEIGENTUMS AUFGRUND EINES ENTSPRECHENDEN MITEIGENTUMSANTEILS

Nach der Einsicht in die Verfahren, welche auf Antrag zur Feststellung des Nutzwertes der Wohnung vor dem Gemeinde- und Gespanschaftsgericht in Osijek geführt worden sind, sowie in die Verfahren zur Feststellung von besonderen Teilen einer Immobilie mithilfe der Erstellung von Aufteilungsplänen, wurde ein großer Unterschied und eine Unregelmäßigkeit bei der Erstellung des Aufteilungsplans und der Feststellung von Nutzflächen bemerkt. Die Arbeit analysiert gerichtliche Entscheidungen über die Feststellung der Nutzfläche und weist auf die in Bezug auf die Feststellung des Wohnungseigentums aufgrund eines entsprechenden Miteigentumsanteils vorkommenden Probleme hin. Die Erlassung der Verordnung, welche das Verfahren der Erstellung des Aufteilungsplans, beziehungsweise der Berechnung von Nutzwerten besonderer Teile einer Immobilie und des Nutzwertes aller Wohnungen und anderer selbstständiger Räume der gesamten Immobilie detailliert regeln würde, wird vorgeschlagen. Das hat die gleiche Auslegung und Anwendung von Regeln über die Gebäudeaufteilung vonseiten aller Parteien im Verfahren sowie die Rechtssicherheit, gleiche Gesetzesanwendung und Angleichung der Rechtsprechung zum Ziel. Es werden auch das Wohnungseigentum in der Republik Slowenien sowie die möglichen Beschlüsse in unserem Rechtssystem analysiert. Abschließend wird festgestellt, dass es ein Bedürfnis nach der Fortbildung von Richtern, Gerichtsberatern, Sachverständigen und Verwaltungsbeamten gibt, wobei man den besonderen Wert dem auf die Analyse anderer wissenschaftlicher Disziplinen (insbesondere Bau- und Wirtschaftswissenschaft) begründeten multidisziplinären Ansatz zum Problem der Gebäudeaufteilung legen sollte.

Schlüsselwörter: *Wohnungseigentum, Miteigentum,
Sachverständigengutachtung, Nutzfläche, Aufteilungsplan,
selbständige Nutzeinheit*

Riassunto

IL PROBLEMA DELLA COSTITUZIONE DELLA PROPRIETÀ ORIZZONTALE IN BASE ALLA CORRISPETTIVA PARTE IN COMPROPRIETÀ DELL'IMMOBILE

Visionando i procedimenti che, in base alla richiesta di accertamento del valore utile degli appartamenti, sono stati condotti dinnanzi ai tribunali comunale e conteale di Osijek, ed i procedimenti di costituzione di parti speciali dell'immobile mediante piani divisori e mediante elaborati di comparto orizzontale, è stata osservata una rilevante diversità ed incongruità tra il procedimento di elaborazione del progetto per la proprietà orizzontale e l'accertamento di superfici utili. Il contributo analizza le decisioni giudiziali circa la definizione delle superfici utili e segnala alcuni problemi che si presentano nella prassi in occasione della costituzione della proprietà orizzontale in base all'equivalente quota in comproprietà dell'immobile. Si propone l'emanazione di regolamenti che regolerebbero dettagliatamente il procedimento di redazione dell'elaborato per la ripartizione orizzontale, ossia, per il calcolo dei valori utili delle singole parti particolari dell'immobile e dei valori utili di tutti gli appartamenti e dei rimanenti vani indipendenti dell'intero immobile. Un tanto è necessario al fine di dare un'interpretazione ed un'applicazione unitarie delle regole sulla proprietà orizzontale da parte di tutte le parti del procedimento, come pure per garantire la certezza del diritto, l'applicazione unica della legge e per l'uniformazione della giurisprudenza. Si analizza altresì la disciplina della proprietà orizzontale in Slovenia, quale possibile modello di riferimento. In conclusione, si accerta la necessità per un perfezionamento delle conoscenze dei giudici, dei consiglieri giudiziali, dei periti, dei funzionari amministrativi garantendo un approccio multidisciplinare al problema, che tenga in considerazione l'aspetto edilizio ed economico della questione.

Parole chiave: *proprietà orizzontale, comproprietà, perizia, superficie utile, elaborato orizzontale, parte d'utilizzo indipendente.*

POVREDA KONVENCIJSKOG PRAVA NA MIRNO UŽIVANJE VLASNIŠTVA

Dragan Elijaš, viši ustavnosudski savjetnik
Sandra Marković, viša ustavnosudska savjetnica
Sanja Trgovac, viša ustavnosudska savjetnica
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.233:342.726
Ur.: 21. siječnja 2015.
Pr.: 2. ožujka 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Autori u radu daju osvrt na postanak i razvitak stanarskog prava, te presjek domaćih pravnih propisa koji su se odnosili na stanarsko pravo, kao i propisa kojima je izvršena pretvorba stambenih odnosa. Pišu o značaju stupanja na snagu Zakona o najmu, kada je prestalo stanarsko pravo osobama koje su to pravo stekle prema ranijim propisima te su one po sili zakona postale najmoprimci (u pravilu, zaštićeni najmoprimci). Podsjećaju da pitanja vezana uz pretvorbu iz stanarskog prava u vlasništvo na stanovima te brojni sudski sporovi koji su proizašli iz te materije još uvijek nisu, niti stvarna niti sudska, prošlost. Autori navode stajališta i praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske, te Europskog suda za ljudska prava (ESLJP). Posebno ističu presudu ESLJP-a Statileo protiv Hrvatske, u kojoj je Europski sud uvažio činjenicu da su hrvatske vlasti tijekom tranzicije bile suočene s teškim zadatkom stvaranja ravnoteže između prava najmodavaca i zaštićenih najmoprimaca koji su stanovali u stanovima dugo vremena, te je zaključio da u konkretnom slučaju nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i financijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, prema ocjeni ESLJP-a, na podnositelja je stavljen nerazmjerni i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i financijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićene najmoprimke i njezine obitelji, zbog čega je ESLJP utvrdio povredu članka 1. Protokola br. 1.

Ključne riječi: *vlasništvo, stanarsko pravo, stan, pretvorba, tranzicija, najam, ESLJP, Ustavni sud.*

1. UVODNO

Ustav Republike Hrvatske¹ u članku 3. proklamira nepovredivost vlasništva kao jednu od najvećih vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelja za tumačenje Ustava, a u članku 48. stavku 1. jamči pravo vlasništva, kao jedno od ljudskih prava i temeljnih sloboda. Stupanjem na snagu Ustava 22. prosinca 1990.

¹ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 113/00., 28/01., 76/10. i 5/14.

započelo je tranzicijsko razdoblje ponovnog uspostavljanja (privatnog)² vlasništva kojemu je u bivšoj državi bio suprotstavljen dominantni sustav društvenog vlasništva. Obveza usklađivanja sveobuhvatnog zakonodavstva Republike Hrvatske s Ustavom³ u oblasti uređivanja stambenih odnosa bila je posebno izražena,⁴ budući da Ustav ne poznaje ni društveno vlasništvo ni stanarsko pravo, koje je nositelju tog prava u bivšoj državi omogućavalo trajno i neograničeno korištenje stana u društvenom i privatnom vlasništvu.

Usklađivanje stambenog zakonodavstva s Ustavom započelo je Zakonom o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (u daljnjem tekstu: Zakon o prodaji stanova),^{5, 6, 7} a završilo stupanjem na snagu Zakona o najmu stanova (u daljnjem tekstu: Zakon o najmu).⁸ Prema tim propisima osobama koje su imale stanarsko pravo omogućeno je, pod propisanim uvjetima, otkupiti određene stanove, a osobama koje su imale stanarsko pravo na stanu u privatnom vlasništvu ili koje iz određenih razloga nisu mogle otkupiti stan u društvenom vlasništvu (primjerice ako je stan postao društveno vlasništvo konfiskacijom), stanarsko pravo pretvoreno je u najamni odnos, a stanari su prevedeni u položaj najmoprimca. Zakonodavac je, dakle, institut stanarskog prava zamijenio klasičnim institutom građanskog prava, najmom, pri čemu je posebno zaštitio i kategoriju onih nositelja stanarskog prava koji su to pravo imali na stanovima u privatnom vlasništvu,⁹ propisivanjem sklapanja najma na neodređeno

2 Svjesni činjenice da naziv "privatno" vlasništvo nije najs(p)retniji, za potrebe ovog rada ipak ćemo se koristiti tim nazivom.

3 Članak 4. Ustavnog zakona za provedbu Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90., 8/91., 31/91., 33/91., 59/91., 27/92., 91/92., 62/93., 50/94., 105/95., 110/96. i 28/01.

4 V. odluku i rješenje Ustavnog suda, broj U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998., Narodne novine, br. 48/98. i 66/98.

5 Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, Narodne novine, br. 27/91., 54/91., 6/92., 8/92., 8/92., 33/92., 46/92., 49/92., 69/92., 87/92., 25/93., 26/93., 48/93., 2/94., 29/94., 44/94., 47/94., 58/95., 103/95., 11/96., 76/96., 111/96., 11/97., 103/97., 68/98., 163/98., 22/99., 96/99., 120/00., 94/2001. i 78/02.

6 Ustavni sud je u odluci, broj U-I-762/1996 od 31. ožujka 1998. naveo:

"U tom tranzicijskom razdoblju, prvo je donesen Zakon o prodaji (1991. godine) i bio je i u funkciji pretvorbe društvenog vlasništva nad stanovima u pravo vlasništvo. Kasnije, 1996. godine, donesen je i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96 - stupio na snagu 1. siječnja 1997.) koji cjelovito uređuje vlasničkopravne odnose u skladu s Ustavom, i u svezi stanovanja. Zakon o najmu donesen je radi uređivanja odnosa koji su ranije bili uređeni Zakonom o stambenim odnosima ("Narodne novine", broj 51/85, 42/86, 22/92 i 70/93), što također predstavlja usklađivanje s Ustavom odnosa u oblasti stanovanja, a koju oblast, kao što je već rečeno, u određenoj mjeri uređuje i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Stupanjem na snagu Zakona o najmu i Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o stambenim odnosima prestao je vrijediti u cijelosti, osim što će se postupci pokrenuti prema odredbama Zakona o stambenim odnosima do stupanja na snagu Zakona o najmu dovršiti prema odredbama Zakona o stambenim odnosima (članak 52. stavak 1. Zakona o najmu)."

7 M. Žuvela je naveo da je prvi ozbiljniji zahvat u ovu materiju otpočeo donošenjem Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća (stanovi u društvenom vlasništvu dobivaju svog vlasnika) - Žuvela, Mladen, Ugovor o najmu stana, Hrvatska pravna revija, 2009., str. 1.

8 Zakon o najmu stanova, Narodne novine, br. 91/96., 48/98., 66/98 i 22/06.

9 Za potrebe ovoga rada spominjemo samo ovu kategoriju zaštićenih najmoprimaca. Za ostale

vrijeme, propisivanjem zaštićene najamnine i otežanih otkaznih razloga. Takvom tranzicijom nezadovoljni su bili i vlasnici stanova i stanari. Vlasnici stanova su u bitnome smatrali da im se ograničava vlasništvo (niskom zaštićenom najaminom, obvezom sklapanja ugovora sa zatečenim stanarom, otežanim uvjetima otkazivanja ugovora o najmu i sl.), a stanari su smatrali da su dovedeni u nejednak položaj u odnosu na nositelje stanarskog prava na stanu u društvenom vlasništvu, kojima je bilo omogućeno otkupiti stan (steći vlasništvo) pod povoljnim uvjetima. Ustavni sud je takvu tranziciju, načelno, ocijenio sukladnom Ustavu. U povodu više predlagatelja, vlasnika i stanara, Ustavni sud donio je trinaest meritornih odluka u vezi sa Zakonom o najmu i osamnaest u vezi sa Zakonom o prodaji stanova. Ograničenje vlasništva zaštićenim najmom u tom tranzicijskom razdoblju opravdao je pozivom na članak 16. Ustava: "Takvim načelnim pristupom koji istovremeno transformira i ograničava suprotstavljene interese (vlasnika i njihovih stanara), a izvire iz ustavnog načela (članak 16.) prema kojem se prava jednih mogu zakonom ograničiti da bi se zaštitila prava drugih ljudi te pravni poredak, ne povrjeđuju se najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske, kao što su jednakost, socijalna pravda i nepovredivost vlasništva." Nejednakost bivših nositelja stanarskog prava na stanovima u društvenom i privatnom vlasništvu u pogledu mogućnosti otkupa stana na što su ukazivali predlagatelji Ustavni sud opravdao je sljedećim: "... razlika između nositelja stanarskog prava na stanovima u vlasništvu i onih na stanovima u ranijem društvenom vlasništvu, kad prvi nemaju pravo kupiti stan prema odredbama Zakona o prodaji, posljedica je i različitog vlasničkog režima na stanovima na kojima su imali stanarsko pravo. Tu razliku država je u provođenju zakonodavne politike i transformacije vlasničkih odnosa uvažila, uz istovremeno pružanje odgovarajuće zaštite bivšim nositeljima stanarskog prava kroz odredbe Zakona o najmu."¹⁰

Odnosi nezadovoljnih stanara (zaštićenih najmoprimaca) i vlasnika stanova, osim apstraktne ocjene ustavnosti propisa, uzrokovali su i brojne pojedinačne sudske sporove, od kojih su neki razmatrani pred Ustavnim i Europskim sudom za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP). Novija presuda ESLJP-a u predmetu *Statileo protiv Hrvatske*,¹¹ u kojoj je ESLJP utvrdio sistemsku povredu prava vlasništva vlasnicima stanova sa zaštićenim najmoprimcima, povod je ovom radu. U nastavku ćemo, prije presude *Statileo protiv Hrvatske*, prikazati, u mjeri u kojoj je to nužno za ovaj rad, institut stanarskog prava te njegovu pretvorbu u najamni odnos. Također ćemo prikazati važnije odluke i rješenja Ustavnog suda iz ovog područja, i u apstraktnoj i u individualnoj kontroli, koje pojašnjavaju probleme i sporove koji su proizašli ili su u vezi s prijelazom iz sustava stanarskog prava u najamni odnos.

2. OSVRT NA POSTANAK I RAZVITAK "STANARSKOG PRAVA"

Postanak i razvitak stanarskog prava, kao pravnog instituta i subjektivnog prava, rezultat je promjena koje su se od završetka Drugog svjetskog rata, pod

ategorije: v. članke 8., 47. i 48. Zakona o najmu; v. Žuvela, M., op. cit., str. 10.

10 Oba citata su iz odluke i rješenja U-I-762/1996 (bilj. 4).

11 Presuda od 10. srpnja 2014., zahtjev br. 12027/10.

utjecajem socijalnih, ekonomskih i drugih čimbenika, dogodile u pravnom položaju korisnika stanova odnosno u društvenim odnosima: društvenim upravljanjem stambenim zgradama, stvaranjem društvenog stambenog fonda odnosno prijelazom dijela stambenog fonda u društveno vlasništvo, ograničavanjem prava vlasništva na stanovima i stambenim zgradama, razvijanjem samoupravnih odnosa u stambenoj oblasti i dr.¹² Stanarsko pravo najprije se pojavilo u obliku, tzv. "prava na stan",¹³ subjektivnog prava koje je stanarima osiguravalo "trajno pravo korištenja stana suglasno propisima o redu u stambenim zgradama"¹⁴ te pravo upravljanja stambenim zgradama i zemljištem na kojemu su te zgrade podignute.¹⁵ Povijesno gledano, oba ta prava, kao pravni instituti, nastali su od institucije najma.¹⁶ T. Tumbri navodi da je pravo na stan po nekim svojim obilježjima bilo slično "pravu na stvari, tj. stvarnom pravu (pravu vlasništva)", ali se od njega i značajno razlikovalo. "Te specifičnosti odnosno razlike navele su zakonodavca da u kasnijem reguliranju stambenih odnosa napusti njegov dotadašnji naziv i zamijeni ga novim, boljim i sadržajno prikladnijim, a to je 'stanarsko pravo'. Takvim nazivom trebalo je istaknuti da tu nije riječ niti o pravu vlasništva na stanu, niti o nekom drugom stvarnom pravu, a ni o nekom apstraktnom pravu pojedinca da od društva dobije stan (što se također dalo zaključiti prema njegovu prijašnjem nazivu), nego o sasvim konkretnom pravu što su ga stekle osobe kojima je, na temelju utvrđene potrebe za stanom, određeni stan dodijeljen na korištenje i koje taj stan stvarno i koriste te, kao takve, imaju pravo i na određenu zaštitu".¹⁷

Stanarsko pravo, sadržaja gotovo istovjetnog pravu na stan,¹⁸ uveo je Zakon o stambenim odnosima iz 1959.¹⁹ Zakon o stambenim odnosima mijenjan je 1962., 1974. i 1985. (iako je, što se tiče sadržaja stanarskog prava, u biti riječ o manjim izmjenama, za prikazivanje modela stanarskog prava koristimo se odredbama Zakona o stambenim odnosima iz 1985.). Uz pravo i dužnost da trajno i nesmetano koristi i održava stan, te da upravlja zgradom,²⁰ nositelj tog prava mogao je raspolagati dijelom svoga stana na način da ga da na korištenje podstanaru ili iznajmi turistima odnosno putnicima,²¹ mogao je zamijeniti stan za stan drugog nositelja stanarskog prava;²² pravo da se koriste stanom pripadalo je članovima "porodičnog domaćinstva" i nakon smrti nositelja stanarskog prava, a i kad je on zbog drugih razloga trajno prestao koristiti

12 Tumbri, Tanja, Stanarsko pravo u zakonodavstvu, praksi i teoriji, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 4. i 197.

13 U pravni sustav bivše države pravo na stan bilo je uvedeno Uredbom o upravljanju stambenim zgradama, Službeni list FNRJ 52/53. i 29/54. - pročišćeni tekst.

14 Članak 7. stavak 2. pročišćenog teksta Uredbe o upravljanju stambenim zgradama.

15 Članak 1. pročišćenog teksta Uredbe o upravljanju stambenim zgradama.

16 Tumbri, T., op. cit. (bilj. 11), str. 4.

17 Tumbri, T., op. cit. (bilj. 11), str. 41-42.

18 Nesmetano korištenje stana obilježje je stanarskog prava koje nije imalo pravo na stan (v. bilj. 218 kod T. Tumbri, op. cit. (bilj. 11)).

19 Zakon o stambenim odnosima, Sl. list FNRJ, broj 16/59., stupio na snagu 23. srpnja 1959.

20 Čl. 3. ZSO/85.

21 Čl. 73. ZSO/85.

22 Čl. 69. ZSO/85.

stan.²³ Visina stanarine za pojedini stan utvrđivala se rješenjem upravnog tijela na osnovi mjerila koja su sporazumno utvrđivale skupština općine i skupština zajednice. Stanarsko pravo moglo je prestati samo na način i zbog razloga taksativno navedenih u zakonu. Razlozi za prestanak stanarskog prava u prvom redu su predstavljali kršenje nekih osnovnih obveza nositelja stanarskog prava poput nekorištenja stana, činjenja štete na stanu, neplaćanja stanarine i sl.²⁴ U određenim situacijama stanaru se, prije iseljenja, morao osigurati nužni smještaj odnosno drugi odgovarajući stan.²⁵

Do ustavne reforme 1974.²⁶ stanarsko pravo moglo se steći i na stanu u privatnom vlasništvu. Sadržaj stanarskog prava i u slučaju stjecanja na stanu u društvenom i u privatnom vlasništvu bio je istovjetan, pa je “nosiocima stanarskog prava ... bilo sasma svedeno u čijem stanu stanuju - privatnom ili društvenom. Jedina razlika između stanara u privatnim i društvenim stanovima bila je u tome što su prvi mogli doći u situaciju da zbog toga što se vlasnik želi useliti u svoj stan budu bez svoje volje preseljeni u drugi odgovarajući stan u privatnom ili društvenom vlasništvu, a ako se radilo o novom ili ispraznjenom stanu, mogao im se otkazati ugovor o korištenju stana i kad je sam vlasnik želio useliti u taj stan odnosno kad je u taj stan trebao useliti svoje punoljetno dijete, a da im se ne osigura drugi stan. Istina, od zaključenja ugovora o korištenju stana do otkaza moralo je tada proći najmanje godinu dana.”²⁷

3. “PRETVORBA” STANARSKOG PRAVA

Nezadovoljstvo postojećim stambenim fondom, njegovim lošim gospodarenjem, propadanjem, “nemogućnosti stvaranja uvjeta za rješavanje stambenih pitanja osoba bez stana i neracionalnom korištenju sredstava ostvarenih u djelokrugu provođenja stambene politike”²⁸ te nemotivirajućim propisima za kupnju stanova u društvenom vlasništvu,²⁹ zakonodavac je ocijenio nužnim u postupku pretvorbe društvenog vlasništva provesti i pretvorbu vlasništva “svekolikog stambenog fonda”.

Zakon o prodaji stanova stupio je na snagu 19. lipnja 1991. Omogućio je, pod

23 Čl. 67. ZSO/85.

24 Čl. 97., čl. 99 ZSO/85.

25 V. primjerice čl. 97. st. 1. t. 1. ZSO/85.

26 Člankom 164. Ustava SFRJ iz 1974. i člankom 242. Ustava RH iz 1974. jamčilo se građaninu “da na stan u društvenom vlasništvu stječe stanarsko pravo”.

27 Tumbri, T., op. cit. (bilj. 11), str. 48.

28 Iz obrazloženja Prijedloga Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, citirano u: Zakon o prodaji stanova, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 1992., Narodne novine, (zbirka pravnih propisa 333), autora Jadranka Crnića i Ivice Crnića.

29 U Crnić, J. i Crnić, I. ibid., str. 3., navodi se: “Odnosi vezani na prodaju stanova u društvenom vlasništvu sada su uređeni odredbama Zakona o prometu zemljišta i zgrada (u daljnjem tekstu: ZPZZ) i odredbama Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrada (...), koji su 1973. godine preuzeti Zakonom o preuzimanju saveznih zakona, kao republički zakoni. ZPZZ je u više navrata, a počevši od 1974. godine, mijenjan, na način da su pojedini odnosi regulirani odredbama tog zakona, drukčije regulirani odredbama posebnih saveznih ili republičkih zakona. (Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zakonom o građevinskom zemljištu i dr.) Ovi važeći propisi međutim ne sadrže takva rješenja koja bi motivirala stanare na kupnju stana i obvezu prodavaoca, društvenog vlasnika da proda neuseljive stanove.”

povoljnim uvjetima, prodaju određenih stanova određenim nositeljima stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu. U smislu članka 3. nositeljima stanarskog prava na stanu u privatnom vlasništvu otkup stana (odnosno stjecanje vlasništva stana u kojem stanuju) nije omogućen. Nositelji stanarskog prava na stanovima u privatnom vlasništvu, smatrajući da su u nejednakom položaju s nositeljima stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu kojima je omogućen otkup stanova podnijeli su brojne prijedloge za ocjenu suglasnosti Zakona o prodaji stanova s Ustavom. Članak 3. Zakona o prodaji stanova bio je četiri puta predmet ocjene njegove suglasnosti s Ustavom.³⁰ Ustavni sud nijednom nije našao nesuglasnost tog članka s Ustavom.³¹

Ustavni sud nije usvojio argumente predlagatelja o stečenom pravu na otkup, o povratnom djelovanju članka 3. Zakona o prodaji stanova, te o nejednakosti i diskriminaciji nositelja stanarskog prava na stanu u privatnom vlasništvu. Ustavni sud nije uvažio ni argumente da je stanarsko pravo, kao sigurno i trajno pravo, zaštićivalo i obitelj, pa da se onemogućavanjem otkupa stana vrijeđaju članci 35. i 61. stavak 1. Ustava prema kojem je obitelj pod osobitom zaštitom Republike Hrvatske.

U odluci i rješenju broj: U-I-762/1996 (v. bilj. 4) Ustavni sud je naveo: "Glede pozivanja predlagatelja na stečena prava, napominje se da pravo na kupnju stana na kojem je postojalo stanarsko pravo, a kako je to omogućeno odredbama Zakona o prodaji, nikad prije stupanja tog Zakona na snagu nije uopće postojalo kao posebno pravo nositelja stanarskog prava (osim kao pravo prvokupa, a to je pravo zadržano i za zaštićenog najmoprincipa - članak 44. Zakona o najmu), a posebno ne ustavno pravo, pa se ni u kojem smislu, pravo na kupnju stana koji je oduvijek u vlasništvu, ne može smatrati stečenim. Dakle, samim stjecanjem stanarskog prava i u vrijeme tog stjecanja, a ni kasnije, nije se stjecalo i pravo na kupnju toga stana pod uvjetima i na način koji je u novom ustavnopravnom poretku omogućen Zakonom o prodaji."

Kao što je u uvodu navedeno, Ustavni sud je utvrdio da nije povrijeđeno ni načelo jednakosti: "Također, ne nalazi se da bi osporenim odredbama bilo povrijeđeno načelo jednakosti kao temeljna vrednota iz članka 3. Ustava. Točno je da su nositelji stanarskog prava na stanovima u vlasništvu građana imali prava i dužnosti nositelja stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu, i to na način da su stan mogli nesmetano i trajno koristiti i održavati te sudjelovati u upravljanju stambenom zgradom (članak 3. Zakona o stambenim odnosima ...), ali se njihov pravni položaj od početka stjecanja prava razlikovao od pravnog položaja nositelja stanarskog prava na stanovima u društvenom vlasništvu, upravo zbog činjenice što je to pravo postojalo na stanovima koji su bili u vlasništvu građana. To vlasništvo na stanu, bilo je na određeni način zaštićeno i u ranijem režimu (a i sada je zaštićeno odredbom članka 48. stavka 1. Ustava, prema kojoj se jamči pravo vlasništva), pa već zbog te činjenice stanarsko pravo na stanu u vlasništvu, nikad nije bilo u svemu jednako stanarskom pravu na stanu u društvenom vlasništvu. Napuštanjem samog naziva 'stanarsko pravo', i njegovim pretvaranjem u pravo najma s posebnim režimom zaštite najmoprincipa glede visine

30 1998. g.: U-I-762/1996 i dr., 2005. g.: U-I-3254/2004 i dr., 2006. g.: U-I-3478/2004 i dr. te 2009. g.: U-I-466/2006 i dr.

31 Ustavni sud ni u jednom slučaju, od ukupno osamnaest meritornih odlučivanja o suglasnosti pojedinih odredbi Zakona o prodaji stanova (ili njegovih izmjena) s Ustavom, nije utvrdio neustavnost.

najamnine i ugovaranja najamnog odnosa na neodređeno vrijeme s ograničenim mogućnostima otkazivanja, u sadržaju korištenja stana za bivše nositelje stanarskog prava na stanovima u vlasništvu, nije se taj sadržaj bitno promijenio.”

U kasnijim rješenjima Ustavni sud je u ocijenio da predlagatelji u bitnome ponavljaju prigovore koje je Ustavni sud već razmatrao 1998. godine. U rješenju broj: U-I-3254/2004 i dr.³² od 9. veljače 2005.³³ Ustavni sud nije utvrdio nove okolnosti koje bi dovele do promjene njegova pravnog stajališta izraženog u ranijim rješenjima, niti su predlagatelji, prema ocjeni Ustavnog suda, naveli nove ustavnopravno relevantne razloge zbog kojih bi Ustavni sud utvrdio osnovanim pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti osporene odredbe Zakona s člancima 3., 14. stavkom 2., 35. i 61. stavkom 1. Ustava.³⁴

4. ZAVRŠETAK PRETVORBE STAMBENIH ODNOSA

Smatra se da pretvorba stambenih odnosa završava stupanjem na snagu Zakona o najmu, kada je prestalo stanarsko pravo osobama koje su to pravo stekle prema ranijim propisima te su one po sili zakona postale najmoprimci (u pravilu, zaštićeni najmoprimci). Tada one s vlasnikom stana sklapaju ugovor o najmu na neodređeno vrijeme, imaju pravo na zaštićenu najminu, pravo prvokupa ako najmodavac ima

32 Riječ je bila o 104 prijedloga za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 3. stavka 1. točke 2. Zakona o prodaji kojom je propisano da se odredbe tog zakona ne odnose na prodaju stanova u *pravu vlasništva na kojima je stečeno stanarsko pravo*.

33 Rješenje broj: U-I-3254/2005 i dr. od 9. veljače 2005., Narodne novine, br. 32/05.

34 Jedan od “novih” prigovora bio je o diskriminaciji u odnosu na one koji su imali pravo otkupiti stan, suprotno odredbama članaka 2. stavka 2. i 6. Aneksa G Ugovora o pitanjima sukcesije. Ugovor o pitanjima sukcesije, potpisan je u Beču 29. lipnja 2001., potvrđen je Zakonom o potvrđivanju Ugovora o pitanjima sukcesije, Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 2/04. Ugovor je stupio na snagu 2. lipnja 2004. godine (Narodne novine - Međunarodni ugovori, br. 5/04.). Ustavni sud je ocijenio da članak 2. Aneksa G Ugovora, koja obvezuje države sljednice da sve ugovore sklopljene od strane građana ili drugih pravnih osoba SFRJ do 31. prosinca 1990., uključujući one sklopljene s javnim poduzećima, poštuju bez diskriminacije, nije mjerodavan u konkretnom slučaju. Stajalište je Ustavnog suda da ta obveza, “međutim, nikako ne pretpostavlja i obvezu država sljednica da zadrže u nacionalnom zakonodavstvu pravne institute socijalističkog uređenja bivše SFRJ koji su suprotni temeljnim jamstvima sloboda i prava čovjeka i građanina zajamčenim Ustavom Republike Hrvatske, među koje institute pripada i stanarsko pravo, uključujući i ugovore na temelju kojih se ono stjecalo.” Ustavni sud je nadalje istaknuo da su eventualni diskriminacijski učinci osporene odredbe Zakona već bili predmet ispitivanja i pred Ustavnim sudom i pred ESLJP-om i prije no što je Ugovor o pitanjima sukcesije stupio na snagu u Republici Hrvatskoj. U odluci o dopuštenosti (odluka Sorić protiv Hrvatske od 16. ožujka 2000., zahtjev br. 43447/98) kojom je zahtjev odbačen kao očito neosnovan, ESLJP je iznio svoje stajalište o suglasnosti osporene odredbe Zakona s člankom 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine - Međunarodni ugovori, broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.) kojom se propisuje zabrana diskriminacije po bilo kojoj osnovi, a koje se stajalište odnosi na različit pravni položaj osoba koje su imale stanarsko pravo na stanovima u vlasništvu građana i onih koje su imale stanarsko pravo na stanovima u društvenom vlasništvu. Ustavni sud je napomenuo da su ta stajališta ESLJP-a u cijelosti sukladna pravnim stajalištima Ustavnog suda izraženim u rješenju, broj: U-I-762/1996 i dr.

namjeru prodati stan. U ugovor se upisuju osobe koje imaju pravni položaj člana obiteljskog domaćinstva stečenog prema Zakonu o stambenim odnosima, pa u slučaju smrti zaštićenog najmoprimca ili kada on napusti stan, prava i dužnosti zaštićenog najmoprimca iz ugovora o najmu prelaze na osobu navedenu u ugovoru o najmu stana, otkaz ugovora o najmu je moguć ako se najmoprimac ogriješio o zakon i ugovor ili je pak stan potreban najmodavcu.

Sve te odredbe bile su predmet ocjene pred Ustavnim sudom. Prijedloge su podnosili i najmoprimci i najmodavci. Ustavni sud je do sada trinaest puta meritorno odlučivao o pojedinim odredbama Zakona o najmu; posljednji put 19. prosinca 2013. (U-I-2758/2010) kada je (ponovo) odbio prigovore (i u odnosu na zaštićenu najamninu) da su "vlasnici stanova u kojima stanuju tzv. zaštićeni najmoprimci u potpunosti obespravljeni glede slobode ugovaranja te trajno lišeni svih sastavnica koje čine sadržaj prava vlasništva".

Ipak neustavnim je ocijenio i ukinuo, odlukom broj: U-I-762/1996 i dr. (v. bilj. 4) članak 21. stavak 2. Zakona o najmu, kojim je bilo propisano da najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana na neodređeno vrijeme ako u taj stan namjerava useliti sam ili svoje potomke, roditelje ili osobe koje je dužan uzdržavati samo u slučaju ako je najmoprimcu osigurao drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca. Usporedivši ta ograničenja sa sličnim ograničenjima vlasnika stana/najmodavca prema odredbama Zakona o stambenim odnosima, Ustavni sud je utvrdio da su "sadašnji" najmoprimci dovedeni u teži položaj jer ne mogu otkazati ugovor o najmu "čak ni onima s kojima su u ugovornom najamnom odnosu već bili u času stupanja na snagu Zakona o najmu", a osim toga, u bivšem režimu, stanare stanova u privatnom vlasništvu u koje su namjeravali useliti vlasnici jer su stanovali u teškim stambenim uvjetima, stambeno bi zbrinula općina. Istom odlukom ukinut je i članak 31. stavak 2. podstavak 3. Zakona o najmu, kojim je bilo propisano da pravo na zaštićenu najamninu gubi najmoprimac koji se s članovima obiteljskog domaćinstva ne koristi stanom dulje od posljednjih šest mjeseci prije stupanja na snagu toga Zakona, bez suglasnosti vlasnika stana. Ustavni sud je odredbu ukinuo zbog uvjetovane suglasnosti vlasnika stana koju traži za ponekad i opravdano, nužno odsustvovanje najmoprimca iz stana, a sadrži i prikriveno povratno djelovanje kad se primjenjuje na odsustvovanje najmoprimca iz stana i prije stupanja na snagu Zakona o najmu. Ukinut je i članak 39. Zakona o najmu, koji je propisivao da najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana zaštićenom najmoprimcu koji na temelju posebnog propisa ima pravo na stalnu socijalnu pomoć ili ima više od 60 godina, iz razloga propisanog u članku 19. stavku 1. podstavku 1. toga Zakona (neplaćanje najamnine), jedino ako tom najmoprimcu jedinica lokalne samouprave, odnosno Grad Zagreb, osigura drugi odgovarajući stan s pravom plaćanja zaštićene najamnine koju može podmiriti. Prema stajalištu Ustavnog suda ta je odredba nedorečena i neobvezujuća za jedinicu lokalne samouprave odnosno Grad Zagreb, zbog čega nije u skladu s načelom vladavine prava i ustavnim pravom jednakosti svih pred zakonom i djelomično na neprimjeren način promiče ideju socijalne pravde. Navedenom odlukom Ustavni sud je ukinuo članak 40. stavak 2. Zakona o najmu, kojim se uvjetuje pravo najmodavca da zaštićenom najmoprimcu otkaže ugovor o najmu stana kad u taj stan želi useliti

sam ili namjerava useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje je prema posebnim propisima dužan uzdržavati, osiguravanjem najmoprimcu drugog useljivog stana pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca (na isti način kao što je to propisano u članku 21. stavku 2. Zakona o najmu).

Učinak svoje odluke U-I-762/1996 i dr. u odnosu na ukinuti članak 21. stavak 2. i članak 40. stavak 2. Zakona o najmu, Ustavni sud odgodio je za šest mjeseci od dana objave odluke, ostavljajući zakonodavcu dovoljno vremena za "primjereno urediti pretpostavke za otkaz". Tu je odluku Ustavni sud donio 31. ožujka 1998. Do danas nije izvršena.³⁵

5. STVARANJE SUDSKOG PRAVNOG PRAVILA

Nedostatak zakonske norme koja uvjetuje pravo najmodavca da zaštićenom najmoprimcu otkaze ugovor o najmu stana kad u taj stan želi useliti sam (ili osobe navedene u članku 21. stavku 1. Zakona o najmu), osiguravanjem drugog useljivog stana, nije spriječio pokretanje brojnih postupaka radi otkaza ugovora o najmu stanova, u kojem su vlasnici isticali svoju namjeru da usele u stan. Ustavni sud je u dva slučaja u kojima je usvojen tužbeni zahtjev vlasnika privremeno odgodio iseljenje,³⁶ no odluke o meritumu u tim slučajevima nije donio sve dok Vrhovni sud

35 Ustavni sud je 20. lipnja 2007. Hrvatskom saboru uputio Izvješće broj: U-X-2191/2007, Narodne novine, br. 67/07., u kojem ga je upozorio da odluka iz 1998. nije izvršena; v. Kačer, Hrvoje, Izvješće Ustavnog suda Republike Hrvatske glede Zakona o najmu stanova (ili: pa ljudi moji je li to moguće?!), Hrvatska pravna revija, 10/2007.

36 Rješenjem broj: U-III-135/2003 od 30. travnja 2003., kojim je Ustavni sud odgodio ovrhu presude Općinskog suda u Opatiji, broj: P-297/99-13 od 7. prosinca 1999., određenu rješenjem o ovrši Općinskog suda u Opatiji, broj: Ovr-59/03-3 od 12. ožujka 2003. Ustavni sud je u obrazloženju rješenja naveo: "Presuda za čiju je ovrhu predložena odgoda donesena je temeljem odredbe članka 21. stavka 1. Zakona o najmu stanova, prema kojoj najmodavac može otkazati ugovor o najmu stana na neodređeno vrijeme, i iz razloga ako u taj stan namjerava useliti sam ili namjerava useliti svoje potomke, roditelje ili osobe koje je prema posebnim propisima dužan uzdržavati, a prema odredbi članka 40. stavka 1. podstavka 1. istoga zakona, najmodavac može iz istog razloga otkazati ugovor o najmu stana i zaštićenom najmoprimcu.

S obzirom na to da je Ustavni sud svojom odlukom od 31. ožujka 1998. ukinuo odredbu stavka 2. članka 40. Zakona o najmu stanova, koja je određivala dužnost najmodavca da u slučaju otkaza ugovora o najmu stana zaštićenom najmoprimcu osigura drugi useljiv stan pod uvjetima za stanovanje koji nisu nepovoljniji za najmoprimca, potrebno je prije donošenja odluke utvrditi okolnosti i način provedbe odluke Ustavnog suda broj: U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. Nakon utvrđivanja mjerodavnih okolnosti ovoga predmeta, Ustavni sud će donijeti odluku o ustavnoj tužbi."

Odlukom, broj U-III-135/20013, Ustavni sud je 17. ožujka 2009. odbio ustavnu tužbu, ocijenivši je neosnovanom. Ustavni sud je u obrazloženju primijetio da zakonodavac do dana donošenja te odluke nije uredio sporni pravni odnos sukladno stajalištima Ustavnog suda izraženim u ukinutoj odluci broj: U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. godine. U postupku je utvrđeno da podnositeljica ustavne tužbe živi u predmetnom stanu sa sinom i njegovom suprugom te njihove dvoje djece, kao članovima obiteljskog domaćinstva, te da je sin podnositeljice vlasnik kuće u Selcima, a njegova supruga vlasnica stana u Rijeci. Stoga, i pored činjenice da podnositeljica nema u vlasništvu odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojemu stanuje, Ustavni sud je ocijenio da su u konkretnom slučaju ispunjeni uvjeti za iseljenje

Republike Hrvatske nije u praksi stvorio sudsko pravno pravilo. U odluci broj: Rev-486/02-2, Gzz-74/02 od 21. veljače 2007. Vrhovni sud je ustanovio pravilo prema kojem do primjene članka 40. stavka 1. podstavka 1. Zakona o najmu (tj. do otkaza ugovora o zaštićenom najmu ako vlasnik želi sam useliti u taj stan) "može doći samo u slučaju ako najmoprimac ima u vlasništvu useljiv odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuje" uz obrazloženje da jedino u tom slučaju nije postojala obveza osiguravanja drugog useljivog stana najmoprimcu od strane najmodavca niti prije prestanka važenja ukinutih odredaba, sukladno članku 40. stavku 4.³⁷ Zakona o najmu. To je pravilo potvrdio Ustavni sud.³⁸ Ono se, sukladno stajalištu ESLJP-a u presudi Majski protiv Hrvatske (br.2) od 19. srpnja 2011.³⁹ i Ustavnog suda,⁴⁰ smatra pravom nakon proteka šest mjeseci od zauzimanja odnosno

podnositeljice i članova njezinog porodičnog domaćinstva iz stana u kojemu sada stanuju budući da članovi njenog obiteljskog domaćinstva imaju u vlasništvu useljiv stan, odnosno kuću na području općine gdje se nalazi stan u kojemu sada stanuju. Ustavni sud je napomenuo da je pri razmatranju ustavne tužbe uzeo u obzir i utvrđenu činjenicu da vlasnik navedenog stana živi u neadekvatnom stanu, u zajedničkom kućanstvu sa suprugom i dva punoljetna sina te da u taj stan namjerava useliti sam, odnosno njegovi sinovi. Polazeći od utvrđenih činjenica, Ustavni sud je ocijenio da faktični položaj podnositeljice i njezinih članova obiteljskog domaćinstva ograničava pravo vlasništva tužitelja, koje se ogleda u njegovoj nemogućnosti korištenja navedenog stana te rješavanja stambenog pitanja njega i njegove obitelji. Okolnost što zakonodavac nije, nakon odluke Ustavnog suda, ukinutu odredbu nadomjestio drugom ne može biti zapreka da vlasnik stana, pozivom na važeću zakonsku odredbu, zahtijeva iseljenje podnositelja ustavne tužbe jer bi to bilo protivno ustavnom jamstvu prava vlasništva, kao i odredbi članka 16. stavka 2. Ustava, prema kojoj svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. Naime, nemogućnost iseljenja podnositelja iz razloga koje su isticali podnositelji u ustavnoj tužbi, a oslanjajući se na činjenicu da zakonodavac još uvijek nije uredio sporni pravni odnos, prema mišljenju Ustavnog suda, predstavlja za vlasnika nerazmjeran i prekomjeran teret, na što su sudovi osnovano ukazali, tako da je osporenim presudama postignuta pravična ravnoteža među strankama u odnosu na način rješavanja njihovog stambenog pitanja, v. i rješenje broj: U-III-2521/2005 od 4. srpnja 2007.

37 Članak 40. stavak 4. glasi: "Najmodavac, odnosno jedinica lokalne samouprave ili Grad Zagreb, nisu dužni u slučaju iz stavka 2. i 3. ovoga članka osigurati drugi odgovarajući stan najmoprimcu koji ima u vlasništvu useljivi odgovarajući stan na području općine ili grada gdje se nalazi stan u kojem stanuje."

38 U odluci broj: U-III-2521/2005 od 2. srpnja 2009. (Narodne novine, br. 88/09), v. bilj. 34.

39 U presudi Majski protiv Hrvatske (br. 2) od 19. srpnja 2011. (zahtjev br. 16924/08) ESLJP je utvrdio da se pravno sredstvo stvoreno u praksi sudova smatra "pravom" nakon proteka šest mjeseci od zauzimanja odnosno promjene pravnog stajališta, te, u paragrafu broj 70. navodi: "(...)To zato što je u predmetima kao što je ovaj, u kojemu je pravno sredstvo o kojemu je riječ rezultat sudskog tumačenja, u pravilu potrebno šest mjeseci da takav razvoj sudske prakse dosegne dovoljni stupanj pravne sigurnosti prije nego što se može smatrati da je javnost djelotvorno svjesna domaće odluke koja je uspostavila pravno sredstvo i da su osobe kojih se to tiče sposobne i obvezne koristiti ga (vidi, *mutatis mutandis*, predmete *Depauw v. Belgium* (dec.), br. 2115/04, ECHR 2007-V (extracts), i *Provide S.r.l. v. Italy*, br. 62155/00, stavak 18, ECHR 2007-VIII (extracts))."

40 V. odluke i rješenja Ustavnog suda broj: U-III-3785/2010 od 4. ožujka 2014. (U odluci je navedeno: "Ustavni sud primjećuje da je prvostupanjska presuda donesena 2008. godine, odnosno deset (10) godina nakon izraženog stajališta Vrhovnog suda koje je Ustavni sud

promjene pravnog stajališta.

Izvan uređenja, zakonskog ili onog stvorenog u sudskoj praksi, za sada su ostale situacije kada zaštićeni najomoprimalac nema kamo otići; njegovo “pravo na dom” moralo bi biti zaštićeno, no, njemu je suprotstavljeno pravo vlasnika da se useli u svoj stan.

6. STAJALIŠTA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

6.1. Odluke o nedopuštenosti

U predmetu Sorić protiv Hrvatske⁴¹ podnositelj je bio nositelj (bivšeg) stanarskog prava na stanu u privatnom vlasništvu te je bio nezadovoljan situacijom u kojoj nije mogao otkupiti taj stan pod uvjetima jednakim onima kakve su imali nositelji stanarskih prava na stanovima u društvenom vlasništvu. Podnositelj Sorić je isticao da mu je povrijeđeno konvencijsko pravo na mirno uživanje vlasništva, zajamčeno člankom 1. Protokola br. 1. ESLJP je prigovor odbacio kao očito neosnovan, jer podnositelj nije bio vlasnik tog stana. Odbacio je i podnositeljev prigovor povrede članka 14. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija) kao očito neosnovan.⁴²

U predmetu Strunjak i dr. protiv Hrvatske⁴³ ESLJP je primijetio da su stanovi u kojima podnositelji zahtjeva žive i na kojima su imali stanarsko pravo uvijek bili u privatnom vlasništvu, a podnositelji zahtjeva nisu osporavali tu činjenicu. ESLJP je podsjetio da prava zajamčena na temelju članka 8. Konvencije ne obuhvaćaju pravo kupiti određenu imovinu, i to dom, nego da članak 8. samo štiti pravo osobe na poštovanje njezinog sadašnjeg doma. Podnositelji zahtjeva nadalje su tvrdili da Zakon o najmu stanova krši članak 8. Konvencije utoliko što ukida stanarsko pravo kao takvo. ESLJP je naveo: “Sud primjećuje u tom pogledu da je, prema pobijanom Zakonu, zaštita osoba u položaju podnositelja zahtjeva prilično široka. Zakon o najmu stanova daje osobama u položaju podnositelja zahtjeva pravo unajmiti stan na neodređeno vrijeme, štiteći tako podnositelje zahtjeva od arbitrarnog iseljenja odlukom vlasnika. Vlasnik ima pravo raskinuti ugovor o najmu samo iz ograničenog broja razloga, od kojih svaki podrazumijeva tešku povredu obveza najomoprimalca ili nužnost da sam vlasnik živi u dotičnom stanu. No, Zakon ne ovlašćuje izravno vlasnika tražiti iseljenje osobe u položaju podnositelja zahtjeva. Ako vlasnik ima pravo sam stanovati u stanu i pravo stanovati u stanu imaju članovi

potvrdio. Budući da je riječ o ustaljenom i dugogodišnjem pravilu koje sudovi jedinstveno primjenjuju, osnovano je zaključiti da je takvo tumačenje članka 110. ZOR-a postalo “pravom” u smislu u kojem se pravo tumači u postupcima zaštite ustavnih i konvencijskih prava. Sukladno tome, predlagatelj se u svojoj ustavnoj tužbi ne može u takvim pravnim okvirima pozivati isključivo na pozitivnopravni tekst samog članka 110. ZOR-a, nego svoju poziciju mora braniti uzimajući u obzir i pravo koje je u sudskoj praksi stvoreno u primjeni i tumačenju članka 110. ZOR-a.), U-III-183/2013 od 23. svibnja 2014., U-III-2085/2011 od 10. srpnja 2014. i dr.

41 Odluka o dopuštenosti od 16. ožujka 2000., zahtjev br. 43447/98, v. bilj. 32.

42 V. bilj. 34.

43 Odluka o dopuštenosti, 5. listopada 2000., zahtjev br. 46934/99.

njegove obitelji, on mora pokrenuti odgovarajući građanski postupak pred redovnim domaćim sudovima kako bi osigurao iseljenje. Samo nakon detaljnog ispitivanja svih mjerodavnih činjenica, sud može donijeti odluku kojom naređuje iseljenje stanara. U konkretnom slučaju, međutim, niti jedan od podnositelja zahtjeva ne tvrdi da je stranka u takvom postupku niti da je u bilo kakvoj izravnoj opasnosti da će se na njega primijeniti naredba o iseljenju. ESLJP je primijetio da ne može spekulirati o ishodu mogućih budućih slučajeva pred domaćim sudovima. Da bi ESLJP mogao ispitati prigovor ove prirode na temelju članka 8. Konvencije, stanar u položaju podnositelja zahtjeva trebao bi prvo dokazati da je vlasnik pokrenuo mjerodavni postupak pred domaćim sudom, da je sud presudio protiv njega i da je nakon toga iscrpio domaća pravna sredstva. Što se tiče konkretnog zahtjeva za ESLJP nema naznake da je dotičnim Zakonom *per se* povrijeđeno poštovanje doma i obiteljskog života osoba u položaju podnositelja zahtjeva. Taj dio zahtjeva ESLJP je ocijenio očito neosnovanim u smislu članka 35. stavka 3. Konvencije. Podnositelji zahtjeva prigovarali su i da njihovo isključenje od prava na kupnju stanova u kojima stanuju predstavlja diskriminaciju protiv njih jer da bivši nositelji stanarskih prava na stanovima u javnom vlasništvu imaju to pravo, budući da podnositelji zahtjeva stanuju u stanovima u privatnom vlasništvu. ESLJP je primijetio da postoji legitimni interes vlasnika da im se zaštiti njihovo vlasništvo. Kad bi osobe u položaju podnositelja zahtjeva imale pravo kupiti stanove u privatnom vlasništvu u kojima stanuju, vlasnici bi bili izloženi prinudnoj obvezi prodati svoje stanove. Suprotno tome, osobe koje stanuju u stanovima u društvenom vlasništvu koje imaju pravo kupiti te stanove, ne ugrožavaju vlasnička prava drugih osoba jer vlasništvo tih stanova nije privatno. Razlika između ove dvije skupine stoga, prema stajalištu ESLJP-a, nije diskriminirajuća, jer postoji objektivno i razumno opravdanje da se zaniječe to pravo bivših nositelja stanarskog prava na stanovima u privatnom vlasništvu kako bi se zaštitilo pravo vlasnika tih stanova. Stoga ova razlika u postupanju ne predstavlja diskriminaciju u smislu članka 14. Konvencije.

U predmetu Srpska pravoslavna crkvena opština u Rijeci protiv Hrvatske⁴⁴ ESLJP je, proglasio zahtjev nedopuštenim te podsjetio da članak 1. Protokola br. 1 sadrži tri različita pravila.⁴⁵ Prvo pravilo utvrđeno u prvoj rečenici prvoga stavka opće je naravi i proglašava načelo mirnog uživanja vlasništva; drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici prvoga stavka odnosi se na lišavanje vlasništva i podvrgava ga određenim uvjetima; treće pravilo, navedeno u drugome stavku priznaje da, između ostalog, države ugovornice imaju pravo nadzirati upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom. Ova tri pravila, međutim, nisu "različita" u smislu da bi bila nepovezana. Drugo i treće pravilo tiču se posebnih slučajeva uplitanja u pravo na mirno uživanje vlasništva, te ih stoga, kako napominje ESLJP, treba tumačiti u svjetlu općeg načela proglašenog u prvom pravilu.⁴⁶ Za ESLJP ograničenje prava podnositeljice zahtjeva da

44 Odluka o dopuštenosti od 18. svibnja 2006., zahtjev br. 38312/02.

45 V. Marković, Sandra; Radin, Marijana; Trgovac, Sanja, Ustavna zaštita prava vlasništva u svjetlu stavova Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1., 2011.

46 Vidi predmet *The Former King of Greece and Others v. Greece* [GC], br. 25701/94, stavak 50. ECHR – 2000 – XII.

raskine ugovor o najmu stana sa svojim najmoprimcem u ovome predmetu predstavlja čin kontrole korištenja vlasništva u smislu drugog stavka članka 1. Protokola br. 1. ESLJP je podsjetio da drugi stavak članka 1. Protokola br. 1 omogućuje državama ugovornicama nadzirati upotrebu imovine u skladu s općim interesom, izvršavajući one zakone koje smatraju potrebnima u tu svrhu, a to znači da mora postojati razuman odnos razmjernosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.⁴⁷ U odnosu na izbor detaljnih pravnih pravila koja provode mjeru nadzora nad korištenjem vlasništva ESLJP smatra da domaći zakonodavac mora imati široku slobodu procjene. Stoga ESLJP glede svrhe mjera mora poštovati prosudbu domaćega zakonodavstva glede toga što je u općem interesu, osim ako je ta prosudba očigledno bez razumne osnove.⁴⁸ ESLJP je primijetio da su odluke domaćih sudova bile u skladu s domaćim pravom, te da, iako Zakon o najmu stanova izričito ne isključuju pravne osobe iz raskida ugovora o najmu stanova radi vlastitog korištenja, takav se zaključak izvodi te su ga potvrdili domaći sudovi. ESLJP je prihvatio da zakon koji je primijenjen u konkretnom predmetu teži legitimnome cilju, i to socijalnoj zaštiti najmoprimaca, i da time nastoji promicati gospodarsku dobrobit zemlje i zaštitu prava drugih osoba. Glede razmjernosti mjere ESLJP je primijetio da Zakon o najmu dopušta najmodavcima raskinuti ugovor o najmu stana ako najmoprimci na neki način ne ispunjavaju svoje obveze koje proizlaze iz ugovora o najmu stana. Isto tako predviđa i iznimku za najmodavce koji su fizičke osobe tako što oni mogu raskinuti ugovor o najmu stana ako im je stan potreban za osobno korištenje. Pravne osobe nisu uključene u ovu iznimku i stoga nemaju pravo raskinuti ugovor o najmu stana svojim stanarima kako bi sami koristili stan ili u njega smjestili nekog svog zaposlenika. Uzevši u obzir široku slobodu procjene koje imaju države, ESLJP smatra da odluke domaćih sudova u okolnostima konkretnog predmeta nisu predstavljale miješanje u vlasnička prava podnositeljice zahtjeva na način protivan članku 1. Protokola br. 1 uz Konvencije.⁴⁹

6.2. STATILEO PROTIV HRVATSKE

Zahtjev ESLJP-u podnio je vlasnik stana čiji je stan 1955. bio dodijeljen na korištenje ("pravo na stan") trećoj osobi. To je pravo 1959. "pretvoreno" u stanarsko pravo. Sudovi u Republici Hrvatskoj su status zaštićenog najmoprimca priznali osobi koja je stanovala s ranijim nositeljem stanarskog prava te naložili podnositelju zahtjeva da s tužiteljicom sklopi ugovor o najmu sa zaštićenom najamninom. Ujedno su presudili da u ugovoru o najmu može biti naveden i sin tužiteljice kao član njezinog domaćinstva. Iscrpivši sva pravna sredstva pred sudovima u Republici Hrvatskoj (uključujući i ustavnu tužbu) podnositelj je u zahtjevu ESLJP-u istaknuo prigovor da nije bio u mogućnosti ponovno ući u posjed svog stana ili naplatiti tržišnu najamninu

47 Vidi presudu u predmetu *Sporrong and Lönnroth* od 23. rujna 1982., Series A br. 52, str. 24, stavak 64. i presudu u predmetu *Allan Jacobsson v. Sweden*, od 25. listopada 1989., Series A br. 163, str. 16, stavak 54.

48 Vidi presudu u predmetu *Mellacher adn Others v. Austria*, od 19. prosinca 1989., Series A, br. 169, str. 26, stavak 45.

49 V. i Galović protiv Hrvatske (odluka o dopuštenosti, 5. ožujka 2013., zahtjev br. 54388/09).

za njegov najam čime mu je povrijeđeno pravo vlasništva zajamčeno člankom 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

ESLJP je detaljno analizirao domaće pravne propise koji su se odnosili na stanarsko pravo, te propise kojima je izvršena pretvorba stambenih odnosa. Provedvši klasični test miješanja u pravo na mirno uživanje vlasništva⁵⁰ utvrdio je sljedeće. Za ESLJP je nesporno da je došlo do miješanja u vlasnička prava podnositelja, jer zaštićeni najam za posljedicu ima niz ograničenja koja onemogućavaju najmodavce u ostvarivanju prava na korištenje njihove imovine. Najmodavci ne mogu ostvariti to pravo jer stanari ostaju u stanu neodređeno vrijeme, a njihova su prava u pogledu iznajmljivanja stana, uključujući pravo na tržišnu najamninu i pravo na otkaz najma, u značajnoj mjeri pogođena nizom zakonskih ograničenja. Ipak, najmodavci nisu lišeni svog vlasništva - primaju najamninu i mogu prodati svoje stanove. ESLJP je utvrdio da miješanje o kojem je riječ čini mjeru koja predstavlja nadzor nad korištenjem imovine u smislu drugog stavka članka 1. Protokola br. 1.⁵¹ Nakon utvrđenja da je došlo do miješanja u pravo podnositelja na mirno uživanje njegova vlasništva, slijedio je drugi dio testa, ispitivanje opravdanosti miješanja.⁵² Pošavši od načelnih stajališta o svojim ograničenim ovlastima pri razmatranju usklađenosti s domaćim pravom, jer je prvenstveno na nacionalnim tijelima da tumače i primjenjuju domaće pravo, ESLJP je zaključio da je pravna osnova za miješanje u pravo vlasništva podnositelja zahtjeva na stanu bio Zakon o najmu stanova i Uredba o uvjetima i mjerilima za utvrđivanje zaštićene najamnine, čime je ispunjen i uvjet da je miješanje predviđeno zakonom kako to traži članak 1. Protokola br. 1. Nadalje, ESLJP je prihvatio da su pravni propisi primijenjeni u ovom predmetu težili cilju koji je u općem interesu, i to društvenoj zaštiti stanara te da time za cilj imaju promicanje gospodarske dobrobiti države i zaštitu prava drugih. Kao posljednje, ESLJP je morao ispitati postiže li se miješanjem u pravo na mirno uživanje vlasništva prijeko potrebna pravedna ravnoteža između zahtjeva općeg javnog interesa i zahtjeva zaštite temeljnih prava pojedinaca ili nameće podnositelju nerazmjeran i pretjerani teret.

ESLJP je primijetio da je Zakon o najmu stanova donesen radi provođenja reformi u stambenim odnosima, u vrijeme tranzicije države u sustav slobodnog tržišta te da je zadržao niz ograničenja u pogledu prava najmodavaca usporediva s onima koja su postojala u zakonima koju su ranije uređivali stambene odnose. Konkretno, stanarsko pravo preoblikovano je u ugovorni najam na neodređeno vrijeme, a najmodavci imaju neznatan ili nikakav utjecaj na izbor najmoprimca ili bitne sastojke ugovora. To se

50 V. Omejec, Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*, 2. dopunjeno izd., Novi informator, Zagreb, 2014., str. 990. i dr.

51 ESLJP se objašnjavajući svoja tri pravila o vlasništvu pozvao na predmet *Hutten-Czapska protiv Poljske*, presuda Velikog vijeća, 19. lipnja 2006. Sveobuhvatno tumačenje članka 48. stavka 1. i 50. Ustava, nazvavši ih "tri ustavna pravila o jamstvu prava vlasništva" Ustavni sud dao je u odluci U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009. (Narodne novine, br. 88/09.), a razradio ih je u odluci U-I-763/2009 od 30. ožujka 2011.

52 U tom dijelu, ESLJP morao je odgovoriti na sljedeća pitanja:

- (i) Je li miješanje bilo "predviđeno zakonom"?
- (ii) Je li miješanje bilo "u skladu s općim interesom"?
- (iii) Razmjernost miješanja.

odnosi ne samo na trajanje ugovora, već i na uvjete njegova otkaza. ESLJP zaključuje da sustav zaštićenog najma nema odgovarajućih procesnih jamstava radi postizanja ravnoteže između interesa zaštićenih najmoprimaca i interesa najmodavaca. Takva pravila, u kombinaciji s pravom članova obiteljskog domaćinstva da naslijede status zaštićenog najmoprimca, ostavila su najmodavcima, prema mišljenju ESLJP-a, malo ili nimalo prilike da ponovno uđu u posjed svojih stanova. Nadalje, ESLJP je utvrdio da su najmodavci obvezni plaćati pričuvu, održavati stan te plaćati porez na dohodak na iznos primljene najamnine, a istodobno je njihovo pravo na ostvarivanje zarade od najma stanova ograničeno izuzetno niskim iznosom zaštićene najamnine (kreću se od 0 do otprilike 10 eura mjesečno, tj. ta najamnina 25 puta je niža od tržišne najamnine). ESLJP je posebno iznenadila odredba prema kojoj se visina zaštićene najamnine čini zavisnom od prihoda domaćinstva najmoprimca, a ne i najmodavca, pa može dovesti i do daljnjeg snižavanja iznosa zaštićene najamnine, a u konačnici i do paradoksalnih situacija. Jednu je opisao Pučki pravobranitelj u svom Godišnjem izvješću za 2012. godinu, kada su stariji najmodavci slabijeg imovnog stanja u stvari subvencionirali stanovanje radno sposobnih najmoprimaca koji primaju plaću.

Konačno, ESLJP je primijetio da se na sustav zaštićenog najma ili bilo kojeg ograničenja prava najmodavca kao posljedicu toga, ne primjenjuje nikakav zakonski rok, što znači da ova ograničenja najmodavca mogu trajati kroz nekoliko generacija (ni sam podnositelj zahtjeva ESLJP-u nije za života mogao koristiti svoj stan, umro je tijekom trajanja postupka pred ESLJP-om). ESLJP je uvažio činjenicu da su hrvatske vlasti tijekom tranzicije bile suočene s teškim zadatkom stvaranja ravnoteže između prava najmodavaca i zaštićenih najmoprimaca koji su stanovali u stanovima dugo vremena; trebalo je s jedne strane osigurati zaštitu prava vlasništva prvih, i poštovanje socijalnih prava drugih. Također je primijetio da su se određenim pitanjima uređenja statusa bivših nositelja stanarskih prava i položaja vlasnika stanova u kojima oni žive bavila različita nacionalna tijela: Ustavni sud, Pučki pravobranitelj, a i nositelji izvršne i zakonodavne vlasti, jer je izrađeno više nacрта Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova (2002., 2003. i 2013.). ESLJP je također ponovio svoje stajalište da države načelno uživaju široku slobodu procjene u stambenim odnosima. Neovisno o tome, ESLJP je stajališta da ova sloboda procjene nije neograničena i njezina provedba, čak i u kontekstu najsloženije reforme države, ne može dovesti do posljedica koje su protive standardima Konvencije.

Sažimajući sve navedeno, niski iznos zaštićene najamnine i financijske terete podnositelja, nemogućnost ulaska u stan ili iznajmljivanja po tržišnim uvjetima za svog života te ograničenja u pogledu otkaza zaštićenog najma i nepostojanja odgovarajućih procesnih jamstava za postizanje ravnoteže između konkurentnih interesa najmodavaca i zaštićenih najmoprimaca, ESLJP nije našao zahtjeve općeg interesa koji bi mogli opravdati tako sveobuhvatna ograničenja podnositeljevih vlasničkih prava. Zaključuje da nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i financijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, prema ocjeni ESLJP-a, na podnositelja je stavljen nerazmjeran i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i financijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićene najmoprimke i njezine obitelji. Utvrdio je povredu članka 1. Protokola br. 1.

6.2.1. Značaj presude

Iako presuda Statileo protiv Hrvatske nema formu, tzv. pilot presude,⁵³ kao što je to primjerice presuda Hutten Czapska protiv Poljske, na koju se na nekoliko mjesta ESLJP poziva, ona nadilazi pojedinačni interes samog podnositelja zahtjeva. ESLJP je to izrijeком naglasio, dodajući kao opće opažanje da se temeljni problem zbog kojeg je utvrđena povreda Konvencije tiče samog zakonodavstva, pa bi Republika Hrvatska trebala poduzeti odgovarajuće zakonodavne i/ili druge opće mjere kojima bi postigla ravnotežu između interesa vlasnika stanova s jedne, te interesa zajednice i zaštićenih najamoprimaca s druge strane. Kojim sredstvima će postići tu ravnotežu, odnosno osigurati vlasnicima stanova uživanje njihovih vlasničkih prava iz članka 1. Protokola br. 1, a da se pritom ne naruše prava koja stanarima pripadaju na temelju članka 8. Konvencije (pravo na dom), Republika Hrvatska slobodna je sama odabrati (iako su način i sredstva izvršenja presude podložni nadzoru Odbora ministara).

Ne želeći nametnuti rješenje, tim više što je zakonodavna reforma sustava zaštićenih najamnina u tijeku,⁵⁴ ESLJP je ipak u §165. u dijelu presude koji se odnosi na njezino izvršenje (članak 46. Konvencije) ponovio “identificirane” glavne nedostatke postojećeg zakonodavstva: neodgovarajuća visina zaštićene najamnine, restriktivni uvjeti za otkaz zaštićenog najma i nepostojanje bilo kakvog vremenskog ograničenja u odnosu na sustav zaštićenog najma. O njima bi svakako trebalo voditi računa pri provedbi općih mjera izvršenja.

7. ZAKLJUČNO

Stajalište kojim opravdava zaštićenu najamninu izraženo u odluci U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. (v. bilj. 4). Ustavni sud zadržao je do sada (v. U-I-2759/2010 od 19. prosinca 2013.): vlasništvo obvezuje, vlasnici su dužni pridonositi općem dobru “što u konkretnom slučaju znači trpiti i nadalje određena ograničenja u prihodima u situaciji kad se jedan pravni sustav mijenja i usklađuje s ustavnim odredbama.”

Iako se taj stav može opravdati 1998., godinu i pol nakon stupanja na snagu Zakona o najmu stanova, čini nam se da je Ustavni sud propustio priliku to stajalište (barem) preispitati u kasnijim godinama (primjerice 2006. godine v. U-I-4675/2004), a posebice u prosincu 2013. kada je u rješenju U-I-2759/2010 (navedeno stajalište) potvrdio: “Ustavni sud utvrdio je da u njemu (prijedlogu za pokretanje postupka - op.) nisu navedeni bitno novi ili drugačiji razlozi zbog kojih bi trebalo preispitati stajalište Ustavnog suda, na temelju kojeg su donesena rješenja o neprihvatanju ranije podnesenih prijedloga za ustavnosudsku ocjenu pojedinih odredaba Zakona o najmu stanova. Ustavni sud također nije utvrdio da bi u ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske nastupile takve nove okolnosti koje bi dovele do promjene njegovih stajališta obrazloženih u rješenjima naznačenim u točki 4. ovog obrazloženja.”

U svjetlu presude Statileo protiv Hrvatske, smatramo da će (i) Ustavni sud

53 V. Omejec, op. cit., str. 339. i dr.

54 U studenom 2013. Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja pripremilo je prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o najmu stanova, te je otvorena javna rasprava o prijedlogu koja je trajala do 6. veljače 2014.

morati preispitati svoja stajališta koja se tiču prava vlasništva najmodavaca, naravno, ako se to od njega bude tražilo.

Summary

**VIOLATION OF THE RIGHT TO THE PEACEFUL
ENJOYMENT OF POSSESSIONS LAID DOWN IN THE
CONVENTION**

The authors of this paper provide an overview of the creation and development of tenancy rights, and of the domestic legislation dealing with tenancy rights, as well as legislation that was used to reform tenancy relations. They mention the significance of the enactment of the Lease of Flats Act, when tenancy rights were withdrawn from persons who were entitled to that right pursuant to earlier legislation, and consequently, they became lessees (tenants) by force of law (generally, protected lessees). The authors recall that issues related to the transformation of tenancy rights into ownership of flats and to the numerous court cases that followed from this matter have not yet become either general, or court, history. The authors cite the positions and case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, and of the European Court of Human Rights (ECtHR). They stress in particular the ECtHR judgment *Statileo v. Croatia*, where the ECtHR took into consideration the fact that the Croatian authorities during the transition were faced with the difficult task of striking a balance between the right of the lessor and that of protected lessees who had lived in the flats for a long time, and concluded that in the given case there was no fair distribution of the social and financial burden resulting from the reform of the housing sector. Rather, the ECtHR held that a disproportionate and excessive individual burden was placed on the applicant as landlord, as he was required to bear most of the social and financial costs of providing housing for the protected lessee and her family, due to which the ECtHR found a violation of Article 1 of Protocol no. 1.

Keywords: *ownership, tenancy right, flat, transformation of social ownership, transition, lease, ECtHR, Constitutional Court.*

Zusammenfassung

VERLETZUNG DES GEMÄSS DER EMRK GEWÄHRLEISTETEN RECHTS AUF FRIEDLICHE NUTZNIESSUNG VON EIGENTUM

Die Arbeit gibt den Überblick über die Entstehung und Entwicklung des Wohnrechts und über die inländischen Rechtsvorschriften bezüglich des Wohnrechts sowie über die Vorschriften, welche zur Umwandlung in den Wohnverhältnissen führten. Sie beschäftigt sich mit der Bedeutung des Inkrafttretens des Mietgesetzes und mit dem Ende des Wohnrechts, was zur Folge hatte, dass die gemäß früheren Vorschriften berechtigten Personen zu Mietern wurden (in der Regel geschützte Mieter). Es wird darauf hingewiesen, dass die Fragen bezüglich der Umwandlung des Wohnrechts in das Wohneigentumsrecht und zahlreiche daraus hervorgegangene Rechtsstreitigkeiten noch immer nicht vorbei sind. Die Stellungnahmen und Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) werden beschrieben. Besonderen Wert legt man auf das Urteil des EGMR *Statileo gegen Kroatien*, in dem der Gerichtshof die Tatsache berücksichtigte, dass kroatische Behörden während des Übergangs mit der schwierigen Aufgabe auseinandergesetzt wurden, das Gleichgewicht zwischen den Rechten der Vermieter und den Rechten der geschützten Mieter, welche sehr lange in Wohnungen gelebt haben, herzustellen. Er hat beschlossen, dass es in diesem konkreten Fall keine gerechte Verteilung der sozialen und finanziellen Belastung gab, welche als Ergebnis der Reform des Wohnsektors entstanden ist. Stattdessen hat der EGMR beurteilt, dass der Beschwerdeführer zu große und disproportionale Last zu tragen hatte, da er die meisten sozialen und finanziellen Kosten der Unterkunft der geschützten Mieterin und ihrer Familie tragen sollte, weshalb der EGMR feststellte, dass es sich um Verletzung des Art. 1 des Zusatzprotokolls handele.

Schlüsselwörter: *Eigentum, Wohnrecht, Wohnung, Umwandlung, Übergang, Miete, EGMR, Verfassungsgericht.*

Riassunto

**VIOLAZIONE DEL DIRITTO SANCITO DALLA
CONVENZIONE AL PACIFICO GODIMENTO DELLA
PROPRIETA'**

Gli autori nel contributo si soffermano sulla nascita e lo sviluppo del diritto di abitazione, offrendo altresì un quadro della legislazione nazionale che si riferiva al diritto di abitazione, come anche delle disposizioni che hanno regolato la trasformazione dei rapporti sottesi a detto istituto. Gli autori trattano del significato dell'entrata in vigore della Legge sulla locazione, nel momento in cui cessò il diritto di abitazione in capo alle persone che acquistarono tale diritto in forza della legislazione precedente e che per l'effetto divennero conduttori (di principio conduttori protetti). Gli autori ricordano che le questioni connesse alla trasformazione dal diritto di abitazione in proprietà sugli appartamenti ed i relativi numerosi contenziosi giudiziali derivati da tale questione ad oggi non appartengono ad un passato né reale, né giudiziario. Gli autori illustrano gli orientamenti e la giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia e della Corte europea per i diritti dell'uomo. In particolare modo sottolineano la sentenza della Corte europea nel caso Statileo contro Croazia, nella quale la Corte europea ha accolto la circostanza che il governo croato durante la transizione dovette affrontare il difficile compito volto alla creazione di un equilibrio tra i diritti dei locatori e dei conduttori protetti, i quali abitavano in detti immobili da lungo tempo, concludendo che nel caso concreto non esisteva una ripartizione equa degli oneri sociali e finanziari, diretta conseguenza della riforma nel settore abitativo. Diversamente, secondo il giudizio della Corte europea in capo al richiedente venne messo un peso individuale non proporzionale ed esagerato, posto che doveva sostenere la maggiore parte dei costi sociali e finanziari per una soluzione abitativa dei conduttori protetti e delle loro famiglie, per la quale ragione la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

Parole chiave: *proprietà, diritto di abitazione, appartamento, trasformazione, transizione, locazione, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale.*

ČEZMEJNA MOBILNOST GOSPODARSKIH DRUŽB V EVROPSKI UNIJI

Dr. sc. Saša Prelič, redovni profesor
Mag. Jerneja Prostor, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru
Slovenija

UDK: 347.72:061.1EU
Ur.: 17. veljače 2015.
Pr.: 10. ožujka 2015.
Pretdno priopćenje

Sažetak

Pravno uređenje na razini Europske unije daje trgovačkim društvima mogućnost izbora nekoliko metoda za učinkovito poduzetničko prestrukturiranje, kojima mogu ostvariti svoje pravo na poslovni nastan. Sekundarnim zakonodavstvom Europske unije uređena su prekogranična pripajanja i spajanja i mogućnost poduzetničkog djelovanja u pravnoorganizacijskom obliku Societas Europaea. Prekogranični prijenos sjedišta društva treba dopustiti, u skladu sa sudskom praksom Europskoga suda, na temelju Ugovora o funkcioniranju Europske unije. Stoga trgovačka društva iz Europske unije mogu provesti prekogranično poduzetničko prestrukturiranje bez primjene općih odredbi o osnivanju i prestanku društva na temelju singularne sukcesije. Na raspolaganju su im druge mogućnosti, na temelju kojih se mogu seliti ili širiti svoju gospodarsku djelatnost na tržišta drugih država članica na jednostavniji način i uz manje troškove na temelju univerzalne sukcesije. U članku je prikazano uređenje navedenih postupaka s njihovim prednostima koje pružaju u odnosu na opća pravila o poduzetničkom prestrukturiranju.

Ključne riječi: sloboda poslovnog nastana, poduzetničko prestrukturiranje, prekogranična pripajanja i spajanja, Societas Europaea, prekogranični prijenos sjedišta.

1. UVOD

Ustanovitelji družbe izberejo državu, v kateri ustanovijo družbo. Pogosto je to država, v kateri prebivajo, neredko pa se ozirajo tudi na tuje trge, kjer iščejo poslovne prilikožnosti in ob zaznanih ugodnostih ustanovijo gospodarsko družbo v drugi državi. V teh primerih je odločitev o ustanovitvi gospodarske družbe odvisna od razvitosti poslovnega okolja v tuji državi – ustanovitelji se sprašujejo, ali je v državi dovolj usposobljenega kadra, logističnih prednosti,¹ je zakonodaja ustrezna, sodna oblast neodvisna, so upravni organi učinkoviti, je v državi dosežena visoka stopnja pravne varnosti ipd. Prevečkrat je razlog za ustanovitev družbe v drugi državi davčno ugodna

1 J. Cremers, E. Wolters, EU and national company law – fixation on attractiveness, Report 120, European Trade Union Institute, Brussels 2011.

zakonodaja države gostiteljice, kar je lahko dandanes zaradi stremljenja mednarodne skupnosti k odpravi tovrstnih nepoštenih ugodnosti tvegano. Odločilnega pomena pa je pogosto tudi pravna ureditev gospodarskih družb.

O teh vprašanjih se ne razmišlja le ob ustanavljanju družbe, temveč tudi ob širitvi aktivnosti gospodarske družbe na tuje trge in ob selitvi gospodarske dejavnosti v drugo državo (ko ima družba namen zapustiti državo ustanovitve). V tem članku je obravnavanih nekaj prednosti, ki jih (glede na splošno ureditev podjetniškega prestrukturiranja) lahko izkoristijo družbe iz držav Evropske unije, kadar se širijo ali selijo v drugo državo članico. Na podlagi predstavljenih možnosti za podjetniško prestrukturiranje je v članku izpostavljena pomembnost Uredbe o statutu evropske delniške družbe (*Societas Europaea*) (v nadaljevanju Uredba SE).²

2. ŠIRITEV POSLOVANJA GOSPODARSKE DRUŽBE NA TUJE TRGE

2.1. Splošna ureditev

Gospodarska družba, ki želi širiti svojo dejavnost na tuje trge, lahko to izvede ob uporabi splošnih določil o ustanavljanju gospodarskih družb in v državi članici gostiteljici ustanovi hčerinsko družbo. S tem se spremeni le premoženjska struktura družbe matere – na mesto premoženja (denarja, stvari ali premoženjskih pravic), ki ga je družba uporabila za ustanovitev hčerinske družbe, je v premoženju družbe sedaj premoženje, ki izkazuje udeležbo družbe matere v hčerinski družbi (v odvisnosti od pravnoorganizacijske oblike hčerinske družbe so lahko to na primer poslovni deleži ali delnice hčerinske družbe). Ko se gospodarska družba odloča za to obliko mobilnosti, jo lahko pri tem poleg tujega jezika ovira tudi nepoznana korporacijska in druga relevantna pravna ureditev države članice gostiteljice. Hčerinska družba bi bila namreč subjekt prava države članice gostiteljice, nepoznavanje te ureditve in ovire v sporazumevanju pa vsekakor znatno povečujejo stroške za izvedbo transakcije.

V skladu s splošni pravili lahko gospodarska družba svojo dejavnost širi tudi prek ustanovitve podružnice v drugi državi, ki je le organizacijsko in lokacijsko ločena od družbe matere, nima pa samostojne pravne osebnosti in ni subjekt tuje pravne ureditve. Članstvo države ustanovitve v Evropski uniji zagotavlja gospodarski družbi prednost, da lahko v skladu s Pogodbo o delovanju Evropske unije³ v državi članici gostiteljici opravlja svojo (storitveno) dejavnost tudi brez kakršne koli pravno-organizacijske oblike v tej državi, torej neposredno prek gospodarske družbe v državi članici ustanovitve.⁴ Še več prednosti pa zagotavljajo posebne metode podjetniškega prestrukturiranja, obravnavane v naslednjem poglavju prispevka.

2 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), OJ L 294, 10. 11. 2001, p. 1–21.

3 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26. 10. 2012, p. 47–390.

4 Obširneje o tem R. Knez, J. Prostor v M. Kocbek (redaktor), Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2014, 768 in naslednje.

V skladu s splošnimi pravili lahko gospodarska družba z namenom širjenja svoje dejavnosti na tuje trge v drugi državi poišče obstoječe podjetje (podjem), ki bi ga želela kupiti. To podjetje kot objekt prava tvori premoženje drugega subjekta. Zainteresirana gospodarska družba lahko ponudi lastniku ciljnega podjema, da le-tega odkupi po poti singularne sukcesije (*asset deal*). Če gospodarska družba kupuje celoten podjem, se lahko premoženje tega podjema prenese samo skupaj z obveznostmi iz podjema. Zato je potrebno pridobiti soglasja vseh imetnikov terjatev, ki jih imajo do nosilca podjema v zvezi z delovanjem tega podjema. Skrb upnikov, kdo bo njihov novi dolžnik in kakšna je njegova boniteta, je namreč povsem upravičena. Če se gospodarska družba odloči za širjenje svoje podjetniške aktivnosti na tuje trge prek nakupa podjema po poti singularne sukcesije, postane lastnica tega podjema v drugi državi in lahko neposredno izvršuje vsa lastninsko-pravna upravičenja na tem premoženju.

Gospodarska družba lahko želeno podjetje v drugi državi posredno pridobi tudi tako, da izvede prevzem gospodarske družbe, ki je lastnica tega podjema, in sicer v odvisnosti od pravnoorganizacijske oblike nosilca podjema prek nakupa delnic oziroma poslovnih deležev te družbe (*share deal*).⁵ V primeru prevzemanja delniških družb je treba na območju Evropske unije upoštevati določila Trinajste direktive o prevzemnih ponudbah.⁶ Po prevzemu ciljne družbe prevzemna družba ni lasnica zelenega podjetja, temveč je le udeležena v članski strukturi gospodarske družbe, ki je lastnica ciljnega podjema. Prevzemna družba je udeležena v tujem pravnem subjektu, zato se lahko pojavijo enake težave, kot pri ustanavljanju hčerinske družbe, ki so torej povezane z nepoznavanjem tujega jezika, predvsem pa tuje pravne ureditve prevzete gospodarske družbe.

V primeru širjenja gospodarske dejavnosti na tuje trge po poti prevzema prevzemna družba s ciljnim podjemom ne more upravljati neposredno in ne more uresničevati lastninsko-pravnih upravičenj na tem premoženju. Zato mora v postopku prevzema pridobiti dovolj glasovalnih pravic v ciljni družbi, da ji to omogoča zadosten vpliv na odločitve družbe v zvezi s podjemom, ki ga ta upravlja, pri čemer je ta posreden vpliv na ciljno podjetje odvisen tudi od pravnoorganizacijske oblike ciljne družbe. Prevzemna družba kot članica članske strukture ciljne družbe se na primer v vodenje poslov delniške družbe praviloma ne sme vmešavati, drugače pa je pri vplivu te družbe kot družbenice na vodenje poslov družbe z omejeno odgovornostjo, saj lahko družbeniki poslovodji dajejo navodila, kako naj vodi posle družbe. Zato je za širjenje poslovanja na tuje trge nakup poslovnih deležev družbe z omejeno odgovornostjo bolj smiselno oziroma je po prevzemu delniške družbe smiselno to preoblikovati v družbo z omejeno odgovornostjo,⁷ predvsem pa sta za te namene praktični metodi podjetniškega prestrukturiranja, obravnavani v nadaljevanju.

5 Več S. Savič, Davčne implikacije pri prenosu poslovnega deleža v primerjavi s prenosom poslovnih sredstev v družbi z omejeno odgovornostjo (Tax implications comparing share or assets deal), Magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2014.

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, p. 12–23.

7 Preoblikovanje delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo se izvede po poti formalnega statusnega preoblikovanja po načelu ohranjanja identitete družbe.

2.2. Prednosti svobode ustanavljanja po pravu Evropske unije

Svoboda ustanavljanja, predvidena s Pogodbo o delovanju Evropske unije, zagotavlja gospodarskim družbam ustrežnejše metode čezmejnega podjetniškega prestrukturiranja, ki so se izoblikovale z namenom poenostavitve in učinkovitejše izvedbe tovrstnih postopkov. Možnosti čezmejnih združitve kapitalskih družb in delovanja v pravnoorganizacijski obliki *Societas Europaea* sta urejeni s sekundarno zakonodajo Evropske unije. Na mestu je omeniti, da je imela ureditev čezmejne združitve kot ene od predvidenih oblik ustanovitve *Societas Europaea*, določena v Uredbi SE, znaten vpliv in je pospešila sprejem Desete direktive o čezmejnih združitvah kapitalskih družb (v nadaljevanju Deseta direktiva).⁸ Vse države članice so morale ob nekaj danih možnostih izbire v svoje zakonodaje implementirati določila te direktive, določila Uredbe SE, ki se sicer uporabljajo neposredno, pa so morale s svojimi ureditvami le dopolniti do sistemsko-smiselne celovite ureditve. Že Tretja direktiva o združitvah javnih družb⁹ pa je olajšala sprejemanje Uredbe SE, saj so bili zaradi implementacije te direktive v nacionalne ureditve postopki združevanja družb v državah članicah že usklajeni, ureditev je bilo potrebno nadgraditi le zaradi čezmejnega elementa transakcije.¹⁰

Ko je gospodarska družba zainteresirana za širitev svoje gospodarske dejavnosti na trge druge države članice prek pridobitve določenega podjetja, lahko svoj cilj doseže tudi po poti čezmejne združitve s prevzeto družbo, lastnico tega podjetja v drugi državi članici. Čezmejna združitev je oblika materialnega statusnega preoblikovanja, ki se lahko izvede po poti spojitve¹¹ ali pripojitve,¹² pri čemer prevzeta družba (ali več teh) preneha brez likvidacije, prevzemna družba pa vstopi v vsa pravna razmerja, katerih subjekt je bila poprej prevzeta družba. Prevzemna družba je torej od vpisa čezmejne združitve v sodni register pravna naslednica prevzete družbe, in s tem nosilka vsega premoženja in vseh obveznosti prevzete družbe. Ta zakonsko predvidena metoda

8 Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25. 11. 2005, p. 1–9.

9 Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, OJ L 295, 20. 10. 1978, p. 36–43.

10 Več J. Prostor, Čezmejne združitve kapitalskih družb v Evropski uniji, Podjetje in delo, št. 1/2007, strani 87– 105.

11 Dve ali več družb v postopku prenehanja brez likvidacije prenesejo vsa svoja sredstva in obveznosti na družbo, ki jo same ustanovijo (nova družba) v zameno za to, da se njihovim članom izdajo vrednostni papirji ali deleži, ki predstavljajo kapital te nove družbe, in kadar pride v poštev, za gotovinsko plačilo, ki ne presega 10 % nominalne vrednosti ali, če nominalne vrednosti ni, računске vrednosti teh vrednostnih papirjev ali deležev (glej 2. člen Desete direktive).

12 Ena ali več družb v postopku prenehanja brez likvidacije prenesejo vsa svoja sredstva in obveznosti na drugo obstoječo družbo (prevzemna družba) v zameno za to, da se njihovim članom izdajo vrednostni papirji ali deleži, ki predstavljajo kapital te druge družbe, in, če je to ustrezno, za gotovinsko plačilo, ki ne presega 10 % nominalne vrednosti ali, če nominalne vrednosti ni, računске vrednosti teh vrednostnih papirjev ali deležev (glej 2. člen Desete direktive).

podjetniškega prestrukturiranja se izvede po poti univerzalnega pravnega nasledstva, zato za prenos obveznosti na prevzemno družbo ni potrebno soglasje upnikov prevzete družbe. Ena od bistvenih prednosti čezmejne združitve je v tem, da prevzemna družba kljub prenehanju prevzete družbe pridobi delujoče podjetje, saj njegovo uničenje zaradi neizvedene likvidacije ni bilo potrebno.¹³ Prevzemna družba ohrani pravno pripadnost državi članici ustanovitve, obenem pa postane neposredna nosilka ciljnega podjetja in lahko uresničuje vsa lastninsko-pravna upravičenja na njem.

Gospodarske družbe iz držav članic Evropske unije lahko svojo dejavnost na trge drugih držav članic širijo tudi s povezovanjem z drugimi gospodarskimi družbami z namenom ustanovitve *Societas Europaea*, in sicer v skladu z Uredbo SE po poti:

1. čezmejne združitve dveh ali več delniških družb iz najmanj dveh držav članic (glej člene 17 do 31 Uredbe SE);
2. oblikovanja holdinga, kar lahko izvedeta najmanj dve delniški družbi ali družbi z omejeno odgovornostjo iz različnih držav članic (glej člene 32 do 34 Uredbe SE);
3. ustanovitve skupne družbe hčere družb iz najmanj dveh držav članic (glej člena 35 in 36 Uredbe SE);

pri čemer se zadnji dve možnosti pravzaprav izvajata po splošnih pravilih ustanavljanja družb.¹⁴

3. SELITEV POSLOVANJA GOSPODARSKE DRUŽBE V DRUGO DRŽAVO

3.1. Splošna ureditev

Gospodarska družba se lahko podjetniško prestrukturira ob uporabi splošnih pravil, ki urejajo ustanovitev in prenehanje družbe. Družbeniki družbe lahko svoj interes, da družba zapusti državo ustanovitve ter preseli svojo dejavnost na območje druge države, uresničijo z likvidacijo obstoječe družbe, preostalo premoženje, ki jim ostane po poplačilu upnikov družbe, pa vložijo v novoustanovljeno družbo v drugi državi članici. Postopek likvidacije družbe je precej zamuden – od začetka tega postopka do dne, ko lahko družba v državi gostiteljici ponovno opravlja svojo dejavnost, je lahko zamujenih veliko poslovnih priložnosti. Poleg tega se z izvedbo selitve dejavnosti po tej poti praviloma uniči delujoče podjetje. Če se v novoustanovljeno družbo vlaga podjetje kot delujoča celota, nastopijo enake težave kot pri prenosu podjetja po poti singularne sukcesije, ki smo jih omenili v poglavju o širjenju dejavnosti na tuje trge na podlagi splošnih pravil. Ko se v novo družbo vlaga podjetje kot delujoča celota, se poleg premoženja prenašajo tudi obveznosti,

13 Več S. Prelič, Materialno statusno preoblikovanje, Zaščita interesov upnikov in imetnikov deležev kapitalskih družb pred tveganji združevanja in delitev, GV Založba, Ljubljana 2005.

14 Ustanovitelji holdinga SE so delničarji in družbeniki družb pobudnic; predmet stvarnega vložka so deleži vsaj dveh družb pobudnic v zadostni količini, da ima holding večinski vpliv; družbe pobudnice (odvisne družbe) kapitalsko obvladuje holding SE, tega pa dotedanji delničarji oziroma družbeniki družb pobudnic.

povezane s tem podjemom, obstoječi upniki pa se morajo z novim dolžnikom strinjati. Ker je predpostavka za izvedeno likvidacijo družbe poplačilo vseh upnikov, je lahko urejanje teh razmerij precej zahtevno in zamudno, predvsem pa odvisno od soglasja oziroma poplačila prav vsakega posameznega upnika. Zato je gospodarska družba zainteresirana svojo dejavnost preseliti po eni od enostavnejših poti, ki jih v Evropski uniji zagotavlja svoboda ustanavljanja.

3.2. Prednosti svobode ustanavljanja po pravu Evropske unije

Po poti čezmejne združitve lahko gospodarska družba ne le širi svoje poslovanje na trge drugih držav članic, temveč lahko opravljanje svoje dejavnosti tudi preseli v državo članico gostiteljico, in sicer v dveh korakih: najprej družba v državi članici gostiteljici ustanovi hčerinsko družbo, nato pa se v drugem koraku čezmejno pripoji k tej družbi (*downstream merger*). Če družba na trgu nastopa v pravnoorganizacijski obliki *Societas Europaea*, lahko v skladu z določili 8. člena Uredbe SE svoje poslovanje preseli s prenosom statutarnega sedeža v drugo državo članico. Ni pa dopustno, da bi se delniška družba sočasno preoblikovala v *Societas Europaea*¹⁵ in prenesla svoj statutarni sedež v drugo državo članico, saj to izrecno prepoveduje 3. odstavek 37. člena Uredbe SE.¹⁶

Gospodarska družba, ki opravlja svojo dejavnost v katerikoli drugi pravnoorganizacijski obliki, lahko prav tako v skladu s sodno prakso Sodišča Evropske unije (v nadaljevanju Sodišče EU) prenese svoj statutarni sedež (v našem primeru zaradi selitve dejavnosti skupaj s svojim dejanskim sedežem) v drugo državo članico. Sodišče EU je namreč v zadevi *Cartesio*¹⁷ (*obiter dictum*) odločilo, da svoboda ustanovitve, ki jo v 49. in 54. členu zagotavlja Pogodba o delovanju Evropske unije, vključuje tudi čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe. Pri tem podjetniškem prestrukturiranju družba ne preneha, temveč se preoblikuje v pravnoorganizacijsko obliko, predvideno v pravni ureditvi države članice gostiteljice in s tem spremeni merodajno pravo – pripadnost določenemu pravnemu redu. Vendar ne gre za formalno statusno preoblikovanje, ki bi vključevalo spremembo pravnoorganizacijske oblike (na

15 Gre za formalno statusno preoblikovanje po načelu ohranjanja identitete družbe. To je še četrti način ustanovitve *Societas Europaea* (velja načelo *numerous clausus*), poleg zgoraj navedenih ustanovitvenih načinov: čezmejna združitve v SE, ustanovitev holdinga SE in ustanovitev hčerinske SE. Delniška družba se lahko preoblikuje v *Societas Europaea*, če ima vsaj dve leti v drugi državi članici hčerinsko družbo. Pri vsakem od ustanovitvenih načinov *Societas Europaea* se torej zahteva mednarodna vpetost poslovanja družbe, ki je zainteresirana za ustanovitev družbe v tej pravnoorganizacijski obliki. Več S. Prelič, J. Prostor, Evropska delniška družba, GV založba, Ljubljana 2009.

16 Ta določa: »Statutarni sedež se ne sme prenesti iz ene države članice v drugo v skladu s členom 8 hkrati z izvedbo preoblikovanja.« Že ob uveljavitvi Uredbe SE so se pojavljala vprašanja, čemu taka prepoved. Morebiten razlog je v bojzni pred prehitrim razvojem konkurence sistemov, pri čemer je takšen cilj vprašljiv, saj nikjer ni določeno, koliko časa *Societas Europaea*, ki nastane s preoblikovanjem, ne sme prenesti svojega statutarnega sedeža. B. Rajgelj, Pravo gospodarskih družb v EU, GV Založba, Ljubljana 2007, stran 295.

17 Case C-210/06, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 December 2008, CARTESIO Oktató és Szolgáltatató bt, European Court Reports 2008, p. I-09641.

primer delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo), temveč se delniška družba države članice ustanovitve preoblikuje v delniško družbo države članice gostiteljice. Če bi od družbe, ki želi preseliti svoje poslovanje v drugo državo članico, zahtevali izvedbo postopka likvidacije v državi članici ustanovitve in nato postopka ustanovitve v državi članici gostiteljici, bi jo to odvrčalo od čezmejne mobilnosti, zato bi taka zahteva pomenila prepovedano omejevanje svobode ustanavljanja.¹⁸ Sodišče EU je v svoji odločitvi v zadevi *Cartesio* dodalo, da je treba za te primere smiselno uporabiti določila Uredbe SE o prenosu statutarnega sedeža *Societas Europaea*.¹⁹

Zaradi pravne negotovosti, ki so ji gospodarske družbe izpostavljene ob prenosu statutarnega sedeža v državo članico gostiteljico, so se oblikovale pobude za sprejem Štirinajste direktive o čezmejnem prenosu statutarnega sedeža (v nadaljevanju Štirinajsta direktiva).²⁰ Sprejem direktive je danes negotov, je pa Sodišče EU v zadevi *VALE*²¹ potrdilo svojo odločitev v zadevi *Cartesio*. Dodalo je, da se lahko družbe ob odsotnost pravil o čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe v sekundarni zakonodaji Evropske unije neposredno sklicujejo na določbe Pogodbe o delovanju Evropske unije o svobodi ustanavljanja, saj bi izrecna ureditev to transakcijo le olajšala. Ob sklicevanju na odločitev v zadevi *SEVIC*²² je Sodišče EU zaključilo, da bi ureditev v direktivi sicer poenostavila uresničevanje svobode ustanavljanja po poti čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe, vendar pa njen obstoj kljub temu ne sme biti predpostavka za uresničevanje te temeljne svoboščine po pravu Evropske unije.²³

Čezmejni prenos sedeža *Societas Europaea* v skladu z 8. členom Uredbe SE temelji na načelu ohranjanja identitete družbe, pri čemer:

1. družba ostaja nosilka istega premoženja in obveznosti tudi po prenosu sedeža v državo članico gostiteljico;
2. družba lahko nadaljuje s poslovanjem v državi članici gostiteljici, ne da bi bil nad to družbo v državi ustanovitve poprej izveden likvidacijski postopek in v državi gostiteljici postopek ponovne ustanovitve;
3. po čezmejnem prenosu sedeža družba pripada pravnemu redu države članice gostiteljice; zaradi tega tveganja so upniki družbe in njeni delničarji pred prenosom sedeža zaščiteni s pravom države članice ustanovitve.

Ta ureditev in vse postopkovne določbe za izvedbo prenosa sedeža *Societas Europaea* se torej v skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *Cartesio* smiselno uporabljajo tudi v primeru prenosa statutarnega sedeža družbe (ki v pravnem prometu nastopa v drugi pravnoorganizacijski obliki) v državo članico gostiteljico.

18 Ta omejitev svobode ustanavljanja bi bila dopustna samo, če bi bili podani nujni razlogi v splošnem interesu (glej točke 111 do 113 sodbe v zadevi *Cartesio*).

19 Glej točko 120 sodbe v zadevi *Cartesio*.

20 Glej spletno stran: http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm (vpogled 15. 2. 2015).

21 Case C-378/10, Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 July 2012, VALE Építési kft, European Court Reports 2012.

22 Case C-411/03, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 December 2005, SEVIC Systems AG, European Court Reports 2005, p. I-10805.

23 Glej točko 38 sodbe v zadevi *VALE* in točko 26 sodbe v zadevi *SEVIC*.

V poslovni praksi se je pojavila ideja, da bi lahko družba sočasno s čezmejnimi prenosom statutarnega sedeža izvedla tudi formalno statusno preoblikovanje – da bi se ob tem tudi preoblikovala na primer iz delniške družbe države članice ustanovitve v družbo z omejeno odgovornostjo države članice gostiteljice. Na podlagi zgoraj omenjenih odločitev Sodišča EU bi bilo treba to obliko uresničevanja svobode ustanavljanja (kljub odsotnosti sekundarne zakonodaje) prav tako dopuščati neposredno na podlagi določb 49. in 54. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije. To podjetniško prestrukturiranje bi temeljilo na načelu ohranjanja identitete družbe, za samo postopkovno izvedbo pa bi se lahko smiselno uporabila določila 8. člena Uredbe SE o čezmejnem prenosu sedeža *Societas Europaea* in določbe 37. člena Uredbe SE o preoblikovanju delniške družbe v *Societas Europaea*.²⁴ Čeprav je negotov že sprejem Štirinajste direktive, pobud za sprejem sekundarne zakonodaje Evropske unije o čezmejnem formalnem statusnem preoblikovanju pa še ni zaznati, bi zaradi zagotavljanja višje stopnje pravne varnosti in poenostavitve postopkov čezmejnega podjetniškega prestrukturiranja vendarle kazalo razmisliti tudi o ureditvi te oblike svobode ustanavljanja.

Kot omenjeno, Uredba SE izrecno prepoveduje prenos statutarnega sedeža družbe in sočasno preoblikovanje te družbe v *Societas Europaea* (3. odstavek 37. člena Uredbe SE).²⁵ Družba iz ene države članice torej ne sme prenesti svojega sedeža v drugo državo članico tako, da se v državi članici gostiteljici preoblikuje v *Societas Europaea*, kar je sporno z vidika odločbe Sodišča EU v zadevi *Cartesio*. V tej zadevi je namreč Sodišče EU zavzelo stališče, da država članica ustanovitve družbi praviloma²⁶ ne sme preprečiti čezmejnega prenosa statutarnega sedeža, če njegovo čezmejno preselitev (in s tem preoblikovanje v družbo po njenem pravu) dopušča država članica gostiteljica.²⁷ Družba v nacionalni pravnoorganizacijski obliki bi torej v skladu s sodno prakso Sodišča EU praviloma lahko prenesla svoj sedež v drugo državo članico, s tem da bi se preoblikovala v katerokoli nacionalno pravnoorganizacijsko obliko te ciljne države članice, vendar pa se ne bi smela preoblikovati v *Societas Europaea*. Taka ureditev *Societas Europaea* postavlja v manj konkurenčni položaj kot nacionalne pravnoorganizacijske oblike, kar nasprotuje temeljni ideji njenega oblikovanja in povzroča nekonsistentnost med pravom Evropske unije ter sodno prakso Sodišča EU.

4. SKLEP

Gospodarske družbe se lahko v Evropski uniji čezmejno podjetniško prestrukturirajo ne le ob uporabi splošnih pravil o ustanavljanju in prenehanju družb po poti singularne sukcesije, temveč jim pravni viri na ravni Evropske unije zagotavljajo tudi bolj učinkovite metode za izvajanje čezmejne mobilnosti. Svojo gospodarsko

24 Več S. Prelič, J. Prostor, Grenzüberschreitender Statutenwechsel und Änderung der rechtlichen Organisationsform der Gesellschaft in der EU, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht, febr. 2014, let. 55, št. 1, strani 27–36.

25 Kritično o tem glej v opombi št. 16.

26 Taka zahteva bi pomenila omejevanje svobode ustanavljanja družbe, zato bi bila upravičena samo z nujnim razlogom splošnega interesa. Glej točko 113 sodbe v zadevi *Cartesio*.

27 Glej točko 112 sodbe v zadevi *Cartesio*.

dejavnost lahko širijo ali selijo v državo članico gostiteljico enostavnije in hitreje po poti univerzalnega pravnega nasledstva ali po načelu ohranjanja identitete družbe. Uredba SE je zelo pomemben pravni vir, saj izrecno ureja čezmejni prenos sedeža *Societas Europaea*, prav tako kot ustanovitvena načina te pravnoorganizacijske oblike ureja čezmejno združitev in postopek preoblikovanja delniške družbe v *Societas Europaea*. Zato njenega pomena ne bi smeli meriti prek števila ustanovitev²⁸ in poslovnega uspeha teh družb, temveč po vplivu, ki ga je imela Uredba SE na Deseto direktivo²⁹ in morebitnem vplivu, ki ga bo imela na sprejem Štirinajste direktive. Ob spremljanju razvoja in potreb poslovne prakse pa lahko sklenemo, da utegne kdaj prispevati tudi k ureditvi čezmejnega formalnega statusnega preoblikovanja.

-
- 28 »As of 21 March (2014, op. a.), a total of 2,125 SEs were registered in 25 countries of the European Economic Area (EEA), an increase of 159 SEs in the past five months. The current dynamics may look contradictory: on one hand, the number of new SE registrations in the Czech Republic – the country with by far the highest number of SEs – slowed down significantly. On the other hand, there have never before been so many firms on our ‘planned SE’ list. Among others, such famous names as Airbus Group N.V. in the Netherlands and in France Christian Dior S.A., Schneider Electric SA and LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton S.A. have announced their intention to transform into an SE.« Več na spletni strani: <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Latest-developments/News-on-European-Companies-Slowdown-or-new-dynamics> (vpogled 15. 2. 2015). V Sloveniji na ta dan še vedno ni ustanovljene nobene *Societas Europaea*. Razlog je verjetno v dopuščanju izbire med enotirnim in dvotirnim sistemom upravljanja tudi za slovenske delniške družbe.
- 29 Kocbek M., Sprejetje direktive o čezmejnih združitvah – Deseta direktiva EU s področja prava družb – 2005/56/ES, Podjetje in delo, št. 1/2006, stran 219.

Summary

CROSS-BORDER MOBILITY OF THE COMPANIES IN EU

The freedom of establishment, provided by the Treaty on the Functioning of the European Union, is a suitable legal basis for effective cross-border corporate restructuring of companies in European Union. There are some possible methods to exercise this freedom, specially regulated with secondary acts, like cross-border mergers and the establishment and economic operation in the legal form of *Societas Europaea*, whereas the cross-border transfer of the company (its seat) shall be in the light of the case law of the Court of Justice of the European Union admitted on the basis of the Treaty on the Functioning of the European Union. Companies therefore in their intention for cross-border mobility do not need to reconstruct by using the general provisions on establishment and liquidation of companies and through the way of singular succession. There are possibilities, regulated on the EU level, through which companies shall emigrate or spread their business activities to other Member States much simpler and with less cost on the basis of universal succession. The regulation of procedures and the advantages of the mentioned reconstruction methods will be analysed in this article.

Key words: *freedom of establishment, corporate restructuring, cross-border mergers, Societas Europaea, cross-border transfer of the seat.*

Zusammenfassung

**GRENZÜBERSCHREITENDE MOBILITÄT VON
GESELLSCHAFTEN IN DER EU**

Die Rechtsregelung auf EU-Ebene gibt den Gesellschaften die Möglichkeit, einige Methoden für effektive Unternehmensumstrukturierung auszuwählen, mit welchen sie das Niederlassungsrecht ausüben können. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht regelt grenzüberschreitende Verschmelzungen durch Aufnahmen und Verschmelzungen durch Gründung einer neuen Gesellschaft sowie die Möglichkeit der Unternehmenstätigkeit in der Rechtsform *Societas Europaea*. Grenzüberschreitende Sitzverlegung ist gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und aufgrund des Vertrags über die Arbeitsweise der EU zu ermöglichen. Deshalb können Gesellschaften aus der EU im Wege der Einzelrechtsnachfolge eine grenzüberschreitende Unternehmensumstrukturierung ohne Anwendung allgemeiner Bestimmungen über die Gründung und Auflösung der Gesellschaft durchführen. Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge stehen ihnen andere Möglichkeiten zur Verfügung, anhand welcher sie einfacher und mit niedrigeren Kosten umziehen oder ihre wirtschaftliche Tätigkeit auf Märkte anderer Mitgliedsstaaten erweitern können. In der Arbeit wird die Regelung von genannten Verfahren und deren Vorteile bezüglich allgemeiner Regeln über Unternehmensumstrukturierung dargestellt.

Schlüsselwörter: *Niederlassungsfreiheit, Unternehmensumstrukturierung, grenzüberschreitende Verschmelzungen durch Übernahmen und durch Gründung einer neuen Gesellschaft, Societas Europaea, grenzüberschreitende Sitzverlegung.*

Riassunto

MOBILITÀ TRANSFRONTALIERA DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI NELL'UNIONE EUROPEA

La disciplina giuridica sul piano dell'Unione europea offre alle società commerciali la possibilità di scelta tra alcune soluzioni ai fini di una efficace ristrutturazione imprenditoriale, mediante le quali possono realizzare il loro diritto alla libertà di stabilimento. La legislazione secondaria dell'Unione europea regola le questioni transfrontaliere di fusione ed unione, come anche la possibilità di svolgere l'attività imprenditoriale nella forma della Societas Europaea. Il trasferimento transfrontaliero della sede della società va consentito, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, in forza del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Pertanto le società commerciali dell'Unione europea possono effettuare una ristrutturazione imprenditoriale transfrontaliera senza l'applicazione delle disposizioni generali sulla costituzione o la cessazione delle società in base a singole successioni. Hanno a disposizione anche altre possibilità, in forza delle quali possono trasferirsi od allargare la propria attività commerciale su mercati di altri Stati membri in maniera più semplice e con costi minori rispetto ad una successione universale. Nel contributo viene illustrata la disciplina di tali procedimenti, indicando i vantaggi che comportano rispetto alle regole generali in ambito di ristrutturazioni imprenditoriali.

Parole chiave: *libertà di stabilimento, ristrutturazione imprenditoriale, fusioni ed unioni transfrontaliere, Societas Europaea, trasferimento transfrontaliero della sede.*

UPRAVNO PRAVO I EUROPSKI ENERGETSKI IZAZOVI

Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 342.9
Ur.: 19. siječnja 2015.
Pr.: 4. ožujka 2015
Prethodno priopćenje

Sažetak

U radu se raspravlja o važnim pitanjima u vezi s obnovljivim izvorima energije. Prikazuje se europski aspekti razvoja čistih izvora energije i razvoj europskog energetskeg zakonodavstva. Nadalje se analizira francuski primjer, te ističe trajna potreba usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske s obvezama što proizlazi iz zakonodavnog okvira Europske unije koji se odnose na obnovljive izvore energije i energetske učinkovitost. Završno se ocjenjuje sveobuhvatan pravno-politički značaj upravnopravnog normiranja obnovljivih izvora energije.

Ključne riječi: obnovljivi izvori energije, energetske zakonodavstvo, javnopravna tijela, upravno pravo.

1. UVOD

Energija je bitna sastavnica budućega svijeta. Već dva stoljeća, gospodarski razvoj temelji se na ugljiku u svim njegovim različitim oblicima (ugljen, nafta, plin). Ova fosilna goriva imaju cijenu,¹ ali ne vode računa o cijeni negativnih učinaka na klimu i okoliš u cjelini.

Odnos prema energiji za građanina konkretan je i od životne važnost, radi se o bitnom dobru. Međutim, pretjerano ugrožavanje okoliša istovremeno prijeti dobrobiti, životnim uvjetima i posebno gospodarskom rastu budućih generacija. Jer čovječanstvo je dio eko-sustava s kojim je u međudjelovanju: njegov razvoj prate promjene u okolišu. A kada se radi o državama, njihova je briga trostruka: one žele istovremeno osigurati svoje zalihe, uravnotežiti različite izvore energije i imati energiju po pristupačnim cijenama.

Trenutna energetska era istovremeno je složena i opasna. Energetska kriza koju poznajemo otkriva slijepe ulice modela gospodarskog rasta i obvezuje na pronalazak manje štetnog ugljičnog modela. Očuvanje okoliša zahtijeva ograničenje potrošnje dobara koje smo pogrešno smatrali neiscrpnima, posebice neobnovljive izvore energije. K tome, katastrofa u Fukushimi poremetila je načine razmišljanja i projekte

1 Tako smo 2005. godine svjedočili padu cijene nafte na 30 dolara po barelu, da bi sredinom 2008. cijena porasla na 150 dolara. Cijena je u veljači 2009. ponovo pala na 40 dolara, a zatim porasla na 111 dolara u 2011. godini. Najvjerojatniji scenarij za budućnost je onaj s trajno skupom naftom.

u energetske području.

Postalo je očito da se radi o očuvanju planeta.² Iz tog je razloga borba protiv učinaka globalnog zatopljenja povezanog s ljudskim djelovanjem apsolutno prioritetna. Stoga je potrebno promijeniti odnos prema energiji i štedljivo koristiti oskudne resurse. Pojam „energetske tranzicije“ odgovara na dvostruki izazov kojeg predstavljaju klimatske promjene i iscrpljivanje energetske resursa. Pitanja vezana za okoliš i energiju usko su povezana i treba ih rješavati pokretanjem sveobuhvatne strategije održivog razvoja, uzimajući u obzir gospodarske, društvene, ekološke i energetske podatke.

Održivi razvoj (Izvešće Brundtland iz 1987.) definira se kao razvojni način koji zadovoljava trenutne potrebe, a da ne ugrožava sposobnost budućih generacija da zadovolje svoje vlastite potrebe. „Zeleni rast“ jedno je od temeljnih načela održivog razvoja koji ima za cilj zaštitu zdravlja i krajobraza. Kada govorimo o „zelenom rastu“ tada podrazumijevamo da postoje potencijali, uključujući i gospodarske u djelatnostima koje se bave očuvanjem okoliša.

Svako povijesno razdoblje obilježeno je tehnološkim dostignućima vezanim uz energiju. Nova industrijska revolucija temelji se na tehnologijama koje su usmjerene na energetske učinkovitost koja ne onečišćuje. Promjene u tom području utoliko su teže, jer je postojeći proizvodni sustav prilagođen tehnologijama koje onečišćuju. Ovdje država ima stratešku ulogu. Doista, s jedne strane neadekvatnost između rasta i očuvanja okoliša promjenjiva je, a s druge strane posljedice dugoročne neaktivnosti bit će mnogo skuplje nego naponi koji se već sada mogu uložiti kako bi se izbjeglo te posljedice. Drugim riječima, što ranije krenemo s tehnološkim zaokretom, to će prijelaz biti financijski podnošljiviji.

Danas se određuju planovi proizvodnje i potrošnje energije u 2050. godini. U tom smislu, obnovljivi izvori energije predstavljaju životni imperativ, za svijet, Europu i svaku pojedinu zemlju.

2. ZALAGANJA NA MEĐUNARODNOJ I EUROPSKOJ RAZINI U ENERGETSKIM PITANJIMA I BORBI PROTIV GLOBALNOG ZATOPLJENJA

Industrijski model koji se temelji na korištenju energije iz fosilnih goriva je na izdisaju. Njegovu agoniju ubrzava još i pojava novih gospodarskih sila (posebice Brazil, Indija i Kina). Svijet još uvijek ovisi o rastućoj potrošnji energije, a resursi se iscrpljuju.

1.1. Sporost u promjenama na globalnoj razini

Gotovo cjelokupna globalna aktivnost ovisi o nafti i ostalim energijama iz

2 Upravo to pokušavaju dokazati nedavni radovi Shauna Marcotta (Državno sveučilište Oregon) i njegovih kolega, objavljeni u časopisu *Science* od 8. ožujka 2013., prema kojima „je moguće da se ova situacija nikada u posljednjih jedanaest tisuća godina nije dogodila“.

fosilnih goriva. Hrana (gnojiva, kemijski pesticidi itd.), građevinski materijal (beton, plastika), većina farmaceutskih proizvoda proizvedeni su od fosilnih materijala. Odjeća od sintetičkih vlakana, prijevozna sredstva, rasvjeta, grijanje, sve navedeno počiva na energiji iz fosilnih goriva.

Stručnjaci su suglasni kada kažu da će razumno iskoristive zalihe nafte biti iscrpljene u idućih 40 godina, zalihe plina u 60 godina, a zalihe ugljena u roku od malo više od 200 godina.³ U 2013. i unatoč stagnaciji gospodarstava, procjenjuje se da se 90 milijuna barela nafte troši svaki dan u svijetu, a potražnja za energijom svaki dan se povećava s rastućim potrebama zemalja u razvoju, gdje mjesto nuklearne energije više nije upitno. Drugdje, koristit će se sve više energije iz fosilnih goriva kako bi se nadoknadila energija koja se ne proizvodi više u nuklearnim elektranama. Oni koji tvrde da žele odustati od nuklearne energije, usmjeravaju se više prema razvoju obnovljivih izvora energije (Njemačka, Švicarska, Italija, Belgija). Tijekom prijelaznog razvoja i zbog visokih cijena nafte, neke zemlje također se okreću prema ugljikovodicima nastalim iz složenih postupaka ekstrakcije, koji su skupi i štetni za okoliš (odobalna nafta na dubini, plin iz škrljevca). Ovi novi resursi imaju prednost jer su raspoloživi na licu mjesta; to smanjuje geopolitičke opasnosti i povećava mjesta iz kojih se crpe ti resursi (Sjedinjene Američke Države, Kanada). I zbog toga se procjenjuje da će prirodnog plina biti za 200 godina potrošnje. Međutim, tehnologije za ekstrakciju plina iz škrljevca različito su prihvaćene. U Europi, Danska i Poljska su krenule prve, a Bugarska, Rumunjska i Francuska su se tome usprotivile. U SAD-u nije bilo temeljite javne rasprave, a cijena plina je ondje tri puta niža u odnosu na europske cijene, što ima blagotvorne učinke na konkurentnost industrijskog sektora.

Stalna pretjerana potrošnja tradicionalnih energija uzrokuje ekološku, zemljopisnu, društvenu, financijsku i gospodarsku neuravnoteženost. U cijelom svijetu se osobito pogoršava opasnost od klimatskih učinaka. Dakle, radikalne promjene postaju imperativ. Na globalnoj razini, proces je pokrenut u Stockholmu 1972. Ovaj se proces ponovo aktualizira 1992. Okvirnom konvencijom o promjeni klime i nastavlja se Kyotskim protokolom iz 1997. koji je stupio na snagu 16. veljače 2005. Industrijalizirane zemlje koje su ga ratificirale obvezale su se smanjiti emisije ugljika za 5,2 % u prosjeku za razdoblje od 2008. do 2012. Međutim, zemlje su različito pristupale tom cilju, ovisno o svojim perspektivama rasta, diversifikaciji izvora energije, a posebno u skladu s pripadajućim im interesima. Konferencija „Rio + 20“ u lipnju 2012., koja je uslijedila nakon konferencija u Johannesburgu 2002., Kopenhagenu 2009., Cancunu 2010., Durbanu 2011., otvorila je oči onima koji su ih zatvarali pred sporim napretkom koji se može očekivati od međunarodnih sporazuma. Tijekom te konferencije iz 2012., četiri dana bila su posvećena „nedržavnim dionicima“, a posebice je uloga regija bila službeno priznata. Jer upravo se na lokalnoj razini u svim životnim aspektima mogu provoditi svi ciljevi o kojima se raspravlja na međunarodnoj razini (prijevoz, stanovanje, slobodno vrijeme, rad, skrb i obrazovanje).

Od kraja 1980.-ih do sredine 2000.-tih, svijet je doživio snažan rast sa stabilnom i umjerenom cijenom nafte, a razuman i predvidljiv bio je porast potražnje za

3 Malvy, Martin, *Réponse globale, solutions locales*, Politique Internationale, Specijalna tema – Europska energetska politika, br.137, Paris, 2012., str. 390.

energijom. Godine 2009., svjedočili smo tome u kojoj mjeri potražnja i potrošnja električne energije mogu ovisiti o gospodarskim uvjetima. Od toga dana i s krizom u eurozoni, s javnim dugovima, trebalo je istovremeno ustanoviti uvećanu i nestabilnu potražnju za energijom i nesigurnost javnih i privatnih ulaganja u energetskom području. Međunarodna Energetska agencija procijenila je da je potrebno uložiti 40.000 milijardi dolara do 2050. kako bi „energetska tranzicija“ uspjela. Europska komisija u Bruxellesu procijenjuje na 270 milijardi eura godišnje potrebna ulaganja što predstavlja samo 2 % bruto domaćeg proizvoda Europske unije, ali u teškim vremenima za proračune država članica.⁴

Razvoj čistih energija onemogućen je, s jedne strane, zbog nedostatka konsenzusa o stopi smanjenja emisije ugljičnog dioksida i na podjelu (između sjevera i juga) napora koje je potrebno uložiti u korist obnovljivih izvora energije, a s druge strane, zbog utjecaja katastrofe u Fukushimi 2011., koja je dovela u pitanje nuklearnu energiju koja pridonosi dekarbonizaciji (uklanjanje ovisnosti o fosilnim gorivima).

Danas postoji više mogućnosti za smanjenje emisije ugljičnog dioksida: nametanje strogih standarda i teških kazni, razvoj i subvencioniranje istraživanja u području novih energija uključujući i privatni sektor, uvođenje oporezivanja ili povoljnijih tarifa za proizvodnju energije iz obnovljivih izvora, poduzeti mjere za poticanje proizvodnje i potrošnje kojima se emitira manje stakleničkih plinova.

1.2. Europski izbori u energetske pitanjima

Europska pustolovina započela je 1950. godine sa Zajednicom za ugljen i čelik, koja je bila eksperimentalni laboratorij europske industrijske politike. Dva od tri prva ugovora su se odnosila poglavito na energetske proizvode. Od samog početka, ideja zajedničkog tržišta bavila se energetske pitanjem. Činilo se da su ispunjeni uvjeti za razvoj zajedničke energetske politike, budući da su tri ugovora istovremeno htjela postići i gospodarsko i pravno povezivanje država.

Međutim, energetske sektor bio je zanemaren do 1970.-ih godina, koje su bile obilježene dvjema krizama (1973. i 1979.). S obzirom na neugodnosti koje izaziva energetska ovisnost Europe, s obzirom na naftne krize i brigu oko okoliša, zemlje članice provele su politiku svojstvenu Europskoj uniji. Premda je zajedničko djelovanje izgledalo poželjno, svaka zemlja slijedila je svoj vlastiti put. Tako je u Europskoj uniji danas, 14 od 28 članica usmjereno na korištenje nuklearne energije koja predstavlja 30 % cjelokupne proizvodnje električne energije. Trenutno postoji 143 nuklearna reaktora, ali katastrofa u Fukushimi navela je neke zemlje da odustanu ili smanje udio nuklearne energije ili da primjene nove sigurnosne standarde koji su sve skuplji i skuplji.

Zahvaljujući svojoj politici diversifikacije i svom međusobno povezanom tržištu, Europska unija održava ravnotežu među svojim dobavljačima. Što se tiče plina, Rusija opskrbljuje trećinu uvoza Europske unije i četvrtinu potrošnje. S Norveškom i Alžiirom, Rusija je jedan od naših povlaštenih partnera i Europa je vodeći kupac

4 O tim različitim temama, Geoffron, Pierre, *Les vents incertains de la transition énergétique*, Politique Internationale, br. 137, Paris, 2012., str. 359.

ruskog plina koji prolazi kroz također skupi infrastrukturni sustav. Neke zemlje kao što su Bugarska i tri baltičke zemlje također uvoze 100 % svoga plina iz Rusije. Prema tome i s obzirom na plin, Europska unija mora se suočiti s nekoliko velikih izazova: što je više moguće smanjiti svoju ovisnost, smanjiti emisije ugljičnog dioksida, povećati konkurentnost svoga gospodarstva.

Države članice moraju ocijeniti vlastite raspoložive resurse, usporediti prednosti i nedostatke svakog resursa, pomiriti njihovo iskorištenje s očuvanjem okoliša. Svaka država mora razviti zakonodavstvo koje odgovara tim ciljevima, a Europa također ima svoju ulogu u usklađivanju posebnih energetska politika.

Kada za svaku europsku zemlju spominjemo kombinaciju različitih izvora energije, koju također nazivamo i „energetski miks“, tada nas to upućuje na stanje specifično za svaku državu i na različite čimbenike koje treba uzeti u obzir. Tada se vraćamo na izbore koji su učinjeni u prošlosti, dostupne prirodne resurse, geografske prednosti. No, ostaje nam da saznamo možemo li djelovati odvojeno, ili, ako želimo uspjeti u industrijskoj promjeni tako da djelujemo zajednički. Nadalje, usklađivanje nacionalnih energetska politika već je krenulo.

Godine 1968. Komisija je objavila priopćenje Vijeću ministara pod naslovom „Prvo usmjerenje za energetsku politiku Europske zajednice“. Ovim priopćenjem, između ostalog, predložene su „mjere koje se odnose na uspostavu zajedničkog tržišta u energetskom sektoru“. ⁵ Godine 1985. Bijela knjiga Komisije navodi da je unutarnje tržište apsolutni prioritet. Tri godine kasnije, 1988., Komisija je predstavila specifično Priopćenje o unutarnjem energetskom tržištu, navodeći da je napredak u tom području nedostatan. Proizvodi i aktivnosti u energetskom sektoru (nafta, plin, ugljen, atom, itd.) ušli su u područje unutarnjeg tržišta, a pravo Europske unije podrazumjeva oslobađanje energetskog tržišta. Prve su mjere uvedene krajem 1990.-ih, a slijedili su i drugi paketi mjera 2003. i 2009. Standardizacija izvora energije, transparentnost po pitanju cijene, mjere štednje energije ⁶ pitanja su na koja se 1990.-ih odnose politike približavanja nacionalnih prava.

Osim unutarnjeg tržišta, postoje i specijalna tržišta koja se odnose na posebne gospodarske sektore, uključujući ugljen, čelik, energiju, transport. Ova specijalna tržišta karakteristična su po tome što država ima veći prostor za intervenciju. ⁷ Ova se posebnost smanjila tijekom vremena, odnosno, došlo je do uključivanja tih materijala u šire okvire ciljeva Europske unije navedenih u članku 2. Ugovora iz 1992. o Europskoj zajednici (o slobodi razmjene i slobodi natjecanja, o razvoju djelatnosti, o održivom razvoju i zaštiti okoliša). To, međutim, ne isključuje specifične akcije u nekim sektorima, uključujući i energetski sektor, kako bi se pomirili ponekad kontradiktorni ciljevi.

5 Vidal-Quadras, Alejo, *Marché intérieur de l'énergie : quelles perspectives pour demain ?*, Politique Internationale, br. 137, Paris, 2012., str. 350.

6 Vidi Bergé, Jean-Sylvestre, Robin-Olivier, *Droit européen*, P.U.F, Paris, 2011, str. 275. Također, Dony, Marianne, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2012.; Dubouis, Louis, Blumann, Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6. izd., Montchrestien, Paris, 2012.

7 Ekonomske slobode imaju nekoliko iznimaka, zbog važnosti energetske opskrbe za sigurnost država. Tako je Sud pravde Europske unije dopustio ograničenja u slobodi kretanja naftnih proizvoda (10. srpnja 1984., *Campus Oil*).

Također, prijedlog Direktive o sklapanju ugovora o javnoj nabavi (od 20. prosinca 2011.) predviđa bolje korištenje javne nabave, kako bi se „osigurala veća energetska učinkovitost“. Prethodna Direktiva (2004/18/EZ od 31. ožujka 2004.) o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, odnosila se na način na koji naručitelji mogu pridonijeti zaštiti okoliša i promicanju održivog razvoja. Sud iz Luksemburga već je prihvatio da naručitelj može uzeti u obzir „ekološke kriterije“ za dodjelu javnih ugovora (Sud pravde Europskih zajednica, 17. rujna 2002., *Concordia Bus, Finland Oy AB protiv Helsnigin Kaupunkt, HKL –Bussiliikenne*). To posebice vrijedi za opskrbu električne energije iz obnovljivih izvora energije (Sud pravde Europskih zajednica, 4. prosinca 2003., *EVN AG protiv Austrije*). Prije toga, Sud je već omogućio lokalnim zajednicama da se uključe u proizvodnju energije iz obnovljivih izvora, delegirajući pravila o tržišnom natjecanju (Sud pravde Europskih zajednica, 18. studenog 1999., *Teckal Srl protiv Comune di Viano*).

Europska unija nastoji poboljšati europsko energetske tržište na način da je bolje koordinirano,⁸ jer u ujedinjenoj Europi nije više moguće djelovati izdvojeno. Proizvodnja energije iz obnovljivih izvora velikih razmjera zahtijeva međusobno povezano europsko energetske tržište, ako se žele postići ciljevi utvrđeni programom „Energija i klima“ usvojenim 2009. Njime se do 2020. predviđa: smanjenje emisije ugljičnog dioksida od barem 20 % u odnosu na 1990., poboljšanje energetske učinkovitosti od 20 %, udio proizvodnje energije iz obnovljivih izvora od barem 20 % u odnosu na ukupnu potrošnju energije.

Ovaj je razvoj nazvan „energetska tranzicija“ i mora dovesti zemlje članice Europske unije do smanjenja emisija stakleničkih plinova za najmanje 80 % do 2050. No, to pretpostavlja promjenu paradigme u temeljima naših gospodarstava i društva.⁹ Prema trenutnoj dinamici, Europa bi do 2050. smanjila emisiju ugljičnog dioksida tek za 40 %. Upravo bi u sljedećih 20 ili 30 godina trebalo korjenito izmijeniti energetske sustave, načine prijevoza, industrijsku i poljoprivrednu proizvodnju, pa čak i organizaciju života u gradu.¹⁰

Da bi se zelena energija mogla koristiti, trebat će napraviti promjenu u elektroenergetskoj mreži. Godine 2012., 34 države europskog kontinenta s 525 milijuna stanovnika povezane su s 305.000 km dalekovoda za prijenos električne energije. Međusobne veze služe tome da apsorbiraju značajne i brze varijacije u isporuci električne energije, da učine tržište protočnijim, da omoguću različitim proizvodnim sustavima da djeluju komplementarno, da spoje masovno širenje energije

8 Radi se o rješavanju problema koji su nastali u nekim državama 2006. i 2009., kao i incident koji se dogodio na mreži u sjevernoj Njemačkoj ili kriza u opskrbi plinom zbog odluke kojom je Moskva obustavila isporuku plina Ukrajini.

9 To uključuje preustroj stanova, pretvarajući svako domaćinstvo u mini-elekttranu za proizvodnju električne energije koja na licu mjesta može iskoristavati energiju iz obnovljivih izvora. Potrebno je također riješiti problem pohrane zelene energije jer je energija iz obnovljivih izvora nestalna (ovisno o količini vjetrova i sunca). Konačno u prijevozu, raširena uporaba električnih vozila zahtijeva postavljanje stanica za punjenje posvuda.

10 Rifkin, Jeremy, *Vers une troisième révolution industrielle*, Politique Internationale, Specijalna tema – Europska energetska politika, br. 137, Paris, 2012., str. 373 i s.

iz obnovljivih izvora. Uloga energetske mreže „u odnosu na pitanje okoliša, afirmira se sve više i više u srcu naše postindustrijske civilizacije“. ¹¹ Što je europska mreža veća, to je veći i njen kapacitet za apsorpciju varijacija u proizvodnji. Ta činjenica isto tako omogućuje svakoj zemlji da koristi svoje lokalne resurse. K tome, raznolikost mogućnosti potiče komplementarnost, koja je poželjnija nego ujednačenost izbora. Jer električna energija nastala iz vjetra i sunca po prirodi je nestalna.

Europske zemlje oslanjaju se na različite tehnologije za proizvodnju svoje električne energije i udjeli energije iz obnovljivih izvora se razlikuju. Dok je Francuska razvila nuklearne elektrane koje osiguravaju oko 75 % proizvodnje, Njemačka se oslanja na termoelektrane koje koriste energiju iz fosilnih goriva (plin, ugljen, nafta), čije sagorijevanje oslobađa stakleničke plinove. No, emisija ugljičnog dioksida je niža u Francuskoj, ali je zato nuklearnog otpada više. Ove razlike dovode do različitih mogućnosti. Izbor Njemačke da odustane od nuklearne energije zasigurno utječe na rad elektroenergetskih sustava u susjednim zemljama. U Njemačkoj, ne samo da je politička klasa gotovo jednoglasna oko izbora energije iz obnovljivih izvora, već je ta zemlja postigla i veliki napredak u tom području. Ona ima bogatu tradiciju u industrijskim i tehnološkim inovacijama, snažnu ekološku svijest i decentralizirane političke strukture. Za 7 godina 35 % njene energije dolazit će iz obnovljivih izvora, a već jedan milijun zgrada pretvoreno je u mikroelektrane za proizvodnju električne energije. ¹² Danas, Francuska, Njemačka i druge zemlje žele biti pioniri „u izgradnji Europe čija energija će biti usmjerena na obnovljive resurse i na mreže i infrastrukture, a koja će se temeljiti na energetskej učinkovitosti“. ¹³

Razvoj energija koje ne emitiraju ugljični dioksid u skladu je s ciljevima koje postavlja Europska unija, koji se u tom području oslanja na regije, a ne više na same države koje nisu uvijek u mogućnosti provesti definirane ambiciozne ciljeve. Energija nastavlja ovisiti u većini slučajeva o snazi država i europska nadležnost je ograničena. Europska unija sudjeluje uglavnom u koordiniranju i podržavanju nacionalnih politika, u okviru odredaba koje se odnose na transeuropske mreže i u okviru politike zaštite okoliša. U načelu, mjere koje se odnose na izbor svake države između različitih izvora energije i na opću strukturu njene opskrbe energijom jednoglasno su usvojene. ¹⁴

Lisabonski ugovor pružio je novu pravnu osnovu za energetske politiku koja postaje zajednička nadležnost između Unije i država. Glava XXI. Ugovora o funkcioniranju Europske unije govori o toj temi, a članak 194. referira se na duh solidarnosti među državama članicama u provedbi energetske politike koja je sada

11 Bouneau, Christophe, *Les grands réseaux techniques, pères fondateurs de l'Europe*, Politique Internationale, str. 399 i s. Slučaj Španjolske je poučan u tom smislu. Ova zemlja ima infrastrukturu za proizvodnju zelene energije, posebice za proizvodnju energije iz vjetra, ali budući da nema dostatnu međusobnu povezanost, vjetroturbine moraju zaustaviti svoju proizvodnju. O tom aspektu vidi Maillard, Dominique, *Les réseaux au cœur du système électrique européen*, Politique Internationale, str. 341 i s.

12 Rifkin, Jeremy, op. cit., str. 379.

13 Batho, Delphine, *Conduire la transition énergétique*, Politique internationale, Specijalna tema – Europska energetska politika, br. 137, Paris, 2012., str. 379.

14 Bergé, Jean-Sylvestre, Robin-Olivier, op. cit., str. 100.

usko povezana s politikom zaštite okoliša.¹⁵

U Europi, same vjetroelektrane u 2008. su osigurale potrošnju električne energije za 30 milijuna kućanstava (odnosno 3,7 % potrošnje električne energije) i omogućile da se ne proizvede 91 milijun tona ugljičnog dioksida godišnje.¹⁶ Upravo javnopravna tijela imaju ulogu u provedbi zelenog rasta, što je kolektivni izbor koji podrazumijeva javnu intervenciju kroz propise i ulaganja.

Na pravnom planu, standardi mogu obuhvaćati razinu onečišćenja ili emisije vezane za određenu proizvodnju ili za neko određeno dobro (na primjer vozila). Ulaganja mogu poticati prometnu infrastrukturu prilagođenu načinu života koji manje onečišćuje. U financijskom sektoru, poticaj obuhvaća dodjelu poreznih olakšica za radove u toplinskoj obnovi, uvođenjem pristojbi na emisije ugljičnog dioksida ili uspostavljanje sustava trgovine dozvolama za emisiju ugljičnog dioksida.¹⁷

Oporezivanje ima važnu ulogu i može učinkovito nadopuniti europsku politiku zaštite okoliša. Direktiva o oporezivanju energetskih proizvoda od 31. listopada 2003.¹⁸ jedini je element zelenog oporezivanja koji je usklađen na europskoj razini. Ne radi se pristojbi Europske zajednice u pravom smislu riječi, već o zajedničkom okviru za restrukturiranje nacionalnih poreznih sustava u energetskom smislu. Ova direktiva uspostavlja minimalne stope u Europi, a sadržava poticaje za smanjenje emisija ugljičnog dioksida tako što nameće više cijene za određene energetske proizvode. Zelena knjiga Komisije u 2007. najavila je “reviziju direktive koja bi trebala stupiti na snagu 2013. godine posle krize”.¹⁹ Ekološke pristojbe trebaju predstavljati prikladan alat za provedbu strukturnih promjena u gospodarskom sektoru i zapravo utjecati na potrošnju energije i energetske resurse. Podrška Europske unije obnovljivim izvorima energije očituje se u tome što se neće uvoditi pristojbe na taj oblik energije, odnosno pristojbe se mogu smanjiti na nultu stopu za električnu energiju proizvedenu iz obnovljivih izvora.

15 Prema članku 3. istog ugovora, okoliš, energija i transeuropske mreže dio su nadležnosti koje dijele Europska unija i države članice. Članak 6. navodi da je Europska unija nadležna za provođenje radnji koje se odnose na pružanje potpore, koordiniranje, dovršavanje akcija država članica, također navodi da područje djelovanja koje ima europsku svrhu obuhvaća zaštitu ljudskog zdravlja i industrije.

16 Prema European Wind Energy Association (EWEA). Europska unija sudjeluje u financiranju prve velike solarne elektrane u Maroku (Ouarzazate), a ostali opsežni projekti pripremaju se prema Sjevernoj Africi i Rusiji.

17 Europska unija je 2005. uspostavila shemu o trgovanju emisijama (Emission Trading Scheme, ETS) radi smanjenja emisije ugljičnog dioksida u sektorima koji najviše štete okolišu. Na tu temu vidi, Henriët, Fanny, Maggiar, Nicolas, *Croissance verte et croissance économique*, Glasilo Francuske središnje banke, br. 190, Paris, 2012., str. 147-148.

18 Izmijenjena i dopunjena Direktivom Vijeća 2004/74/EZ kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva 2003/96/EZ s obzirom na mogućnost da neke države članice primijene privremena izuzeća ili snižene razine oporezivanja za energetske proizvode i električnu energiju (SL L 157, 30. 4. 2004., str. 87.) i Direktivom Vijeća 2004/75/EZ od 29. travnja 2004. kojom se izmijenjuje i dopunjuje Direktiva 2003/96/EZ s obzirom na mogućnost da Cipar primijeni privremena izuzeća ili smanjenja razine oporezivanja energenata i električne energije (SL L 157, 30. 4. 2004., str. 100.).

19 Rosenstock, Manfred, *Fiscalité environnementale. L'état des lieux dans l'Union Européenne*, Revue Française de Finances Publiques, br. 114, Paris, 2011., str. 79.

Međutim, postupci za provedbu projekata od zajedničkog interesa mogu predstavljati problem i pridonijeti određenoj inerciji. Zatim, s jedne strane privatni ulagači trebaju pravnu sigurnost da bi se financijski založili, a s druge veliki poslovi ne mogu postati taoci birokratskih sporosti i različitih blokada koje onemogućuju provedbu projekata. Postupci moraju biti istovremeno brzi i transparentni, a treba uzeti u obzir javno mnijenje, posebice pri izradi studija utjecaja na okoliš.²⁰

3. RAZVOJ OBNOVLJIVIH IZVORA U FRANCUSKOJ

Francuska je osjetljiva na zeleno gospodarstvo, ali ona mora diversificirati svoje izvore energije i nadoknaditi zaostatak u obnovljivim izvorima energije, sa sveukupnom vizijom koja će omogućiti povezivanje poduzetih akcija.

3.1. Francuske posebitosti i ciljevi

Danas, njemačko kućanstvo troši 30 % električne energije manje od francuskoga kućanstva.²¹ No, Francuska ovisi o uranu koji se u cijelosti uvozi. Kada govorimo o potrošnji nafte, ona je 2011. godine dosegla 61,4 milijarde dolara. Ovo stanje unosi neravnotežu u trgovinsku bilancu i ugrožava industrije potrošače energije. To je razlog zašto novi vladin program predviđa smanjenje udjela nuklearne energije sa 75 % na 50 % u proizvodnji električne energije do 2025.

Usporedo, borba protiv globalnog zatopljenja jedan je od prioritetnih ciljeva u okviru održivog razvoja.²² Nadalje, zakon navodi da je „nacionalni prioritet“ i sprječavanje rizika vezanih za emisije ugljičnog dioksida.²³ Zakonik o energetici u svom članku L 641-6 propisuje da „s obzirom na njihov specifični interes, posebice u borbi protiv efekta staklenika“, udio biogoriva na kraju 2015. treba dosegnuti 10 % ukupne energije dobivene od goriva prodanog na nacionalnom tržištu. No, Zakon od 3. kolovoza 2009. (članak 2.) propisao je da 23 % potrošnje energije mora nastati iz obnovljivih izvora do 2020. i da njihov razvoj mora „postati najdjelotvornije gospodarstvo u ugljičnom dioksid ekvivalentu Europske unije“. Država se obvezala da će poticati sve sektore obnovljivih izvora energije u okviru gospodarskih i ekološki podnošljivih uvjeta.²⁴ Nacionalni opservatorij za učinke globalnog zatopljenja zadužen je za procjenu rizika od klimatskih promjena i daje preporuke o preventivnim i prilagodbenim mjerama koje se trebaju usvojiti.²⁵

20 Oettinger, Gunther, *L'impulsion européenne*, Politique Internationale, Specijalna tema – Europska energetska politika, br. 137, Paris, 2012., str. 338.

21 Baupin, Denis, *Les enjeux de la sobriété énergétique : l'exemple français*, Politique Internationale, Specijalna tema – Europska energetska politika, br. 137, Paris, 2012., str. 368.

22 Članak L 110 - 1, III, 10 Zakonika o zaštiti okoliša – Zakon od 12. srpnja 2010. (čl. 75) kaže da je do 31. prosinca 2012. obvezatno napraviti procjenu emisije stakleničkih plinova za ustanove s više od 500 zaposlenih. Prema novinama Le Monde od 20. veljače 2013., samo 45 % francuskih tvrtki podliježe obvezi procjene ugljičnog dioksida.

23 Članak L 229 – st. 1. Zakonika o zaštiti okoliša.

24 Moliner-Dubost, Marianne, *Air et climat*, Juris Classeur Administratif, n° 364.

25 Članci L 229-2 do L 229-4 i D 229-1 do D 229-4 Zakonika o zaštiti okoliša.

Na praktičnom planu vezano uz javnopravna tijela, Zakonik o javnoj nabavi (članak 5-C) ovlašćuje kupce da utvrde selekcijske kriterije koji omogućuju uštedu energije i uzimaju u obzir ciljeve održivog razvoja. Također, javno-privatno partnerstvo drugi je način poticanja uštede energije.²⁶ Europske i nacionalne mjere koje se odnose na zaštitu okoliša daju također važno mjesto „ugovorima o energetskej učinkovitosti“.²⁷ Jedna druga mjera omogućuje lokalnim zajednicama pokretanje proizvodnje energije iz obnovljivih izvora, uz moguće propuštanje obveza u pogledu tržišnog natjecanja.²⁸ Toplinske mreže ili gospodarenje otpadom, što ovisi o lokalnim zajednicama, omogućuju bolje upravljanje potrošnjom energije za gradsko grijanje, uključujući i grijanje iz obnovljivih izvora energije.

3.2. Pravni okvir za proizvodnju energije iz obnovljivih izvora energije

Nužno je napomenuti da je Zakon od 2. veljače 2000. koji se odnosi na modernizaciju i razvoj javne službe za električnu energiju, nametnuo potonjem obvezu otkupa od proizvođača električne energije iz obnovljivih izvora energije.

3.2.1. Vjetroelektrane: opći režim

Program usmjerenja energetske politike usvojen 2007. nalaže da se sve male i velike vjetroturbine moraju nalaziti u Zoni razvoja vjetroelektrana kako bi mogli imati koristi od obveze otkupa električne energije koja je nametnuta Francuskoj elektroprivredi (EDF). Temeljem Zakona od 12. srpnja 2010., svaki prefekt mora odrediti opseg zone, minimalnu i maksimalnu snagu koja se može postaviti. Uključeno je više kriterija pri definiranju ove zone (potencijal vjetra, mogućnost priključenja na elektroprivrednu mrežu, zaštita krajobraza, spomenika i mjesta). Prefekt postupi po zahtjevima jedne ili više općina, dokumente razmatra Regionalna uprava za zaštitu okoliša, planiranje i stanovanje, koja ujedno uzima u obzir mišljenje Departmanske službe za arhitekturu i baštinu. Prikuplja se također mišljenje susjednih općina. Nakon što Departmansko povjerenstvo za zaštitu prirode, krajobraza i mjesta pregleda dokumente, prefekt zatim odlučuje o stvaranju navedene zone. Svaki projekt postavljanja vjetroelektrana mora slijediti isti postupak koji je doveo do stvaranja zone i nositelji projekta moraju stupiti u kontakt s relevantnim lokalnim vlastima.

Postavljanje vjetroelektrana predstavlja intervenciju u pogledu urbanističkog planiranja i kao takvo u načelu podliježe pravilu o urbanizaciji „u kontinuitetu“ (čl. 145-3-III Zakonika o urbanističkom planiranju). Međutim, iznimka od ovog pravila o kontinuitetu može se odnositi na postrojenja ili javnu opremu koja nisu kompatibilna s okolnim stambenim područjima.²⁹ Uz obalu mora, urbanistička pravila zabranjuju

26 Zakoni od 28. srpnja 2008. i od 3. kolovoza 2009.

27 Zakon od 25. kolovoza 2011. Također, Petiot, Marie-Astride, Terneyre, Philippe, *Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétique*, Actualité Juridique de Droit Administratif, Paris, 2012., str. 412 i s.

28 Zakon od 28. svibnja 2010. za stvaranje lokalnih javnih društava.

29 Vjetroelektrane mogu imati koristi od izuzeća: Državni savjet, 16. lipnja 2010., M. Leloustre i Prizivni upravni sud iz Marseillea, 30. svibnja 2011., *Društvo ERL Energie Renouvelable du*

gradnju u obalnom pojasu od 100 metara izvan urbaniziranih područja (čl. L 421 - 6 et L 146 - 4 - III Zakonika o urbanističkom planiranju). No, ova se zabrana ne odnosi na građevine koje su potrebne javnim službama ili gospodarskim djelatnostima kojima je potrebna neposredna blizina vode, na objekte za priključivanje na javnu mrežu za prijenos ili za distribuciju električne energije, na pomorska postrojenja koja koriste obnovljive izvore energije, ali pod određenim uvjetima (obvezna javna rasprava). Što se tiče vjetroturbina na moru,³⁰ Zakon od 12. travnja 2010. (čl. 90) uredbom omogućuje da se postrojenja ili radovi zbog njihove prirode ili zbog postavljanja na moru oslobode formalnosti, na potopljenom javnom dobru iznad crte niske vode (priobalje nakon oseke).

Projekt vjetroelektrane može pokrenuti skupina pojedinaca, poljoprivrednika ili lokalna zajednica, privatna tvrtka s dovoljno kapitala, lokalna zajednica povezana s privatnim kapitalom (mješovito društvo), privatna tvrtka uz sudjelovanje stanovnika.

3.2.2. *Solarna postrojenja: opći režim*

Uredba od 19. studenog 2009. i okružnica od 18. prosinca 2009. koja je komentira, odnose se na fotonaponske elektrane na tlu i predviđaju da ta postrojenja moraju biti organizirano razvijena, tako što će se brinuti o očuvanju prirodnog okoliša i o zaštiti određenih mjesta.

Zgrade i postrojenja potrebna za komunalnu opremu, u ovom slučaju, fotonaponske elektrane dopuštene su u prirodnim poljoprivrednim ili šumskim područjima definiranim u Lokalnom planu za urbanističko planiranje. Naravno, ako su s jedne strane spojive s obavljanjem poljoprivredne, pastirske ili šumarske djelatnosti i s druge ako ne utječu na očuvanje prirodnih prostora i krajobraza (čl. L 123 - 1, st. 7. Zakonika o zaštiti okoliša).

Kada se radi o fotonaponskim pločama postavljenim na krovove kuća smještenih u području zaštićenog povijesnog spomenika, njihovo postavljanje može predstavljati problem. Međutim, na poziv ministra kulture Departmanske službe za arhitekturu i baštinu uzimaju u obzir uloge održivog razvoja i izdaju dozvole za projekte koji se dobro uklapaju u izgrađeni okoliš i u krajobraz, ako se radi o zaštićenim područjima.

Dvije odluke od 16. ožujka 2010. navode uvjete otkupa električne energije proizvedene uz pomoć solarne energije.³¹

Formalnosti i upravni postupci ponekad su teži, a ponekad lakši, može se raditi o izuzeću od dozvola ili o jednostavnoj izjavi koja prethodi radovima, pa sve do obveznog izdavanja građevinske dozvole koja se može sastojati od studije utjecaja na okoliš i javne rasprave. Ovisno o slučajevima, javnopravna tijela koja su obično ovlaštena za djelovanje u jednu ili drugu svrhu su gradonačelnik i prefekt.

Prenoseći europsku Direktivu br. 85/337 EEZ od 27. lipnja 1985. (izmijenjena

Languedoc.

30 O posebnom režimu odobranih vjetroturbina, Roche, Catherine, *La réglementation applicable aux éoliennes offshore*, Actualité Juridique de droit Administratif, 2007., str. 1785 i s; Bordereaux, Laurent, *Les éoliennes offshore à l'épreuve du droit du littoral*, Actualité Juridique de Droit Administratif, Paris, 2012., str. 177 i s.

31 Objavljeno u Službenom glasilu Republike Francuske od 23. ožujka 2010.

1997. i 2003.) i članak 6.-8. Aarhuške konvencije, Zakon od 12. srpnja 2010. predviđa da odobrenje za gradnju uzima u obzir studiju utjecaja na okoliš i mišljenje javnopravnih tijela vlasti kojem je studija poslana, kao i rezultat javne rasprave. Svi projekti koji bi „po svojoj prirodi, dimenzijama ili smještaju“ mogli imati značajne posljedice na okoliš i na ljudsko zdravlje, moraju uključiti studiju utjecaja na okoliš (čl. L 122 – 1 – I Zakonika o zaštiti okoliša).

Studije utjecaja na okoliš uređene su člancima L 122 - 1 do L 122 - 3 i R 122 - 1 do R 122 – 16 Zakonika o zaštiti okoliša i člankom L 424 - 4 Zakonika o urbanističkom planiranju. Zakon od 12. srpnja 2010. i Uredba od 29. prosinca 2011. koja su preradila sustav tih studija,³² a Zakon od 27. prosinca 2012. uveo je novi postupak za sudjelovanje javnosti pri donošenju upravnih odluka koje imaju utjecaj na okoliš.³³

Za neke projekte koji se razmatraju kao pojedinačni slučajevi (čl. R 222 - 2 Zakonika o zaštiti okoliša), javnopravno tijelo nadležno za pitanja zaštite okoliša (čl. R 122 - 6), s obzirom na pružene informacije, propituje treba li određeni projekt ili ne treba biti obuhvaćen studijom utjecaja na okoliš. Javnopravno tijelo donosi odluku koja mora biti obrazložena i u roku od 15 dana nakon zaprimanja popunjenog obrasca. Ako odgovor od javnopravnog tijela ne stigne, tada je obvezno provesti studiju utjecaja na okoliš, i svakoj tužbi upravnom sudu protiv odluke kojom se nameće studija utjecaja na okoliš mora prethoditi redovni upravni postupak.

Treba također napomenuti, da je prefekt nadležan za odobravanje objekata za proizvodnju, prijevoz, distribuciju i skladištenje energije koju podnositelj zahtjeva neće koristiti izravno.

Za fotonaponska postrojenja integrirana u stambene objekte, ne postoji specifičan sustav. Ona podliježu uobičajenim pravilima urbanističkog planiranja. Budući da su povezana s cijelim projektom, ponekad je potrebno predati izjavu u gradsko poglavarstvo, a ponekad predati zahtjev za građevinsku dozvolu. Za postavljanje fotonaponskih modula na već postojeću zgradu nije potrebna dozvola, dovoljna je izjava o radovima i dobivanje potvrde da nema prigovora. Za novu zgradu, postavljanje fotonaponskih modula mora biti uključeno u dokumente za podnošenje zahtjeva za građevinsku dozvolu.³⁴

Upravo je Uredbom br. 2009-1414 od 19. studenog 2009. uspostavljen sustav posebnih odobrenja za objekte za proizvodnju električne energije iz solarne energije postavljene na tlu. Oslobođeni su formalnosti objekti postavljeni na tlu čija najveća

32 Lahorgue, Marie-Béatrice, *La réforme de l'étude d'impact*, Actualité Juridique de Droit Administratif, Paris, 2010., str. 1807.

33 Ovaj zakon predviđa jamstva i obveze koje obuhvaćaju poticanje stvarnog sudjelovanja javnosti i razmatranje primjedbi.

34 U nekim općinama mogu postojati posebne odredbe koje se primjerice odnose na izgled ili boju krovova. Može se zahtijevati i mišljenje Odjela za građevine u Francuskoj ako se radi o blizini povijesnih spomenika ili zaštićenom mjestu. Postupci, kontakti i dokumenti koje treba prikupiti obuhvaćaju: izbor materijala i specifikaciju postrojenja, izjavu za poglavarstvo s potvrdom da nema prigovora ili građevinsku dozvolu, zahtjev za priključenjem elektroprivredi, suglasnost poreznih službi (za mogući poticaj), zajam koji odobrava financijska institucija, ugovor potpisan s Francuskom elektroprivredom (EDF). Također je obvezatno Osiguranje od „osobne odgovornosti – šteta na imovini“ za nezgode na postrojenju ili na priključnoj mreži.

snaga ne prelazi 3 kilovata, koji nisu viši od 1,80 metra i čija je površina na tlu oko 60 četvornih metara - što ne isključuje važeća pravila urbanističkog planiranja. U zaštićenom omeđenom području, u važnim kulturno-povijesnim mjestima, u prirodnim rezervatima, u mjestima koja će postati nacionalni park, potrebna je izjava za takve objekte čak i ako je njihova maksimalna snaga niža od 3 kilovata (čl. R 421-11 Zakonika o urbanističkom planiranju).

Za objekte za proizvodnju električne energije iz solarne energije koji su postavljeni na tlu čija je vršna snaga do ili viša od 250 kW i koji odgovaraju površini na tlu od oko 5.000 četvornih metara, građevinska dozvola je obvezna, potrebna je studija utjecaja na okoliš³⁵ kao i javna rasprava također (čl. R 123 - 1 Zakonika o zaštiti okoliša).

Europska direktiva br. 97/11/EZ Vijeća ministara od 3. ožujka 1997., ostavila je (čl. 4.) državama članicama slobodu da same ocjene je li ili nije potrebno podvrgnuti projekte za vjetroparkove procjeni utjecaja na okoliš.

Za pojedinačne vjetroturbine (niže od 12 metara), prethodna izjava u poglavarstvu je dovoljna, ali potrebna je suglasnost susjeda zbog vizualnog utjecaja i buke.³⁶ Izuzeće od formalnosti, u okviru prava urbanističkog planiranja, valjano je samo ako se ne radi o kulturno-povijesnom mjestu ili omeđenom zaštićenom području (čl. R 421-2-c Zakonika o urbanističkom planiranju).

Uklapanje vjetroturbina u krajobraz predstavlja problem i zbog njihove veličine i zbog broja. Njihovo postavljanje ne može se predložiti u područjima gdje je krajobrazna vrijednost zamjetna ili zaštićena, i to je razlog zašto je njihovo uklapanje u okoliš predmet analiza i odobrenja. Zahtjev za dozvolu treba predati u poglavarstvo i prefekt izdaje građevinsku dozvolu, a uz nju ide odobrenje za rad koje izdaje ministar za energetiku. Dokumenti koji su potrebni za izgradnju vjetroparka moraju sadržavati i studiju utjecaja na okoliš, s položajem postrojenja i ocjenom ukupnog stanja okoliša.³⁷

35 Osim ako se radi o održavanju ili velikim popravcima. Vidi Billet, Philippe, *Le nouveau régime de l'implantation des panneaux photovoltaïques*, Juris Classeur Administratif, 2009, n° 2303 i okružnicu od 31. prosinca 2009. koja objašnjava uredbu od 19. studenog 2009. Fotonaponska elektrana mora dobiti građevinsku dozvolu Prizivni upravni sud iz Marseillea, odluka od 18. siječnja 2001., *Općina Ajaccio*.

36 Ako se radi o elektrifikaciji zgrade koja nije priključena na mrežu, mora se podnijeti zahtjev gradonačelniku za odobrenjem. Nakon što je pojedinačno postrojenje izgrađeno tada ono mora biti ustupljeno Francuskoj elektroprivredi (EDF) ili nekom drugom dobavljaču električne energije, a plaća se mjesečna naknada koja ovisi o snazi generatora. Trošak se kreće od 25.000 do 40.000 eura. Porezno rasterećenje može se dobiti za nabavu vjetrogeneratora (koji ne prelazi 3 kw), a primjenjuje se snižena stopa PDV-a (10 %). Za izolirana mjesta, potpora koja se može dobiti može ići i do 95 % ukupnog troška (Amortizacijski fond za troškove elektrifikacije, Departmanska agencija za zaštitu okoliša i upravljanje energijom). Na lokalnoj razini mogu se dodijeliti i dodatne potpore (odobrava ih EU, regionalna ili departmanska vijeća). Međutim, rentabilnost individualnog projekta izvan Zona razvoja vjetroelektrana je neizvjesna, a ako i postoji, onda počinje tek nakon desete godine.

37 U njoj se nalazi početno stanje mjesta gdje će se graditi postrojenje, analiza posljedica na prirodni okoliš, krajobraz, ljudi i gospodarstvo u okolici, mjere za ublažavanje smetnji, posebice za ptice (uzeti u obzir migracijske putove ili područja koja su osjetljiva zbog ptica gnijezdilica).

Zakon od 3. siječnja 2003. postavlja nove zahtjeve za izradu studije utjecaja na okoliš, a uredbom od 1. kolovoza 2003. nameće se studija utjecaja na okoliš za „radove na postavljanju objekata za proizvodnju energije iz vjetra čija maksimalna snaga prelazi 2,5 MW“. Također se zahtijeva provođenje javne rasprave o „radovima na postavljanju objekata za proizvodnju energije iz vjetra koji su visoki 25 metara ili više“. Ovaj sustav dodatno je ojačan Zakonom broj 2010-788 od 12. srpnja 2010. kojim se vjetroturbine na tlu podvrgavaju kontroli vezanoj uz zaštitu okoliša, a uključuje i sustav stečenih prava za već postojeća postrojenja (čl. 553 - 1 à L 553 - 4 et R 431 – 20 Zakonika o zaštiti okoliša). Dozvoljava je obvezna za vjetroturbine na tlu koje su više od 12 metara, a susjedne općine u doseg vjetroparka moraju se pitati za mišljenje, osim u zonama razvoja vjetroelektrana koje je definirao prefekt. Za vjetroparkove koji imaju više od pet stupova i čija visina prelazi 50 metara, zakon nameće obvezu udaljenosti od 500 metara u odnosu na stambena područja ili u odnosu na područja namijenjena stanovanju sukladno dokumentima o urbanističkom planiranju (čl. L 513 – 1 Zakonika o zaštiti okoliša), a studija utjecaja na okoliš mora uzeti u obzir propise o buci i zvučnom onečišćenju.³⁸ Prije izgradnje vjetroparkova koji prelaze 50 metara visine potrebno je provesti javnu raspravu koja omogućuje stanovništvu pregledavanje dokumenata, traženje objašnjenja i izricanje mišljenja. Studija utjecaja na okoliš potrebna je također za postrojenja za proizvodnju električne energije koja su smještena na moru (hidroelektrane).

3.3. Važnost nadzora

Nadležno javnopravno tijelo pristupa posebnom ispitivanju svakog projekta. Upravni sudac zatim u slučaju spora provodi nadzor nad odlukama uprave i provjerava usklađenost sa zakonom svakog spornog projekta. Građani, također, sudjeluju u javnoj raspravi i tada javno mnijenje sudjeluje u pojašnjavanju i uvjeravanju.

Iako upravni sudac najčešće odlučuje na temelju dokumenata, on također može koristiti druge načine provjere kao što je obilazak objekta.³⁹

Ako se radi o solarnom postrojenju, uočili smo da ta postrojenja ne trebaju ugrožavati poljoprivredna i šumska okruženja. Izvješće o predstavljanju Lokalnog plana urbanističkog planiranja mora sadržavati detaljnu analizu po tom pitanju (čl. L 123 - 1 - 2). U slučaju izmjene ili revidiranja plana, kako bi se omogućila izgradnja elektrane ili fotonaponskog parka na tlu, sud zahtijeva poštovanje pravila o „kontinuitetu urbanizacije“ određeno člankom L 145 - 3 – III Zakonika o urbanističkom planiranju i kažnjava njegova kršenja.⁴⁰ Sud također osigurava da posljedice za zaštićene šumske

38 Udaljenost između vjetroturbina mora biti oko 400 metara i površina zauzimanja svih građevina na čestici oko 8.000 četvornih metara. Vjetropark s 10 vjetroturbina pokriva oko 10 hektara. Procijenjeni vijek trajanja vjetroparka procjenjuje se na 20 godina i propisi navode (čl. L 553-3 Zakonika o zaštiti okoliša) da je operator vjetroturbina odgovoran za demontažu i vraćanje u prvobitno stanje mjesta na kojem je vjetroturbina bila.

39 Državni savjet, 1. prosinca 1978., *Drouet* ; 9. veljače 1989., *Udruga za očuvanje dune Thoulas. Association de sauvegarde de la dune de Thoulas.*

40 Upravni sud iz Toulona, 22. prosinca 2011., *Udruga „Agir en association“*; Upravni sud iz Toulona, 1. prosinca 2011., *Association de la Défense de l'environnement et du patrimoine*

prostore ili povijesno-kulturna mjesta ne budu prevelike.⁴¹

Sudska praksa najčešće se odnosi na vjetropostrojenja, posebno po pitanju zakonitosti građevinskih dozvola, u odnosu na pravila koja se odnose na javnu sigurnost (čl. R 111 – 2 Zakonika o urbanističkom planiranju) i u slučaju oštećenja na zaštićenim mjestima.⁴²

Sud prilagođava svoj nadzor, a on može biti detaljniji ili manje detaljan ovisno o slučajevima, a također će vršiti ograničen ili minimalan nadzor odluka o dodjeli građevinske dozvole⁴³ i redovan (odnosno maksimalan) nadzor nad odlukama o odbijanju.⁴⁴ Sud koji sudi o meritumu u prvom stupnju ili Prizivni upravni sud, suvereno ocjenjuju (osim ako se radi o iskrivljenju činjenica na koje se može žaliti Kasacijskom sudu), ako se radi o projektu koji može i ne mora ugroziti interes susjednih mjesta. Na taj način sud može razmatrati primjenu već spomenutog članka R 111 – 21, iako ta mjesta nisu obuhvaćena posebnom zaštitom. Tada sud sam ocjenjuje interes mjesta, kako bi provjerio je li mu potrebna zaštita.⁴⁵ Sud može prihvatiti postojanje posebne zaštite, primjerice za povijesne spomenike, kako bi utvrdio elemente koji zaslužuju zaštitu.⁴⁶ Može uzeti u obzir i karakteristike mjesta, odgovarajuće dimenzije dopuštenog objekta i susjednih objekata.⁴⁷

Kao primjer ilustracije, sud smatra da je građevinska dozvola odobrena u skladu sa zakonom i u skladu s člankom R 111 Zakonika o urbanističkom planiranju: kada mijenjanje izgleda mjesta nije nerazmjerno interesu koje ostvaruje regionalna ušteda zbog koncentracije vjetroturbina (Prizivni upravni sud iz Marseillea, 10. veljače 2011., *Tvrta Compagnie du vent*); za četiri vjetroturbine i mjesto za isporuku električne energije, jer se postrojenje nalazi na velikoj poljoprivrednoj površini i ne predstavlja posebni karakter, a najbliži stambeni objekti nalaze se na više od 700 metara udaljenosti (Prizivni upravni sud iz Nancyja, 26. studenog 2009., *Devaux i ostali protiv Prefekta iz Marne*); za projekt s pet vjetroturbina koje ne ugrožavaju narav ili interes mjesta, budući da se radi o otvorenom seoskom krajobrazu, koje nema značajnih kulturno-povijesnih mjesta, povijesni spomenici nalaze se na više od 10 km udaljenosti i još su skriveni zbog izgrađenosti i vegetacije (Prizivni upravni sud iz Nantesa, 1. srpnja 2001., *Association tempête de Beauce*); za projekt koji obuhvaća dva programa od dvije i četiri vjetroturbine na jednom mjestu koji ne narušavaju

forestier.

41 Upravni sud iz Toulona, 2. srpnja 2010., *Prefekt iz departmana Var*.

42 Članak R 111-21 Zakonika o urbanističkom planiranju kaže da „Projekt može biti odbijen ili ga se može prihvatiti samo ako je u skladu s posebnim propisima, i to ako se radi o objektu koji po visini, izgradnji, dimenzijama, vanjskom izgledu zgrade ili objekta koji se gradi ili mijenja, ugrožava karakter ili interes susjednih mjesta, ako se ugrožavaju mjesta, prirodni ili gradski krajobraz, ili ako se šteti očuvanju izgleda spomenika». Na ovu odredbu javnog reda i sredstvo iz ovoga članka sudac se može pozvati u svakoj fazi postupka, a čak se na tu odredbu mora pozvati po službenoj dužnosti.

43 Državni savjet, 4. listopada 1974., *Ministre de l'Équipement c/Consorts Metras*; 19. lipnja 2002., *Commune de Beausoleil*.

44 Državni savjet, 6. srpnja 1979., *Ministar ekologije protiv Derentsky*.

45 Državni savjet, 21. ožujka 2001., *Courrège*.

46 Državni savjet, 28. studenog 1986., *Brignolas*.

47 Državni savjet, 18. listopada 2000., *Supružnici Nougrou*.

krajobraz, nisu nerazmjerni zaštiti drugih javnih interesa i s obzirom na postignutu uštedu na korištenom području (Prizivni upravni sud iz Marseillea, 16. lipnja 2011., *Roy*); za 12 vjetroturbine od 98 metara visine, vidljive sa zaštićenog spomenika i djelomično vidljive iz različitih sela, ali izgled krajobraza nije narušen (Prizivni upravni sud iz Lyona, 3. veljače 2004., *Ministar infrastrukture protiv Tvrtke Eole*).

Međutim, sud smatra da je građevinska dozvola odbijena sukladno zakonu prema primjeni članka R 111- 21 Zakonika o urbanističkom planiranju: za dvije vjetroturbine od 91 metra visine, u blizini planinskog vrha i na 500 metara udaljenosti od važnog mjesta EU-a, u regionalnom parku prirode, u području koje je navedeno kao izuzetan krajobraz, koje ugrožavaju prirodne krajobraze zbog lokacije i dimenzija (Prizivni upravni sud iz Nancyja, 30. listopada 2008., *Ministar ekologije protiv općine La Bresse*); za vjetroturbine od 123,5 metra, smještene u najzaštićenijem dijelu regionalnog parka prirode (Prizivni upravni sud iz Bordeauxa, 22. siječnja 2009., *Ministar ekologije*); za pet vjetroturbina od 99,7 metara koje su vidljive usporedo s 4 dvorca koji su proglašeni povijesnim spomenicima (Prizivni upravni sud iz Marseillea, 28. lipnja 2007., *Société d'exploitation Energie Sud*; Prizivni upravni sud iz Nantesa, 24. prosinca 2010., *Association Vents de folie*); za projekt od šest vjetroturbina gdje su dvije u potpunosti odvojene od preostale četiri, što utječe na povezanost vjetroparka i izvanredan izgled krajobraza, a i također zbog visine (Prizivni upravni sud Douai, 23. prosinca 2011., *Društvo Innovent*); za šest vjetroturbina od 145 metara koji tvore krivulju u dužini od 2,2 km na nadmorskoj visini od 420 metara, između dva sela, na umjereno povoljnom mjestu i na udaljenosti od 2,5 do 7,6 km od ambematskog planinskog mjesta, u području od 10 km koje obuhvaća 18 povijesnih spomenika, a na dva do tri km udaljenosti od izuzetnog krajobraza (Prizivni upravni sud iz Nancyja, 9. lipnja 2011., *Aquilon Energies SAS*); za 17 vjetroturbina u planinskom području zbog postupka koji narušava izgled mjesta i transformira njegove bitne karakteristike (Prizivni upravni sud iz Marseillea, 21. listopada 2010., tvrtka *EDF /Francuska elektroprivreda/ Energies Nouvelles-France*).

Upravni sud također smatra da postoji stvarna sumnja u zakonitost građevinske dozvole opravdavajući suspenziju donošene odluke kada studija utjecaja na okoliš koja se odnosi na projekt vjetroparka nije bila dostupna javnosti prije izdavanja dozvole.⁴⁸ Studija utjecaja na okoliš koja također ne sadržava procjenu buke iz obližnjeg stambenog objekta udaljenog 150 m nije odgovarajuća u smislu članka L 553 -2 Zakonika o zaštiti okoliša, što pridonosi nezakonitosti građevinske dozvole za vjetroturbinu.⁴⁹ Također je dosuđeno da povećanje od 15 % početne visine vjetroturbine⁵⁰ nema za posljedicu izmjenu utjecaja na krajobraz i da za tu izmjenu nije potrebno ishoditi novu građevinsku dozvolu i da je izmijenjena dozvola dovoljna, ako ostale karakteristike postrojenja ostanu iste.

48 Državni savjet, 7. srpnja 2001., *Ministar za infrastrukturu, promet, prostorno planiranje, turizam i more protiv Udruge za zaštitu krajobraza na jugu departmana Drôme*.

49 Državni savjet, 30. prosinca 2010. g. *Humblot i Udruga Pare-brise*.

50 Stup visine između 56 i 66 metara, bez promjene promjera rotora i snage: Prizivni upravni sud iz Nantesa, 16. studenog 2012., *Tvrtka Innovent*.

4. RAZVOJ OBNOVLJIVIH IZVORA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Hrvatska, kao i sve zemlje potpisnice Kyotskog protokola želi smanjiti emisije ugljičnog dioksida.⁵¹ Ona se istovremeno treba pripremiti za razdoblje nakon nafte i osloboditi se isključivo nuklearne energije. Trenutno se opskrba električnom energijom oslanja na nuklearnu proizvodnju, a kada to nije dostatno, nadopunjava se hidro i termoelektranama. Zamjenom ovih elektrana elektranama koje bi funkcionirale zahvaljujući energiji iz obnovljivih izvora, izbjeglo bi se korištenje fosilnih goriva. Obnovljivi izvori energije imaju brojne prednosti pred konvencionalnim izvorima.

Tako, primjerice, solarna energija je obnovljiva, ne onečišćuje, ekonomična je, lako dostupna, moguće ju je transformirati i modulariti, koristiti izravno za tekuće potrebe u gradu i na selu, pa čak i preprodati elektrodistributeru. Solarne instalacije nisu glomazne i lako ih je ugraditi na zgrade. Proizvedene jedinice mogu biti masovne,⁵² a mogu izgledati kao veliki krovovi smješteni između postrojenja za masivnu proizvodnju i individualnog sustava koji opslužuje pojedince. Fotonaponske ćelije postavljene na 20 do 30 četvornih metara mogu trajati 20 do 30 godina i izravno pretvaraju solarnu energiju u električnu energiju. Njihovo uklapanje u arhitekturu značajno je poboljšano.

Energija vjetra proizvedena u velikim razmjerima ili za pojedinačne potrebe ne podliježe nekontroliranim fluktacijama cijena, ne predstavlja sigurnosni problem, dostupna je lokalno bliže mjestima potrošnje i prilagođena lokalnim potrebama, omogućuje smanjenje gubitka energije tijekom transporta u električnim vodovima, ne proizvodi onečišćivače i CO₂ te nije izložena riziku nestanka resursa. Energija vjetra smatra se obnovljivim izvorom energije koji ima najveći razvojni potencijal u kratkom roku, jer Hrvatska posjeduje dobro „nalazište vjetra“ u Europi.

U Hrvatskoj, proizvodnja električne energije iz vjetroelektrana je u porastu. Hrvatska godišnje proizvodi 10.500 do 14.500 GWh električne energije što je, ovisno o godini dostatna za pokrivanje 58 do 75 % potreba za električnom energijom cijele države. Najveći udio u proizvodnji imaju termoelektrane i toplane, a nakon njih hidroelektrana pri čemu se u ekstremno dobrim hidrološkim godinama zna dogoditi da se više električne energije proizvede iz hidroelektrana. Ostatak potrošnje se pokriva uvozom električne energije pri čemu se u bilancu vlastite proizvodnje mora uzeti u obzir proizvodnja iz nuklearne elektrane Krško koja godišnje Hrvatskoj isporučuje oko 2.500 GWh električne energije. Time se dolazi do brojki od 70 do 90 % električne energije proizvedene iz vlastitih izvora električne energije (uključujući Krško), što je još uvijek premala brojka s obzirom na to da Hrvatska ima potencijale da bude neto izvoznik električne energije. Dodatno se zbog starosti većini termoelektrana

51 Republika Hrvatska je Kyotski protokol ratificirala 27. travnja 2007. godine. Republika Bila je obvezna smanjiti emisije stakleničkih plinova za 5 % u prvom obvezujućem razdoblju (2008-2012). Sukladno Ugovoru o pristupanju Europskoj uniji, Hrvatskoj je utvrđeno za izvore koji nisu obuhvaćeni sustavom trgovanja emisijskim jedinicama utvrđena kvota emisije stakleničkih plinova +11 % do 2020 u odnosu na 2005., a sukladno pravilima propisanim Odlukom 406/2009/EK.

52 U obliku „parka“, „farme“, „elektrane“ i izgledaju kao svrstani u red ili solarne ploče u slojevima, postavljeni na tlo na površini od više hektara.

postrojenja bliži i trenutak dekomisije ili ista zbog male učinkovitosti ne proizvode energiju po konkurentnim tržišnim uvjetima.

Konačno, industrija vjetra stvara radna mjesta jer je krajem 2007. godine zapošljavala oko 150.000 osoba u Europi. Procjene za 2015. dosegle su 18.000 izravnih radnih mjesta (odnosno ukupnu brojku od 22.000 s neizravnim radnim mjestima). Važno je spomenuti da europski proizvođači kontroliraju više od 80 % tržišta vjetroturbina (naročito Danska, Njemačka i Španjolska). Osim toga, lokalne zajednice u tome pronalaze izvor prihoda i privatni vlasnici te u Europskoj uniji, mogu očekivati da će zaraditi 2.000 do 3.000 eura godišnje po vjetroturbini postavljenoj na njihovom zemljištu.

4.1. Pravni okvir uređenja energetske djelatnosti

U ostvarivanju vizije održive opskrbe energijom osnovna uloga države je donošenje, provedba i nadzor energetske politike, te unaprijeđivanje institucionalnog i zakonskog okvira i osiguranje njegove provedbe.

Interesi Republike Hrvatske u području energetike ostvaruju se korištenjem obnovljivih izvora energije i kogeneracije te su kao takvi utvrđeni Strategijom, zakonima i drugim propisima kojima se uređuje obavljanje energetske djelatnosti.

Republika Hrvatska započela je reformu energetske djelatnosti 2001. godine kada je donesen Zakon o energiji.⁵³ Ovaj Zakon doživio je veći broj izmjena i dopuna,⁵⁴ te je 2012. godine donesen i novi Zakon o energiji⁵⁵ koji je, opet, izmijenjen 2014. godine. Izmjene i dopune u energetske zakonodavstvu postale su nužne zbog ulaska Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije i potrebe prilagodbe europskom energetske zakonodavstvu. Tako se spomenutim Zakonom, izmjenama i dopunama u zakonodavstvo Republike Hrvatske prenosi pravna stečevina Europske unije iz područja energetike, a posebice Direktiva 2009/72/EZ Europske parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. godine o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije kojom se ukida Direktiva 2003/54/EZ (SL. L 211, 14. 8. 2009.) i Direktiva 2009/73/EZ Europske parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. godine o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište prirodnog plina kojom se ukida Direktiva 2003/55/EZ (SL. L 211, 14. 8. 2009.). Tako se cilj korištenja obnovljivih izvora energije za 2020. godinu Republike Hrvatske usvaja u skladu s izračunom sukladno Direktivi 2009/28/EZ i dokumentu za Energetsko-klimatski paket. Europska unija je Direktivom 2013/18/EZ nadopunila Direktivu 2009/28/EZ o poticanju korištenja obnovljivih izvora, radi definiranja ciljeva za Republiku Hrvatsku. Usvojen je udio obnovljivih izvora energije u bruto neposrednoj potrošnji energije 2005. 12,6 %, a 2020. 20 %.⁵⁶

53 Narodne novine, br. 68/2001.

54 Narodne novine, br. 117/04, 76/07, 152/08 i 127/10.

55 Narodne novine, br. 120/12.

56 Nadalje, Zakon o energiji uređuju mjere za sigurnu i pouzdanu opskrbu energijom i njezinu učinkovitu proizvodnju i korištenje, akte kojima se utvrđuje i na temelju kojih se provodi energetska politika i planiranje energetske djelatnosti, obavljanje energetske djelatnosti, na tržištu ili kao javnih usluga te osnovna pitanja obavljanja energetske djelatnosti. Također

Potrebno je naglasiti da je Republika Hrvatska i prije nego što je postala punopravna članica Europske unije, izradila Program korištenja obnovljivih izvora energije te Akcijski plan za obnovljive izvore energije, koji je bio jedno od mjerila za zatvaranje Poglavlja 15 Energetika predpristupnih pregovora, kao i za utvrđivanje dugoročnije perspektive razvoja infratrakture obnovljivih izvora energije u Republici Hrvatskoj.

Daljnji zakonodavni okvir uređenja odnosa u energetici, kogeneraciji i korištenju obnovljivih izvora energije čine sljedeći zakonski propisi: Zakon o regulaciji energetskih djelatnosti,⁵⁷ Zakon o tržištu električne energije,⁵⁸ Zakon o tržištu plina,⁵⁹

se ovim Zakonom uređuju pitanja i odnosi koji su od zajedničkog interesa za sve energetske djelatnosti ili koji su vezani za više oblika energije. Pitanja vezana za područje plina, električne energije, nafte i naftnih derivata, toplinske energije, obnovljivih izvora energije i energetske učinkovitosti uređuju se posebnim zakonima.

- 57 Narodne novine, br. 120/12. Ovim se Zakonom uređuje uspostava i provođenje sustava regulacije energetskih djelatnosti, postupak osnivanja tijela za regulaciju energetskih djelatnosti te druga značajna pitanja za regulaciju energetskih djelatnosti. Istim se u zakonodavstvo Republike Hrvatske prenosi pravna stečevina Europske unije iz područja regulacije energetskih djelatnosti, a posebice: Direktiva 2009/72/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije (SL L 211, 14. 8. 2009.), Direktiva 2009/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište prirodnog plina (SL L 211, 14. 8. 2009.). Regulacija energetskih djelatnosti uspostavlja se radi provođenja sustava reguliranog djelovanja energetskih subjekata u obavljanju energetskih djelatnosti, posebice onih energetskih djelatnosti koje se obavljaju kao javne usluge i u javnom interesu s jedne strane te radi uspostave i uređenja tržišta energije s druge, a sve sukladno odredbama zakona kojim se uređuje energetski sektor i drugim zakonima kojima se uređuju pojedina tržišta energije.

- 58 Narodne novine, br. 22/13. Spomenutim se Zakonom uređuju pravila i mjere za sigurnu i pouzdanu proizvodnju, prijenos, distribuciju i opskrbu električnom energijom te za trgovinu električnom energijom i organiziranje tržišta električne energije kao dijela elektroenergetskog tržišta Europske unije. Nadalje utvrđuju se pravila koja se odnose na zaštitu krajnjih kupaca, organiziranje i djelovanje elektroenergetskog sektora, otvoren pristup tržištu, utvrđivanje obveza općih usluga i prava kupaca električne energije, a koja uključuju prava krajnjih kupaca, odvojeno vođenje poslovnih knjiga, financijskih izvješća, pravila pristupa mreži, načela uzajamnosti i prekogranični prijenos električne energije. Također se u zakonodavstvo Republike Hrvatske prenosi pravna stečevina Europske unije iz područja energetike, a posebice Direktiva 2009/72/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije i opozivu Direktive 2003/54/EZ (SL L 211/55, 14. 8. 2009.), Direktiva 2009/28/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o promicanju uporabe energije iz obnovljivih izvora energije i dopuni te naknadnom ukidanju Direktive 2001/77/EZ i Direktive 2003/30/EZ (SL L 140/16, 5. 6. 2009.) i Direktiva 2005/89/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 18. siječnja 2006. o mjerama zaštite sigurnosti opskrbe električnom energijom i investicija u infrastrukturu.

- 59 Narodne novine, br. 28/13 i 14/14. Ovim se Zakonom uređuju pravila i mjere za sigurnu i pouzdanu proizvodnju, transport, skladištenje, upravljanje terminalom za ukapljeni prirodni plin, distribuciju i opskrbu plinom te za organiziranje tržišta plina kao dijela plinskog tržišta Europske unije. Nadalje utvrđuju se pravila koja se odnose na zaštitu kupaca, organiziranje i funkcioniranje plinskog sektora, koncesija za distribuciju plina i koncesija za izgradnju distribucijskog sustava, pravo pristupa treće strane, model bilančnih skupina, otvoren pristup tržištu, utvrđivanje obveza općih usluga i prava kupaca plina, a koja uključuju prava krajnjih kupaca, odvojeno vođenje poslovnih knjiga, financijskih izvješća, pravila pristupa plinskom

Zakon o tržištu toplinske energije⁶⁰ i Uredba o dopuni Zakona o tržištu toplinske energije,⁶¹ Zakon o tržištu nafte i naftnih derivata,⁶² Zakon o učinkovitom korištenju energije u neposrednoj potrošnji⁶³ i Uredba o izmjenama Zakona o učinkovitom korištenju energije u neposrednoj potrošnji,⁶⁴ te Zakon o biogorivima za prijevoz.⁶⁵

sustavu, načela uzajamnosti i prekogranični transport plina. Isto tako se u zakonodavstvo Republike Hrvatske prenosi Direktiva 2009/73/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište prirodnog plina i stavljanje izvan snage Direktive 2003/55/EZ (tekst zanačajan za EGP) (SL L 211, 14.8.2009.).

60 Narodne novine, br. 80/13 i 14/14. Ovim se Zakonom uređuju mjere za sigurnu i pouzdanu opskrbu toplinskom energijom, toplinski sustavi za korištenje toplinske energije za grijanje i hlađenje, uvjeti dobivanja koncesije za distribuciju toplinske energije, odnosno koncesije za izgradnju distributivne mreže, pravila i mjere za sigurnu i pouzdanu djelatnost proizvodnje, distribucije i opskrbe toplinskom energijom u toplinskim sustavima i mjere za postizanje energetske učinkovitosti u toplinskim sustavima. Ujedno se u pravni poredak Republike Hrvatske prenose sljedeće direktive: Direktiva 2009/28/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o promicanju uporabe energije iz obnovljivih izvora energije i dopuni te naknadnom ukidanju Direktive 2001/77/EZ i Direktive 2003/30/EZ (SL L 140, 5. 6. 2009.), Direktiva 2010/31/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 2010. o energetskim svojstvima zgrada (preinaka) (SL L 153, 18. 6. 2010.) i Direktiva 2012/27/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2012. o energetske učinkovitosti kojom se dopunjuju direktive 2009/125/EZ i 2010/30/EU i ukidaju direktive 2004/8/EZ i 2006/32/EZ (SL L 315, 14. 11. 2012.).

61 Narodne novine, br. 102/14.

62 Narodne novine, br. 19/14. Ovim se Zakonom uređuju pravila i mjere za sigurnu i pouzdanu proizvodnju naftnih derivata, transport nafte i naftnih derivata, trgovinu na veliko i malo naftnim derivatima, skladištenje nafte i naftnih derivata, trgovinu na veliko i malo ukapljenim naftnim plinom, pravo pristupa treće strane, otvoren pristup tržištu, plan intervencije u slučaju izvanrednog poremećaja opskrbe tržišta nafte i naftnih derivata te operativne i obvezne zalihe nafte, odnosno naftnih derivata. Uređuje se i uspostava i provođenje mjera za sigurnu i pouzdanu opskrbu naftom i naftnim derivatima. U zakonodavstvo Republike Hrvatske prenosi se Direktiva 2009/119/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 14. rujna 2009. kojom se države članice obvezuju održavati minimalne zalihe sirove nafte i/ili naftnih derivata (SL L 265/9 od 9. 10. 2009.).

63 Narodne novine, br. 152/08, 55/12, 101/13 i 14/14. Ovim se Zakonom uređuje područje učinkovitog korištenja energije u neposrednoj potrošnji, donošenje programa i planova za poboljšanje energetske učinkovitosti te njihovo provođenje, mjere energetske učinkovitosti, a posebno djelatnost energetskih usluga, energetskih pregleda građevina i energetske certificiranje zgrada, obveze javnog sektora, energetskog subjekta i velikog potrošača te prava potrošača u primjeni mjera energetske učinkovitosti. Spomenuti Zakon ne odnosi se na energetske učinkovitost u postrojenjima za proizvodnju i transformaciju energije, prijenos i distribuciju energije te na uvjete za obavljanje energetskog pregleda radi izdavanja energetskog certifikata zgrade, niti na energetske preglede kotla za grijanje i sustava za klimatizaciju u zgradi na koje se odnose posebni propisi u području gradnje. Prenosi se pravna stečevina Europske unije iz područja energetske učinkovitosti, a posebice Direktiva 2006/32/EZ o energetske učinkovitosti i energetskim uslugama, Direktiva 2009/125/EZ o uspostavi okvira za postavljanje zahtjeva za ekološki dizajn proizvoda povezanih s energijom te Direktiva 2010/31/EU o energetskim svojstvima zgrada u dijelu koji se odnosi na energetske certificiranje zgrada i redovite preglede sustava grijanja i klimatizacije u zgradama.

64 Narodne novine, br. 101/13.

65 Narodne novine, br. 65/09, 145/10, 26/11, 144/12 i 14/14. Svrha je ovoga Zakona ostvarivanje ciljeva održivog razvoja u oblasti prijevoza: smanjenje negativnih utjecaja na okoliš,

Unutar hrvatskoga pravnog sustava značajna pitanja, kojima se uređuju pitanja vezana uz obnovljive izvore energije, uređena su i međunarodnim ugovorima, i to: Zakonom o potvrđivanju Ugovora o Energetskoj povelji,⁶⁶ Uredbom o potvrđivanju Protokola Energetske povelje o energetskoj učinkovitosti i pripadajućim problemima okoliša,⁶⁷ Zakonom o potvrđivanju izmjena i dopuna trgovinskih odredbi ugovora o energetskoj povelji⁶⁸ i Zakonom o potvrđivanju Ugovora o Energetskoj zajednici.⁶⁹

Isto tako nastojeći poboljšati stanje okoliša u odnosu na električnu energiju, vezano, među ostalim, i na obnovljive izvore energije – Republika Hrvatska je 25. listopada 2005. godine potpisala s Europskom zajednicom Ugovor o energetskoj zajednici⁷⁰ koji ima za cilj stvoriti stabilan regulatorni i tržišni okvir korištenja obnovljivih izvora energije.

Vlada Republike Hrvatske svjesna je činjenice da politiku energetske učinkovitosti treba ponajprije implementirati u javnom sektoru. Tako je 2009. godine donijela Strategiju energetskog razvoja Republike Hrvatske⁷¹ kao osnovni akt kojim se utvrđuje energetska politika i planira energetski razvitak, čime je postavljen nacionalni cilj da se udio proizvodnje električne energije iz obnovljivih izvora energije, u ukupnoj potrošnji električne energije do 2020. godine, održava na razini od 35 %.⁷²

poboljšanje sigurnosti opskrbe gorivom na ekološki prihvatljiv način, zadovoljavanje potreba potrošača za gorivom i ispunjavanje međunarodnih obveza Republike Hrvatske u području smanjenja emisija stakleničkih plinova, i to poticanjem proizvodnje i korištenja biogoriva i drugih obnovljivih goriva u prijevozu kao zamjenu za dizelsko gorivo ili motorni benzin.

66 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 15/97.

67 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 7/98.

68 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/03.

69 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/06.

70 Ugovor o Energetskoj zajednici, koji je stupio na snagu 1. srpnja 2006. godine. Više vidjeti Zakon o potvrđivanju ugovora o energetskoj zajednici (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/06).

71 Strategija energetskog razvoja Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 130/09). Cilj je Strategije izgradnja sustava uravnoteženog razvoja odnosa između sigurnosti opskrbe energijom, konkurentnosti i očuvanja okoliša, koji će hrvatskim građanima i hrvatskom gospodarstvu omogućiti kvalitetnu, sigurnu, dostupnu i dostatnu opskrbu energijom. Na temelju Strategije energetskog razvoja Republike Hrvatske, Vlada RH trebala je donijeti Program provedbe Strategije energetskog razvoja kojim bi se utvrdile mjere, nositelji aktivnosti i dinamika ostvarivanja energetske politike i provođenja nacionalnih energetskih programa, način ostvarivanja suradnje s tijelima lokalne i područne (regionalne) samouprave na području planiranja razvoja energetskog sektora i suradnje s energetskim subjektima te s međunarodnim organizacijama (čl. 6., st. 1. Zakona o energiji). Do danas taj program nije donesen.

72 Vidjeti zaključak Strategije. Ipak, prema čl. 4. Uredbe o izmjenama i dopunama Uredbe o minimalnom udjelu električne energije proizvedene iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije čija se proizvodnja potiče iz 2011. godine (Narodne novine, br. 8/11), donesene dvije godine nakon donošenja Strategije, propisan je plan da minimalni udio električne energije proizvedene iz postrojenja koja koriste obnovljive izvore energije u ukupnoj neposrednoj potrošnji električne energije, do 21. prosinca 2020. godine iznosi 13,6 % što je skoro tri puta manje od rješenja propisanih Strategijom energetskog razvoja Republike Hrvatske. Uredba o minimalnom udjelu električne energije proizvedene iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije čija se proizvodnja potiče iz 2007. godine (Narodne novine, br. 33/07) propisivala je da minimalni udio električne energije proizvedene iz postrojenja koja koriste obnovljive izvore energije čija se proizvodnja

No, potencijal obnovljivih izvora energije mnogo je veći. Naime, on može doseći 45 % do 2030. godine, te može postati dominantan izvor za proizvodnju električne energije do 2050. godine.

Nadalje, važno je spomenuti, da je Ministarstvo gospodarstva u skladu sa Strategijom energetskog razvoja i Programom provedbe Strategije energetskog razvoja donijelo u ožujku 2013. godine Nacionalni akcijski plan za obnovljive izvore energije do 2020. godine.⁷³

4.2. Zakonodavna prilagodba obnovljivim izvorima energije u području graditeljstva i prostornog planiranja

Energetsko zakonodavstvo prodire u različite segmente upravnog postupanja. Upravni postupci su uvijek delikatni, u mjeri u kojoj ispunjavaju neophodnu zadaću u informiranju i dijalogu. Tako održivi razvoj, uključujući uštedu energije i proizvodnju energije iz obnovljivih izvora, prodire u različite instrumente planiranja u području urbanizma, zaštite baštine i okoliša, itd. Primjerice, građevinske dozvole ne mogu biti odbijene u slučaju korištenja zelenih materijala ili građevinskih postupaka kojima se izbjegava emitiranje CO₂ ili u slučaju proizvodnje energije iz obnovljivih izvora za potrebe stanara u stanovima. Republika Hrvatska se nalazi na energetskim putovima i zemlja je s lokacijama pogodnim za izgradnju energetskih objekata. Koristeći se tim prednostima Republika Hrvatska treba razvijati pogodnu investicijsku klimu za ulaganje u energetiku, tako doprinoseći gospodarskom rastu i povećanju sigurnosti opskrbe energijom. Usuglašavanje Strategije energetskog razvoja i Strategije prostornog uređenja Republike Hrvatske i prostornih planova od posebnog je značenja. Energetski subjekti i kupci energije dužni su tijekom građenja, obavljanja energetske djelatnosti i korištenja energije ispunjavati propisane zahtjeve i uvjete za sigurnost i kvalitetu opskrbe i korištenja energije. Građevine izgrađene bez građevinske dozvole ili drugog odgovarajućeg akta kojim se može graditi građevina ne smije se priključiti na mrežu, kao i građevine za koje je u tijeku postupak građevinske inspekcije koji se odnosi na obustavu građenja ili uklanjanja građevina prema zakonu.⁷⁴ Isto tako građevine za proizvodnju plina, transport, skladištenje, terminal za ukapljeni prirodni plin i distribuciju plina grade se i koriste u skladu s propisima o prostornom uređenju i gradnji, propisima kojima se uređuje energetski sektor, propisima kojima se uređuje zaštita okoliša te posebnim tehničkim i sigurnosnim propisima.⁷⁵

Nadalje, zakonodavni okvir u području graditeljstva i prostornog uređenja čine:

potiče, do 31. prosinca 2010. godine iznosi 5,8 %. Gospodarska i financijska kriza usporila je razvoj započetih projekata obnovljivih izvora energije u Republici Hrvatskoj pa zadani cilj od 5,8 % do kraja 2010. godine nije ostvaren već je rok produžen do kraja 2012. godine (detaljnije vidjeti Izvješće o ispunjavanju obveza iz poglavlja 15. Energetika, Vlada RH, Zagreb, srpanj 2009., str. 13.).

73 Vidi Nacionalni akcijski plan za obnovljive izvore energije do 2020. godine.

74 Vidi Zakon o energiji članak 41. i 42.

75 Vidi Zakon o tržištu plina, članak 9.

Zakon o gradnji⁷⁶ i Zakon o prostornom uređenju.⁷⁷ Zakonom o gradnji u pravni se poredak Republike Hrvatske prenosi Direktiva 2010/31/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 2010. o energetske učinkovitosti zgrada (preinaka) (SL L 153, 18.6.2010.). Istim Zakonom svaka zgrada, ovisno o vrsti i namjeni, mora biti projektirana, izgrađena i održavana tako da tijekom uporabe ispunjava propisane zahtjeve energetske učinkovitosti, ako tehničkim propisom donesenim na temelju ovoga Zakona nije propisano drukčije. Isto tako, svaka zgrada, ovisno o vrsti i namjeni, mora biti projektirana i izgrađena tako da je moguće bez značajnih troškova osigurati individualno mjerenje potrošnje energije, energenata i vode s mogućnošću daljinskog očitavanja za pojedine posebne dijelove zgrade. Zahtjeve energetske učinkovitosti pojedinih vrsta zgrada, koji uključuju minimalne zahtjeve za energetska svojstva zgrade i njezinih posebnih dijelova, način izračuna energetske svojstva zgrade, minimalni obvezni udio obnovljivih izvora u ukupnoj potrošnji energije zgrade, kriterije za zgrade gotovo nulte energije, sadržaj elaborata alternativnih sustava opskrbe energijom te druge zahtjeve vezane uz energetske učinkovitost zgrade, kao i dostavu izvješća Europskoj komisiji vezano za pretpostavke, izračune i rezultate troškovno optimalnih analiza propisuje tehničkim propisom ministar. Investitor, odnosno vlasnik zgrade za koju se izdaje energetska certifikat dužan je prije izdavanja uporabne dozvole pribaviti energetska certifikat.⁷⁸ Jednako tako zbog potrebe načina ugovaranja energetske usluge i sadržaja ugovora o energetske usluzi kojim se uređuju prava i obveze pružatelja i naručitelja energetske usluge kao ugovornih strana, te način praćenja provedbe energetske usluge donosi se Uredba o ugovaranju i provedbi energetske usluge u javnom sektoru.⁷⁹ Ova Uredba sadrži odredbe koje su u skladu sa sljedećim aktima Europske unije: Direktiva 2010/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 2010. godine o energetske svojstvu zgrada (izmijenjena)

76 Narodne novine, br. 153/13. Spomenutim se Zakonom uređuje projektiranje, građenje, uporaba i održavanje građevina te provedba upravnih i drugih postupaka s tim u vezi radi osiguranja zaštite i uređenja prostora u skladu s propisima koji uređuju prostorno uređenje te osiguranja temeljnih zahtjeva za građevinu i drugih uvjeta propisanih za građevine ovim Zakonom i propisima donesenim na temelju ovoga Zakona i posebnim propisima.

77 Narodne novine, br. 153/13.

78 Energetska certifikat zgrade, odnosno njezina posebnog dijela (u daljnjem tekstu: energetska certifikat) izdaje se za zgradu, odnosno njezin poseban dio za koji je potrebno koristiti energiju za održavanje unutarnje projektne temperature u skladu s njezinom namjenom, osim za zgradu koja ima rok uporabe dvije godine i manje, za zgradu namijenjenu održavanju vjerskih obreda, za zgradu ukupne korisne površine manje od 50 m² te industrijske zgrade, radionice i nestambene poljoprivredne zgrade s malim energetske potrebama. Način i uvjete provedbe energetske pregleda zgrade i redovitih pregleda sustava grijanja i sustava hlađenja ili klimatizacije u zgradi, sadržaj izvješća o tim pregledima, način energetske certificiranja, sadržaj i izgled energetske certifikata, zgrade s malim energetske potrebama, način i uvjete provedbe neovisne kontrole energetske certifikata i izvješća o redovitom pregledu sustava grijanja i sustava hlađenja ili klimatizacije u zgradi, sadržaj i način provedbe programa stručnog osposobljavanja prema Modulu 1 i Modulu 2, provjere znanja stručne osposobljenosti i obveznog usavršavanja ovlaštenih osoba, sadržaj registra te druga pitanja vezana uz provedbu energetske pregleda, energetske certificiranja zgrada i neovisne kontrole izvješća o energetske pregledu i energetske certifikata propisuje ministar pravilnikom.

79 Narodne novine, br. 69/12.

(SL L 153, 18. 6. 2010), Direktiva 2006/32/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2006. godine o učinkovitosti korištenja krajnje energije i energetskih usluga, te o ukidanju Direktive Vijeća 93/76/EEZ (tekst značajan za Europski gospodarski prostor) (SL L 114, 27. 4. 2006). Odredbe ove Uredbe odnose se na proračunske i izvanproračunske korisnike državnog proračuna, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i Centar za praćenje poslovanja energetskog sektora i investicija, te na pružatelje energetske usluge. Ugovor o pružanju energetske usluge u smislu ove Uredbe je ugovor o energetske učinku u smislu Zakona o učinkovitom korištenju energije u neposrednoj potrošnji, koji se sklapa nakon postupka javne nabave, a u skladu s posebnim zakonom kojim se uređuju obvezni odnosi. Prije početka postupka javne nabave energetske usluge, naručitelj, odnosno vlasnik građevine mora osigurati provođenje energetskog pregleda građevine sukladno zakonu, osim ako je za određenu građevinu izrađen projektni zadatak na poziv ministarstva nadležnog za poslove graditeljstva, koji sadrži podatke analize postojeće građevine u energetske smislu, račune o potrošnji energije i vode predmetne građevine za prethodne tri kalendarske godine, podatke o potrošnji energije i vode i tehničkim sustavima u građevini, te po potrebi drugu raspoloživu dokumentaciju.⁸⁰ Nadalje, Pravilnik o energetskim pregledima građevina i energetske certificiranju zgrade. Spomenuti Pravilnik je prestao važiti, ali se primjenjuju odredbe u dijelu koji se odnosi na provođenje energetskih pregleda građevina i javne rasvjete do donošenja posebnog propisa kojim će se urediti to područje.⁸¹ Pravilnik o uvjetima i mjerilima za osobe koje provode energetske preglede građevina i energetske certificiranje zgrada.⁸² Ovim Pravilnikom u pravni poredak Republike Hrvatske prenose se Direktiva 2006/32/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2006. o energetske učinkovitosti i energetskim uslugama te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 93/76/EEZ (SL L 114, 27.4.2006.) u dijelu koji se odnosi na dostupnost učinkovitih, visokokvalitetnih energetskih pregleda građevina. Direktiva 2010/31/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 19. svibnja 2010. o energetske učinkovitosti zgrada (preinaka) (SL L 153, 18. 6. 2010) u dijelu koji se odnosi na osiguranje neovisnih kvalificiranih i/ili ovlaštenih stručnjaka koji mogu biti ili samostalni ili zaposlenici nadležnih tijela ili privatnih službi koji neovisno provode energetske preglede i certificiraju zgrade te izrađuju popratne preporuke za ekonomski povoljno poboljšanje energetskih svojstava zgrade. Svrha je ovoga Pravilnika uspostava cjelovitog sustava ovlašćivanja osoba za provođenje energetskih pregleda građevina i energetske certificiranje zgrada kao i Programa izobrazbe osoba koje provode energetske preglede građevina i energetske certificiranje zgrada. Pravilnik o kontroli energetskih certifikata zgrada i izvješća o energetskim pregledima građevina.⁸³ Pravilnikom se uspostavlja sustav neovisnih kontrola energetskih certifikata zgrada, izvješća o energetskim pregledima građevina i izvješća o pregledima sustava grijanja u zgradama i sustava hlađenja i klimatizacije u zgradama. Pravilnik o jednostavnim građevinama, drugim građevinama i radovima.⁸⁴

80 Dalje vidi članak 7. – 17., Uredbe o ugovoranju i provedbi energetske usluge u javnom sektoru.

81 Narodne novine, br. 81/12, 29/13 i 78/13.

82 Narodne novine, br. 81/12, 64/13.

83 Narodne novine, br. 81/12 i 79/13.

84 Narodne novine, br. 79/14.

Ovim se Pravilnikom određuju jednostavne i druge građevine te radovi koji se mogu graditi, odnosno izvoditi bez građevinske dozvole u skladu s glavnim projektom i bez glavnog projekta, građevine koje se mogu uklanjati bez projekta uklanjanja te se propisuje obveza prijave početka građenja i stručni nadzor građenja tih građevina, odnosno izvođenja radova. Tehnički propis o racionalnoj uporabi energije i toplinskoj zaštiti u zgradama,⁸⁵ Pravilnik o uvjetima i mjerilima za utvrđivanje sustava kvalitete usluga i radova za certificiranje instalatera obnovljivih izvora energije – fotonaponskih sustava,⁸⁶ Svrha je ovoga Pravilnika uspostava cjelovitog sustava certificiranja instalatera za poslove postavljanja fotonaponskih sustava i Programa osposobljavanja certificiranih instalatera. Ovim se Pravilnikom u zakonodavstvo Republike Hrvatske prenosi Direktiva 2009/28/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o poticanju uporabe energije iz obnovljivih izvora te o izmjenama i dopunama i budućem ukidanju Direktiva 2001/77/EZ i 2003/30/EZ u dijelu koji se odnosi na program certificiranja instalatera fotonaponskih sustava. Isto je tako važno spomenuti Akcijski plan za implementaciju Europske direktive o energetske svojstvima zgrada u hrvatsko zakonodavstvo,⁸⁷ kao i Metodologiju provođenja energetskih pregleda građevina i Algoritam za izračun energetskih svojstava zgrada.

Također Direktiva 2009/28/EZ zahtijeva jasne mjere kojima se ispunjavaju zahtjevi, provedba upravnog postupanja i prostornog planiranja, iz članka 13.,⁸⁸ 14.⁸⁹ i

85 Narodne novine, br. 97/14, 130/14.

86 Narodne novine, br. 79/13 i 85/13.

87 Ožujak, 2008.

88 „S obzirom na stajališta koja su zauzeli Europski parlament, Vijeće i Komisija, uputno je utvrditi obvezatne nacionalne ciljeve u skladu s 20 %-tnim udjelom energije iz obnovljivih izvora i 10 %-tnim udjelom energije iz obnovljivih izvora u sektoru prometa u iskorištavanju energije u Zajednici do 2020.“

89 „Glavna je svrha obvezatnih nacionalnih ciljeva osigurati sigurnost ulagačima te poticati stalni razvoj tehnologija s pomoću kojih se proizvodi energija iz svih vrsta obnovljivih izvora. Stoga nije uputno za budućnost odlagati odluku o tome je li cilj obvezatan.“

16.,⁹⁰ te članka 17.,⁹¹ 18.,⁹² 19.,⁹³ 20.⁹⁴ i 21.⁹⁵ spomenute Direktive. Tako su, primjerice,

- 90 „Nasuprot tome uputno je da se 10 %-tni cilj za energiju iz obnovljivih izvora u prometu odredi na istoj razini za svaku državu članicu kako bi se osigurala usklađenost specifikacija za goriva namijenjena uporabi u prometu i njihova raspoloživost. Kako je trgovanje gorivima namijenjenima uporabi u prometu jednostavno, države članice koje imaju malo odgovarajućih izvora moći će lako drugdje dobiti biogoriva za promet. Premda bi tehnički za Zajednicu bilo moguće ostvariti cilj za uporabu energije iz obnovljivih izvora u prometu isključivo iz domaće proizvodnje, vjerojatno je i poželjno da se cilj ostvari kombinacijom domaće proizvodnje i uvoza. S tim u vezi Komisija treba nadzirati opskrbu tržišta Zajednice biogorivom i, ako je to potrebno, predložiti odgovarajuće mjere za postizanje uravnoteženoga odnosa domaće proizvodnje i uvoza uzimajući pritom, *inter alia*, u obzir razvoj višestranih i dvostranih trgovinskih pregovora, ekoloških, socijalnih i gospodarskih aspekata i sigurnost opskrbe energijom.“
- 91 „Poboljšanje energetske učinkovitosti ključni je cilj Zajednice, drugim riječima cilj je ostvariti 20 %-tno poboljšanje energetske učinkovitosti do 2020. Taj cilj, zajedno s postojećim i budućim zakonodavstvom, uključujući Direktivu 2002/91/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2002. o energetske učinkovitosti građevina, Direktivu 2005/32/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 6. srpnja 2005. o uspostavljanju okvira za određivanje zahtjeva za ekološki odgovarajuće izrađene proizvode koji upotrebljavaju energiju i Direktivu 2006/32/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2006. o učinkovitosti uporabe konačne energije i o energetske uslugama, ima ključnu ulogu pri osiguravanju ostvarivanja ciljeva u području klime i energije uz najniže troškove te osiguravanju novih mogućnosti za gospodarstvo Europske unije. Politike o energetske učinkovitosti i uštedi energije neke su od učinkovitih metoda s pomoću kojih države članice mogu ostvariti povećanje postotnoga udjela energije iz obnovljivih izvora te na taj način lakše ostvariti opće nacionalne i ciljeve u prometu koji se odnose na energiju iz obnovljivih izvora propisane ovom Direktivom.“
- 92 „Države članice morat će u svim sektorima znatno poboljšati energetske učinkovitost kako bi lakše ostvarivale svoje ciljeve koji se odnose na energiju iz obnovljivih izvora, koji su izraženi kao konačna bruto potrošnja energije. Energetska učinkovitost u sektoru prometa nužna je jer će obvezatni cilj postotak za energiju iz obnovljivih izvora vjerojatno biti sve teže trajno postići ako ukupna potražnja za energijom u prometu bude i dalje rasla. Obvezatnih 10 % za promet koje moraju ostvariti sve države članice treba stoga definirati kao udio konačne utrošene energije u prometu koji treba ostvariti iz obnovljivih izvora u cjelini, a ne samo iz biogoriva.“
- 93 “Kako bi ostvarile opće obvezatne nacionalne ciljeve države članice moraju se orijentirati prema okvirnim smjernicama kojima je zacrtan put prema konačnim obvezatnim ciljevima. Države članice trebaju izraditi nacionalne akcijske planove za izvore obnovljive energije koji uključuju informacije o sektorskim ciljevima i pritom uzeti u obzir da se biomasa upotrebljava na različite načine te da je stoga bitno da se mobiliziraju novi izvori biomase. Osim toga, države članice trebaju donijeti mjere za postizanje tih ciljeva. Svaka država članica pri ocjenjivanju svoje očekivane konačne bruto potrošnje energije u svojem nacionalnom akcijskom planu za obnovljivu energiju treba procijeniti na koji način mjere za energetske učinkovitost i uštedu energije mogu pridonijeti ostvarenju njezinih nacionalnih ciljeva. Države članice trebaju uzeti u obzir optimalnu kombinaciju tehnologija energetske učinkovitosti i energije iz obnovljivih izvora.“
- 94 „Kako bi se mogle iskoristiti prednosti tehnološkoga napretka i ekonomije razmjera (uštede zbog povećanja proizvodnje), okvirnim se smjernicama moraju uzeti u obzir mogućnost bržega rasta uporabe energije iz obnovljivih izvora u budućnosti. Tako se posebna pozornost mora posvetiti sektorima koji nisu dovoljno razvijeni zbog nedovoljnoga tehnološkoga napretka i ekonomije razvoja, ali koji bi u budućnosti mogli znatno pridonositi ostvarenju ciljeva za 2020.“
- 95 „U okvirnim smjernicama godinu 2005. treba uzeti kao polazište jer je to posljednja godina za

tijekom 2012. godine doneseni novi podzakonski propisi kojima se unapređuje postupak ishođenja dozvola u smislu članka 13. stavka 1. Direktive 2009/28/EZ. Od novih podzakonskih propisa usvojeni su: Tarifni sustav za proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije,⁹⁶ Pravilnik o korištenju obnovljivih izvora energije i kogeneracije⁹⁷ i Pravilnik o stjecanju statusa povlaštenog proizvođača električne energije.⁹⁸

Nadalje, zakonodavni okvir kojim se uređuje postupak odobravanja, certifikacije i licenciranja u području energetike predstavljaju Zakon o energiji, Zakon o tržištu električne energije, Zakon o tržištu toplinske energije,⁹⁹ Zakon o regulaciji energetskih djelatnosti, Uredba o naknadama za poticanje proizvodnje električne energije iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije,¹⁰⁰ Opći uvjeti za opskrbu električnom energijom,¹⁰¹ Mrežna pravila elektroenergetskog sustava,¹⁰² Pravila djelovanja tržišta električne energije,¹⁰³ Tarifni sustav za proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije,¹⁰⁴ Opći uvjeti za opskrbu toplinskom energijom,¹⁰⁵ Pravilnik o stjecanju statusa povlaštenog proizvođača električne energije,¹⁰⁶ Pravilnik o korištenju obnovljivih izvora energije i kogeneracije,¹⁰⁷ Pravilnik o naknadi za priključenje na elektroenergetsku mrežu i za povećanje priključne snage.¹⁰⁸

Republika Hrvatska će trajno usklađivati svoje zakonodavstvo s obvezama što proizlazi iz zakonodavnog okvira Europske unije koji se odnose na obnovljive izvore energije i energetska učinkovitost.

4.3. Važnost nadzora, težina i uloga javnog mnijenja u uporabi izvora energije

4.3.1. Važnost nadzora nad uporabom energije

Nadzor nad uporabom energije u Europi i povećana uporaba energije iz obnovljivih izvora te ušteda energije i povećana energetska učinkovitost, uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih naroda o klimatskim promjenama te daljnje obveze Zajednice i međunarodne obveze povezane sa smanjenjem emisija stakleničkih plinova nakon 2012., važni su dijelovi paketa mjera potrebnih za smanjenje emisije stakleničkih plinova i ispunjavanje Protokola iz Kyota. Ti čimbenici imaju i važnu ulogu u

koju su dostupni pouzdani podaci o nacionalnim udjelima energije iz obnovljivih izvora.“

96 Narodne novine 63/12, 121/12 i 144/12.

97 Narodne novine 88/12.

98 Narodne novine 88/12.

99 Narodne novine 80/13.

100 Narodne novine, br. 33/07, 133/07, 155/08, 155/09, 8/11, 144/11.

101 Narodne novine, br. 14/06.

102 Narodne novine, br. 36/06.

103 Narodne novine, br. 135/06, 146/10, 90/12.

104 Narodne novine, br. 63/12, 121/12, 144/12.

105 Narodne novine, br. 129/06.

106 Narodne novine, br. 88/12.

107 Narodne novine, br. 88/12.

108 Narodne novine, br. 28/06.

poticanju sigurnosti opskrbe energijom, poticanju tehnološkoga razvoja i inovacija te osiguranju mogućnosti za zapošljavanje i regionalni razvoj, ponajprije u ruralnim i udaljenim područjima.

Upravo javnopravna tijela imaju ulogu u provedbi obnovljivih izvora energije, što je kolektivni izbor koji podrazumjeva javnu intervenciju kroz propise i uloge pojedinih tijela.

Energetska politika Republike Hrvatske u nadležnosti je Ministarstva gospodarstva, Uprave za energetiku i rudarstvo. Tako je Ministarstvo gospodarstva odgovorno za nacionalnu energetske politiku, unaprjeđenje zakonodavstva u istom, te provedbu zakonodavstva Europske unije vezanog uz energetiku na nacionalnoj razini.

Isto tako, posebnu važnost u Republici Hrvatskoj, na temelju Zakona o regulaciji energetske djelatnosti, ima Hrvatska energetska regulatorna agencija kao samostalna, neovisna i neprofitna javna ustanova, osnovana radi uspostave i provođenja regulacijske energetske djelatnosti.

Nadalje, donošenjem Zakona o energiji, Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o energiji, Zakona o tržištu električne energije i Zakona o regulaciji energetske djelatnosti, u Republici Hrvatskoj stvorene su pretpostavke za postupno otvaranje tržišta električne energije. U tom smislu hrvatski operator tržišta energije uređuje djelovanje tržišta električne energije, tržište plina, te utvrđuju obveze i odgovornosti tržišnih sudionika u trgovanju električnom energijom. Hrvatski operator tržišta energije sklapa ugovore o otkupu električne energije s povlaštenim proizvođačima i isplaćuje im zajamčenu poticajnu cijenu.

Ujedno je operator prijenosnog sustava odgovoran za pogon i vođenje, održavanje, razvoj i izgradnju prijenosne mreže na zadanom području i prekograničnih prijenosnih vodova prema ostalim mrežama te za osiguranje dugoročne sposobnosti mreže da zadovolji razumne zahtjeve za prijenosom električne energije.

Kao i operator distribucijskog sustava koji je odgovoran za vođenje, planiranje, razvoj, izgradnju i održavanje distribucijske mreže od obračunskih mjernih pristupa korisnika u distribucijskoj mreži. Proizvodnja električne energije u distribucijskoj mreži distribuirana je proizvodnja i najčešće predstavlja povlaštenu kategoriju proizvođača zbog korištenja kogeneracijskih postrojenja i obnovljivih izvora energije.

Centar za praćenje poslovanja energetske sektora i investicija osnovan je radi praćenja i analize provedbe smjernica i pravila planiranja, odobravanja i praćenja investicija u energetske sektoru kao i praćenja i koordinacije investicijskih projekata vezanih uz obnovljive izvore energije, pružanja stručne potpore u pripremi i ugovaranju investicija u energetske sektoru te pružanja stručne potpore u izradi prijedloga programa investicija na temelju višegodišnjih i godišnjih programa u energetske sektoru.¹⁰⁹

Zakonom o Fondu za zaštitu okoliša i energetske učinkovitost¹¹⁰ osnovan je Fond za zaštitu okoliša i energetske učinkovitost radi financiranja pripreme, provedbe i razvoja programa i projekata u području zaštite okoliša, energetske učinkovitosti i korištenja obnovljivih izvora energije te ublažavanja klimatskih promjena. Na

109 Vidi Nacionalni akcijski plan za obnovljive izvore energije do 2020. godine.

110 Narodne novine, br. 107/03 i 144/12.

poslovanje Fonda primjenjuje se Zakon o zaštiti okoliša, Zakon o energiji, Zakon o proračunu, Opći porezni zakon i Zakon o općem upravnom postupku.

Na lokalnoj razini važnu ulogu u promoviranju i poticanju korištenja obnovljivih izvora energije i uvođenja mjera povećane energetske učinkovitosti imaju energetske agencije. Osnovni cilj i uloga energetskih agencija promoviranje je i poticanje regionalnog održivog razvoja u području energetike i zaštite okoliša korištenjem obnovljivih izvora energije i uvođenjem mjera povećane energetske efikasnosti u županijama i gradovima. Isto tako upravna tijela županija, odnosno Grada Zagreba nadležna za prostorno uređenje, graditeljstvo, zaštitu okoliša i zaštitu prirode provode postupke prethodne i glavne ocjene prihvatljivosti zahvata na ekološku mrežu, procjene utjecaja na okoliš, postupak ocjene o potrebi procjene utjecaja na okoliš, postupak izdavanja lokacijske dozvole, potvrde glavnog projekta, rješenja za građenje i uporabne dozvole.

Središnja državna tijela će omogućiti postizanje veće energetske učinkovitosti provedbom, na transparentan način, sustava javne nabave za projekte energetske učinkovitosti. To je najjednostavnije ostvariti izradom razrađenih primjera standardnih ugovora za pojedine vrste nabave te izradom detaljnih uputa za procjenu ušteda kod različitih projekata energetske učinkovitosti. Promoviranje integriranog planiranja i upravljanja na temelju jače povezanosti razvojnih strategija županija i lokalnih planova razvoja i lokalnih proračuna dovest će do stvaranja praćenja postignutih rezultata trošenjem javnih sredstava. Decentralizacijom energetske politike, podijelit će se uloge i zadaće središnje države, regionalne i lokalne samouprave. Regionalna i lokalna samouprava aktivno će sudjelovati u području energetike u zakonom definiranim slučajevima. Temeljne zadaće energetskih ureda u jedinicama regionalne i lokalne samouprave učinkovito su upravljanje energijom, poticanje iskorištavanja obnovljivih izvora energije, koordinacija interesa i projekata regionalne i lokalne samouprave i energetskih subjekata, energetske planiranje i bilanciranje, promotivne i savjetodavne aktivnosti.¹¹¹

4.3.2. Značenje javnog mijenja

Europski sud nedavno je potvrdio mjesto koje treba dati građanima u cijelom postupku koji se odnosi na zaštitu okoliša. U presudi Križan i ostali od 15. siječnja 2013. Sud pravde Europske unije podsjeća, da za svaku odluku o urbanističkom planiranju koja sadrži relevantne informacije za postupak dodjele odobrenja za izgradnju postrojenja s obzirom na zaštitu okoliša (što i je slučaj s vjetroturbinama), javnost mora imati pristup dokumentima od samog početka postupka i nitko joj to ne može uskratiti pa čak niti zbog razloga vezanih za poslovnu tajnu. Jasno je da infrastrukture koje se odnose na obnovljive izvore energije stanovništvo mora prihvatiti. Inače, stanovništvo pokazuje rastuće oklijevanje prema projektima velikih razmjera, potaknuto nepovjerenjem prema lobijima, a pritisci različitih skupina mogu poremetiti javne politike. Ova se sumnja odnosi i na nositelje vlasti općenito (politički, stručni, pravni ili financijski).¹¹² To je upravo ono što je dovelo do razvoja

¹¹¹ Vidi Strategiju energetskog razvoja Republike Hrvatske.

¹¹² Razvoj energije vjetra može omesti turističku i kulturnu politiku i može se suočiti s oglašavanjem

demokratskih praksi i što potiče državu da potraži konsenzus jačanjem postupaka konzultacija i javnom raspravom, kako bi uključila stanovništvo u sve faze energetskih projekata.

Upravni postupci su uvijek delikatni, u mjeri u kojoj ispunjavaju neophodnu zadaću u informiranju i dijalogu. Odobrena gradnja energetskih projekata, na lokalnoj ili nacionalnoj razini, postala je demokratski imperativ, iako javno mnijenje može biti paradoksalno, pa čak i proturječno. Dok je 1980.-ih, u Europskoj uniji, trebalo tri do četiri godine da bi se izgradio elektroenergetski vod, sustav je sada blokiran i danas treba gotovo deset godina. Tako su 1980.-ih primjerice u Njemačkoj, operateri električne mreže suočeni s javnim raspravama koje usporavaju projekte. U Njemačkoj, koja je ipak sklona obnovljivim izvorima energije, stanovništvo loše prihvaća „izgradnju tisuće kilometara električnih vodova preko svog teritorija od sjevera do juga, koji povezuju velike odobalne vjetroparkove u Sjevernom moru i industrijsku Bavarsku“.¹¹³ Kada se govori o trajanju postupaka, Francuska se nalazi odmah iza Njemačke, gdje oni traju između 8 i 15 godina.

Tako dugi postupci priključivanja onemogućuju brzi razvoj obnovljivih izvora energije. Održivost industrijskog sektora vjetro i solarnih elektrana problematična je zbog rokova priključivanja koji uvelike nadmašuju rokove izgradnje postrojenja ovih novih načina proizvodnje energije. Razumni rokovi trebali bi biti oko tri do četiri godine, a Njemačka je pokrenula reformu pravnog sustava tako što je centralizirala procese donošenja odluka. U Hrvatskoj bi također trebalo racionalizirati postupke koji se ponekad dodaju i preklapaju.

Isto tako problem izbora lokacije i gradnje novih energetskih objekata vezan je i uz prihvatljivost objekata za lokalnu zajednicu. Pravodobna i otvorena komunikacija s javnošću, posebice, tzv. zainteresiranom javnošću i lokalnom zajednicom i dosljedno poštovanje načela o pravu javnosti da sudjeluje u odlučivanju o pitanjima zaštite okoliša demokratska je stečevina ozakonjena Zakonom o pravu na pristup informacijama i Zakonom o zaštiti okoliša.

Pravi ulog je u tome da treba pronaći najbolji mogući put kako bi se omogućilo izricanje zabrinutosti i želja građana, a da sustavni i organizirani protivnici ne mogu nametnuti svoju negativnu ideologiju ometajući javnu raspravu. Zbog toga je potrebno poboljšati informiranost o temama koje se odnose na obnovljive izvore energije, objasniti da energija nije neiscrpan dar s neba. Energija je od vitalnog značaja i za gospodarstvo i za udobnost i dobrobit svih nas. Stoga se javna rasprava mora oslanjati na stvarnost, treba opravdati odluke, uvjeravati kroz pedagoški pristup, kako bi potrebne infrastrukture zadobile podršku svih stanovnika na koje se odnose.

5. ZAKLJUČAK

Pravo pitanje koje se danas postavlja svima nama je - prema kojem modelu energetskog rasta (zelenom ili nečistom) treba ići. Istovremeno nam se nude ekonomski i ekološki izbori. Maksimizacija BDP-a ne može više biti jedini cilj, ako se ipak tako

lokalnih zajednica.

113 Derdevet, Michel, *Politique Internationale*, str. 414.

nastavi onda se ugrožava okoliš, zdravlje i blagostanje, posebice budućih generacija.

Do sada u gospodarskom smislu, vlade su se često koncentrirale na cijenu rada, a zanemarivale cijene energije. Današnje stanje ih prisiljava da se pobrinu više oko energetskog čimbenika, a ne da se koncentriraju samo na reformu tržišta rada.

Upravljanje planetom mora biti kolektivnije i solidarnije, jer odgovori na klimatske probleme su složeni i geopolitički sukobi uvelike usporavaju napredak. Trenutačno razdoblje energetske tranzicije, mora dovesti od danas do 2050. do sustava koji emitiraju manje stakleničkih plinova. K tome, više od milijarde i pol ljudi (u Aziji, Africi, Južnoj Americi) želi imati pristup modernim oblicima energije, pa čak i u okolnostima opasnim za njihovo vlastito i zdravlje drugih ljudi. Nadalje, tržišta opremom koja se odnosi na industriju obnovljivih izvora energije (posebice solarne energije) izazivaju međunarodne sukobe. Pritisak koji Kina vrši na snižavanje cijena fotonaponskih komponenti otežava funkcioniranje industrijskog sektora, posebice njemačkog i američkog što dovodi do istraga zbog dumpinga. U toj borbi u području solarne energije, treba nadodati natjecanje za upravljanje „rijetkim zemnim metalima“, a Kina posjeduje gotovo sve gospodarski iskoristive zalihe.¹¹⁴

Trenutačna situacija zahtijeva istovremeno napredak međunarodnog upravljanja resursima našeg planeta i povećanje konkretnih akcija na lokalnoj razini. Zapravo, zbog složenosti industrijskih i financijskih interesa koji se sukobljavaju, velike međunarodne konferencije nisu dovoljne. Da bi se izašlo iz slijepih ulica, upravo lokalne i regionalne energetske politike mogu pridonijeti rješenju, mogu pokazati da ciljevi gospodarskog rasta i očuvanja okoliša nisu nužno nespojivi, pa čak i ako ih se spontano ne može pomiriti.

Za sada, ponašanje javnih politika je neizvjesno: krizno vrijeme ne omogućuje uvijek da se vodi politika usmjerena na energetske tranziciju. Države članice Europske unije ne djeluju još uvijek dovoljno usklađeno. No, energetska vladavina koja odbija ograničenja suvereniteta predstavlja luksuz u kontekstu aktualne krize, osobito s obzirom na zemlje koje se drže beskrupulozne industrijske politike prema ostatku svijeta. Budući da se radi o klimatskim promjenama cilj je promijeniti ponašanje i potaknuti potrebne inovacije s razumnim troškom. Međutim, što se strukturne promjene uvedu ranije, niža će biti cijena koju ćemo morati platiti kasnije da bismo promijenili vrstu rasta.

¹¹⁴ Geoffron, Pierre, op. cit., str. 360.

Summary

ADMINISTRATIVE LAW AND EUROPEAN ENERGY CHALLENGES

This paper discusses about important issues related to renewable energy sources and about the European aspects of the development of clean energy sources and the development of European energy legislation. Furthermore we analyze the French example and highlight the continuing need of harmonization of legislation of Republic of Croatia with the EU legislative framework relating to renewable energy and energy efficiency. Finally evaluated a comprehensive legal and political significance administrative standardization of renewable energy sources.

Keywords: *renewable energy, energy legislation, public law bodies, administrative law.*

Zusammenfassung

VERWALTUNGSRECHT UND ENERGIEHERAUSFORDERUNGEN FÜR EUROPA

In der Arbeit geht es um wichtige Fragen der erneuerbaren Energiequellen. Europäische Aspekte der Entwicklung von sauberen Energiequellen und die Entwicklung der Energiegesetzgebung werden dargestellt. Danach wird das französische Beispiel analysiert. Ebenfalls wird das ständige Bedürfnis nach der Angleichung der Gesetzgebung der Republik Kroatien an die aus dem Gesetzesrahmen der EU hervorgehenden Verbindlichkeiten bezüglich der erneuerbaren Energiequellen und Energieeffizienz betont. Abschließend wird die rechtspolitische Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Normierung von erneuerbaren Energiequellen bewertet.

Schlüsselwörter: *erneuerbare Energiequellen, Energiegesetzgebung, öffentlich-rechtliche Körperschaften, Verwaltungsrecht.*

Riassunto

DIRITTO AMMINISTRATIVO E SFIDE ENERGETICHE EUROPEE

Nel lavoro si discute delle questioni importanti sulle fonti di energia rinnovabile. Si illustrano gli aspetti europei dello sviluppo delle fonti pulite di energia e dello sviluppo della legislazione energetica europea. Ancora, si analizza il modello francese, come pure si pone in rilievo la costante necessità di armonizzazione della legislazione della Repubblica di Croazia con gli obblighi derivanti dal quadro normativo dell'Unione europea, i quali si riferiscono alle fonti di energia rinnovabili ed all'efficacia energetica. Infine, si valuta il significato giuridico onnicomprensivo della regolamentazione giurisdizionale delle fonti di energia rinnovabili.

Parole chiave: *fonti di energia rinnovabili, legislazione energetica, organi pubblici, diritto amministrativo.*

RAD PUTEM AGENCIJA ZA PRIVREMENO ZAPOŠLJAVANJE U HRVATSKOM, EUROPSKOM I USPOREDNOM PRAVU

Dr. sc. Sandra Laleta, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Anamarija Križanović, mag. iur.
Rijeka

UDK: 331.5
Pr.: 20. veljače 2015.
Ur.: 10. ožujka 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje jedan je od fleksibilnih oblika rada i sve češća alternativa standardnom radnom odnosu. Riječ je o složenom, trostranom pravnom odnosu u kojem sudjeluju agencija za privremeno zapošljavanje, radnik agencije koji se ustupa trećoj osobi – korisniku te poduzeće korisnik. U radu se analiziraju obilježja ovog pravnog odnosa u hrvatskom, europskom i usporednom zakonodavstvu te sudskoj praksi, s posebnim osvrtom na predmet o kojem upravo odlučuje Europski sud pravde (AKT ry v. Öljytuotery, Shell Aviation Finland Oy (C-533/13)).

Ključne riječi: radni odnos, agencija za privremeno zapošljavanje, hrvatsko pravo, usporedno pravo, Direktiva 2008/104/EZ, sudska praksa.

1. UVOD

Iako se broj radnika zaposlenih putem agencija za privremeno zapošljavanje u Republici Hrvatskoj procjenjuje na svega oko 0,4 % od ukupnog broja zaposlenih,¹ ovakav oblik privremenog zapošljavanja posljednjih godina plijeni pažnju domaće javnosti. Najavljena je reforma sustava pratećih djelatnosti (usluga) u javnim službama, čime bi bilo obuhvaćeno oko 20.000 radnika, u kojoj je jedna od mogućnosti i zapošljavanje putem agencija za privremeno zapošljavanje.² To bi utjecalo na

1 Podatak HUP-a, <<http://www.hup.hr/agencije-za-privremeno-zaposljavanje-potpisale-eticki-koodeks-1.aspx>>, 25.2.2015. Službenih podataka nema, a prema gruboj procjeni Ministarstva rada i mirovinskog sustava, iz 2014. godine, taj je broj iznosio 8.000, odnosno oko 0,3 % od ukupno zaposlenih radnika, pa možemo govoriti o blagom porastu ovakvog oblika rada. U evidencijama agencija za privremeno zapošljavanje oko 8.000 radnika, <<http://www.novilist.hr/Vijesti/Hrvatska/U-evidencijama-agencija-za-privremeno-zaposljavanje-oko-8.000-radnika>>, 15.4.2014.

2 Ivanko, Velimir, Outsourcing – pravni okvir s posebnim osvrtom na outsourcing u javnim službama, Radno pravo (dalje: RP), br. 10, 2013., str. 7 i d.; Grčićeva vizija: 20.000 ljudi iz javnog mora u privatni sektor, (obj. 23.9.2013.); <<http://www.24sata.hr/politika/reforme-vlade-dize-se-pdv-trosarine-place-se-usklauju-333974>>, 15.1.2015.

povećanje broja agencijskih radnika. Novim Zakonom o radu³ uređenje agencijskog rada dodatno je usklađeno s Direktivom 2008/104/EZ o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje⁴ (dalje: Direktiva).

U europskom kontekstu, usprkos padu aktivnosti agencija za privremeno zapošljavanje kao rezultat ekonomske krize, odnosno politike rezanja troškova u mnogim trgovačkim društvima, agencijski rad izaziva zanimanje zbog više razloga. Prvi je svakako uloga agencija u funkcioniranju tržišta rada odnosno politici zapošljavanja: u vrijeme krize i velike nezaposlenosti raste uloga organizacija za posredovanje u zapošljavanju te uvjeta pod kojima se posredovanje može obavljati.⁵ Usporednopravna analiza primjene Direktive u državama članicama EU-a važna je u kontekstu gospodarskih sloboda, slobode pružanja usluga te slobode poslovnog nastana, ali i kontekstu međunarodne mobilnosti. Uz to, Direktivom se postiže novi stupanj socijalne harmonizacije, koju treba promatrati u svjetlu stvaranja europskoga socijalnog modela.⁶

Agencijski rad (privremeno zapošljavanje, „unajmljivanje (lizing) radnika“)⁷ jedan je od novih oblika zapošljavanja koji zamjenjuje standardni radni odnos, s punim radnim vremenom na neodređeno vrijeme, u prostorima poslodavca. Agencije su postale stalni poslodavci, umjesto pukih posrednika.⁸ Posebnost agencijskog rada ogleda se u tome da se odnos proširuje, te više nije dvostran kao u odnosu radnik - poslodavac, već uvođenjem agencije on postaje trostran. Time se povećava kompleksnost odnosa. Naime, radnika zapošljava agencija za privremeno zapošljavanje, dakle agencija je poslodavac.⁹ No radnik ne obavlja posao za poslodavca kao u klasičnom radnom odnosu, već ga agencija ustupa korisniku, odnosno poslodavcu za kojeg radnik stvarno obavlja posao. Već se iz nazivlja očituje složenost ovakvog načina zapošljavanja i pitanje prava i odgovornosti sudionika međusobno. Zbog toga je pravni odnos između

3 Zakon o radu, Narodne novine, 193/14. (dalje: ZR).

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

5 Izvješće Međunarodne organizacije rada (dalje: MOR) iz 2009. godine pokazuje da su agencijski radnici prvi koji zbog krize gube posao, ali i da nema dokaza da agencijski rad može dovesti do povećanja broja radnih mjesta. Chacartegui, Consuelo, Resocialising temporary agency work through a theory of 'reinforced' employers' liability, u: Resocialising Europe in a Time of Crisis (ed. N. Countouris, M. Freedland) (dalje: Resocialising Europe), Cambridge University Press, 2014., str. 224-225.

6 Robin-Olivier, Sophie, A French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work, European Labour Law Journal (dalje: ELLJ), vol. 1, no. 3, 2010, str. 398.; Frenzel, Helen, The Temporary Agency Work Directive, ELLJ, vol. 1, no. 1, 2010, str. 121.

7 Eng. *temporary agency work, labour-only contracting, worker leasing*; njem. *Arbeitnehmerüberlassung*.

8 Raday, Francis, The Insider-Outsider Politics of Labour-Only Contracting, Comparative Labour Law and Policy Journal, vol. 20, no. 413, 1999, str. 414.

9 Prema M. Učuru agencija je poslodavac sa specifičnim statusom kojega određuje djelatnost, teritorijalno određenje djelovanja, te odnos prema subjektima u privremenom zapošljavanju. Učur, Marinko Đ., Agencije za privremeno zapošljavanje i drugi posrednici u zapošljavanju, RP, br. 3, 2007., str. 14.

agencije, radnika i korisnika bilo potrebno zakonski urediti kao zasebnu cjelinu, što je i učinjeno uvođenjem ovoga instituta u hrvatsko zakonodavstvo 2003. godine,¹⁰ relativno kasno u odnosu na druge države članice EU-a.¹¹

U trostranom odnosu zaposlenja radniku je teško odrediti poslodavca odgovornog za ispunjenje obveza utvrđenih radnim zakonodavstvom. Stoga se u doktrini javlja zahtjev za preispitivanjem postojećih rješenja iz Direktive, ali i Konvencije br. 181 MOR-a o privatnim agencijama za zapošljavanje,¹² radi određenja te širenja pojma poslodavca u složenim, fragmentiranim radnim angažmanima, koji bi pratila zajednička odgovornost za obveze iz odnosa zaposlenja. Agencijski rad valja, osim toga, promatrati u kontekstu rasprave o potrebi donošenja konvencije MOR-a o „industriji privremenog rada“. Novim minimalnim individualnim te posebice kolektivnim radnopravnim standardima za agencijske radnike bave se predstavnici radnika, poslodavaca i vlada na tripartitnim sastancima u okviru programa sektorskih aktivnosti MOR-a.¹³

U ovome radu analiziraju se temeljna obilježja zapošljavanja putem agencija za privremeno zapošljavanje u hrvatskom, europskom i usporednom zakonodavstvu i judikaturi, te praksi Europskog suda pravde. Uvodno se daje pregled stvaranja radnopravnih standarda, a potom analizira institut agencijskog rada prateći sadržaj Direktive 2008/104/EZ.

2. STVARANJE MINIMALNIH STANDARDA RADA PUTEM AGENCIJA ZA PRIVREMENO ZAPOSŁJAVANJE

2.1. Europska Direktiva o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje

Dugi put do usvajanja Direktive odvijao se u širem kontekstu razgovora o alternativnim, nestandardnim modelima ugovornih odnosa i fleksibilnim oblicima rada, kroz socijalni dijalog i legislativni postupak. Davne 1982. godine prijedlog Direktive se nije prihvatio te se s novim prijedlogom izašlo tek početkom 90-ih godina prošlog stoljeća. No i tada je uređenje agencijskog rada naišlo na oštro protivljenje.¹⁴ Kao rezultat kompromisa prihvaćena je Direktiva 91/383 o zaštiti na radu radnika u radnom odnosu na određeno vrijeme ili privremenom radnom odnosu. Više su

10 Izmjenama i dopunama Zakona o radu (u glavi XXIII., čl. 220.a do 220.i.), NN br. 114/2003.

11 Uz još samo dvije države, Tursku i Grčku. Gović, Iris, *Fleksibilnost radnih odnosa u praksi i radnopravni status radnika*, u: *Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa*, Zagreb, Inženjerski biro, 2004., str. 58.

12 Convention no 181 (1997), Convention concerning Private Employment Agencies, Geneva, 85th ILC session (19 June 1997).

13 Chacartegui, C., op. cit., str. 225- 226.

14 Države su se protivile uključivanju u Direktivu odredbi o socijalnoj sigurnosti. Usluge agencija za privremeno zapošljavanje nisu bile prihvaćene u svim državama članicama; u Španjolskoj i Italiji one su ostale izvan zakona. Europski sud je odlukom u predmetu *Job Centre* (C-77/96, 11.12.1997.) okončao javni monopol nad zapošljavanjem radnika, što je ubrzalo reforme u državama u vezi s uređivanjem usluga agencija. Više: Frenzel, H., op. cit., str. 122.

uspjeha imale direktive o radu s nepunim radnim vremenom i na određeno vrijeme, usvojene 1997. godine, koje jamče načelo jednakog postupanja prema radnicima bez obzira na oblik njihova zaposlenja.¹⁵ Tek 2008. godine, na podlozi nacarta iz 2002. godine, postignut je sporazum oko uređenja agencijskog rada i usvojena je Direktiva 2008/104, koja teži biti dio u mozaiku *Socijalne Europe*.

Usvojeni tekst Direktive ustvari nije „izvorno europski“, već kombinacija modela iz različitih pravnih sustava država članica. Odredbe Direktive su nekakav srednji put, između strožih, ali i blažih nacionalnih odredbi,¹⁶ a rješenja su se postupno ublažavala.¹⁷ Direktiva uređuje zapošljavanje putem agencija u najširem smislu (korištenje i pravno uređenje agencijskog rada, uvjete rada agencijskih radnika), poštujući različitosti ovakvog oblika rada u državama članicama EU-a te ostavljajući mjesta za iznimke, a državama članicama dovoljno prostora za unaprjeđenje položaja ove skupine radnika na nacionalnom tržištu rada.¹⁸

Po donošenju Direktive europski sindikati bili su zadovoljni njezinim odredbama, prije svega onima koje potiču socijalni dijalog u postupku implementacije Direktive, kao i uvođenjem načela jednakog postupanja prema agencijskim radnicima kao prema radnicima poduzeća korisnika. Predstavnici poslodavaca nisu bili zadovoljni jer je ovo načelo uključilo i element jednake plaće, jedno od najspornijih pitanja. Direktiva je rezultat kompromisa između država članica i Parlamenta EU-a te značajnih odstupanja od izvornog teksta što uređenje privremenog rada putem agencija čini kontroverznim. Kad je riječ o državama članicama sporan je prije svega različit nacionalni regulatorni okvir, dok je za europske socijalne partnere dvojbena razina zaštite ove skupine radnika.¹⁹

U doktrini se ističe da je Direktiva uspjela zajamčiti jednaku razinu zaštite agencijskih i stalnih radnika u državama članicama EU-a, što nije pošlo za rukom kreatorima Konvencije br. 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje.²⁰

2.2. Konvencija MOR-a br. 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje (1997.)

U preambuli Konvencije naglašava se uloga privatnih agencija u osiguravanju dobrog funkcioniranja tržišta rada. Svrha je Konvencije dopustiti djelovanje agencija te zaštititi radnike čije usluge one koriste. Prema definiciji iz Konvencije privatne agencije za zapošljavanje jesu, s jedne strane, agencije za posredovanje

15 Upravo se 1990-ih u EU bilježi značajan porast privremenih oblika rada. Više: Davidov, Guy, Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships, *British Journal of Industrial Relations*, vol. 42, no. 4, 2004, str. 728.

16 Neka nacionalna rješenja koja ima veći broj država članica nisu prihvaćena (npr. korištenje agencijskog rada u slučaju kolektivnih radnih sporova). Šire: Thüsing, Gregor, *European Labour Law*, München, Beck – Hart – Nomos, 2013., str. 98.

17 Countouris, Nicola, Horton, Rachel, *The Temporary Agency Work: Another Broken Promise?*, *Industrial Law Journal*, vol. 38, no. 329, 2009, str. 1.

18 European Parliament, *The Role and Activities of Employment Agencies*, IZA Research Report, No. 57, 2013 (dalje: *The Role and Activities*), str. 99.

19 Frenzel, H., op. cit., str. 119, 120.

20 Robin-Olivier, S., op. cit., str. 400.

koje zapošljavaju radnike radi njihova ustupanja trećoj strani, poduzeću korisniku, te, s druge, agencije koje posreduju bez zapošljavanja takvih radnika. Konvencija propisuje osnovne oblike zaštite radnika,²¹ ali, ipak, ne zahtijeva ravnopravnost radnika koji su u radnom odnosu s korisnikom i ustupljenih radnika (*insider-outsider* model), kao ni ograničenje ustupanja radnika za privremeni rad. Njome je predviđena razina „adekvatne zaštite“ agencijskih radnika, što državama daje šire diskrecijske ovlasti u odnosu na Direktivu.²²

Donošenjem ove Konvencije MOR je radikalno promijenio svoje ranije stajalište o privatnim posrednicima na tržištu rada kao onima koji mogu ugroziti načelo da rad nije roba. Oni su dobili legitimnost, bilo da su posrednici ili izravni pružatelji usluga rada. Nova politika prihvaćena je kako bi se, s jedne strane, dopustila fleksibilnost u upravljanju poduzećem, a s druge, uklonila razlika između načela o zabrani ugovaranja lizinga radnika i prihvaćenosti ovog oblika rada u praksi država.²³

Odmah po donošenju Konvencije otvorila se rasprava o primjerenosti uređivanja ustupanja radnika na međunarodnoj razini. Ona se uglavnom bavila pitanjem zajamčene razine socijalne zaštite ustupljenih radnika odnosno štete koju mogu pretrpjeti zbog toga što za vrijeme ustupanja ne mogu postati dio osoblja poduzeća korisnika. U literaturi se, međutim, s pravom analizira i drugi važan aspekt, a to je utjecaj lizinga radnika na radne odnose osoblja poduzeća-korisnika. Ustupanje radnika F. Raday vidi kao Trojanskog konja, koji potkopava radnopravne standarde osoblja poduzeća-korisnika i ugrožava kolektivno pregovaranje.²⁴ Ovo je stajalište aktualizirano u predmetu *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v. Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy*, koji je u tijeku pred Europskim sudom, koji analiziramo u pogl. 7., a istu logiku slijedi rigidno belgijsko zakonodavstvo o agencijskom radu (pogl. 4.1.2. *infra*).

Analiza domaćeg i usporednog zakonodavstva mogući je temelj za odgovor na pitanje jesu li standardi agencijskog rada kako ih utvrđuje Direktiva, ali i nacionalna prava takvi da možemo govoriti o novom scenariju, različitom od onoga o kojemu je povodom donošenja Konvencije govorio F. Raday.

2.3. Svrha Direktive – agencijski rad kao instrument fleksibilnosti

Najšire gledano, razvoj europskog regulatornog okvira agencijskog rada odvijao se kroz dva razdoblja. U prvom, koji se može nazvati *erom atipičnog rada*, naglasak je na jamstvu određene, specifične razine zaštite privremenog radnika u odnosu na

21 To su: obveza licenciranja agencije; jamstva: da će se poštovati pravo na slobodu udruživanja i pravo na kolektivno pregovaranje, postupanja prema radnicima bez diskriminacije na temelju rase, boje kože, spola, religije, političkog mišljenja, nacionalnog i društvenog podrijetla, ili nekom drugom temelju diskriminacije koje uređuje nacionalno pravo (primjerice, dob ili invalidnost); sprječavanje naplate naknade za posredovanje od radnika; uživanje prava iz područja rada, kao što su najniža plaća, zakonska razina socijalne sigurnosti itd.; podjela odgovornosti za ostvarenje ovih prava radnika između agencije i korisnika.

22 Robin-Olivier, S., op. cit., str. 400.

23 O drukčijem stajalištu o stvarnim razlozima za donošenje Konvencije vidi Raday, F., op. cit., str. 414 i d.

24 *ibid.*, str. 415.

standardnog radnika.

U drugom razdoblju, obilježenom kombinacijom fleksibilnosti i sigurnosti, privremeni rad ima ulogu u okviru tržišta rada, odnosno europske politike zapošljavanja, koja se može nazvati *posredovanjem u mobilnosti radnika*.²⁵ Nova uloga privatnih agencija za zapošljavanje kao važnog „posrednika koji može poduprijeti fleksibilnost i mobilnost firmi i radnika“ na tržištu rada te njihova prilagodba u okviru globalizacije prepoznaje se kao temelj oko kojeg postoji suglasnost europskih socijalnih partnera te su stvorena načela o korištenju i statusu privremenog rada putem agencija. Od država članica traži se da uklone zapreke za stvaranje i razvoj agencija za privremeno zapošljavanje kao učinkovitih i privlačnih posrednika, koje nude bolje mogućnosti zapošljavanja i visoke standarde zapošljavanja.²⁶

Kao jedan od instrumenata unaprjeđenja strategije fleksigurnosti na europskom tržištu rada, Direktiva se temelji na ideji promicanja agencijskog rada kao oblika koji odgovara različitim potrebama poslodavaca i radnika. Poslodavcu daje nužnu eksternu fleksibilnost, a za radnike predstavlja dobar način za usklađivanje zahtjeva obiteljskog i profesionalnog života (Preambula, toč. 11). Prema čl. 2. svrha je Direktive, s jedne strane, zajamčiti minimalnu zaštitu i prava za radnike zaposlene putem agencija za privremeno zapošljavanje te, s druge, stvoriti legislativni okvir za zapošljavanje putem agencija radi učinkovitog stvaranja radnih mjesta i razvoja fleksibilnih oblika rada. Zaštita radnika i unaprjeđenje kvalitete ovakvog oblika rada osigurava se primjenom načela jednakog postupanja. Ovo pokazuje da je sadržaj Direktive dvostran: socijalnopolitičke naravi te u vezi s politikom zapošljavanja.²⁷

No teorija o različitosti ugovornih modela kao prednosti i za poduzeća i za radnike prema mišljenju doktrine naivna je, ako ne i cinična; pošteno natjecanje na tržištu rada proturječi temeljnoj neravnoteži koja postoji u odnosu između radnika i poslodavca.²⁸

2.4. Hrvatsko zakonodavstvo u području agencijskog rada

Zakon o radu, iz 2014. godine, uređuje ovaj institut u Glavi II. Individualni radni odnosi, 6. Privremeno zapošljavanje, u čl. 44. do čl. 52. U proteklih deset godina institut je doživio određene izmjene, većeg ili manjeg značaja. Spomenimo samo najvažnije. U zakonu više nema odredbe prema kojoj je ustupanje radnika korisniku bilo ograničeno na područje Republike Hrvatske, koja je bila protivna Direktivi 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga,²⁹ odnosno protivna slobodi kretanja radnika kao jednoj od temeljnih sloboda EU-a. Uklonjeno je i ograničenje prema kojem je agencija mogla obavljati jedino poslove ustupanja radnika pa se danas

25 Frenzel, H., op. cit., str. 121 i d.

26 Izvješće Odbora za zapošljavanje, cit. prema *ibid.*, str. 125.

27 *ibid.*, str. 126.

28 Robin-Olivier, S., op. cit., str. 403-404.; Raday, F., op. cit., str. 417 i d.

29 Direktiva 96/71/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 1996. o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 18.

može baviti i poslovima posredovanja u zapošljavanju radnika što je zapravo usko vezano uz ustupanje. Time je olakšan rad agencija jer se više ne ograničava djelokrug njihovih djelatnosti. Poslodavci koji osnuju agenciju za ustupanje oslobođeni su dodatnih formalnosti jer više ne moraju osnovati zasebnu pravnu osobu koja bi se bavila poslovima posredovanja.³⁰

Reforma radnog zakonodavstva 2014. godine, potaknuta lošom gospodarskom situacijom i visokom stopom nezaposlenosti, te posljedično potrebom daljnje fleksibilizacije zakonodavstva,³¹ dovela je do određene liberalizacije ovog oblika rada, kojom se donekle ublažava dosadašnji pristup agencijskom radu, u doktrini ocijenjen kao „negativan pristup“.³²

Bitno je istaknuti da su nedavno, točnije 16. veljače 2015., agencije članice Koordinacije za agencijski rad i posredovanje pri zapošljavanju HUP-a prihvatile svoj etički kodeks, obvezavši se time na visoke profesionalne i etičke standarde u poslovanju prema tražiteljima posla, ustupljenim radnicima, klijentima i korisnicima usluga.³³

2.5. Usporedno zakonodavstvo

Razvoj instituta rada putem agencija za privremeno zapošljavanje tekao je različito u pojedinim zemljama svijeta. U Europi su ga među prvima uvele Nizozemska (1965.) i Danska (1968.).³⁴ U razdoblju ekonomske krize od 2007. godine, prepoznata je značajna mogućnost agencija da prilagode svoj rad novonastalom stanju na tržištu rada te one doživljavaju ekspanziju. Prema Izvješću o radu agencija³⁵ u svijetu postoji više od 128.000 agencija koje zapošljavaju 10,4 milijuna agencijskih radnika, a godišnje zarađuju 247 milijardi eura. Agencije zapošljavaju i preko 900.000 radnika - internog osoblja, koji se ne ustupaju korisniku.³⁶

30 Novaković, Nataša, *Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje*, *RP*, br. 10, 2013., str. 12.

31 Reforma radnog zakonodavstva, <<http://www.mrms.hr/novi-zakon-o-radu/>>, 16.4.2014. Javna rasprava o Nacrtu prijedloga ZR-a, <<http://rasprava.mrms.hr/bill/javna-rasprava-o-nacrtu-prijedloga-zor/>>, 16.4. 2014.

32 Potočnjak, Željko, *Fleksigurnost radnih odnosa u Hrvatskoj i pravna stečevina Europske unije*, Zbornik Susreta pravnika – Opatija 2013., Zagreb, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, 2013., str. 305-306.

33 Važan je podatak da ove agencije prema procjeni HUP-a pokrivaju 80 % hrvatskoga tržišta usluga privremenog zapošljavanja, <<http://www.hup.hr/agencije-za-privremeno-zaposljavanje-potpisale-eticki-kodeks-1.aspx>>, 25.2.2015.

34 Slijede Irska (1971.), Njemačka, Francuska (1972.), Ujedinjeno Kraljevstvo (1973.), Belgija (1976.). Velik broj zemalja učinio je to 2000-ih: Finska, Grčka, Mađarska, Slovačka (2001.), Slovenija, Poljska, Rumunjska (2003.); među zadnjima Bugarska, Litva (2011.). Full report on the role of TAW and labour market transitions, <www.ciett.org/fileadmin/templates/eurociett/docs/Social_dialogue/Transitions_project/Report/2013.02.08>; 1.5.2014.

35 Izvješće Međunarodnog udruženja privatnih agencija za zapošljavanje, s podacima iz 2010. godine. The agency work industry around the world, Economic Report, Ciett, <http://www.ciett.org/fileadmin/templates/ciett/docs/Stats/Ciett_econ_report_2012_final.pdf>, str. 12-14., 5.5.2014.

36 Agencije su prije svega manja i srednja poduzeća. No postoji nekoliko multinacionalnih kompanija, primjerice grupacija Adecco (s glavnim sjedištem u Švicarskoj) koja ima agencije

Iako je pravno uređenje agencijskog rada u državama članicama EU-a obilježeno brojnim razlikama, zemlje se mogu podijeliti u četiri skupine, prema kriteriju vrste tržišta rada: utemeljeno na socijalnom dijalogu (npr. Njemačka, Danska); utemeljeno na zakonodavstvu (Belgija, Italija); utemeljeno na tržišnim zakonitostima (UK); te tzv. tržišta u nastajanju (Poljska).³⁷ Agencijski rad uređuje se zakonima, podzakonskim aktima, kolektivnim ugovorima i kodeksima prakse.

U Njemačkoj, zemlji razvijenog socijalnog dijaloga, privremeni rad putem agencija uređen je Zakonom o ustupanju radnika.³⁸ Od kraja 1990-ih pristupa se postupnoj deregulaciji instituta.³⁹ Njemačke agencije za privremeno zapošljavanje obvezuju kolektivni ugovori sklopljeni na razini poduzeća ili sektora.⁴⁰ Uloga sindikata na tržištu s preko 800.000 radnika zaposlenih putem agencije osobito je značajna.⁴¹

u 60 zemalja, dnevno zapošljava više od 100.000 radnika te se nametnula kao vodeća agencija za zapošljavanje. Who we are and what we do, <<http://www.adecco.com/about/default.aspx>>, 7.5.2014. U Europi najveći broj agencijskih radnika imaju Ujedinjeno Kraljevstvo, Njemačka i Nizozemska. Od nama susjednih zemalja, Slovenija zapošljava oko 50.000, Italija 197.000, Mađarska 68.000, Austrija oko 66.000 agencijskih radnika. The agency work industry around the world, op. cit., str. 24.

37 The Role and Activities, op. cit., str. 11.

38 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz idF der Bekanntmachung v. 3.21995 (BGBl. I S. 158), zuletzt geändert durch Art. 7 G. v. 11.8.2014 (BGBl. I S. 1348), <<https://dejure.org/gesetze/AUEG>>, 1.3.2015.

39 Najprije ukidanjem ograničenja ustupanja radnika na razdoblje duže od šest mjeseci i ograničavanja razdoblja zapošljavanja radnika na razdoblje kada je ustupljen korisniku. Weiss, Manfred, Schmidt, Marlene, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2008., str. 66. Najznačajnije reforme agencijskog rada uključuju: postupno produženje razdoblja ustupanja radnika (s početno tri mjeseca, 1985. godine, na 24 mjeseca, 2002.); ukidanje apsolutne zabrane rada u građevinarstvu, 2003. godine; uvođenje mogućnosti rada u nepunom radnom vremenu; te uvođenje minimalne plaće. Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, 2014., <<http://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Arbeitsmarkt-Allgemein/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung-1HJ2013.pdf>>, 30.4.2014.

40 Tijekom 2012. i 2013. godine nekoliko njemačkih sindikata potpisalo je kolektivni ugovor na razdoblje do 2017. godine, koji uređuje postupno izjednačavanje plaća agencijskih radnika s plaćama zaposlenih kod korisnika, za sektore u kojima radi najviše ovih radnika (metalna i kemijska industrija, rudarstvo, željeznički i cestovni prijevoz, uslužni sektor). Najvažniji rezultat kolektivnog ugovora u metalnoj industriji povećanje je cijene rada, npr. za NKV radnika cijena je povećana s 8,19 na 12,29 eura po satu. Spermann, Alexander, Sector Surcharges for Temporary Agency Workers in Germany: A Way Out of the Low-Wage Sector?, Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, IZA Policy Paper No. 67, Bonn, 2013., str. 1-6.

41 U nekim sektorima broj agencijskih radnika u odnosu na ukupan broj zaposlenih doseže i do 30 %. Izvrstan primjer jest njemačka autoindustrija kojoj je osnovni cilj smanjenje troškova rada. U jednoj studiji koja je istražila četiri velika centra proizvodnje automobila utvrđeno je da tvornica BMW u Leipzigu zapošljava 30 % agencijskih radnika, tvornica BMW u Münchenu 30 do 40 %, tvornica Ford 3 do 5 %, te tvornica VW 20 %. Benassi, Chiara, Political economy of labour market segmentation: agency work in the automotive industry, European Trade Union Institute, Working Paper 2013. 06, <<http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Political-economy-of-labour-market-segmentation-agency-work-in-the-automotive-industry>>, 2.5.2014.

Najznačajnije kritike koje upućuju sindikati odnose se na niže plaće i loše uvjete rada agencijskih radnika u odnosu na radnike korisnika, te bojazan da će agencijski radnici zamijeniti stalno zaposlene radnike.⁴²

Belgijsko pravo primjer je vrlo stroge regulative agencijskog rada, na jednom od najuređenijih tržišta rada u Europi. Agencije za privremeno zapošljavanje najčešći su oblik privatnih agencija za zapošljavanje.⁴³ Agencijski rad uređen je savezним i regionalnim zakonodavstvom, a kolektivni radni odnosi vezani uz agencijski rad regionalnim. Reforme 2013. godine dodatno su postrožile zakonodavstvo, čini se upravo zbog raznolikosti tržišta agencijskog rada. Dvojba je jesu li novine, kojima se poboljšavaju uvjeti rada agencijskih radnika, povećava zapošljavanje te sprječavaju zlorabe, u skladu s tendencijom liberalizacije koja je u ovom segmentu rada prisutna u europskom pravu. Kodeksi ponašanja za agencije važan su autonomni, obvezujući izvor prava. Njihov sadržaj utvrđuje se zakonom. Ako na razini sektora ne postoji poseban kodeks ponašanja, primjenjuje se zakonom utvrđeni kodeks. Država potiče donošenje sektorskih kodeksa, a njihovu usklađenost sa zakonom utvrđuje ministar i socijalni partneri.⁴⁴ Poljska također ima izrazito uređeno zakonodavstvo o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje, koje čine jednu od četiri vrste privatnih agencija za zapošljavanje. Jedino ograničenje korištenja agencijskog rada propisano je za sektor oružanih snaga.

Englesko pravo razlikuje agencije za zapošljavanje (*employment agencies*), koje su zapravo posrednici pri zapošljavanju (agencije za regrutiranje) i poduzeća za zapošljavanje (*employment businesses*), koja su poslodavci u smislu agencija kako ih definira Direktiva. Pravni okvir kojim je, vrlo liberalno, uređeno djelovanje oba subjekta čine zakon i posebna Pravila.⁴⁵ Uz to važnu ulogu imaju kodeksi prakse udruženja agencija. Trenutno djeluje samo jedna udruga agencija za privremeno zapošljavanje, s posebnim Kodeksom profesionalne prakse.⁴⁶ Agencije pojedinačno imaju vlastite kodekse dobre prakse ili skup načela, koji se zasnivaju na jednakom ili poštenom postupanju prema radnicima, strategiji korporativne društvene odgovornosti, a često

42 Spermann, A., op. cit., str. 2.-3.

43 Ove posljednje često su članice međunarodnih grupa ljudskih potencijala koje svojim klijentima nude *one-stop-shopping*, jedno mjesto za različite usluge. Broj agencija brzo raste, a razlog za to, među ostalim, jest i obvezno zapošljavanje putem *outsourcinga*, primjerice radnika koji su dobili otkaz: starijih od 45 godina ili mladih radnika koji su postali kolektivni višak. The Role and Activities, op. cit., 66-67.

44 loc. cit.

45 Zakon o agencijama za zapošljavanje (Employment Agencies Act, 1973. godine), Pravila o agencijama za zapošljavanje i poduzećima za zapošljavanje (Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations, 2003., s izmjenama iz 2010. godine) te Pravila o agencijskim radnicima (Agency Workers Regulations, iz 2010. godine), kojima je implementirana Direktiva 2008/104.

46 Recruitment and Employment Confederation (REC). Njezin kodeks temelji se na deset načela: poštovanju prava, težnji poštenju i transparentnosti, poštovanju radnih odnosa, poštovanju različitosti, jamstvu sigurnosti, potpori obrazovanju i vještina, poštovanju određenosti zapošljavanja, osiguranju urednog plaćanja, osiguranju etičkog međunarodnog zapošljavanja i poštovanju privatnosti. The Role and Activities, op. cit., str. 57.

promiču i prava etničkih manjina u Ujedinjenom Kraljevstvu.⁴⁷

3. OGRANIČENJA, ZABRANE I UVJETI ZA RAD AGENCIJA ZA PRIVREMENO ZAPOSŁJAVANJE

3.1. Ograničenja i zabrane

Prema čl. 4.1. Direktive, ograničenja ili zabrane agencijskog rada opravdani su jedino ako se temelje na općem interesu, posebice u vezi sa: zaštitom radnika zaposlenih kod poduzeća za privremeno zapošljavanje, zahtjevom zdravlja i sigurnosti na radu ili potrebom osiguravanja ispravnog funkcioniranja tržišta rada i sprječavanja zlorabab.⁴⁸ Svrha ove odredbe je jasna, u cilju fleksibilnosti ukloniti svaku onu mjeru i propis koji mogu ograničiti poduzetničku slobodu u području privremenog zapošljavanja putem agencije.⁴⁹

Nacionalna zakonodavstva razlikuju se s obzirom na pitanje ograničenja agencijskog rada. Tako autori iz zemalja s fleksibilnijim radnim zakonodavstvom, primjerice Nizozemske, tvrde da je malo vjerojatno da će se u praksi doista pojaviti neki od ovdje navedenih opravdanih razloga.⁵⁰ No kao što ćemo vidjeti, primjer *finškoga predmeta* pred ES-om (C-533/13) to opovrgava. S druge strane, teoretičari iz Francuske, koja ima strogu regulativu, ocjenjuju da će se neki elementi uređenja agencijskog rada, koji se mogu smatrati njegovim ograničavanjem (npr. nišetnost ugovora sklopljenog bez propisane forme, kaznene sankcije i sl.), nastojati opravdati pozivanjem na razloge iz Direktive. Pritom sumnjaju u sposobnost nacionalnih sudova pri odlučivanju o opravdanosti tih razloga i testu razmjernosti, jer će ta pitanja u njihovim rukama biti „poput skliskog pijeska: opasna i veoma nepredvidiva“.⁵¹ Suprotno stajalište, prema kojem nacionalni sudovi trebaju imati središnju ulogu u provođenju prava Unije odnosno ispitivanju sukladnosti nacionalnog prava s pravom EU-a, iznio je nezavisni odvjetnik u spomenutom *finškom predmetu*.⁵²

3.2. Uvjeti za rad agencija

Direktiva ne zadire u uvjete za rad agencija već su oni prepušteni nacionalnim zakonodavstvima država članica, a odnose se na pitanja: registracije, izdavanja dozvola, svjedodžbi, financijskih jamstava ili nadzora poduzeća za privremeno zapošljavanje. Ova pitanja ne samo da nisu predmet Direktive, već su prema čl. 4.4.

47 *ibid.*, str. 56-57.

48 Od država se traži da nastave s nadzorom nad zabranama i ograničenjima (rok je bio kraj prosinca 2011).

49 Robin-Olivier, S., *op. cit.*, str. 404.

50 Grapperhaus, Ferdinand B.J., *A Twist of the Equality Logic: The Directive on Working Conditions for Temporary Agency Workers and Dutch Law*, ELLJ, vol. 1, no. 3, 2010, str. 411.

51 Robin-Olivier, S., *op. cit.*, str. 404.

52 Schlussanträge des Generalanwalts Maciej Szpunar vom 20. November 2014, Rechtssache C-533/13, <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=DE&text=&pageInd...>, 9.2.2015., toč. 76. i d.

izričito isključena iz obveze država da preispituju ograničenja ili zabrane privremenog rada putem agencija.

No očito je da ona utječu na stanje agencija na tržištu rada, što pokazuje usporedba visine financijskih garancija i troškova registracije. U Francuskoj su oni visoki, što dovodi do stvaranja i dominacije velikih, multinacionalnih agencija za zapošljavanje, za razliku od Ujedinjenog Kraljevstva u kojem niski troškovi dopuštaju da se poslom bave i male i srednje agencije.⁵³ S druge strane, slobodno uređivanje uvjeta za rad agencija valja promatrati u vezi s jasno postavljenom svrhom Direktive, uklanjanjem zapreka slobodi poduzetništva agencija radi nužne prilagodbe poduzeća u kontekstu globalnog tržišnog natjecanja.

Agencija za privremeno zapošljavanje u Hrvatskoj, od 2013. godine⁵⁴ može obavljati dvije vrste djelatnosti.⁵⁵ Ona je, s jedne strane, poslodavac koji zapošljava radnika radi ustupanja istog radnika drugom poslodavcu, korisniku. Uvjet za obavljanje ove djelatnosti jesu prethodna registracija agencije prema posebnom propisu i upis u evidenciju ministarstva nadležnog za rad. S druge strane, agencija se može baviti djelatnošću u vezi sa zapošljavanjem radnika, dakle poslovima posredovanja pri zapošljavanju, uz uvjet da posjeduje odgovarajuću dozvolu prema posebnom propisu (čl. 44. st. 1. i 4., ZR). U Hrvatskoj je trenutno registrirano 75 agencija za privremeno zapošljavanje.⁵⁶

Dozvola za rad kao administrativno odobrenje rada agencije prisutno je u velikom broju nacionalnih zakonodavstava, pri čemu treba naglasiti da postoje izuzetci za pojedine djelatnosti. Uz to se često vezuje i uvjet minimalnoga kapitala agencije te stručnih kvalifikacija za vođenje agencije.

U Njemačkoj se danas dozvola izdaje na godinu dana, a nakon tri odobrenja moguće je dobiti stalnu licencu.⁵⁷ Od obveze traženja odobrenja izuzete su neke agencije.⁵⁸ Agencija mora imati određeni minimalni kapital,⁵⁹ a za vođenje agencije ne zahtijevaju se posebne stručne kvalifikacije. Dansko pravo traži od agencija ispunjenje zakonskih pretpostavki koje vrijede za osnivanje trgovačkog društva. Izuzetak čine sektori transporta i zdravstva, za koje su doneseni posebni propisi o licencama.⁶⁰

53 Frenzel, H., op. cit., str. 131.

54 Zakon o izmjenama i dopunama ZR-a, NN 73/2013.

55 Više o prednostima koje je donijelo uklanjanje ograničenja obavljanja poslova posredovanja vidi: Novaković, N., op. cit., str. 12.

56 Popis agencija za privremeno zapošljavanje, <http://www.mrms.hr/ministarstvo-rada-i-mirovinskoga-sustava/trziste-rada-i-zaposljavanje/popis-agencija-za-privremeno-zaposljavanje/>, 25.2.2014. To je značajno povećanje u odnosu na 15.4.2014. kada ih je, prema istom izvoru, bilo 45.

57 U zahtjevu za izdavanje licence podnositelj mora dokazati da je kontaktirao ustanovu za zdravstveno osiguranje kod koje će osiguravati buduće radnike, porezne vlasti kao i osiguravatelja od profesionalnih rizika.

58 Schiek, Dagmar, Agency Work – from Marginalisation towards Acceptance? Agency work in EU Social and Employment Policy and the “implementation” of the draft Directive on Agency work into German law, German law journal, vol. 05, no. 10, 2004, <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=504>>, 1.5.2014.

59 On iznosi 2.000 eura po plaćenom radniku, a najmanje 10.000 eura.

60 Vidi više: The Role and Activities, str. 62.

Stroga regulativa uvjeta za rad agencija postoji u Belgiji. Postupak za izdavanje dozvole za rad vrlo je složen. Uključuje obvezu podnošenja nekoliko svjedodžbi o sposobnostima, solventnosti i zadovoljavanju propisa poreznog i socijalnog prava. Licenca može biti privremena ili stalna, što ovisi o regionalnim propisima. U agenciji mogu kao menadžeri i zaposlenici raditi samo osobe koje imaju profesionalne kvalifikacije. Podnositelj zahtjeva za osnivanje agencije ne smije imati porezne dugove, neplaćene kazne ili kamate. Sve privatne agencije za zapošljavanje moraju djelovati *bona fide*, poštovati stroga pravila o zaštiti osobnih podataka potencijalnih radnika – tražitelja posla, štititi radnike i klijente, poštovati porezne propise i propise socijalnog osiguranja. Vrlo formaliziran postupak karakterističan je za registraciju i izdavanje dozvole i prema poljskom pravu. No agencija se može osnovati bez minimalnoga kapitala ili depozita, a za njezino vođenje ne traži se posebna stručnost.

U Ujedinjenom Kraljevstvu agencijski je rad podvrgnut malobrojnim formalnim zakonskim ograničenjima. Agencije djeluju gotovo potpuno slobodno jer nema zakonskih odredbi o minimalnom početnom kapitalu ili posebnim profesionalnim kvalifikacijama za vođenje agencija. Za rad agencija odnosno poduzeća za zapošljavanje u pravilu nije potrebna posebna dozvola, osim za sektor poljoprivrede, uzgoj školjaka i povezane djelatnosti.⁶¹

Jedan od važnih uvjeta za rad agencija jesu praćenje i nadzor nad njihovim radom te posljedično sankcioniranje nezakonitih postupanja. Od 2013. godine agencije su u Hrvatskoj obvezne dostavljati ministarstvu nadležnom za poslove rada podatke o obavljanju poslova ustupanja, što je detaljno propisano posebnim pravilnikom.⁶² Obveza prikupljanja statističkih podataka uvedena je radi praćenja rada agencija.⁶³ Ipak službeni podatci o radu agencija još uvijek nisu dostupni. U VIII. glavi ZR-a su kao teži i najteži prekršaji poslodavaca (agencija) navedeni slučajevi kršenja zakona i zapriječene odgovarajuće novčane kazne.

U Njemačkoj su praćenje i nadzor rada agencija popraćeni učinkovitim sustavom sankcija. Agencije su obvezne dvaput godišnje podnositi statistička izvješća zemaljskim odjelima nadležnim za agencijski rad.⁶⁴ Kontrolu agencija vrše javna služba nadležna za zapošljavanje i tijela financijske kontrole (posebice ona koja prate rad na crno). Sankcije za agencije koje imaju urednu dozvolu za rad mogu biti, s jedne

61 Licenciranje agencija, propisano Zakonom iz 1973. godine, kasnije je ukinuto za sve sektore, osim spomenutih, na koje se primjenjuje Zakon o licenciranju osoba posrednika (Gangmasters (Licensing) Act), 2004., kao rezultat tragične nesreće 2004. godine u kojoj je poginuo 21 kineski radnik. Bez uspjeha je traženo proširenje i na građevinski sektor. Za sektor medicinske njege i socijalne zaštite (njega u kući) nužna je registracija pri posebnom povjerenstvu. The Role and Activities, op. cit., str. 56.

62 Pravilnik o sadržaju, načinu i roku dostave statističkih podataka o privremenom obavljanju poslova, NN br. 122/13. Podatci se trebaju dostaviti najkasnije do 1. ožujka tekuće godine za prethodnu godinu, putem posebnog obrasca. Prema čl. 3. st. 1. podatci se odnose na podatke o agenciji, korisniku i ustupljenim radnicima.

63 Novaković, N., op. cit., str. 12.

64 O broju radnika prema određenim kriterijima, broju ustupanja i broju korisnika, kao i trajanju ugovora o radu s pojedinim agencijskim radnikom.

strane, prekršajne novčane kazne⁶⁵ te, s druge, oduzimanje dozvole za rad.⁶⁶ No valja istaknuti posebno stroge sankcije propisane za agencije i korisnike koji ustupanje vrše bez valjane dozvole za rad.⁶⁷

Praćenje agencijskog rada u Belgiji uključuje obvezu izvješćivanja o radu agencije. Nadzor se odnosi na licencu, registraciju i godišnja izvješća o radu. Inspektorat rada nadležan je za nadzor primjene propisa, izdaje upozorenja i određuje rokove, a u slučaju prekršaja predlaže sankcije, među ostalim, i oduzimanje dozvole za rad. Sankcija može biti i prekršajna novčana kazna te kazna zatvora. Ako je posljedično tome ugovor između agencije i radnika ništetan, vrijedi presumpcija o postojanju radnog odnosa na neodređeno vrijeme između agencijskog radnika i korisnika. Praćenje rada agencije u poljskom se pravu temelji na nadzoru obveznih godišnjih izvješća agencija te inspekcijskom nadzoru. Za kršenje obveze izvještavanja ili rad protivno propisima predviđene su novčane kazne ili kazna brisanja iz registra agencija.⁶⁸

Prema engleskom pravu država ima sporednu ulogu u nadzoru rada agencija i njihovu sankcioniranju jer se na agencijski rad u najvećoj mjeri primjenjuju autonomni kodeksi prakse trgovačkih udruženja, a za prekršaje su nadležne prije svega udruge agencija. Poseban državni Inspektorat za standarde agencija za zapošljavanje može zabraniti obavljanje ovih usluga na razdoblje do deset godina ako utvrdi da je bilo teških prekršaja.⁶⁹

4. AGENCIJSKI RAD KAO TROSTRANI PRAVNI ODNOS

Kod rada putem agencija za privremeno zapošljavanje riječ je „o radnom odnosu u kojem sudjeluju tri subjekta.“⁷⁰ Jedan od njih je radnik u radnom odnosu s agencijom, kao drugim subjektom. Radnik obvezu rada ne izvršava prema agenciji, nego prema trećem subjektu, korisniku kojem ga je agencija ustupila na rad, koji ovaj obavlja prema uputama i pod nadzorom poslodavca korisnika. Radnik od agencije prima plaću za rad obavljen korisniku. Agencija od korisnika naplaćuje naknadu za rad koji je ustupljeni radnik obavio korisniku. U ovakvom složenom trostranom odnosu postoji više pravnih poslova koje sklapaju navedeni subjekti. Agencija s korisnikom sklapa ugovor o ustupanju, a radnik i agencija sklapaju ugovor o radu. U ovome dijelu

65 Najčešće zbog nepravilne primjene sporazuma o radu u praksi te izvještaja o plaći za fleksibilno radno vrijeme.

66 Zbog kršenja propisa o socijalnom osiguranju, angažiranju radnika iz stranih zemalja, zapošljavanja stranaca, pravila o sigurnosti na radu i dr.

67 Poduzećima korisnicima može se zabraniti rad, izreći visoka novčana kazna (do 30.000 eura, čak i za angažiranje samo jednog radnika), a vrijedi i presumpcija postojanja radnog odnosa između korisnika i agencijskog radnika. Za vlasnike poduzeća korisnika koji su zaposlili strane državljane zapriječena je i kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna, a kada korisnik djeluje u grubom vlastitom interesu zatvorska kazna može iznositi od šest mjeseci do pet godina, uz istodobnu odgovornost korisnika i agencije. The Role and Activities, op. cit., str. 60-61.

68 ibid., str. 63-67, 72-74.

69 Najčešće se krše obveze iz granskog kolektivnog ugovora, obveza obavještavanja o slobodnim radnim mjestima kod korisnika ili vođenje evidencije radnika. ibid., str. 57.

70 Potočnjak, Ž., op. cit., str. 299.

rada analiziraju se temeljna obilježja ovih pravnih poslova.

4.1. Ugovor o ustupanju radnika

Pravni temelj odnosa između agencije i korisnika u hrvatskom pravu jest pisani ugovor (ranije: sporazum) o ustupanju radnika.

4.1.1. Sadržaj ugovora

ZR u čl. 45. propisuje sedam uglavaka koje ugovor mora sadržavati: 1. broj ustupljenih radnika potrebnih korisniku, 2. razdoblje na koje se ustupaju radnici; 3. mjesto rada; 4. poslove koje će ustupljeni radnici obavljati; 5. način i razdoblje u kojem korisnik mora ispostaviti agenciji obračun za isplatu plaće te propise koji se kod korisnika primjenjuju na utvrđivanje plaće, 6. osobu koja je ovlaštena za zastupanje korisnika prema ustupljenim radnicima te 7. opće uvjete poslovanja agencije.⁷¹ U odnosu na ranije važeći zakon, navedeni ugovor više *ne mora* sadržavati odredbe o znanjima i vještinama koje radnik mora posjedovati za rad na određenim poslovima, kao ni uvjetima rada vezanim uz te poslove odnosno radna mjesta. No o ovim posljednjima korisnik će morati pri sklapanju ugovora potpuno i istinito, u pisanom obliku izvijestiti agenciju (čl. 50. st. 2). Ugovorom se može utvrditi obveza korisnika da vodi evidenciju radnog vremena ustupljenih radnika, način i rok njezine dostave agenciji. Za upućivanje radnika u inozemstvo propisana su dodatna tri uglavka.⁷²

Istaknimo da je u ovom dijelu bilo i izmjena terminološke naravi, naime radnik se više ne ustupa za obavljanje privremenih poslova, već za *privremeno obavljanje poslova*. Prema mišljenju I. Gović time se naglašava da radnik ne obavlja privremene poslove, već privremeno obavlja poslove trajne naravi.⁷³ Ranije je Ministarstvo rada i mirovinskog sustava „privremeno obavljanje poslova“ tumačilo kao one poslove koji se u pravilu ponavljaju na način da u određenim razdobljima postoji potreba za njihovim obavljanjem, a u određenim razdobljima takva potreba ne postoji.⁷⁴ Smatramo da je potrebno pažljivo tumačenje, koje će uzeti u obzir privremenu narav takvog rada naglašenu Direktivom 2008/104, kako bi se spriječilo da se agencijski rad koristi neopravdano, za duže obavljanje poslova trajne naravi kod korisnika. U tom smislu, upućujemo na argumente nezavisnog odvjetnika u spomenutom *finjskom predmetu* pred Europskim sudom (v. *infra* pogl. 7).

71 M. Učur zaključuje da je zbog toga ugovor po svojoj naravi tipski sporazum. Učur, M., op. cit., str. 15.

72 Odnose se na: podatke o zakonodavstvu koje se primjenjuje na radni odnos ustupljenog radnika, pravima ustupljenog radnika koja se ostvaruju na temelju ZR-a i drugih zakona Republike Hrvatske i koja je korisnik dužan osigurati ustupljenom radniku, te obvezi naknade troškova vraćanja u zemlju.

73 Gović Penić, Iris, Izmjene Zakona o radu s objašnjenjima i pročišćenim tekstom Zakona o radu, Zagreb, TEB poslovno savjetovanje, 2013., str. 34.

74 Članak 24. – Agencija za privremeno zapošljavanje, <<http://www.mrms.hr/pitanje/clanak-24-agencija-za-privremeno-zaposljavanje/>>, 29.4.2014.

4.1.2. *Zabrana sklapanja ugovora o ustupanju radnika*

Kao što je istaknuto, svi slučajevi u kojima zakonodavstvo zabranjuje sklapanje ugovora o ustupanju radnika predstavljaju ograničenje rada agencija pa zahtijevaju posebnu analizu.

Naš ZR izričito zabranjuje sklapanje sporazuma o ustupanju radnika u sljedećim slučajevima: 1) za zamjenu radnika kod korisnika kod kojega se provodi štrajk; 2) za poslove koje su obavljali radnici za koje je korisnik proveo zakonski postupak zbrinjavanja kolektivnog viška radnika u prethodnom razdoblju od šest mjeseci; 3) za poslove koje su obavljali radnici kojima je korisnik, poslovno uvjetovanim otkazom otkazao ugovore o radu u prethodnom razdoblju od šest mjeseci; 4) za obavljanje poslova koji su prema propisima o zaštiti na radu poslovi s posebnim uvjetima rada, a ustupljeni radnik ne ispunjava te posebne uvjete te 5) ustupanje radnika drugoj agenciji.

Među navedenim, novina jest izričita zabrana takvog ustupanja radnika čija bi svrha bila zamjena onih stalnih radnika korisnika kojima je u prethodnih šest mjeseci korisnik otkazao ugovor o radu zbog kolektivnog viška radnika ili poslovno uvjetovanim otkazom. U ovom posljednjem slučaju jasna je namjera usklađivanja s odredbom čl. 115. st. 5. ZR-a. No u slučaju kolektivnog viška radnika čini se da je korisniku neopravdano sužena mogućnost zapošljavanja na onim radnim mjestima koja su ostala upražnjena, ne zbog poslovno uvjetovanih razloga, već zbog sporazuma radnika s poslodavcem na prijedlog poslodavca (pravilo o asimilaciji, čl. 127. st. 2).

Novost je i dopuštanje zapošljavanja putem agencija na poslovima s posebnim uvjetima rada, ako ustupljeni radnik ispunjava uvjete za obavljanje tih poslova.

Također, važnu novinu predstavlja brisanje zakonske odredbe prema kojoj se zabrana sklapanja ugovora mogla utvrditi kolektivnim ugovorom koji obvezuje korisnika.⁷⁵ Iako na prvi pogled možemo reći da se ovime značajno sužava mogućnost da se, kroz kolektivno pregovaranje, ograniči ovakav atipični rad kod poslodavca korisnika ako za to postoje opravdani razlozi, s druge strane, smatramo da bi odredba kolektivnog ugovora koja bi ipak sadržavala takvu zabranu bila u skladu s čl. 4. Direktive, ako bi razlozi zabrane korištenja agencijskog rada bili opravdani, odnosno u općem interesu. U tom smislu upućujemo na stajališta nezavisnog odvjetnika u *finskom predmetu*, koja smatramo relevantnim za ovakav zaključak. Prvo, čl. 4.1. je ograničen na utvrđenje zabrane neopravdanih ograničenja agencijskog rada nekom normom kojom se implementira Direktiva; drugo, obveza nacionalnih sudova na sukladno tumačenje ne ograničava se samo na implementaciju Direktive unutarnjim pravom država, nego zahtijeva i da nacionalni sudovi uzmu u obzir cjelokupno nacionalno pravo kako bi ocijenili u kojoj mjeri se ono može primijeniti na način da rezultat nije suprotan Direktivi.⁷⁶

Zadržimo se još na pitanju zamjene stalnih radnika koji su u zakonitom štrajku s ustupljenim radnicima. Slične zabrane možemo naći i u komparativnom pravu, praćene i strogim sankcijama. Tako je, primjerice, francuski Zakonik o radu zabranu

⁷⁵ Čl. 25. st. 4. t. 5. ZR 10.

⁷⁶ Schlussanträge, op. cit., toč. 134, 143.

korištenja privremenih radnika kao zamjenu za stalne radnike koji su u štrajku (čl. L 1251-10) popratio kaznom sankcijom, kaznom zatvora do najduže šest mjeseci, u slučaju opetovanog kršenja zabrane (uz novčanu kaznu od 7.500 eura; čl. L 1254-5).⁷⁷

Usporedbe radi, prema strogom belgijskom pravu agencijski radnici mogu se angažirati samo u četiri zakonom taksativno navedena slučaja, od kojih praktičnu vrijednost imaju: zamjena stalnog radnika, privremeno povećanje opsega posla i obavljanje neredovitog rada. Svrha je zaštititi stalne zaposlenike poduzeća korisnika. Prema novom zakonu iz 2013. godine agencijski rad zamišljen je kao prvi korak u zapošljavanju radnika kao stalnog radnika pa će korisnici morati dokazati zašto odmah ne zapošljavaju agencijske radnike kao svoje stalne radnike. Kako bi se spriječile zloporabe korištenja agencijskog rada, kao zamjene za redovite poslove, zakonom je ograničeno najduže razdoblje zaposlenja istog radnika.⁷⁸

4.2. Ugovor o radu za privremeno obavljanje poslova i vremensko ograničenje ustupanja radnika

4.2.1. Trajanje ugovora i vremensko ograničenje ustupanja radnika

Agencija, kao poslodavac, i radnik mogu sklopiti ugovor o radu na određeno ili neodređeno vrijeme (čl. 46. st. 1., ZR). Ovu odredbu valja povezati s odredbom o vremenskom ograničenju ustupanja radnika. Ono je najvažnija zakonska izmjena u području agencijskog rada, oko koje se dugo pregovaralo sa sindikatima.

Vremensko ograničenje rada novi je ZR produžio s jedne na tri godine, a ostaje ograničeno na obavljanje istih poslova. Promijenjena je i formulacija odredbe pa dok ranije agencija nije smjela ustupiti radnika korisniku, prema novom ZR-u korisnik ne smije koristiti rad istog ustupljenog radnika za obavljanje istih poslova duže od tri godine. Iako na prvi pogled formulacija upućuje na to da je odgovornost prebačena na korisnika, to nije slučaj, već je za kršenje navedene odredbe i dalje odgovorna agencija kao za teži prekršaj poslodavca.⁷⁹ Produženo je i razdoblje prekida rada koje ne utječe na prekid kontinuiteta rada ustupljenog radnika kod korisnika, pa se umjesto ranije jednomjesečnog prekida, sada prekid kraći od dva mjeseca ne smatra prekidom trogodišnjeg razdoblja.

Nakon proteka dopuštenog vremena agencija je slobodna korisniku ustupiti druge radnike za isti posao,⁸⁰ odnosno istog radnika za druge poslove. Dosadašnja je praksa pokazala da su agencije ovo ograničenje zaobilazile i na način da radnik može obavljati posao za istog korisnika duže od (ranije) jedne godine, tako da ga po isteku dopuštenog vremena ustupanja zaposli „sestrinska“ agencija, dok on zapravo

77 Ove odredbe u skladu su s Direktivom jer se u toč. 20. Preambule izričito navodi da se njezinim odredbama o ograničenjima ili zabranama privremenog rada putem agencija ne dovodi u pitanje nacionalno zakonodavstvo ili prakse koje zabranjuju da se radnici koji su u štrajku zamijene agencijskim privremenim radnicima. O pravnoj snazi odredbi preambula, vidi Robin-Olivier, S., op. cit., str. 404-405.

78 The Role and Activities, op. cit., str. 63-65.

79 Čl. 223. st. 1. t. 9. (ranije čl. 229. st. 1. t. 10).

80 Mihnjuk, Nataša, Privremeno zapošljavanje, *RP*, br. 3, 2007., str. 20.

neprekidno radi za istoga korisnika.⁸¹

Nesigurnosti i prekarnosti rada ustupljenih radnika pridonijet će još jedna novina, uvođenje dva opravdana razloga za korištenje ove vrste rada duže od tri godine, i to ako je to potrebno zbog zamjene privremeno nenazočnog radnika ili je zbog nekih drugih objektivnih razloga dopušteno kolektivnim ugovorom.⁸² Može se zaključiti da kolektivni ugovor postaje bitan instrument za utvrđivanje korištenja agencijskog rada i duže od tri godine. Promjene u ovom dijelu idu u pravcu liberalizacije korištenja agencijskog rada, osobito ako je riječ o produženju vremena korištenja agencijskih radnika.

Navedimo, radi usporedbe, rješenja komparativnog prava. U Nizozemskoj razdoblje korištenja traje najduže tri i pol godine, nakon čega se radniku mora ponuditi ugovor na neodređeno vrijeme.⁸³ U Njemačkoj iznosi 24 mjeseca. Vrlo je kruto belgijsko zakonodavstvo, koje zapošljavanje istog radnika ograničava na tri puta za isto radno mjesto, na najduže šest mjeseci.⁸⁴

Problem dužine angažiranja agencijskih radnika mora se promatrati u vezi s privremenom naravi takvog rada, koja je u Direktivi posebno istaknuta. Na ovaj problem detaljnije ćemo se osvrnuti u analizi predmeta *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäläitto AKT ry v. Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy, infra* pogl. 7.

4.2.2. Sadržaj ugovora

Zbog specifičnosti ovoga radnopravnog odnosa, zakonom je posebno uređen sadržaj ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova. Ovaj ugovor mora sadržavati, osim gotovo svih minimalnih uglavaka koje mora imati svaki ugovor o radu (iz čl. 15. st. 1. toč. 1. i toč 4. do 7. ZR-a, a ako se radnik ustupa u inozemstvo, i uglavaka iz čl. 18. st. 1.), još i sljedeće podatke: o tome da se ugovor sklapa radi ustupanja radnika za privremeno obavljanje poslova kod korisnika; naznaku poslova za čije će se obavljanje radnik ustupati; obveze agencije prema radniku u razdoblju kada je ustupljen. Od obveznih podataka izostavljen je podatak o mjestu (mjestima) rada radnika jer to zbog posebnosti obavljanja rada kod jednog (više) (ne)poznatih korisnika u trenutku sklopanja ugovora nije ni moguće utvrditi.

Kada agencija s radnikom sklapa ugovor na određeno vrijeme koje je jednako vremenu na koje se radnik ustupa korisniku, zakonom su propisani dodatni obvezni

81 Fokus, 14. 4. 2014., <<http://www.hrt.hr/enz/fokus/241414/>>, 29.4.2014.

82 Usp. odredbu čl. 12. st. 3. o ograničenju ukupnog trajanja ugovora o radu na određeno vrijeme.

83 Riječ je o detaljno uređenom radnom odnosu, u skladu s razvijenim modelom fleksigurnosti. Rad se odvija u tri etape: u prvoj je veza između radnika, korisnika i agencije najslabija; drugu etapu odlikuje nešto veća povezanost među subjektima, dok u trećoj agencija i radnik sklapaju ugovor na neodređeno vrijeme. Više: Van Liemt, Gijsbert, *Private employment agencies in the Netherlands, Spain and Sweden*, Geneva, International Labour Office, 2013., str. 12 i d., <http://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_231420/lang--en/index.htm>, 1.5.2014.; Tijdens, Kea, i dr., *Temporary agency work in the Netherlands*, Amsterdam institute for Advanced labour studies, Working Paper Number 06/54, 2006., str. 32 i d., <www.uva-aiaas.net/files/working_paper/WP54.pdf>, 1.5.2014.

84 The Role and Activities, op. cit., str. 59-67.

uglavci.⁸⁵ Ovdje se ponavljaju neki od obveznih uglavaka ugovora o radu (stranke, prebivalište, sjedište), što je nomotehnički nepotrebno. Također, u nekim slučajevima neće biti moguće utvrditi točan datum završetka rada radnika, primjerice ako je ugovor sklopljen radi zamjene privremeno odsutnog radnika, pa bi postojeću formulaciju čl. 46. st. 4. t. 6. trebalo *de lege ferenda* nadopuniti riječima „odnosno očekivanom trajanju ugovora“.

4.3. Obveze agencije i korisnika prema radniku

4.3.1. Obveze agencije

Prema novom ZR-u agencija je obvezna ustupljenom radniku uvijek uručiti i uputnicu, u kojoj moraju biti naznačeni oni podaci koje mora sadržavati ugovor o radu (čl. 49. st. 1).⁸⁶ Agencija ima obveze vezane uz profesionalno osposobljavanje radnika, prije i poslije ustupanja radnika (više *infra* pogl. 6.). Spomenimo da je agencija obvezna radniku isplatiti ugovorenu plaću za obavljeni rad i ako korisnik nije agenciji ispostavio obračun za isplatu plaće. Agenciji je zabranjeno naplaćivanje naknade radniku za obavljenju uslugu ustupanja korisniku. Praksa koja je postojala prije uvođenja takve zabrane pokazala je da se naknada nije naplaćivala od radnika već samo od korisnika.⁸⁷

4.3.2. Obveze korisnika

Prema Zakonu korisnik se smatra poslodavcem vezano uz primjenu odredbi ZR-a, drugih zakona i propisa o sigurnosti i zaštiti radnika na radu te posebnoj zaštiti određenih grupa radnika (čl. 50. st. 1.). Drugim riječima, agenciju se ne može smatrati odgovornom za slučaj ozljede na radu.⁸⁸ Za utvrđivanje i provođenje mjera politike osoblja važne su dvije zakonske obveze (čl. 50. st. 3.) koje, u skladu s Direktivom, terete korisnika, a sastoje se u (najmanje jednom) godišnjem izvještavanju ustupljenih radnika o slobodnim radnim mjestima (više *infra* pogl. 6.), a radničko vijeće o ustupljenim radnicima.

4.4. Specifičnosti otkaza ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova

Za ugovor o radu ustupljenih radnika karakteristična je neprimjena odredbi o

85 Podaci o strankama, njihovu prebivalištu odnosno sjedištu, očekivanom trajanju ugovora, sjedištu korisnika, mjestu rada, poslovima koje će radnik obavljati, datumu početka i završetka rada, plaći, dodacima na plaću i razdobljima isplate plaće te trajanju redovitog radnog dana ili tjedna (čl. 46. st. 4.).

86 Ranije je agencija tu obvezu imala samo u slučaju ako je s radnikom sklopila ugovor o radu na neodređeno vrijeme ili ugovor na određeno vrijeme za koje radnik nije u cijelosti ustupljen korisniku (čl. 29. st. 1., ZR 10).

87 Novaković, N., op. cit., str. 12.

88 N. Novaković ističe potrebu da se propiše obveza korisnika da prijavi ozljedu na radu za ustupljenog radnika, a ne da to čini agencija. *ibid.*, str. 15.

otkazu u slučaju kolektivnog viška radnika (čl. 47. st. 1.). Također, agencija može otkazati radniku izvanrednim otkazom ako su kod korisnika ispunjeni razlozi za tu vrstu otkaza (čl. 116. st. 1), a korisnik je o tome obavijestio agenciju u pisanom obliku, u roku od 15 dana od dana saznanja za činjenicu na kojoj se temelji otkaz (čl. 47. st. 2). Prema zakonskoj odredbi ovaj rok počinje teći od dana pisane obavijesti koju šalje korisnik. Iz odredbe nije jasno o kojem se trenutku radi. Pretpostavljamo da je zakonodavac mislio na trenutak dostave obavijesti agenciji, ali bi radi pravne sigurnosti to trebalo *de lege ferenda* precizno odrediti. Zakonom je utvrđen i slučaj koji ne može predstavljati opravdani razlog za otkaz ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova, a to je prestanak potrebe za ustupljenim radnikom kod korisnika prije isteka razdoblja za koje je ustupljen (čl. 47. st. 4). Zaštitu svojih prava ustupljeni radnik može tražiti kod agencije kao poslodavca i pred sudom, prema općim pravilima o ostvarivanju prava i obveza iz radnog odnosa (čl. 133. ZR).

5. NAČELO JEDNAKOG POSTUPANJA

5.1. Općenito

Ključni trenutak zaštite ustupljenih radnika sadržan je u čl. 5.1. Direktive koji sadrži načelo jednakog postupanja prema agencijskim radnicima i radnicima izravno zaposlenim kod korisnika, a odnosi se na, doduše ograničen, broj „osnovnih uvjeta rada i zapošljavanja“.⁸⁹ Riječ je o spornom načelu koje je predmet čestih rasprava.

U čl. 5. navodi se da osnovni uvjeti rada i zapošljavanja agencijskih radnika moraju biti, za vrijeme trajanja njihova ustupanja poduzeću korisniku, najmanje jednaki onima koji bi se primjenjivali da ih je na isto radno mjesto zaposlilo izravno poduzeće korisnik.

Iako je Direktiva pod „osnovne uvjete“ svrstala plaću te trajanje radnog vremena, prekovremeni rad, pauze, odmore, noćni rad, blag dane i državne praznike, ostaje otvoreno pitanje njihova tumačenja jer je riječ o uvjetima koji se različito shvaćaju i uređuju od države do države, zakonima, drugim propisima, administrativnim odredbama i kolektivnim ugovorima te drugim prisilnim normama na snazi u poduzeću korisniku. Zato se u literaturi ocjenjuje da će Europski sud imati važnu ulogu u njihovu tumačenju.⁹⁰ Istaknimo da su prema toč. 16. Preambule, države te koje mogu dopustiti socijalnim partnerima definirati ove uvjete, radi fleksibilnog pristupa različitostima tržišta rada i kolektivnih radnih odnosa.

89 Načelo jednakog postupanja i zabranu diskriminacije atipičnih (fleksibilnih) radnika općenito treba razlikovati od reguliranja nediskriminacije shvaćene u tradicionalnom smislu. Jednako postupanje ne temelji se u ovom slučaju na osobnim obilježjima radnika (spol, rasa, dob ...) vezanim uz ljudska prava, već na ugovoru o radu (zapošljavanju), njegovu obliku i sadržaju, fleksibilnosti i pitanju politike zapošljavanja. Rönmar, Mia, *The Regulation of Temporary Agency Work in Sweden and the Impact of the (2008/104/EC) Directive*, ELLJ, vol. 1, no. 3, 2010, str. 424.

90 Robin-Olivier, S., op. cit., str. 401.

5.2. Hipotetski komparator

U načelu jednakog postupanja umjesto usporedbe s izravnim komparatorom, radnikom na sličnom položaju u poduzeću korisniku zaposlenom na neodređeno vrijeme, u punom radnom vremenu,⁹¹ koristi se usporedba s hipotetskim komparatorom, što se ocjenjuje prilagođavanjem pod utjecajem načela fleksibilnosti. Naglasak više nije na vrsti ugovora, čime se sprječava diskriminacija radnika na temelju različitog radnopravnog statusa.⁹²

Agencijski radnik za vrijeme svoga rada u poduzeću korisniku treba, dakle, uživati barem jednakost u odnosu na temeljne uvjete rada i zaposlenja koji bi se primjenjivali da ga je „izravno zaposlilo poduzeće korisnik na istom radnom mjestu“. To vrijedi od prvog dana njegova zaposlenja.⁹³ Odredbe svih pravnih izvora koji uređuju temeljne uvjete rada i zaposlenja, a obvezno se primjenjuju na sve izravno zaposlene radnike poduzeća korisnika, moraju se na isti način primijeniti i na privremene radnike.

Usporedba s hipotetskim komparatorom značajna je zbog niza pitanja. Hipotetski komparator dobiva posebnu važnost u slučajevima u kojima se ranije ne bi mogao pronaći usporedivi radnik. Jednako tako za agencijskog radnika prednost je i u tome što će pri određivanju plaće trebati uzeti u obzir dužinu njegova staža u poduzeću i stupanj kvalifikacije. Za poslodavca važne su moguće razlike u plaći ovisno o sektoru i profesiji. Moguće su i razlike u razini plaće ovisno o tome primjenjuje li se na agencijske radnike kolektivni ugovor poduzeća ili neki opći kolektivni ugovor koji propisuje minimalnu plaću za sektor agencija, što može značajno sniziti razinu plaće za privremene radnike.⁹⁴

Bitno ograničenje, a time i nedostatak ovako oblikovanog načela jednakog postupanja predstavlja, međutim, upravo suženi krug „osnovnih uvjeta rada“, kako ih definira Direktiva u čl. 3.1.(f). To znači da agencijski radnici mogu imati različit status s obzirom na sve druge uvjete zaposlenja, koji nisu uključeni u definiciju „osnovnih uvjeta“.

Analiza usporednog zakonodavstva pokazuje da su neka od njih, primjerice Ujedinjeno Kraljevstvo, još uvijek „neprijateljski raspoložena prema korištenju hipotetskog komparatora“ pa koriste kompromis između stvarne i hipotetske usporedbe.⁹⁵ I formulacija iz čl. 46. st. 5. ZR-a o uvjetima rada „radnika zaposlenog kod korisnika na istim poslovima, koje bi ustupljeni radnik ostvario da je sklopio ugovor o radu s korisnikom“ miješa hipotetskog i izravnog komparatora. Stoga

91 Kao što je upotrijebljeno u načelu zabrane diskriminacije iz toč. 4.1. Direktive br. 1999/70/EZ o radu na određeno vrijeme.

92 Frenzel, H., op. cit., str. 127.

93 Iznimno, od primjene se može odstupiti u određenom kvalificirajućem razdoblju, kao što je primjerice učinjeno u zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva.

94 Frenzel, Helen, op. cit., str. 127-128.

95 S obzirom na problem utvrđivanja radnopravnog statusa zaposlenih osoba, svojstven za englesko pravo, to će za sudove i tribunale značiti ne samo obvezu utvrđivanja hipotetskih uvjeta, nego i klasificiranja hipotetskog ugovora s agencijom kao jedne od više vrsta ugovora na temelju kojih je moguće obavljanje rada (*contract of employment, worker's contract* ili *contract for services*). Davies, Anne, *The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work in the UK: A Missed Opportunity*, ELLJ, vol. 1, no. 3, 2010, str. 319. i d.

predlažemo da *de lege ferenda* glasi „Ugovorena plaća... odnosno drugih uvjeta rada koje bi ustupljeni radnik ostvario da je sklopio ugovor o radu s korisnikom“. Također, stavkom 8. istoga članka dopušteno je da se plaća (ili drugi uvjeti rada) utvrde ugovorom o ustupanju, ako se ne mogu utvrditi na prije naveden način. Budući da se ovime odstupa od kriterija hipotetskog komparatora, odredbu bi kao protivnu Direktivi trebalo *de lege ferenda* brisati.

5.3. Derogacije od načela jednakog postupanja

Među teoretičarima radnoga prava ističe se kako bi načelo jednakog postupanja kao najznačajniji element zaštite ustupljenih radnika bio važan korak naprijed u unaprjeđenju položaja ovih radnika, da nije ugroženo derogacijama sadržanima u čl. 5. t. 2.-4. Direktive.⁹⁶

Prvo odstupanje odnosi se na mogućnost različitog postupanja s obzirom na plaću, i to prema radnicima koji imaju ugovor o radu na određeno vrijeme. Prema odredbi čl. 5.2. države članice mogu utvrditi, nakon savjetovanja sa socijalnim partnerima, da radnici koji s agencijom imaju ugovor na neodređeno vrijeme mogu nastaviti primati plaću u razdoblju između dva ustupanja. To upućuje na razlikovanje dvije vrste privremenih radnika, onih zaposlenih na neodređeno vrijeme i onih koji to nisu. Ovi posljednji ostaju tako bez značajne zaštite u razdoblju kada nisu ustupljeni za rad.⁹⁷

Drugo odstupanje sadržano je u mogućnosti država da socijalnim partnerima, nakon konzultacija s njima, ponude opciju zadržavanja ili sklapanja kolektivnih ugovora kojima se, poštujući opću zaštitu agencijskih radnika, mogu utvrditi odredbe o uvjetima rada i zapošljavanja agencijskih radnika koji se mogu razlikovati od zaštite zajamčene primjenom načela jednakog postupanja (čl. 5.3.). To znači da se mogu zadržati ili donositi kolektivni ugovori (*collective agreements*) koji čak odstupaju od zahtjeva jednakog postupanja; derogacije moraju biti rezultat kolektivnog pregovaranja, uz poštovanje *opće zaštite* privremenih radnika.⁹⁸

U trećem slučaju derogacije su moguće ako zakonodavstvo države ne poznaje institut proširenja kolektivnog ugovora na nacionalnoj razini ili ako zakonodavstvo ili praksa ne poznaju proširenje odredbi kolektivnog ugovora na sva slična poduzeća u određenom sektoru ili na određenom zemljopisnom području. Tada su pri utvrđivanju općih uvjeta rada i zapošljavanja privremenih radnika moguća odstupanja ako se privremenim radnicima osigura *adekvatna razina zaštite*. To je moguće nakon konzultacija sa socijalnim partnerima na nacionalnoj razini i na temelju sporazuma

96 Propisivanje iznimki rezultat je prilagođavanja odredbi Direktive zakonskim rješenjima nekih država članica (npr. Švedska, Ujedinjeno Kraljevstvo, Njemačka), tijekom pregovora. Tako se švedska vlada borila za zadržavanje svojeg autonomnog sustava kolektivnog pregovaranja, što je rezultiralo ovakvim sadržajem čl. 5.3. Direktive. Više: Rönmar, M., op. cit., str. 424.

97 U doktrini se zaključuje kako bi njima u tom razdoblju bilo potrebno pružiti zaštitu koju uživaju atipični radnici. S druge strane, otvara se pitanje jesu li privremeni radnici zaposleni u agenciji na neodređeno vrijeme u nekoj vrsti standardnog radnog odnosa. Frenzel, H., op. cit., str. 128.

98 Ova opcija u skladu je s tradicionalnim prvenstvom koje se na EU razini daje kolektivnom pregovaranju pred državnim regulativom, kao načinom da se bolje odgovori različitim potrebama industrije. Robin-Olivier, S., op. cit., str. 401.

(*arrangement*) koji su oni sklopili. Sporazumom bi se trebali utvrditi opći uvjeti rada i zapošljavanja različiti od onih koji jamče jednako postupanje. Direktiva naznačuje obilježja i sadržaj mogućeg sporazuma,⁹⁹ kojim se ne smije dovesti u pitanje primjena odredbi kolektivnih ugovora na nacionalnoj, regionalnoj, lokalnoj ili sektorskoj razini, koje su povoljnije za radnike. Sporazumom se može predvidjeti i rok za ispunjavanje uvjeta za primjenu načela jednakog postupanja, tj. kvalifikacijsko razdoblje.

Riječ je o kolektivnim ugovorima koji obvezuju agenciju kao poslodavca, dakle kolektivnim ugovorima u djelatnosti privremenog zapošljavanja.¹⁰⁰ Prema slovu Direktive, derogacije ne bi, dakle, smjele, dovesti do sklapanja kolektivnih ugovora koji neće voditi brigu o *općoj zaštiti* privremenih radnika, ili do sporazuma na razini države, koji im neće osigurati *adekvatnu razinu* zaštite. Ipak, u teoriji se opravdano postavlja pitanje u kojem se opsegu ustupljenim radnicima može zajamčiti primjerena razina ostvarenja načela jednakog postupanja.¹⁰¹ Odgovor na to pitanje Direktiva nažalost nije dala.¹⁰² U vezi s time, ali i kada je riječ o učinkovitosti Direktive općenito, u literaturi se ističe da je Direktiva regulatorni instrument koji pokušava ukloniti stigme, ograničenja ili zabrane povezane s radom putem agencija za privremeno zapošljavanje, a da pritom ne stvara regulatorni okvir koji će pružiti dovoljnu zaštitu, jednakost i pravičnost;¹⁰³ da utvrđuje „minimum od minimalne razine zaštite“, uvodeći načelo jednakog postupanja i kolektivna prava, te da je riječ o *soft law* odredbama.¹⁰⁴

Očito je da će u praksi doći do problema u vezi s tumačenjem pojmova „opće“ odnosno „adekvatne zaštite“ koje Direktiva nije definirala te da će ih na koncu morati tumačiti Europski sud ispitujući implementaciju odredbi Direktive u nacionalnim zakonodavstvima. Pritom se već sad može reći da će pojam „opće zaštite“ zahtijevati od Suda složenu primjenu testa zaštite radnika u najširem smislu, dok će pojam „adekvatna zaštita“ tražiti pretežno subjektivni pristup, koji će uzeti u obzir okolnosti pojedinačnog slučaja, posebice vrijeme, djelatnost u kojoj radnik radi i sl. Upitno je također hoće li Europski sud biti taj koji će umjesto nacionalnih sudova povući granicu tumačenja te tako ograničiti veliko diskrecijsko područje koje su dobili socijalni partneri. Ocjenjuje se da bi to moglo dovesti do nefavoriziranja derogacija koje dopušta Direktiva, a koje ograničavaju klauzulu jednakog postupanja. U svojem tumačenju Okvirnog sporazuma o radu s nepunim radnim vremenom Sud je inzistirao da klauzula koja traži jednako postupanje prema radnicima „mora se tumačiti kao da sadrži načela socijalnog prava EU koje se ne može usko interpretirati“.¹⁰⁵

Naš je zakonodavac iskoristio mogućnost koju daje Direktiva i propisao

99 Mora biti u skladu sa zakonodavstvom Zajednice, dovoljno određen i dostižan kako bi sektori i poduzeća bila u mogućnosti utvrditi i ispuniti svoje obveze. Države članice morale bi odrediti obuhvaća li sporazum kao osnovne uvjete rada i zapošljavanja sustave profesionalne socijalne sigurnosti, uključujući i mirovine, naknadu plaće u slučaju odsutnosti s rada zbog bolesti te sustave financijske participacije. Čl. 5.4. t. 2.

100 Grapperhaus, F., op. cit., str. 409.

101 Chacartegui, C., op. cit., str. 216.

102 Grapperhaus, F., op. cit., str. 407.

103 Countouris, N., Horton, R., op. cit., str. 338.

104 Frenzel, H., op. cit., str. 127, 132.

105 Predmet Pettini, C-395/08, točka 32, ECJ, 10.6.2010., Robin-Olivier, S., op. cit., str. 401-402.

odstupanje od odredbe o jednakoj plaći i drugim uvjetima rada ako se o tome sporazumiju agencija i sindikat. Tako će se kao iznimka od načela jednakog postupanja (st. 5), kolektivnim ugovorom sklopljenim između agencije, odnosno udruge agencija i sindikata, moći ugovoriti nepovoljniji uvjeti rada od uvjeta rada radnika zaposlenog kod korisnika na istim poslovima koje obavlja ustupljeni radnik. Radi usklađivanja s Direktivom u odredbu bi trebalo dodati *de lege ferenda* obvezu da se pritom osigura opća razina zaštite ustupljenog radnika.¹⁰⁶

U nastavku rada analizira se način na koji je zahtjev za jednakim postupanjem konkretiziran u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima.

5.4. Plaća i drugi uvjeti rada

Posebna zaštita prava ustupljenih radnika odnosno načelo jednakosti svrha je koja bi se, u skladu s Direktivom, trebala ostvariti odredbom čl. 46. st. 5. ZR-a prema kojoj ugovorena plaća i drugi uvjeti rada ustupljenog radnika ne smiju biti utvrđeni u iznosu manjem odnosno nepovoljnijem od plaće, odnosno drugih uvjeta rada radnika zaposlenog kod korisnika na istim poslovima, koje bi ustupljeni radnik ostvario da je sklopio ugovor o radu s korisnikom.

Nedostatak je što pritom Zakon, s jedne strane, nije precizno uredio način na koji bi se to trebalo osigurati, te što je, s druge strane, ako se plaća, odnosno drugi uvjeti rada ne mogu utvrditi u skladu s navedenom zakonskom odredbom (st. 5. i 6.), uputio da se oni utvrđuju ugovorom o ustupanju radnika. Takva nejasna formulacija kao i neprihvatljivo odstupanje od kriterija hipotetskog komparatora (vidi *supra* pogl. 5.2.) otvaraju prostor za nejednako postupanje prema agencijskim radnicima.

Nacionalna zakonodavstva naglasak stavljaju upravo na plaću, u prvom redu radi izbjegavanja upotrebe privremenog rada kao sredstva za smanjenje troškova rada te povećanja fleksibilnosti na štetu radnika.

5.4.1. Plaća ustupljenog radnika

Kada je riječ o plaći, važno je pitanje na koji se način ona definira. ZR govori o „ugovorenoj plaći za obavljeni rad kod korisnika“, a u odredbi o sadržaju ugovora o radu o „plaći, dodacima na plaću i razdobljima isplate plaće“. Ove nejasne odredbe zahtijevaju tumačenje.

Prema N. Mihnjuk, visinu plaće određuje korisnik, koji u ugovoru o ustupanju može navesti da se ona određuje temeljem kolektivnog ugovora ili pravilnika o radu koji je na snazi kod korisnika, te tada agencija ne može utvrditi je li plaća ustupljenog

¹⁰⁶ Istu vrstu derogacije sadrži nizozemsko zakonodavstvo. No zanimljivo je da je od tog pravila dopuštena iznimka koja se ocjenjuje kao protivna pravu na kolektivno pregovaranje. Iznimno se, dakle, plaća i uvjeti rada agencijskih radnika mogu urediti kolektivnim ugovorom koji se primjenjuje na poduzeće korisnika, pod pretpostavkom da taj kolektivni ugovor korisniku zabranjuje sklapanje ugovora s agencijom ako agencija odbije prihvatiti pravila o uvjetima rada i plaći privremenih radnika iz kolektivnog ugovora korisnika. Kritika je da je riječ o značajnom ograničenju prava agencije i agencijskih radnika na kolektivno pregovaranje o plaći i uvjetima rada jer korisnik vrši pritisak na te subjekte namećući im svoje uvjete, iako nije subjekt radnog odnosa između agencije i privremenog radnika. Grapperhaus, F., op. cit., str. 408-409.

radnika stvarno jednaka plaći radnika zaposlenog kod korisnika.¹⁰⁷ Dakle, agencija od korisnika dobiva konačni obračun, s naznakom iznosa kojeg je dužna isplatiti radniku. Agencija je, prema st. 4. čl. 49. ZR-a, obvezna isplatiti plaću i ako joj korisnik ne dostavi obračun plaće.

S druge strane, stajalište je I. Gović kako postoji obveza korisnika dostaviti agenciji akte na temelju kojih je odredio visinu plaće. Korisnici koji zapošljavaju manje od 20 radnika i nemaju obvezu donošenja pravilnika o radu, trebaju navesti ugovore o radu s radnicima koji su kod njih u radnom odnosu na istim ili sličnim poslovima koje obavlja ustupljeni radnik. Ako korisnika obvezuje pravilnik o radu ili kolektivni ugovor, pri dostavi podataka agenciji trebaju se na njih pozvati, odnosno navesti odredbe istih. Pravilnikom o radu ili kolektivnim ugovorom koji obvezuje agenciju moguće je urediti neka druga materijalna prava ustupljenog radnika koja mu ne pripadaju po osnovi rada kod korisnika, primjerice pravo na naknadu za prijevoz ili otpremninu.¹⁰⁸ Smatramo da bi radi pravne sigurnosti *de lege ferenda* trebalo propisati korisnikovu obvezu dostave agenciji podataka odnosno akata na temelju kojih je određena visina plaće radnika.

Slično određivanje plaće nalazimo i u francuskom pravu.¹⁰⁹ Agencijskim radnicima su, osim toga, izričito zajamčene još neke naknade: naknada za plaćeni godišnji odmor na kraju zaposlenja kao i dodatna naknada za fleksibilne radnike (tzv. bonus za nesigurnost), koja predstavlja kompenzaciju za ograničeno trajanje njihova radnog odnosa, a isplaćuje se po prestanku ugovora o radu.¹¹⁰

Preciznije definiranje plaće nalazimo u engleskim Pravilima o radu agencija.¹¹¹ No ono je za doktrinu sporno jer odstupa od postojeće definicije plaće iz Zakona o pravima iz radnog odnosa (1996.) koja je šira, odnosno definicije koju su sporazumno utvrdili socijalni partneri.¹¹² Kritika je da svako ograničenje u definiranju plaće

107 Mihnjuk, N., op. cit., str. 21.

108 Gović, I., *Fleksibilnost radnih odnosa*, op. cit., str. 60-62.

109 Prema zakonskoj odredbi plaća privremenog radnika ne smije se razlikovati od plaće koju bi korisnik dao radniku s istim kvalifikacijama, koji radi na istom radnom mjestu (čl. 1251-18, Zakonik o radu).

110 Iznos naknade ovisi o dužini trajanja radnog odnosa kod korisnika (10 % od iznosa plaće, u skladu s čl. 1251-32 Zakonika o radu).

111 To je svaki iznos koji korisnik mora isplatiti radniku u vezi s njegovim zaposlenjem, uključujući svaku nagradu, bonus, proviziju, naknadu za plaćeni godišnji odmor ili drugi iznos u vezi sa zaposlenjem, bez obzira temelji li se na ugovoru ili nekoj drugoj osnovi. Isključena su sva ona primanja „koja se ne može izravno povezati s količinom ili kvalitetom posla koji je radnik obavio, ili počivaju na nekom drugom razlogu, primjerice isplate zbog radnikove lojalnosti ili kao nagrada za dugogodišnji rad“, te različite isplate, kao npr. roditeljske naknade, otpremnine i troškove. Time su, prema Obrazloženju Vlade, isključene isplate za koje je vjerojatno da ih agencijski radnici neće moći ostvariti ili koje im nisu relevantne. Davies, A., op. cit., str. 319.

112 Konfederacija britanske industrije i Kongres sindikata (CBI i TUC). Ovom definicijom je za Ujedinjeno Kraljevstvo iz doseg Direktive isključena naknada plaće u slučaju bolovanja te strukovna mirovina. To je otvorilo pitanje tumačenja sporazuma, tj. može li zakonodavac ići dalje i isključiti iz pojma plaće i druga primanja, odnosno je li sporazum ostavio prostor za daljnje iznimke. I prema statistici agencijski radnici u Engleskoj zarađuju tek 94 % od plaće stalnih radnika sa sličnom kvalifikacijom, što dokazuje značajnu nejednakost ove skupine radnika. *ibid.*, str. 318-319.

ograničava doseg prava na jednako postupanje te se otvara pitanje je li Ujedinjeno Kraljevstvo propustilo pravilno implementirati Direktivu isključivši određene isplate koje bi pripadale agencijskim radnicima na temelju zahtjeva jednakog postupanja. Autori se pozivaju na praksu Europskog suda, koji je u jednom drugom kontekstu pojmu plaće dao šire tumačenje, određivši da plaća ima *značenje u okviru EU-a*, a ne nacionalno značenje,¹¹³ što se ocjenjuje prihvatljivim i u slučaju agencijskog rada.¹¹⁴

Pojam plaće kako je određen Direktivom ocjenjuje se „(još jednim) korakom natrag u usporedbi s velikodušnijom odredbom koju sadrži, primjerice, odredba čl. 4.1. Direktive 1999/70/EZ o radu na određeno vrijeme“. Neodređeni pojam plaće mogao bi biti veliki problem jer što se uže tumači to će biti niža razina zaštite agencijskih radnika. Za žene - agencijske radnice to bi posebice moglo značiti manji ukupni paket plaće od onog koji za sličan rad kod korisnika ostvaruju usporedivi stalni radnici muškarci.¹¹⁵

No neki autori smatraju da se pojam plaće ne mora usko tumačiti, kao što to izgleda na prvi pogled, jer se osnovni uvjeti rada odnose na plaću, a ne na osnovnu plaću (*basic pay*), što onda uključuje svaku vrstu i aspekt plaće (npr. stimulativni dio, roditeljsku potporu, otpremninu i sl.). Temelj za ovo tumačenje pronalazi se u čl. 157(2) UFEU-a, u načelu jednakosti plaća žena i muškaraca te praksi Europskog suda.¹¹⁶

5.4.2. Naknada plaće ustupljenog radnika

Značajnu izmjenu novim je ZR-om doživjela odredba o pravu ustupljenog radnika na naknadu plaće koju mu je obvezna isplatiti agencija za ono vrijeme za koje nije ustupljen korisniku. Novina je da to pravo ostvaruje samo radnik koji je s agencijom u radnom odnosu na neodređeno vrijeme, dakle ne više i radnici zaposleni na određeno vrijeme. Visina naknade plaće određuje se kao za radnika u klasičnom radnom odnosu (čl. 95. st. 5., ZR).¹¹⁷

Novim ZR-om u nepovoljniji, nejednak položaj stavljeni su radnici zaposleni na određeno vrijeme, koji ako s agencijom imaju ugovor o privremenom obavljanju poslova na vrijeme koje je duže od razdoblja u kojem su ustupljeni korisniku, odnosno

113 Dva predmeta *Commission v. United Kingdom* C-382/92 [1994] i C-383/92 [1994].

114 Davies, A., op. cit., str. 318-319.

115 Countouris, H., op. cit., str. 334-335.

116 „Plaća“ znači uobičajenu osnovnu ili minimalnu plaću ili zaradu i svaku drugu nagradu, u novcu ili naravi, koje radnik dobiva izravno ili neizravno, u vezi sa svojim zaposlenjem, od svog poslodavca. U skladu s tom odredbom kao i sudskom praksom Europskog suda, pojam plaće iz čl. 157. nije ograničen na osnovnu plaću, već uključuje i dodatke za prekovremeni rad, posebne bonuse koje plaća poslodavac, troškove prijevoza, naknadu za prisustvovanje tečajevima za osposobljavanje i sredstva za osposobljavanje, otpremnine u slučaju otkaza ugovora o radu i strukovne mirovine. Pritom se jezik Direktive 2008/104 i sličnosti s terminom korištenim u načelu o jednakom tretmanu muškaraca i žena radnika smatraju dovoljnim argumentom za šire tumačenje pojma plaće iz Direktive o agencijskom radu. Delfino, Massimiliano, *Interpretation and Enforcement Questions in the EU Temporary Agency Work Regulation (An Italian point of view)*, ELLJ, vol. 2, no. 3, 2011, str. 290-291.

117 U visini prosječne plaće isplaćene radniku u prethodna tri mjeseca, ako nije drukčije određeno ZR-om, dr. zakonom, propisom, pravilnikom o radu, kolektivnim ugovorom koji obvezuje agenciju ili ugovorom o radu.

za vrijeme kada nisu ustupljeni korisniku neće imati pravo na naknadu plaće. Ipak, ova novina u skladu je s odredbom čl. 5.2. Direktive, koja uređuje ranije spomenutu derogaciju od načela jednakog postupanja, u korist radnika koji su s agencijom zaposleni na temelju ugovora o radu na neodređeno vrijeme.

Razloge izmjene odredbe treba tražiti u teretu koji je agencijama u Hrvatskoj stvarala takva obveza.¹¹⁸ U skladu s čl. 5.2. Direktive bio bi i (neprihvaćeni) prijedlog nadležnog ministarstva o umanjuju naknade plaće radnika za razdoblja kada nisu ustupljeni korisnicima, kojim bi se dodatno olakšao teret agencijama.¹¹⁹ Tako, primjerice, engleski radnici zaposleni putem agencija imaju u razdoblju između dva ustupanja pravo na najmanje 50 % od osnovne plaće koja im je isplaćivana tijekom posljednjih 12 tjedana prethodnog ustupanja, a u svakom slučaju, na zakonom propisanu minimalnu plaću.¹²⁰

5.4.3. Osnovni uvjeti rada i zapošljavanja

Novina u ZR-u jest navođenje uvjeta koji čine *druge uvjete rada* ustupljenog radnika: to su radno vrijeme, odmori i dopusti, osiguranje mjera zaštite na radu, zaštita trudnica, roditelja, posvojitelja i mladih te zaštita od nejednakog postupanja u skladu s posebnim propisom o suzbijanju diskriminacije (čl. 46. st. 6). Čini nam se da unošenjem zaštite od diskriminirajućeg postupanja među uvjete rada ostaje i dalje otvoreno pitanje tumačenja *drugih uvjeta rada* koje se pojavilo u praksi,¹²¹ pa je dvojbeno donosi li ovakva formulacija stvarno ograničenje broja uvjeta kako je to učinjeno Direktivom.

6. DRUGA PRAVA PRIVREMENOG RADNIKA: PRISTUP ZAPOŠLJAVANJU, PREDNOSTIMA ILI KOLEKTIVNIM POGODNOSTIMA I PROFESIONALNO OSPOSOBLJAVANJE (ČL. 6.)

Direktiva uređuje još tri grupe važnih prava agencijskih radnika. Pravo na jednaki pristup prednostima i kolektivnim pogodnostima uključuje posebice korištenje prostora za prehranu, skrbi za djecu i usluga prijevoza, uz jednake uvjete pod kojima to čine stalni radnici korisnika (čl. 6.4.).¹²² Hrvatski ZR nema odredbe o tome pa bi je

¹¹⁸ Na koncu i do poslovanja agencija s gubitkom jer su obvezne plaćati radnika za vrijeme kada više ne radi kod korisnika. Posljedično, agencije su radnike zapošljavale na kratko određeno vrijeme, obično onoliko koliko je korisniku potreban radnik. Potočnjak, Ž., op. cit., str. 306.; Novaković, N., op. cit., str. 14.

¹¹⁹ Zagovara se i u literaturi, vidi Novaković, N., loc. cit.

¹²⁰ Izvješće Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija o primjeni Direktive 2008/104/EZ o radu preko poduzeća za privremeno zapošljavanje, <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11459&langId=hr>>, 9.5.2014., str. 6.

¹²¹ Novaković, N., op. cit., str. 14.

¹²² Različito postupanje moguće je samo ako je opravdano objektivnim razlozima. Za usporedbu se koristi stvarni komparator (stalni radnik), a ne hipotetski.

de lege ferenda trebalo propisati, radi usklađivanja s Direktivom.¹²³

Pravo agencijskih radnika na pristup zapošljavanju, tj. na jednaku informaciju o slobodnim radnim mjestima na neodređeno vrijeme kod korisnika ima za cilj osigurati im iste mogućnosti kao radnicima korisnika. No otvara pitanje opravdanosti jednakog postupanja, tj. šteti li se time stalnim radnicima korisnika zaposlenim na određeno vrijeme koji su isto tako zainteresirani za radni odnos na neodređeno vrijeme. ZR sadrži vrlo kratku i nedovoljno jasnu odredbu da je korisnik dužan izvijestiti ustupljene radnike o svojim slobodnim radnim mjestima za koje oni ispunjavaju uvjete (čl. 50. st. 3.). Zakonom nije određeno na koji se to način čini. Direktiva predviđa vrlo jednostavan način - općom objavom slobodnih radnih mjesta na odgovarajućem mjestu u poduzeću (čl. 6.1.). Radi pravne sigurnosti predlaže se u ZR-u *de lege ferenda* unijeti sličnu odredbu da se obavijest oglašava objavom na oglasnoj ploči poduzeća ili nekom drugom, svim radnicima dostupnom mjestu. Time se mogu otkloniti opasnosti koju nosi druga nejasnoća, pitanje koja su to radna mjesta za koja ustupljeni radnici ispunjavaju uvjete. Iz odredbe proizlazi da su to sva slobodna radna mjesta, znači i ona za koja se zasniva radni odnos na određeno vrijeme. No je li to, primjerice, i radno mjesto za koje se traži niža kvalifikacija od one koju ima ustupljeni radnik?¹²⁴ Nejasnoća se može izbjeći primjenom jednostavnog načina objave slobodnih radnih mjesta na odgovarajućem mjestu kod korisnika, kako navodi Direktiva.

Pristup zapošljavanju ostvaruje se i obvezom država da propišu nišetnost svake odredbe koja bi zabranjivala sklapanje ugovora o radu (zapošljavanju) između poduzeća korisnika i agencijskog radnika koji je ustupljen korisniku putem agencije ili odredbe čije bi učinak bio spriječiti takvo zapošljavanje. Naš ZR ne sadrži takvu odredbu pa ju je *de lege ferenda* potrebno propisati.

Države članice dužne su osigurati bolji pristup agencijskih radnika profesionalnom osposobljavanju, poduzimanjem odgovarajućih mjera ili promicanjem socijalnog dijaloga. Ono uključuje osposobljavanje za koje je odgovorna agencija kao poslodavac radi razvoja karijere i zapošljivosti radnika, a odnosi se i na razdoblje između dva ustupanja radnika, i osposobljavanje u poduzeću korisniku koje je namijenjeno stalnim radnicima korisnika. Bolji pristup treba uključiti i pristup pogodnostima za skrb za djecu u agencijama za privremeno zapošljavanje, čak i u razdoblju između dva ustupanja radnika (čl. 6.5. Direktive).

S tim u vezi, u čl. 49. st. 2. i 3. ZR-a uređuje obveze agencije prije i poslije

123 U engleskom pravu vidljiva je tendencija zakonodavca da ova prava tumači restriktivno, pa se tako 'prijevoz' mora tumačiti u užem smislu, primjerice lokalni i međugradski, te se ne smije proširiti, npr., na sezone pokazne prijevozne karte ili korištenje službenih vozila. Kritika je da ovo može djelovati zbunjujuće na poslodavce te nije jasno zašto agencijski radnici ne bi imali pravo na pokaznu prijevoznku kartu za trajanja zaposlenja. Davies, A., op. cit., str. 322.

124 Do kakvih to situacija može dovesti, pokazuje jedan hipotetski primjer. Poduzeće korisnik odluči da o postojanju slobodnih KV radnih mjesta neće obavijestiti svoje NKV radnike. To bi bilo u skladu s načelom jednakog postupanja kod informiranja jer se na isti način postupa prema nekvalificiranim stalnim radnicima korisnika kao i nekvalificiranim agencijskim radnicima. Ipak, moguće je da će nekoj visokokvalificiranoj osobi, koja je zaposlena kao agencijski radnik s nižom kvalifikacijom, kojoj je to bila jedina mogućnost zaposlenja, na ovaj način biti uskraćena informacija o slobodnim stalnim radnim mjestima s višom kvalifikacijom. Isto, međutim vrijedi i za stalne radnike korisnika koji imaju višu kvalifikaciju. *ibid.*, str. 323-324.

ustupanja radnika. Prije no što radnika uputi korisniku agencija je dužna radnika upoznati s posebnim profesionalnim znanjima ili vještinama potrebnim za obavljanje posla kod korisnika, s rizicima obavljanja posla vezanim uz zaštitu zdravlja i sigurnost na radu, te ga u tu svrhu osposobiti prema propisima o zaštiti zdravlja i sigurnosti na radu. Nakon ustupanja agencija je obvezna radnika usavršavati i upoznavati s novim tehnologijama rada za obavljanje poslova za čije se obavljanje radnik ustupa. Ove obveze agencija neće imati ako ih je na sebe preuzeo korisnik, na temelju ugovora o ustupanju, što je čini se postala uobičajena praksa.¹²⁵ Smatramo da je ovakva zakonska formulacija preuska ako se uzme u obzir svrha koja se željela postići odredbom Direktive, a to je da se agencijskom radniku zajamči ne samo osposobljavanje koje će mu omogućiti da pravilno i sigurno obavlja rad kod korisnika, nego i ono koje znači brigu za budućnost takvog radnika: razvoj njegove karijere i zapošljivosti.

Pored ovih, pojedinačnih prava agencijskih radnika, Direktiva uređuje i važna kolektivna radna prava agencijskih radnika, vezana uz radničku participaciju i kolektivno pregovaranje, no ona nisu analizirana u ovome radu.

7. *PREDMET AKT RY V. ÖLJYTUOTE RY, SHELL AVIATION FINLAND OY (C-533/13)*

U predmetu *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v. Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy* (C-533/13) Europski sud odlučuje na temelju zahtjeva finskog radnog suda koji je zatražio prethodno mišljenje o tome jesu li opravdana ograničenja korištenja agencijskog rada predviđena u dva kolektivna ugovora. Riječ je o prvom predmetu u kojem će Sud dati tumačenje vezano uz Direktivu 2008/104/EZ. S obzirom na to da u vrijeme pisanja ovoga rada presuda još nije donesena, ovdje se osvrćemo na mišljenje koje je nezavisni odvjetnik M. Szpunara predložio Sudu kao odgovor na prethodno pitanje.¹²⁶

7.1. *Činjenično stanje*

Finski Sindikat transportnih radnika (dalje: Sindikat AKT) podnio je Radnom sudu tužbu protiv poduzeća Shell Aviation Finland (dalje: Shell A.F.) i Udruženja poslodavaca Öljytuote (dalje: Öljytuote), čiji je Shell A.F. član, zbog povrede odredbi važećih kolektivnih ugovora, posebice odredbe o korištenju rada agencijskih radnika. Finski je sud želio utvrditi predstavljaju li odredbe kolektivnih ugovora neopravdano ograničenje korištenja rada agencijskih radnika, koje nije u skladu s odredbom čl. 4.1. Direktive 2008/104/EZ, te ih zbog toga ne treba primijeniti.

Okvirni kolektivni ugovor zaključen 1997. godine između poslodavca i krovnog udruženja sindikata u čl. 8.3. navodi:¹²⁷

„Poduzeća moraju ograničiti korištenje agencijskih radnika na slučajeve

125 O prednostima takvog rješenja vidi Novaković, N., op. cit., str. 15. Moguće bi bilo ugovoriti i podjelu obveza među ugovornim stranama, primjerice prije i poslije ustupanja radnika.

126 Schlussanträge, op. cit.

127 Kolektivni ugovor za industriju goriva i naftnih derivata sadrži odredbu istog sadržaja u čl. 29/1.

povećanja posla ili inače za poslove koji su ograničeni vremenski ili zbog svoje naravi, a koje zbog njihove hitnosti, ograničenog trajanja rada, potrebnih stručnih znanja i posebnih uređaja ili zbog sličnih razloga ne mogu povjeriti svojim radnicima.

Unajmljivanje radnika smatra se nezakonitim ako poduzeće koje koristi agencijski rad zapošljava agencijske radnike koji u jednom dužem vremenskom razdoblju obavljaju redovite poslove u poduzeću uz stalne radnike poduzeća i pod istim rukovodstvom.“

Sindikat AKT zastupa radnike zaposlene u industriji goriva i naftnih derivata. Shell A.F. opskrbljuje 18 finskih zračnih luka gorivom i član je Udruženja poslodavaca u industriji goriva, Öljytuote. Sindikat AKT u svojoj tužbi ističe da je Shell A.F. od 2008. godine naovamo angažirao veliki broj agencijskih radnika za obavljanje poslova koji su identični poslovima koje obavljaju njegovi vlastiti radnici. Korištenje agencijskih radnika predstavlja nedopušteno ponašanje u smislu sporne odredbe kolektivnog ugovora.¹²⁸

Tuženici Shell A.F. i Öljytuote prigovorili su da je korištenje agencijskog rada opravdano zbog dopuštenih razloga, budući da se njime uglavnom nastoji osigurati zamjena radnika koji koriste godišnji odmor ili su na bolovanju. Osim toga navode da čl. 29/1 Kolektivnog ugovora sadrži ograničenje koje se ne može opravdati razlozima navedenim u čl. 4.1. Direktive te da nacionalni sud ne smije primijeniti odredbe kolektivnog ugovora koje su protivne Direktivi.

7.2. Prethodno pitanje finskog Radnog suda

Finski Radni sud odlučio je zastati s postupkom i Europskom sudu uputiti sljedeća pitanja na prethodno odlučivanje:

„1. Mora li se čl. 4.1. Direktive tumačiti tako kao da utvrđuje trajnu obvezu nacionalnih vlasti, uključujući i sudove, da sredstvima koja im stoje na raspolaganju osiguraju da oni nacionalni propisi ili klauzule kolektivnih ugovora koje su protivne odredbi Direktive budu bez pravnog učinka ili se ne primjenjuju?¹²⁹

2. Mora li se čl. 4.1. Direktive tumačiti na način da mu je protivna odredba nacionalnog prava prema kojoj je korištenje rada putem agencija za privremeno zapošljavanje dopušteno samo u slučajevima koji su posebno utvrđeni, kao što je u slučaju povećanja obima posla, ili posla koji se ne može povjeriti stalnim radnicima poduzeća?

3. Ako se utvrdi da je odredba nacionalnog prava protivna Direktivi, koja sredstva stoje na raspolaganju sudu za postizanje svrhe Direktive, kada je riječ o

128 Tužbom Sindikat AKT zahtijeva da se Shell A.F. i Öljytuote sankcioniraju zbog povrede čl. 29/1 Okvirnog kolektivnog ugovora novčanom kaznom iz čl. 7. Zakona o kolektivnim ugovorima.

129 Mišljenje nezavisnog odvjetnika uz toč. 1.: „Čl. 4/1 Direktive 2008/104/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19.11.2008. o radu putem agencija za privremeno zapošljavanje treba tumačiti na način da zabranjuje zadržavanje ili uvođenje zabrana ili ograničenja korištenja agencijskog rada koja nisu opravdana razlozima općeg interesa, među ostalim, prije svega zaštitom agencijskih radnika, zahtjevom zaštite zdravlja i sigurnosti na radnom mjestu ili nužnošću da se osigura nesmetano funkcioniranje tržišta rada i spriječi eventualna zloraba.“
Šire: Schlussanträge, op. cit., toč. 22-97.

kolektivnom ugovoru koji moraju primjenjivati privatne osobe?“

Nezavisni odvjetnik razmatrao je pitanja i dao vrlo opširno mišljenje. Ovdje iznosimo samo najvažnije uz toč. 2. Zaključci nezavisnog odvjetnika vezani uz pitanje opravdanosti ograničenja korištenja agencijskog rada utvrđenih spornim odredbama kolektivnih ugovora mogli bi, ako ih Europski sud prihvati, biti važni za buduće uređenje agencijskog rada i zaštitu ne samo agencijskih radnika, nego i stalnih radnika poduzeća korisnika.

7.3. Opravdanost ograničenja korištenja agencijskog rada predviđenih kolektivnim ugovorom

Razmatrajući ograničenja iz čl. 4.1. Direktive nezavisni odvjetnik navodi da se u odredbi *primjerice* nabrajaju opravdana ograničenja agencijskog rada zbog općeg interesa: to su, *prije svega*, zaštita ustupljenih radnika, zahtjevi zaštite zdravlja i sigurnosti na radu, ili potreba da se osigura nesmetano funkcioniranje tržišta rada i spriječe zlorabe. Ograničenja se mogu primjenjivati bez razlike na domaća poduzeća kao i ona iz drugih država članica.

Predmet spora jest sadržaj odredbe kolektivnog ugovora. Ona se sastoji od dva propisa. Prvi opisuje narav zadaća koje se mogu povjeriti agencijskim radnicima. To su samo oni poslovi koji su „ograničeni vremenski i s obzirom na svoju narav“ i koje „zbog hitnosti, ograničenog trajanja rada, potrebnih stručnih znanja i posebnih uređaja ili sličnih razloga“ ne mogu izvršiti vlastiti radnici tog poduzeća. Drugim propisom, kojim se želi ograničiti trajanje zaposlenja agencijskih radnika u određenom poduzeću, klasificiraju se kao „nelegitimne“ situacije u kojima se agencijski radnik „zapošljava u okviru normalne djelatnosti jednog poduzeća uz stalne radnike poduzeća i kroz duže razdoblje uz isto rukovodstvo“. Prema stajalištu nezavisnog odvjetnika, oba propisa uzeta zajedno ograničavaju mogućnost korištenja agencijskog rada s obzirom na narav izvršenih zadataka, s jedne strane, te prema njihovu trajanju, s druge. Odredbe ograničavaju korištenje ovog oblika rada te djeluju ograničavajuće na pružanje usluga poduzeća za privremeno zapošljavanje, tako da one bez dvojbe predstavljaju ograničenja u smislu čl. 4.1. Direktive.

Nezavisni odvjetnik naglašava da je donošenju Direktive prethodilo mišljenje prema kojemu se agencijski rad ne smije smatrati zamjenom za stabilne oblike rada. Također ističe kako zakonodavna djelatnost Unije u području radnog prava počiva na načelu ugovora o radu na neodređeno vrijeme kao uobičajenom obliku zaposlenja.¹³⁰ Kako iz pojmovnih određenja u čl. 3.1., toč. b-d Direktive proizlazi da agencijski rad podrazumijeva radni odnos „privremene naravi“, zaključuje se da ovi oblici rada nisu prikladni za sve odnose, posebice ako postoji trajna potreba za radnom snagom.

Budući da Direktiva ne definira agencijski rad, niti nabraja taksativno slučajeve u kojima je njegovo korištenje opravdano, države članice dobile su značajno područje odlučivanja, u okviru politike razvoja tržišta rada. Pritom moraju poštovati pravo

¹³⁰ Toč. 15. Direktive, toč. 7. Okvirnog ugovora kojeg uzima u obzir Direktiva 1999/70; završno mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu Jansen, C-313/10; posebice čl. 6. Direktive o pristupu agencijskih radnika zaposlenju u poduzeću korisniku. Toč. 111. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

Unije te brinuti o općoj razini zaštite radnika u području agencijskog rada (čl. 9.2. Direktive). Prema mišljenju nezavisnog odvjetnika država ostaje u granicama odlučivanja ako propiše da je korištenje agencijskog rada dopušteno u okolnostima koje su u skladu s vremenski ograničenom naravi ovog oblika rada, uz pretpostavku da to ne djeluje štetno na izravno zapošljavanje kod korisnika.

Ocjena je nezavisnog odvjetnika da je sporna odredba čl. 29/1 Granskog kolektivnog ugovora *pravno osnovana*. S jedne strane, s obzirom na opisanu narav agencijskog rada, pravno je osnovano ograničenje njegova korištenja prema čl. 29/1 Granskog kolektivnog ugovora na „obavljanje povećanog obima posla ili inače za poslove koji su vremenski ili po svojoj naravi ograničeni ... koje zbog hitnosti, ograničenog trajanja posla, potrebnih stručnih znanja ili posebnih uređaja ili sličnih razloga (u poduzeću korisniku) ne mogu obaviti stalni radnici poduzeća korisnika“. S druge strane, prema mišljenju nezavisnog odvjetnika, navedena odredba zabranom korištenja agencijskih radnika pored vlastitih radnika poduzeća u „dužem razdoblju“ slijedi opravdani cilj sprječavanja zloraba korištenjem ovog oblika rada. U skladu sa stajalištima na kojima se temelji pravo Unije korištenje agencijskog rada ne smije djelovati štetno na izravne radne odnose, već mora voditi sigurnijim oblicima rada.

Korištenje agencijskog rada kroz duže razdoblje, iako ovaj po svojoj naravi mora biti kratkotrajan, može biti indicija koja upućuje na zlorabu ovog oblika rada. Opravdanim ocjenjuje mjere čiji je cilj spriječiti zlorabe agencijskog rada, ali ne gotovo u potpunosti isključiti njegovu uporabu, nego primjerice isključiti korištenje u čitavoj jednoj gospodarskoj grani ili utvrditi kvote ugovora ove vrste, dakle, mjere ne bi smjele dovesti do zabrane korištenja ovog prava. Cilj odredbi spornog kolektivnog ugovora nije ukidanje ovog oblika rada.

Prema mišljenju nezavisnog odvjetnika pravno je osnovan onaj nacionalni propis, poput predmetnog kolektivnog ugovora, koji, s jedne strane, ograničava korištenje agencijskog rada na one poslove koji po svojim obilježjima (naravi) ili trajanju objektivno odgovaraju potrebi za dodatnim zaposlenicima, a, s druge, zabranjuje korištenje agencijskih radnika u dužem vremenskom razdoblju uz stalne zaposlenike poduzeća zbog razloga općeg interesa, koji je nužan za normalno funkcioniranje tržišta rada i sprječavanje zloraba. Također, ocijenio je da su navedena ograničenja razmjerna, odnosno ne prekoračuju ono što je potrebno da bi se osiguralo postizanje ciljeva tih propisa.

7.4. Rezultat – odgovor nezavisnog odvjetnika

Kao rezultat nezavisni odvjetnik predložio je sljedeći odgovor na prethodno pitanje finskog suda, pod točkom 2.:

„2. Nije protivna članku 4.1. Direktive odredba nacionalnog prava koja, s jedne strane, ograničava korištenje rada putem agencija za privremeno zapošljavanje na privremenim poslovima, koje zbog objektivnih razloga ne mogu obaviti radnici izravno zaposleni kod poslodavca, a, s druge strane, zabranjuje korištenje agencijskih radnika uz radnike izravno zaposlene kod poslodavca, kroz duže razdoblje radi obavljanja poslova koji su identični poslovima koje obavljaju stalni radnici.“

8. ZAKLJUČAK

Rad putem agencija za privremeno zapošljavanje nema onu važnost koju imaju neki drugi oblici atipičnog rada, primjerice rad na određeno vrijeme, no u stalnom je porastu. To pokazuju i hrvatske statistike o broju zaposlenih radnika i broju agencija za privremeno zapošljavanje. Novi je Zakon o radu donio novine, među ostalim i zbog daljnjeg usklađivanja s Direktivom, no ostalo je još prostora za izmjene *de lege ferenda* na koje se u radu ukazuje. Među najvažnijim novinama izdvojit ćemo: produženje razdoblja na koje agencije mogu ustupati radnika drugom poduzeću, korisniku, na tri godine te korištenje agencijskog rada duže od tri godine ako je to zbog nekih objektivnih razloga dopušteno kolektivnim ugovorom. Primjetno je nastojanje da se rigidna regulativa ublaži radi učinkovitog stvaranja radnih mjesta i razvoja fleksibilnih oblika rada.

Upravo su ovo ciljevi koje je postavila Direktiva o agencijskom radu iz 2008. godine, instrument kojim se na europskoj razini nastoji zajamčiti zaštita agencijskih radnika, odnosno poboljšati ova vrsta zapošljavanja, osiguravanjem primjene načela jednakog postupanja. Ipak, čini se da je do učinkovitog uređenja ovog pravnog instituta, kojim bi se osigurala stvarna zaštita agencijskih radnika, povećalo zapošljavanje, a poslodavcima omogućila fleksibilnost, trnovit put. Razlike u nacionalnim zakonodavstvima, nedovoljno precizne odredbe Direktive koje ostavljaju dosta prostora za diskrecijsko odlučivanje država, daju povoda za prihvaćanje teze da je riječ o *soft law* instrumentu. Pred Europskim sudom pojavio se prvi predmet u vezi s primjenom Direktive. Povodom prethodnih pitanja koja mu je uputio finski Radni sud, Europski sud treba odlučiti o dopuštenosti odredbi kolektivnih ugovora kojima se zabranjuje korištenje agencijskih radnika u dužem razdoblju, uz stalne radnike poslodavca korisnika, za obavljanje identičnih poslova koje obavljaju stalni korisnikovi radnici. Zanimljivo je da je jedan od tuženika Shell Aviation Finland, kao poduzeće korisnik agencijskog rada.

Do predaje ovog rada odluka nije donesena pa se u radu analizira mišljenje nezavisnog odvjetnika, koji je zaključio da sporne odredbe kolektivnih ugovora nisu protivne ograničenjima zabrane agencijskog rada, kako ih uređuje Direktiva. Izdvajamo ona njegova stajališta koja, ako ih Sud prihvati, smatramo ključnima za buduće tumačenje Direktive i korištenje agencijskog rada: svako duže korištenje agencijskog rada, koji je po svojoj naravi *privremeni* rad, upućuje na postojanje zlorabe ovog instituta; agencijski rad ne smije biti zamjena za stabilne oblike rada; ugovor na neodređeno vrijeme uobičajeni je oblik zaposlenja. Svoje teze nezavisni je odvjetnik potkrijepio uvjerljivim i prihvatljivim argumentima. Ovo baca novo svjetlo i na odredbe ZR-a o mogućnosti produženja korištenja rada ustupljenog radnika i duže od tri godine, kao i brisanu odredbu o mogućnosti zabrane agencijskog rada kolektivnim ugovorom.

Odluka Suda odredit će smjer daljnjeg razvoja ovog oblika rada. Pritom svakako valja pronaći pravu mjeru kako bi se spriječilo narušavanje minimalnih radnopravnih standarda ne samo agencijskih radnika, nego i stalnih radnika korisnika, a sve u korist promicanja poduzetništva, drugim riječima kapitala. Možemo se složiti s F. Radayem

koji na argument neizbježnosti korištenja atipičnog rada odgovara kako postoji puno načina za suprotstavljanje teškoj društvenoj i ekonomskoj stvarnosti ... Uvijek, dakle, postoji i neko drugo rješenje.

Summary

TEMPORARY AGENCY WORK IN CROATIAN, EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW

Temporary agency work is an atypical form of employment that is becoming more frequently used as an alternative to standard labour relationship. It is a complex, 'triangular' legal relationship, which involves temporary-work agency, employee employed by the agency and a user firm, to which the agency assigns the employee. This article analyses the characteristics of this unique, flexible form of employment in Croatian, European and comparative law and jurisprudence. A special attention is given to a recent case before the European Court of Justice (case *Akt ry v. Öljytuotery, Shell Aviation Finland Oy C-533/13*).

Key words: *temporary agency work, Croatian law, comparative law, Directive 2008/104/EC, case law.*

Zusammenfassung

ARBEIT ÜBER DIE ZEITARBEITSAGENTUREN - IN KROATISCHEM, EUROPÄISCHEM UND KOMPARATIVEM RECHT

Arbeit über die Zeitarbeitsagenturen ist eine der flexiblen Arbeitsformen und immer öfter vorkommende Alternativform des klassischen Arbeitsverhältnisses. Es geht um ein komplexes, dreiseitiges Rechtsverhältnis, an dem die Zeitarbeitsagentur, der Leiharbeitnehmer und das Benutzerunternehmen teilnehmen. In dieser Arbeit werden Merkmale dieses Rechtsverhältnisses in kroatischer, europäischer und komparativer Gesetzgebung und Rechtsprechung analysiert, wobei man besonderen Wert auf den finnischen Gegenstand, über welchen der Gerichtshof der Europäischen Union gerade entscheidet, legt.

Schlüsselwörter: *Zeitarbeitsagenturen, Arbeitsverhältnis, flexible Arbeitsformen.*

Riassunto

IL LAVORO MEDIANTE LE AGENZIE INTERINALI NEL DIRITTO CROATO, EUROPEO E COMPARATO

Il lavoro mediante le agenzie interinali rappresenta una delle forme flessibili di lavoro e sempre più spesso l'alternativa al rapporto di lavoro classico. Trattasi di un rapporto complesso, composto da tre parti, nel quale partecipano l'agenzia interinale, il lavoratore dell'agenzia che viene ceduto e l'impresa dell'utente. Nel contributo si esaminano le caratteristiche di tale rapporto giuridico nella legislazione, come pure nella giurisprudenza, croata, europea e comparata. Particolare attenzione viene dedicata al caso finlandese sul quale proprio ora è chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Parole chiave: *agenzie interinali, rapporto di lavoro, forme flessibili di lavoro.*

OD MIRENJA DO MEDIJACIJE U OBITELJSKIM SPOROVIMA- USKLAĐIVANJE HRVATSKOG OBITELJSKOG ZAKONODAVSTVA O MIRNOM RJEŠAVANJU OBITELJSKIH SPOROVA S PRAVOM EU-A

Dr. sc. Paula Poretti, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.61/.64(497.5)
347.61/.64:061EU
Ur.: 4. prosinca 2014.
Pr.: 2. ožujka 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Reformi obiteljskog zakonodavstva pristupilo se s namjerom da se unaprijedi zaštita obitelji i djece te hrvatsko pravo uskladi s europskim i međunarodnim standardima na tom području. U tom smislu uređenje instituta posredovanja, koji je u hrvatskom obiteljskom pravu predviđen kako bi omogućio pomirenje bračnih drugova, a ako se to ne dogodi, informiranju o pravnim posljedicama razvoda braka, i eventualno postizanju dogovora bračnih drugova u pogledu budućih odnosa, ocijenjeno je kao neodgovarajuće u odnosu na pristup uređenju mirnog rješavanja obiteljskih sporova kojega predviđaju europski dokumenti. Po uzoru na njih, novim obiteljskim uređenjem redefinira se institut posredovanja uvođenjem instituta obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije kao temelja sustava alternativnog rješavanja svih obiteljskih sporova u hrvatskom pravu.

Ključne riječi: posredovanje, obiteljski sporovi, obvezno savjetovanje, obiteljska medijacija, sudski postupak.

1. UVOD

U hrvatskom pravu institut posredovanja u vezi s razvodom braka prema odredbama Obiteljskog zakona iz 2003. godine¹ (dalje: ObZ iz 2003.), premda u znatnoj mjeri izmijenjen u odnosu na ranije institute mirenja odnosno posredovanja, prema zajedničkoj ocjeni teorije i prakse, ipak nije donio osobite novine u smislu jačanja povjerenja stranaka prema mogućnosti rješavanja obiteljskog spora mirnim putem niti značajnije rezultate u odnosu na broj uspješno okončanih postupaka posredovanja. Međutim, redovito zakonodavne intervencije na tom području predstavljale su tek neznatne pomake u regulaciji kojima se u biti nisu uspjevali otkloniti temeljni razlozi nekorisnosti postupka posredovanja, pa ta ocjena ObZ iz 2003. ne čudi pretjerano.

1 Obiteljski zakon, NN br. 116/03., 17/2004., 136/04., 107/07., 61/11.

Međutim, u Obiteljskom zakonu iz 2014. godine² (dalje: ObZ iz 2014.) predlagatelj je zacrtavši institute mirnog rješavanja obiteljskih sporova na posve različit način od postojećeg uređenja pokušao otkloniti postojeće nedostatke, ali također i približiti ih modelima čije se uključivanje u nacionalna zakonodavstva preporučuje na razini EU-a.

U radu se polazi od glavne teze da bi instituti mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravu prema uzoru na pravo EU-a trebali služiti za rješavanje konfliktnih obiteljskih odnosa, a ne tek kao pretpostavka za kasnije pokretanje postupka za razvod braka što je do sada bio slučaj. Najprije, donosi se pregled relevantnih EU dokumenata koji se između ostalog, bave mirnim rješavanjem obiteljskih sporova. Potom se prikazuje razvoj instituta mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravnom sustavu. Usporedbom instituta posredovanja prema ObZ-u iz 2003. i obveznog savjetovanja³ te obiteljske medijacije prema ObZ-u iz 2014. pokušava se utvrditi promjene koje su nastupile u uređenju mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravu. Nastoji se ukazati na otvorena pitanja i manjkavosti u uređenju instituta obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije čijim bi se pravodobnim otklanjanjem ti instituti učinili učinkovitim mehanizmima za pružanje individualizirane pomoći bračnim drugovima i članovima obitelji pri redefiniranju i uspostavljanju obiteljskih odnosa do čijeg narušavanja dolazi zbog razvoda braka ili prestanka izvanbračne zajednice.

2. ZAKONODAVNI OKVIR ZA MIRNO RJEŠAVANJE OBITELJSKIH SPOROVA

2.1. Razvoj uređenja mirnog rješavanja obiteljskih sporova u pravu EU-a

Premda u pravu EU-a ne postoji dokument kojim je izričito predviđeno uređenje mirnog rješavanja obiteljskih sporova, dokumenti koji uređuju alternativno rješavanje sporova redovito, na nekim mjestima izravno drugdje neizravno dotiču se i tog pitanja. U Zelenoj knjizi o alternativnom rješavanju sporova u građanskom i trgovačkom pravu iz 2002. godine⁴ (dalje: Zelena knjiga iz 2002.) ističe se značaj

2 Obiteljski zakon, NN br. 75/14., 83/14.

3 Dok je Nacrt prijedloga Obiteljskog zakona iz 2013. godine (Nacrt prijedloga Obiteljskog zakona, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <http://www.mspm.hr/novosti/vijesti/nacrt_prijedloga_obiteljskog_zakona_i_prijedlog_iskaza_o_procjeni_ucinaka_propisa>, 8. kolovoza 2013., 3. studenog 2013., dalje: Nacrt prijedloga ObZ-a iz 2013.) kojega smo analizirali na nekim mjestima u radu koristi pojam „obavezno savjetovanje“, Prijedlog ObZ-a koji je na 10. Sjednici Sabora od 13. prosinca 2013. godine prošao prvo čitanje koristi pojam „obvezno savjetovanje“ (čl. 320. st. 1. Prijedloga ObZ-a). Dalje u radu uputit ćemo i na ostale promjene učinjene u tekstu Prijedloga ObZ-a odnosno ObZ-a iz 2014. godine u odnosu na raniji Nacrt prijedloga ObZ-a. Prijedlog Obiteljskog zakona (dalje: Prijedlog ObZ), internetska stranica Hrvatskog sabora, <<http://www.sabor.hr/prijedlog-obiteljskog-zakona-prvo-citanje-pze-br-5>>, 10. prosinca 2013., 20. prosinca 2013.

4 Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, COM (2002) 196 final, EUR-Lex portal europa.eu, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf>, str. 21., 19.

metoda alternativnog rješavanja sporova (ADR) u prekograničnim sporovima o ostvarivanju sadržaja roditeljske skrbi, imovinskim sporovima između članova obitelji ili sporova o uzdržavanju.⁵ Pitanjima koja su navedena u Zelenoj knjizi radi stjecanja saznanja o shvaćanju značaja alternativnog rješavanja sporova te ocjeni pristupa tom pitanju unutar Zelene knjige obuhvaćene su različite strukture od pripadnika pravnih profesija, vlada država članica EU-a i država nečlanica, pa sve do pripadnika interesnih skupina (tzv. dioničara, eng. *stakeholders*). U Zelenoj knjizi iz 2002., između ostalog, postavljeno je i pitanje o perspektivi korištenja alternativnog rješavanja sporova na području obiteljskog prava. Među odgovorima jasno je izražena podjela u stavovima onih koji smatraju da nema mjesta uvođenju alternativnog rješavanja sporova na području obiteljskog prava i onih koji se zalažu za uključivanje metoda alternativnog rješavanja sporova u međunarodne, a osobito zakonodavne instrumente EU. Pri tome, zagovaratelji primjene metoda alternativnog rješavanja obiteljskih sporova smatraju da bi se predviđanjem primjerenih instrumenata moglo potaknuti korištenje metoda alternativnog rješavanja sporova ili pak obvezati suprotstavljene stranke na sudjelovanje na (jednom) besplatnom sastanku, ali ne i na nastavak sudjelovanja u postupku mirnog rješavanja spora.⁶

Među najznačajnijim zaključcima koje donosi Rezolucija Europskog parlamenta o Zelenoj knjizi Komisije o alternativnom rješavanju sporova u građanskom i trgovačkom pravu iz 2003. godine⁷ smatramo da je onaj o potrebi da se u svrhu provedbe ili ovrhe sporazuma postignutih u postupku mirnog rješavanja spora predvidi njegovo potvrđivanje od strane suda ili javnog bilježnika (u obliku javnobilježničkog akta).⁸

Premda Europski kodeks postupanja medijatora iz 2004. godine⁹ (dalje: Kodeks) ne upućuje izravno na načela koja se imaju primijeniti na obiteljske medijatore, iz Smjernice za bolju implementaciju postojećih preporuka o obiteljskoj medijaciji u građanskopravnim stvarima iz 2007. godine¹⁰ (dalje: Smjernica iz 2007.) proizlazi da se načela koja sadrži imaju primijeniti i na njih. Iako su načela sadržana u Kodeksu neobvezujućeg karaktera, s obzirom na to da se odnose na neovisnost i nepristranost medijatora, jednako postupanje i povjerljivost postupanja, njihova primjena u

travnja 2002., 28. listopada 2013.

5 Toč. 48 Zelene knjige, str. 21.

6 Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, JAI/19/03_EN, 31.01.2003., portal europa.eu, <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_en.pdf>, str. 3., 31. siječnja 2003., 30. listopada 2013.

7 European Parliament resolution on the Commission's Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law (COM(2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144(COS)), portal europa.eu, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003_0084+0+DOC+XML+V0//EN>, 12. ožujka 2003., 30. listopada 2013.

8 Toč. K Preambule Rezolucije.

9 European code of conduct for mediators, portal European Judicial Network, <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm>, 10. rujna 2009., 30. listopada 2013.

10 Guidelines for better implementation of the existing recommendations concerning family mediation and mediation in civil matters, stranica Vijeća Europe, <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1223897&Site=>>, 7. prosinca 2007., 30. listopada 2013.

postupovnom smislu svakako je preporučljiva.¹¹

Od uvođenja Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim predmetima iz 2008. godine¹² (dalje: Direktiva iz 2008.) državama članicama EU-a ostavljen je rok od tri godine u kojemu moraju donijeti nacionalne propise kojima bi se njezin sadržaj implementirao u nacionalne pravne sustave.¹³ Premda su Direktivom iz 2008. predviđena pravila koja se imaju primijeniti u postupcima medijacije u građanskim i trgovačkim prekograničnim sporovima, precizirano je da se ona neće primjenjivati ako je riječ o pravima i obvezama kojima stranke u sporu nisu ovlaštene slobodno raspolagati, kao što su najvećim dijelom obiteljski i radnopravni sporovi.¹⁴ Također, neovisno o tome što bi se pravila Direktive iz 2008. trebala primjenjivati na prekogranične sporove, države članice EU-a slobodne su primjenjivati ih i u postupcima medijacije prema nacionalnom pravu.¹⁵

Rezolucija Europskog parlamenta o alternativnom rješavanju sporova u građanskim, trgovačkim i obiteljskim predmetima od 25. listopada 2011. godine¹⁶ podcrtava ključnu ulogu alternativnog rješavanja sporova u obiteljskim predmetima (pretpostavlja aktivno sudjelovanje obiju stranaka, osigurava veću pravnu zaštitu djece te pridonosi bržem i učinkovitijem rješavanju prekograničnih sporova).¹⁷

2.2. Razvoj uređenja mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravu

Od uvođenja instituta mirenja u Osnovni zakon o braku iz 1946. godine¹⁸ uređenje „izvansudskih postupaka nekonfliktnog rješavanja nesuglasica među članovima obitelji“¹⁹ u hrvatskom obiteljskom zakonodavstvu obilježila je terminološka te sadržajna neujednačenost kao i nejedinstvena regulacija instituta u različitim pravnim izvorima. Tako ubrzo po donošenju odredaba o mirenju u Osnovnom zakonu o braku, kojima je taj institut uveden u hrvatsko pravo, donesen je Zakon o parničnom

11 Toč. 2.1., 2.2., 4. Kodeksa.

12 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, EUR-Lex portal europa.eu <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:en:NOT>>, 21. svibnja 2008., 30. listopada 2013.

13 Čl. 12. st. 1. Direktive.

14 Toč. 10. Direktive.

15 Toč. 8. Direktive.

16 European Parliament resolution of 25 October 2011 on alternative dispute resolution in civil, commercial and family matters, portal europa.eu, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0449&language=EN#def_1_6>, 25. listopada 2011., 30. listopada 2013.

17 Toč. 25. Rezolucije.

18 Osnovni zakon o braku, Službeni list FNRJ, br. 29/46., 36/48., 11/51., 44/51., 18/55., 4/57., Službeni list FNRJ, br. 28/65. (pročišćeni tekst).

19 Alinčić, M., Bračno pravo, u: Alinčić, M., i dr., Obiteljsko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2001., str. 87.

postupku iz 1956. godine²⁰ (dalje: ZPP iz 1956.) u kojemu je uređen postupak mirenja u obiteljskim sporovima pred sudom. Time su ranije propisane odredbe o mirenju u Osnovnom zakonu o braku stavljene izvan snage. U literaturi se slaba provedba postupaka mirenja u praksi na temelju odredaba ZPP-a iz 1956. između ostalog, pripisala činjenici da je zakonodavac predvidio da, ako su jedan ili oba bračna druga, iako su uredno pozvani, izostali s ročišta za pokušaj mirenja, imalo se smatrati da mirenje nije uspjelo.²¹

U regulaciji postupaka mirenja u obiteljskim sporovima značajne novine nastupile su po donošenju Zakona o braku i porodičnim odnosima iz 1978. godine²² (dalje: ZBPO). Odredbama ZBPO-a široke ovlasti u postupku mirenja povjerene su centru za socijalnu skrb kao organu starateljstva, čime je mirenje u obiteljskim sporovima dobilo značaj obveznog izvansudskog postupka koji se u određenom smislu zadržao do danas. Zakonodavac je iskoristio priliku i pri donošenju ZBPO-a uklonio kritiziranu odredbu kojom je ranije bilo omogućeno bračnim drugovima da svojom pasivnošću dovedu do toga da se mirenje ne smatra uspjelim. Umjesto toga, predvidio je ovlaštenje organa starateljstva da ako se pozivu nije odazvao barem bračni drug koji namjerava podnijeti tužbu za razvod braka, odnosno oba bračna druga koji namjeravaju podnijeti zajednički prijedlog, a uredno su pozvani, obustavi postupak za mirenje (arg. ex čl. 62. st. 3. ZBPO).

Uređenjem mirnog rješavanja obiteljskih sporova unutar odredaba Obiteljskog zakona iz 1998. godine²³ (dalje: ObZ iz 1998.) sadržajno nisu nastupile veće izmjene instituta mirnog rješavanja obiteljskih sporova. Međutim, u terminološkom smislu zakonodavac je prikladnijim ocijenio pojam posredovanje od pojma mirenje, kojim je prethodno označio institut mirnog rješavanja obiteljskih sporova.²⁴ Pokretanje postupka posredovanja učinjeno je procesnom pretpostavkom za pokretanje postupka za rastavu braka tužbom ili sporazumnim zahtjevom za bračnog druga odnosno drugove koji imaju maloljetnu zajedničku ili posvojenu djecu odnosno djecu nad kojom se ostvaruje roditeljska skrb nakon punoljetnosti. Među važnijim izmjenama u postupovnom smislu svakako je i odredbama ObZ-a iz 1998. predviđeni rok od dva do najduže šest mjeseci od pokretanja u kojemu je centar za socijalnu skrb imao provesti i okončati postupak posredovanja (arg. ex čl. 50. st. 2. ObZ iz 1998.).

Pojam posredovanje kao i temeljni smisao i obilježja instituta zadržani su i

20 Zakon o parničnom postupku, Službeni list FNRJ, br. 4/57. i 52/61. i Službeni list SFRJ, br. 12/65., 1/71., 23/72., 6/74.

21 Bakarić-Mihanović, A., Pokušaj mirenja bračnih drugova u vezi s postupkom za razvod braka u novom zakonodavstvu SFRJ, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 28, 1-2/1978., str. 30.; Majstorović, I., Posredovanje prije razvoda braka: hrvatsko pravo i europska rješenja, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 57, br. 2/2007, str. 409.

22 Zakon o braku i porodičnim odnosima, NN 11/78., 45/89., 51/89. (pročišćeni tekst), 59/90.

23 Obiteljski zakon, NN br. 162/98.

24 U hrvatskoj pravnoj literaturi izmijenjena terminologija dovedena je u vezu s terminologijom tadašnjega Zakona o socijalnoj skrbi, NN br. 73/97., 27/01., 59/01., 82/01., 102/03., 44/06. Uzima se da pojam posredovanje u većoj mjeri odgovara činjenici da je sukladno odredbi čl. 82. st. 3.t. 1 i 3. ZBPO-a centar za socijalnu skrb nadležan za „poticanje, organiziranje i provođenje aktivnosti sa svrhom sprječavanja socijalnih, obiteljskih i osobnih problema“ i „obavlja poslove savjetovaništva za probleme braka i obitelji.“ Tako Majstorović, I., op. cit., str. 413.

u ObZ-u iz 2003. Budući da predstavlja odredbe obiteljskog procesnog prava koje su prethodile novom uređenju obiteljskog procesnog prava prema ObZ-u iz 2014., odredbe ObZ-a iz 2003. kojima je uređen postupak posredovanja razmotrit ćemo u nastavku rada. Pri tome, posebno ćemo se baviti pitanjem odnosa uređenja postupaka posredovanja prema odredbama ObZ-a iz 2003. i Zakona o mirenju iz 2003. godine²⁵ (dalje: ZM iz 2003.) te Zakona o parničnom postupku iz 2008. godine²⁶ (dalje: ZPP iz 2008.) kojima su stvorene pretpostavke za provođenje sudskog i izvansudskog rješavanja obiteljskih sporova. U tom kontekstu osvrnut ćemo se i na odredbe Zakona o mirenju iz 2011. godine²⁷ (dalje: ZM iz 2011.) odnosno promjene koje su nastupile, a neposredno se odražavaju na provođenje postupaka mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravu.

3. MIRNO RJEŠAVANJE OBITELJSKIH SPOROVA PREMA HRVATSKOM PRAVU

3.1. Zakonodavni okvir prema ObZ iz 2003.

Kao što smo ranije naveli, zakonodavni okvir kojim su uređeni postupci mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravu uz odredbe ObZ iz 2003. činile su još odredbe ZM-a iz 2011. te odredbe ZPP-a. Premda su ObZ-om iz 2003. bili predviđeni postupci ako se postupak radi razvoda braka pokreće tužbom ili sporazumnim zahtjevom, a bračni drugovi imaju maloljetnu zajedničku ili posvojenu djecu ili djecu nad kojom su ostvarivali roditeljsku skrb, Zakonom o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2004. godine²⁸ (dalje: ZID ObZ iz 2004.) ti su postupci predviđeni i kada jedan bračni drug traži razvod braka. Na taj način, pokretanje postupka posredovanja i njegova provedba učinjeni su procesnom pretpostavkom za pokretanje postupka za razvod braka u svim slučajevima, osim ako se postupak pokreće sporazumom bračnih drugova, a nema obveza bračnih drugova prema zajedničkoj djeci. Ako se pozivu na posredovanje ne odazove tužitelj, ili kod sporazumnog zahtjeva za razvod braka oba bračna druga i ne opravdaju svoj izostanak odnosno odustanu od postupka posredovanja, uzimalo se da je tužba ili sporazumni zahtjev za razvod povučen (arg. ex čl. 47. st. 2. i 3. ObZ iz 2003.).

Svrha postupka posredovanja bila je provođenje ispitivanja uzroka koji su doveli do poremećenosti odnosa bračnih drugova pred centrom za socijalnu skrb ili drugim posredovateljem te nastojanje posredovatelja da se ti uzroci otklone te da se bračni drugovi pomire. Ako se bračni drugovi izmire tijekom postupka posredovanja, uzimalo se da je tužba povučena. Međutim, sudska praksa kao i pravna teorija ukazivale su na malobrojnost takvih slučajeva²⁹, te okolnost da se najčešće postupak

25 Zakon o mirenju, NN br. 162/03., 79/09.

26 Zakon o parničnom postupku, NN br. 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 27/90.; NN br. 26/91., 34/91., 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 02/07. (odluka USRH), 84/08.

27 Zakon o mirenju, NN br. 18/11.

28 Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona, NN br. 17/04.

29 Vidi Majstorović, I., op. cit., str. 447.

posredovanja okončava na način da posredovatelj izrađuje stručno mišljenje koje se dostavlja bračnim drugovima u roku od petnaest dana od okončanja postupka posredovanja prema pravilima o osobnoj dostavi (arg. ex čl. 49. st. 2. ObZ iz 2003.). Ako je posredovanje provodila ustanova ili pojedinac različit od centra za socijalnu skrb, ako su bračni drugovi imali maloljetnu zajedničku ili posvojenu djecu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb posredovatelj je bio dužan dostaviti stručno mišljenje centru za socijalnu skrb. Stručno mišljenje koje je izrađivao posredovatelj nije bilo pravno obvezujuća odluka.³⁰ Ističući prednosti austrijskoga rješenja³¹, autori u hrvatskoj pravnoj teoriji upozorili su da bi i u hrvatskom pravu svakako bilo uputno razmisliti o propisivanju obveze posredovatelja da se u „stručnom mišljenju osvrne na odnos bračnih drugova prema pravnim posljedicama razvoda braka s kojim su bračni drugovi morali biti upoznati tijekom postupka posredovanja.“³² Suglasni su bili i u tome da bi bračni drugovi mogli sve odnose u vezi s prestankom braka urediti sporazumno.³³ Pri tome, budući da se postupak ne može okončati sklapanjem sudske nagodbe, sporazum postignut među strankama ne bi bio pravno obvezujući, ali bi mogao biti relevantan za sud, kojemu može poslužiti kao osnovica pri oblikovanju sudske odluke.³⁴

Po donošenju ZM-a iz 2003. u hrvatskoj pravnoj teoriji pojavila se dvojba slična onoj koja je prisutna i na europskoj razini³⁵, vezano uz pitanje odgovara li

30 Sadržaj stručnog mišljenja propisan je Pravilnikom o osnovnim elementima koje mora sadržavati stručno mišljenje u postupku posredovanja prije razvoda braka, NN br. 32/05. (dalje: Pravilnik).

31 Nastranicama Ministarstva gospodarstva, obitelji i mladih Republike Austrije (*Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend*) ponuđene su upute i obrazac (*Abrechnungformular*) kojega se sastavlja tijekom provedbe i po završetku postupka obiteljske medijacije, iz čega je vidljivo na koji način se provodi postupak, stranica Ministarstva gospodarstva, obitelji i mladih, <<http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx>>, 2.11.2013. Od 1. ožujka 2014. godine u izradi je nova internetska stranica Ministarstva obitelji i mladih, a informacije su u međuvremenu dostupne na privremenoj stranici Ministarstva obitelji i mladih, <http://www.bmwfj.gv.at/>.

32 Alinčić, M., Pravno uređenje braka i odnosa u braku, u: Alinčić, M., i dr., *Obiteljski zakonovine, dvojbe i perspektive*, Zagreb, Narodne novine, 2003., str. 18-19. Usporedi Majstorović, I., op. cit., str. 422.; Uzelac, A. i dr., *Aktualni trendovi mirnog rješavanja sporova u Hrvatskoj: dosezi i ograničenja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, 3/2010., str. 1265-1308., na str. 1294.

33 Ovaj stav u literaturi potkrijepljen je primjerom slovenske judikature gdje Okružni sud u Ljubljani provodi mirenje u obiteljskim sporovima. Ipak, sporazum stranaka podnosi se sucu, koji odlučuje u kojoj mjeri će njegov sadržaj unijeti u sudsku presudu. Uzelac, A., *Mirenje kao alternativa suđenju* u: Uzelac, A. i dr., *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Zagreb, TIM Press, 2004., str. 28.; Korać, A., *Obiteljsko posredovanje - prilog alternativnom rješavanju obiteljskih sporova*, Hrvatska pravna revija, 5/2005, str. 73-84, na str. 84.

34 Uzelac, loc. cit.

35 Još je u odgovorima na pitanje postavljeno u Zelenoj knjizi jasno bila uočljiva podjela između onih koji su poduprijeti ideju o primjeni metoda alternativnog rješavanja sporova na području obiteljskopравnih odnosa i onih koji su se toj mogućnosti usprotivili smatrajući da alternativno rješavanje sporova ne odgovara prirodi obiteljskih sporova. Kasnije je u Direktivi izričito navedeno da se neće primjenjivati ako je riječ o pravima i obvezama kojima stranke u sporu nisu ovlaštene slobodne raspolagati, kao u slučaju obiteljskih sporova.

primjena pravila o mirenju koja su predviđena za rješavanje građanskih, trgovačkih i radnih sporova prirodi obiteljskih sporova. Naime, dok su neki autori smatrali da bi primjena odredaba ZM-a bila prikladna za rješavanje sporova u pogledu prava kojima su stranke ovlaštene slobodno raspolagati (imovinskih prava bračnih drugova i drugih članova obitelji, izvanbračnih drugova, bivših bračnih drugova i eventualno drugih srodnika), drugi su ipak isticali da su čak i imovinski sporovi, a ne samo razvod ili uzdržavanje, redovito emocionalno obilježeni, a upravo ih to razlikuje od građanskih ili trgovačkih sporova.³⁶

Naime, sukladno odredbi čl. 1. ZM-a iz 2003. uređeno je mirenje u građanskopravnim sporovima, uključujući i sporove iz područja trgovačkih, radnih i drugih imovinskopravnih odnosa u stvarima u kojima stranke mogu slobodno raspolagati. Iz tumačenja te odredbe proizlazi da sporovi bračnog i obiteljskog prava, kao građanskopravni sporovi o pravima u kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati nisu obuhvaćeni ZM-om iz 2003. Izuzetak pri tome predstavljali su obiteljski imovinski sporovi.^{37, 38} U prilog primjeni odredaba ZM-a iz 2003. na mirenje u obiteljskim imovinskim sporovima svakako je išla okolnost da su odredbe ObZ iz 2003. uređivale posredovanje kao specifičan oblik mirenja u obiteljskim odnosima, dok mirenje izvan postupka posredovanja, sporazum o mirenju, izbor miritelja, utjecaj na druge postupke i sl. odredbama toga zakona nije uređeno.³⁹ Također, supsidijarna primjena odredbe čl. 186. d st. 1. ZPP-a prema kojoj sud može tijekom cijelog parničnog postupka strankama predložiti da spor riješe u postupku mirenja pred sudom ili izvan suda upućivala je na mogućnost stranaka da obiteljski imovinski spor riješe mirenjem, uz primjenu odredaba ZM-a iz 2003.

Pozivajući se na okolnost da se mirenje može provesti i u predmetima u kojima stranke ne mogu valjano zaključiti sudsku nagodbu, dakle i u bračnim sporovima, gdje može poslužiti u postizanju suglasnosti stranaka o uzdržavanju djece ili održavanju kontakata između roditelja i djece, hrvatska procesna teorija uputila je na mogućnost primjene odredaba ZM-a iz 2003. i na području obiteljskih sporova koji nisu imovinskopravne prirode.⁴⁰ Premda se hrvatska obiteljskopravna teorija načelno složila s idejom o potrebi da se postupno mirenje provodi i u ostalim obiteljskim sporovima, upozorila je da osobita priroda obiteljskih sporova ipak traži posebno uređenje mirnog rješavanja obiteljskih sporova, koje bi trebalo biti provedeno u okviru odredaba ObZ-a.⁴¹

36 Majstorović, op. cit. (bilj. 22), str. 449-450. Ipak, složili bismo se s kritikom upućenom tom shvaćanju da nije moguće izdvojiti samo bračne sporove kao sporove emocionalno obilježene, jer su podjednako bračni sporovi obilježeni racionalnim kao i građanski i trgovački emocionalnim elementima. Tako Uzelac, A. i dr., *Aktualni trendovi...*, cit., str. 1294.

37 Uz sporove koji se tiču imovinskih odnosa izvan/bračnih drugova, partner(a)ica iz istospolnih zajednica, imovinski sporovi tiču se i troškova poroda djeteta rođenog izvan braka te između roditelja i djece. Tako Korać, loc. cit.

38 Ibid., str. 1295.

39 Tako Uzelac, A., *Zakon o mirenju-komentarske bilješke*, u: Uzelac, A. i dr., *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Zagreb, TIM Press, 2004., str. 59-116. na str. 59.

40 Uzelac, A., *Zakon o mirenju: nastanak, izvori i osnovna načela*, u: Uzelac, A. i dr., *Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima*, Zagreb, TIM Press, 2004., str. 33-44., na str. 2.

41 Majstorović, I., op. cit., str. 450; Čulo Margaletić, A., *Mirno rješavanje obiteljskopravnih*

Značajna novina u odnosu na mogućnost provođenja mirenja u obiteljskim sporovima nastupila je donošenjem ZM-a iz 2011. Iz dikcije odredbe čl. 1. st. 2. ZM-a iz 2011. proizlazi da se odredbe toga zakona primjenjuju i na mirenje u drugim sporovima, dakle i u bračnim sporovima, ako to odgovara prirodi pravnog odnosa iz kojeg proizlazi spor i ako posebnim zakonom za te sporove nisu propisana drukčija pravila.

Za postupke mirnog rješavanje obiteljskih sporova prema odredbama ZM-a iz 2011. osobito značajnu ocjenjujemo okolnost da je odredbom čl. 4. st. 1. izrijekom propisano da se postupci imaju voditi u skladu s načelima savjesnosti i poštenja te međunarodno priznatim standardima mirenja izraženima u aktima EU-a, Ujedinjenih naroda i Vijeća Europe. U tom smislu, u postupcima mirnog rješavanja obiteljskih sporova osigurano je postupanje u skladu s postulatima Europskog kodeksa postupanja medijatora i Direktive iz 2008. koji su usmjereni na osiguranje visoke razine zaštite stranaka u postupcima mirenja. U stavku 2. istoga članka precizirano je da se pitanja koja nisu riješena odredbama toga zakona trebaju rješavati u skladu s načelima dragovoljnosti, učinkovitosti postupka, jednakog postupanja sa strankama, autonomije stranaka u postupku, povjerljivosti postupka i nepristranosti izmiritelja.

Prema odredbi čl. 11. ZM-a iz 2011. izmiritelj može sudjelovati u sastavljanju nagodbe i predlagati njezin sadržaj. Odredbom čl. 13. st. 1. predviđeno je da nagodba sklopljena u postupku mirenja obvezuje stranke, a ako su njome stranke preuzele određenu obvezu, dužne su ih pravodobno izvršiti, dok je st. 2. predviđeno da ako je nagodbom utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi te ako sadrži izjavu obvezanika o neposrednom dopuštenju ovrhe (klauzulu ovršnosti) ta je nagodba ovršna isprava.

Nadalje, prihvaćajući preporuke iz EU dokumenata o potrebi promicanja mirnog rješavanja sporova na nacionalnoj razini, hrvatski zakonodavac odlučio se u odredbe ZM-a iz 2011. ugraditi i odredbu čl. 19. prema kojoj će tijekom sudskog, upravnog ili drugog postupka tijelo koje vodi postupak u sporovima koji su predmet zakona preporučiti strankama da spor riješe u postupku mirenja u skladu s odredbama toga zakona, ako ocijeni da postoji mogućnost rješavanja spora mirenjem. Ta je odredba smislom vrlo bliska odredbi čl. 186. d ZPP-a koja je ugrađena još 2008. godine u odredbe postupovnog zakona, što ukazuje i na postupan razvoj svijesti o nužnosti da se metode alternativnog rješavanja sporova koriste kada god je to moguće, odnosno da se sudski postupak koristi tek kao krajnje rješenje, nakon iscrpljenja drugih mogućnosti. U hrvatskoj obiteljskopravnoj teoriji podcrtana je važnost uvođenja ove odredbe u kontekstu poticanja mirnog rješavanja obiteljskih sporova, kao primjerenijeg načina rješavanja obiteljskih sporova budući da u manjoj mjeri šteti već narušenim odnosima između bračnih drugova i članova obitelji nego pri vođenju sudskih postupaka.⁴²

Međutim, u hrvatskom obiteljskom pravu prema odredbama ObZ-a iz 2003. predviđen je institut posredovanja u vezi s postupkom razvoda braka kojemu je cilj utvrđivanje uzroka poremećenosti odnosa među bračnim drugovima, njihovo uklanjanje i pomirenje bračnih drugova ako je to moguće. Također, u postupku

sukoba interesa, doktorska disertacija, Zagreb, 2011., str. 274.

42 Ibid., str. 280.

obiteljskog posredovanja posrednik je dužan upoznati bračne drugove s posljedicama razvoda braka.

Na europskoj razini od usvajanja prvih akata usmjerenih integriranju metoda alternativnog rješavanja sporova u nacionalna zakonodavstva država članica EU-a i poticanju njihove šire primjene u rješavanju prijedora među strankama, razmatrana je mogućnost primjene postupka medijacije, odnosno općenito mirnog rješavanja sporova u obiteljskim prijedorima. Recentni trendovi na tom području ukazuju na sve jače prisutnu tendenciju širenja primjene mirnog rješavanja sporova na rješavanje svih obiteljskih prijedora. U tom smislu, hrvatska obiteljskoppravna teorija upozorila je na nedostatke regulacije mirnog rješavanja obiteljskih sporova unutar hrvatskoga prava (odredbama ObZ-a iz 2003. kojima je uređen institut posredovanja, dok je primjena odredaba ZM-a iz 2011. na obiteljske sporove otvarala mogućnost mirnog rješavanja obiteljskih sporova (za razliku od ZM-a iz 2003. koji je omogućavao mirenje samo u obiteljskim sporovima imovinske prirode)) i potrebu da se razmotri uređenje mirnog rješavanja obiteljskih sporova u okviru ObZ-a.⁴³ Pri tome, načela sadržana u ZM-u iz 2011. sukladno kojima se postupak mirenja ima odvijati pred nepristranim i neutralnim medijatorom, uz poštovanje povjerljivosti podataka i prava stranaka na samoodređenje, trebalo bi učiniti i sastavnim dijelom regulacije obiteljske medijacije.⁴⁴

Kako se čini, prijedloge iz hrvatske pravne teorije prihvatio je hrvatski zakonodavac te pristupio uvođenju novih i jačanju postojećih oblika izvansudske pomoći u rješavanju konfliktnih obiteljskih odnosa u obliku obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije.⁴⁵ U nastavku ćemo izložiti i odredbe ObZ-a iz 2014. kojima je predviđeno obvezno savjetovanje (čl. 321.-330.) i obiteljska medijacija (čl. 331.-344.). Usporedbom s odredbama kojima je u okviru ObZbio iz 2003. uređen postupak posredovanja u prvom redu pokušat ćemo utvrditi pomake u uređenju mirnog rješavanja obiteljskih sporova koje donosi ObZ iz 2014. ali i njihovu usklađenost sa zahtjevima koje na tom području postavljaju europski dokumenti.

3.2. Zakonodavni okvir prema ObZ-u iz 2014.

Institut posredovanja čije su izmjene u okviru ObZ-a iz 2003. učinjene kako bi se uskladio s tada aktualnim tendencijama u posredovanju kao obliku pružanja pomoći u rješavanju konflikata u obiteljskim odnosima napušten je pri izradi ObZ-a iz 2014. Umjesto posredovanja odredbom čl. 322. ObZ-a iz 2014. uvedeno je obvezno savjetovanje koje se provodi: (1.) prije razvoda braka u kojem postoje zajednička maloljetna djeca i (2.) prije pokretanja ostalih obiteljskih sudskih postupaka u vezi s ostvarivanjem roditeljske skrbi i osobnih odnosa u vezi s djetetom i obiteljska medijacija u kojoj članovi obitelji sudjeluju dobrovoljno.

⁴³ Ibid., str. 282.

⁴⁴ Ibid., str. 283.

⁴⁵ Prijedlog iskaza za Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih Republike Hrvatske (dalje: Prijedlog iskaza), <http://www.mspp.hr/novosti/vijesti/nacrt_prijedloga_obiteljskog_zakona_i_prijedlog_iskaza_o_procjeni_ucinaka_propisa> , str. 4., 8. kolovoza 2013., 3. studenog 2013.

3.2.1. Obvezno savjetovanje

Postupak obveznog savjetovanja definiran je kao oblik pomoći članovima obitelji da donesu sporazumne odluke o obiteljskim odnosima vodeći posebnu brigu o zaštiti obiteljskih odnosa u kojima sudjeluje dijete, te o pravnim posljedicama nepostizanja sporazuma i pokretanja sudskih postupaka u kojima se odlučuje o osobnim pravima djeteta (čl. 321. st. 1. ObZ iz 2014.).

U odnosu na terminološko rješenje „obvezno savjetovanje“ upućene su kritike da je neprimjeren s obzirom na to da pojam „savjetovanje“ redovito podrazumijeva profesionalnu metodu pružanja neposredne pomoći koja korisnika vodi k jasnijem uvidu u problem i pronalaženje osnove za njegovo rješavanje te obično traje duže razdoblje (zahtijeva između četiri i šest susreta), dok bi prema definiciji pojam obvezno savjetovanje označavao prvi susret i pružanje informacije o postupcima prije i tijekom razvoda braka. Budući da je usporediv s postupkom „pokušaja mirenja“ prema ranijem ObZ-u koji su provodili socijalni radnik, psiholog i pravnik, predloženo je da se pojam „obveznog savjetovanja“ zamijeni pojmom „obvezni stručni postupak“.⁴⁶

Predlagatelj je pojasnio da su pored pojma „obveznog savjetovanja“ razmatrani i pojmovi „savjetodavni/informativni razgovor“ i „edukacija roditelja“, no prihvaćen je pojam „obvezno savjetovanje“ i napravljena razlika u odnosu na pojam „savjetovanje“ prema čl. 78. st.1. Zakona o socijalnoj skrbi iz 2013. godine (dalje: ZSS)⁴⁷. Međutim, predlagatelj nije bio do kraja jasan u pogledu razloga zbog kojega se opredijelio za navedeni pojam. Moguće je da je upravo utjecala okolnost da redovito interveniranje i pružanje pomoći nadležnih tijela obiteljima u uređenju obiteljskih odnosa pripada među djelatnosti socijalne skrbi, a budući da je i Nacrtom prijedloga ObZ-a predviđeno da se provođenje postupka povjeri centru za socijalnu skrb, pojam sličan onome kojega poznaje tekst ZSS-a, unatoč kritikama i razilaženjima dioničara rasprave učinio se najprikladnijim kompromisom.

Provođenje postupka povjereno je centru za socijalnu skrb nadležnom prema mjestu djetetova prebivališta, odnosno boravišta ili prema mjestu zadnjeg zajedničkog prebivališta, odnosno boravišta bračnih ili izvanbračnih drugova, a članovi obitelji sudjeluju osobno, bez punomoćnika (čl. 321. st. 2. i 4. ObZ iz 2014.).

Dok je postupak posredovanja prema ObZ-u iz 2003. bio ograničen isključivo na slučajeve razvoda braka, obiteljsko savjetovanje prema ObZ-u iz 2014., osim prije razvoda braka provodi se i prije pokretanja drugih obiteljskih sudskih postupaka u vezi s ostvarivanjem roditeljske skrbi i osobnih odnosa u vezi s djetetom. Zanimljivo je da je hrvatski zakonodavac odlučio ograničiti obvezu pokretanja i provođenja savjetovanja isključivo na slučajeve u kojima postoje zajednička djeca (bilo da je riječ o razvodu braka ili pokretanja sudskih postupaka u vezi s ostvarivanjem roditeljske skrbi ili ostalih odnosa u vezi s djetetom) premda je u ObZ-u iz 2003. radi očuvanja i zaštite braka hrvatski zakonodavac predvidio da se postupak posredovanja ima provoditi

46 Primjedba Obiteljskog centra Istarske županije iznesena u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupna u dokumentu o djelomično uvažanim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a objavljenom na stranicama Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.msppm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3.11. 2013.

47 Zakon o socijalnoj skrbi, NN br. 157/13.

podjednako ako bračni drugovi nemaju zajedničku maloljetnu ili posvojenu djecu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, ako se postupak razvoda pokreće tužbom (arg. ex čl. 44. ObZ). *Ratio* te odluke vidio se u okolnosti da se tijekom postupka posredovanja bračnim drugovima pružaju informacije o pravnim posljedicama razvoda braka te daje prilika da postignu sporazum o budućim odnosima, što je osobito značajno u slučaju razvoda braka.⁴⁸ Neovisno što se može učiniti dvojbenom odluka hrvatskog zakonodavca da obveže na provođenje postupka posredovanja i bračne drugove koji nemaju zajedničku maloljetnu ili posvojenu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti i na takav način ograniči njihovu slobodu donošenja odluka, hrvatska obiteljskoppravna teorija smatrala ju je opravdanom. Vjerojatno se oslonila na argument od ranije da se na takav način pruža određena zaštita onome bračnom drugu protiv kojega je podnesena tužba za razvod braka.⁴⁹ Ujedno, ocijenjeno je da provođenje postupka posredovanja ni na koji način ne može naškoditi odnosima među bračnim drugovima niti kasnijem provođenju brakorazvodnih postupaka.⁵⁰

Procjenjujemo da bi odluka predlagatelja da ograniči obvezu pokretanja i provođenja postupka obveznog savjetovanja na slučajeve u kojima postoje maloljetna djeca mogla biti vezana uz činjenicu da obvezno savjetovanje ne služi kako bi se tijekom postupka pokušali riješiti obiteljski konflikti i bračni drugovi pomirili (tome prema ObZ-u iz 2014. služi obiteljska medijacija) nego isključivo radi informiranja bračnih drugova o posljedicama razvoda braka i eventualno pružanja pomoći bračnim drugovima u postizanju sporazumnog plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi.

Nadležnost u postupcima posredovanja prema ObZ-u iz 2003. povjerena je podjednako određenim tijelima privatnog i javnog sektora, pa je bračnim drugovima ostavljeno da odluče žele li da se postupak posredovanja provodi pred centrom za socijalnu skrb, savjetovalištem za brak i obitelj ili osobom ovlaštenom za pružanje stručne pomoći (posredovatelj) (arg. ex čl. 46. st. 1. ObZ iz 2003.).

Pri pokretanju postupka posredovanja prema ObZ-u iz 2003. sud koji je primio tužbu ili sporazumni zahtjev za razvod bio je dužan na prvom ročištu zatražiti od bračnih drugova da izjave kojem se posredovatelju žele obratiti radi pokušaja uklanjanja bračnih nesuglasica, odnosno dogovora o uređenju pravnih posljedica razvoda braka (čl. 46. st. 1. ObZ iz 2003.). Posredovatelj je bio dužan pozvati bračne drugove prema pravilima o osobnoj dostavi da osobno bez punomoćnika sudjeluju u postupku (čl. 47. st. 1. ObZ iz 2003.). Propisane su i posljedice nepostizanja sporazuma s kojim će roditeljem dijete živjeti, njegovim susretima s drugim roditeljem odnosno o smještanju djeteta za vrijeme trajanja parnice za razvod braka (čl. 46. st. 2. ObZ iz 2003.), posljedice neodazivanja tužitelja odnosno oba bračna druga koji su podnijeli sporazumni zahtjev i ne opravdaju svoj izostanak te odustanka oba bračna druga od postupka posredovanja (čl. 47. st. 3. ObZ iz 2003.).

48 Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona, s konačnim prijedlogom Zakona iz 2004. godine, internetska stranica Hrvatskog sabora, <<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=5719>>, str. 2., 3.11. 2013.

49 Alinčić, M. i Bakarić-Mihanović, A., *Porodično pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, Biblioteka Udžbenici i skripta, 1980., str. 99.; Majstorović, I., op. cit., str. 410.

50 Majstorović, ibid., str. 418.

Ključnu razliku u odnosu na pokretanje postupka posredovanja ObZ iz 2014. čini odredbom čl. 323. st. 1. kojom propisuje da se postupak obveznog savjetovanja pokreće na zahtjev stranke u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik te odredbom čl. 323. st. 2. ObZ-a iz 2014. sukladno kojoj je centar za socijalnu skrb dužan u roku od 14 dana od dana primitka zahtjeva za provođenje obveznog savjetovanja pozvati stranke i zakazati zajednički sastanak. Razlika je uvjetovana okolnošću da se prema ObZ-u iz 2003. postupak za razvod braka pokreće prije postupka posredovanja pa je u tom smislu provođenje postupka posredovanja pretpostavka za nastavak postupka za razvod braka, dok se u slučajevima predviđenima ObZ-om iz 2014. najprije pokreće i provodi postupak obveznog savjetovanja kao pretpostavka za pokretanje postupka za razvod braka, odnosno ostale obiteljske sudske postupke. Također, budući da je predviđeno da se postupak obveznog savjetovanja ima provoditi isključivo pred centrima za socijalnu skrb, izostala je potreba da se slično odredbi ObZ-a iz 2003. predvidi da stranke trebaju izjaviti pred kojim pojedincem ili ovlaštenim tijelom žele pokrenuti postupak obveznog savjetovanja.

Rokovi u kojima se ima pokrenuti postupak posredovanja odnosno postupak obveznog savjetovanja također su predviđeni različito. Prema ObZ-u iz 2003. tako bio je izričito predviđen rok od tri mjeseca u kojemu se ima pokrenuti i okončati postupak posredovanja u slučajevima u kojima je sud po službenoj dužnosti donio odluku o izboru posredovatelja jer se bračni drugovi o tome nisu sporazumjeli (čl. 49. st. 1. ObZ iz 2003.). Prema ObZ-u iz 2014. propisan je opći rok od 14 dana od dana primitka zahtjeva za provođenje obveznog savjetovanja u kojemu je centar za socijalnu skrb dužan pozvati stranke i zakazati zajednički sastanak (čl. 323. st. 2. ObZ iz 2014.).

Nadalje, iz analize odredaba ObZ-a iz 2014. vidljivo je da se pri uređenju obveznog savjetovanja odlučilo odstupiti od rješenja koja su u ObZ-u iz 2003. unesena radi usklađivanja zakonske regulacije s potrebama prakse. Naime, odluka hrvatskoga zakonodavca da odredbama ObZ-a iz 2003. omogući bračnim drugovima da postupak posredovanja umjesto pred centrom za socijalnu skrb vode pred savjetovalištem za brak i obitelj ili pred osobom ovlaštenom za pružanje stručne pomoći kao posredovateljima u hrvatskoj obiteljskopravnoj teoriji protumačena je na način da je izravno uvjetovana upozorenjem iz prakse da bračni drugovi često nisu skloni razgovarati o konfliktnim obiteljskim odnosima pred stručnjacima u centrima. Također je usklađena i s okolnošću da nerijetko bračni drugovi posežu za zahtjevima za postupovnim izuzećem stručnjaka koji su sudjelovali u postupku posredovanja.⁵¹

Priroda postupka obveznog savjetovanja pred centrom za socijalnu skrb prema ObZ-u iz 2014. razlikuje se od prirode postupka posredovanja prema ObZ-u iz 2003. Odluku predlagatelja da nadležnost za provođenje obveznog savjetovanja prema odredbama ObZ-a iz 2014. povjeri isključivo centru za socijalnu skrb stoga razumijemo kao procjenu da jedino stručnjaci centra mogu pružiti potrebnu stručnu pomoć bračnim drugovima (u sporazumnom definiranju i oblikovanju „plana o roditeljskoj skrbi“). Budući da se postupku obveznog savjetovanja ne pristupa kako bi se uklonili sukobi u obiteljskim odnosima i bračni drugovi pomire, bračni

⁵¹ Ibid., str. 415.

drugovi i članovi obitelji u postupku obveznog savjetovanja nisu dužni razgovarati o konfliktnim obiteljskim odnosima. Štoviše, ako centar za socijalnu skrb ocijeni da u okolnostima konkretnoga slučaja zajednički sastanak ne bi bio svrsishodan može zakazati i provoditi odvojene razgovore sa strankama. U tom smislu ne čini se da bi ovo rješenje u primjeni trebalo izazivati poteškoće koje je ranije stvarala okolnost da je postupak posredovanja provodio isključivo centar za socijalnu skrb.

Prema ObZ-u iz 2014. promijenjen je položaj savjetovaništa za brak i obitelj pa umjesto u svojstvu formalnog posredovatelja kako je to predviđeno ObZ-om iz 2003., bračno savjetovanje na zahtjev centra za socijalnu skrb savjetovaništa trebalo bi provoditi isključivo, ako centar procijeni da postoji mogućnost očuvanja braka i za vrijeme trajanja postupka obveznog savjetovanja uputi bračne drugove na savjetovanje (arg. ex čl. 325. st. 2. Nacrta prijedloga ObZ).⁵²

Osim opisanih razlika, postoje i određeni slični elementi u uređenju postupka posredovanja i postupka obveznog savjetovanja. Tako uz zadaću da uputi bračne drugove u posljedice razvoda braka i omogućiti im postizanje sporazuma ako budućih odnosa, po okončanju postupka savjetovanja centar za socijalnu skrb dužan je sastaviti izvješće i dostaviti ga strankama prema pravilima o osobnoj dostavi u roku od 60 dana od dana primitka zahtjeva za provođenje obveznog savjetovanja prije razvoda braka, odnosno u roku od 30 dana od primitka zahtjeva za provođenje obveznog savjetovanja radi rješavanja pitanja ostvarivanja roditeljske skrbi ili osobnih odnosa u vezi s djetetom. Sastavljeno izvješće vrijedi šest mjeseci od dana njegove dostave strankama (arg. ex čl. 324. st. 2. ObZ iz 2014.). Prema ObZ-u iz 2003. posredovatelj je također bio dužan izraditi i dostaviti stručno mišljenje bračnim drugovima prema pravilima o osobnoj dostavi. Međutim, rok za dostavu stručnog mišljenja strankama bio je vezan uz trenutak okončanja postupka i iznosio je 15 dana (čl. 49. st. 2. ObZ iz 2003.).

Promotrimo li rokove za dostavu stručnog mišljenja i izvješća centra za socijalnu skrb zajedno, zamjetno je da je predlagatelju propisivanje roka za dostavu izvješća centra za socijalnu skrb poslužilo kako bi njime ujedno ograničilo trajanje postupka obveznog savjetovanja na razdoblje manje od 60 odnosno 30 dana. U usporedbi, odredbom čl. 49. st. 1. ObZ-a iz 2003. predviđen je duži rok za provođenje postupka posredovanja koji je iznosio tri mjeseca. Kraći rok za provođenje postupka obveznog savjetovanja vjerojatno je posljedica procjene predlagatelja da postupak pružanja informacija bračnim drugovima i članovima obitelji o posljedicama razvoda braka ne bi trebao predugo trajati, za razliku od postupka posredovanja za kojega je još u Nacrtu prijedloga ObZ-a iz 2003. posebno istaknuto da njegovo trajanje doprinosi mogućnosti da se bračni drugovi pomire.⁵³ No, istodobno tek primjena u praksi

52 Dok je iz dikcije odredba čl. 325. st. 2. Nacrta prijedloga ObZ-a proizlazilo da je centar za socijalnu skrb u postupku obveznog savjetovanja, ako procijeni da postoji mogućnost očuvanja braka, ovlašten uputiti bračne drugove na bračno savjetovanje, iz dikcije odredbe čl. 325. st. 1. Prijedloga ObZ-a, a i ObZ-a iz 2014. proizlazi da je centar za socijalnu skrb ovlašten isključivo upoznati bračne drugove s tom mogućnošću, što više odgovara smislu postupka obveznog savjetovanja i ulozi koja je povjerena centru za socijalnu skrb u tome postupku.

53 «Napominjemo još da se često postupak razvoda braka pokreće impulzivno, u trenutku sukoba pa se kroz vrijeme provedeno u postupku posredovanja može postići smirivanje sukoba

dat će odgovor hoće li taj rok biti dostatan kako bi stranke sporazumno definirale i oblikovale „plan o roditeljskoj skrbi“ što je jedan od primarnih ciljeva postupka obveznog savjetovanja.

Uz to što je sastavljanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi jedna je od pretpostavki za pokretanje postupka razvoda braka ako braćni drugovi imaju maloljetnu djecu, ObZ iz 2014. taksativno navodi i druge posljedice nepostizanja sporazumnog plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi.⁵⁴

U tom kontekstu sporno je još i koliko bi postupak obveznog savjetovanja s obzirom na nepreciznost predviđenog roka trebao trajati. Naime, budući da je odredbom određeno da se izvješće centra za socijalnu skrb ima dostaviti strankama u roku od 60 odnosno 30 dana od pokretanja postupka obveznog savjetovanja, nije jasno koliko je vremena predlagatelj predvidio za postupak obveznog savjetovanja, a koliko će vremena imati na raspolaganju centar za izradu izvješća i njegovu dostavu strankama. Precizno određivanje roka u kojemu se ima provesti postupak obveznog savjetovanja te predviđanje posebnog roka za izradu i dostavu izvješća strankama u tom smislu smatramo da je primjerenije te u većoj mjeri doprinosi pravnoj sigurnosti.

U ObZ-u iz 2003. izostala je odredba koja uređuje sadržaj stručnog mišljenja posredovatelja. Predviđeno je tek da će ministar nadležan za poslove socijalne skrbi propisati osnovne elemente koje mora sadržavati stručno mišljenje u postupku posredovanja (arg. ex čl. 52. st. 5. ObZ iz 2003.) što je i učinjeno Pravilnikom. Pri izradi ObZ-a iz 2014. uključena je odredba koja propisuje sadržaj izvješća koje centar za socijalnu skrb izrađuje pri okončanju postupka obveznog savjetovanja u zakonski tekst (čl. 324. st. 1. ObZ iz 2014.). Međutim, za razliku od Pravilnika u kojemu su bili detaljno propisani osnovni elementi koje mora sadržavati stručno mišljenje koje po završenom postupku posredovanja prije razvoda braka daje ustanova ili pojedinac koji provodi posredovanje, odredba čl. 324. st. 1. ObZ-a iz 2014. tek načelno navodi što izvješće treba sadržavati. Iako razlozi preglednosti i praktičnosti govore u prilog unošenju odredbe o sadržaju izvješća u zakonski tekst, pomalo je začudno da je u njezinoj formulaciji predlagatelj bio u znatno manjoj mjeri precizan negoli pri izradi Pravilnika. Premda priroda postupka obveznog savjetovanja ne traži prikupljanje svih podataka koje traži Pravilnik pri izradi stručnog mišljenja (osobito ne one o obiteljskim prilikama odnosno dinamici odnosa u obitelji) budući da se pred centrom za socijalnu skrb neće voditi postupak u kojemu se pokušavaju otkloniti konflikti u obiteljskim odnosima, smatramo da bi ipak bilo uputno dodatno obrazložiti zahtjev da se u izvješću navede: (a) „tko je sudjelovao u postupku“, (b) „spremnost na sporazumno rješavanje spora za svaku stranku“, (c) „spremnost na sudjelovanje u obiteljskoj medijaciji za svaku stranku ili izricanje naloga za pristupanje prvom sastanku“, (d) „tko namjerava pokrenuti sudski postupak“, (e) „jesu li braćni drugovi upoznati s pravnim posljedicama ne postizanja sporazumnog plana o zajedničkoj

i racionalnije odlučivanje o daljnjim potezima.» Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona, s konačnim prijedlogom Zakona iz 2004. godine. Loc. cit.

54 Usporedi Obrazloženje Nacrta prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <http://www.mspm.hr/novosti/vijesti/arhiva_vijesti/kolovoz_2013/nacrt_prijedloga_obiteljskog_zakona_i_prijedlog_iskaza_o_procjeni_ucinaka_propisa>, str. 118., 8. kolovoza 2013., 3.11.2013. i odredbu čl. 327. ObZ-a iz 2014.

roditeljskoj skrbi prema članku 327. ovoga Zakona“ i (f) „tvrdnje o obiteljskom nasilju ako se navode“ (čl. 324. st. 1. t. 1. - 6. ObZ iz 2014.), točnije, precizno odrediti koje sve podatke unutar pojedinog navoda treba navesti.⁵⁵ Osim što bi se time postiglo sastavljanje detaljnijeg i potpunijeg izvješća, ujedno bi se osigurala i jednoobraznost izvješća različitih centara, koja bi s obzirom na dikciju odredbe čl. 324. st. 1. ObZ-a iz 2014., mogla biti upitna. Naime, budući da se predlaže da se izvješće centra za socijalnu skrb obvezno prilaže uz sporazumni prijedlog (čl. 55. st. 1. t. 1. ObZ iz 2014.) odnosno tužbu radi razvoda braka kad bračni drugovi imaju maloljetnu djecu (čl. 57. st. 1. ObZ iz 2014.) i podnosi sudu pri pokretanju postupka razvoda braka, u tom kontekstu podcrtane kvalitete izvješća trebalo bi osigurati radi olakšavanja rada suda.

ObZ iz 2014. poznaje dvije kategorije obveznog savjetovanja, obvezno savjetovanje prije razvoda braka i obvezno savjetovanje prije pokretanja sudskih postupaka u vezi s djetetom. U odnosu na prvu kategoriju definiran je sadržaj obveznog savjetovanja (čl. 325. ObZ iz 2014.), a u odnosu na drugu kategoriju posebni ciljevi obveznog savjetovanja (čl. 330. ObZ iz 2014.). Sadržaj obveznog savjetovanja prije razvoda braka čini: (1) upoznavanje bračnih drugova o mogućnosti bračnog savjetovanja, (2) upoznavanje bračnih drugova o pravnim i psihosocijalnim posljedicama razvoda braka u odnosu na bračne drugove i djecu, (3) upućivanje bračnih drugova da su dužni voditi računa o djetetovoj dobrobiti pri uređenju spornih obiteljskih odnosa, (4) upoznavanje bračnih drugova sa sadržajem plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i pružanje pomoći ako to zahtijevaju, (5) upoznavanje s prednostima obiteljske medijacije i informiranje bračnih drugova o dostupnim obiteljskim medijatorima, (6) informiranje bračnih drugova o obvezi odaziva prvom sastanku obiteljske medijacije, ako nema sporazuma te (6) upoznavanje bračnih drugova sa sudskim postupkom razvoda braka bez plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi prema čl. 327. ovoga zakona.⁵⁶ Premda posebni ciljevi obveznog savjetovanja odgovaraju prirodi sudskih postupaka u vezi s ostvarivanjem roditeljske skrbi i osobnih odnosa s djetetom pa se tako sastoje od: (1) upoznavanja sudionika postupka o tome da su dužni voditi računa o djetetovoj dobrobiti pri uređenju spornih obiteljskih odnosa, (2) upoznavanja sudionika o negativnim učincima sukoba u obitelji u odnosu na dijete i prednostima sporazumnog uređenja obiteljskih odnosa, te dužnosti članova obitelji da razgovaraju s djetetom i uzmu u obzir njegovo mišljenje, (3) upoznavanja sudionika o mogućnosti rješavanja spora u obiteljskoj medijaciji, zamjetno je da se tek neznatno formulacija ciljeva obveznog savjetovanja razlikuje od pojedinih aspekata sadržaja obveznog savjetovanja prije razvoda braka. Stoga je nejasno zbog čega se u prvoj kategoriji govori o «sadržaju», a u drugoj o «posebnim ciljevima» obveznog

55 Primjerice, Pravilnikom je određeno da socijalna anamneza sadrži osobne podatke o bračnim drugovima: ime i prezime, datum i mjesto rođenja, adresa, ime roditelja i djevojačko prezime žene, zatim podatke o odrastanju, školovanju, školskoj spremi, dodatnim edukacijama ili osposobljavanjima, vještinama i znanjima, zaposlenosti, jesu li ranije bili u braku, vrijeme trajanja prethodnih i sadašnjeg braka, podatke o djeci (zajedničkoj, izvanbračnoj, djeci iz prethodnih brakova) (čl. 3. st. 1. i 2. Pravilnika).

56 U odredbi čl. 325. Prijedloga ObZ-a pojam „informiranje“ zamijenjen je pojmom „upoznavanje“ koji je zadržan i u tekstu odredaba ObZ-a iz 2014.

savjetovanja.⁵⁷

Odredbom čl. 326. ObZ-a iz 2014. na način sličan odredbi čl. 45. ObZ-a iz 2003. predviđa se da se postupak obveznog savjetovanja (odnosno prema ObZ-a iz 2003. postupak posredovanja) neće provoditi u odnosu na bračnog druga ili oba bračna druga: (1) ako su jedan ili oba bračna druga lišeni poslovne sposobnosti, a nisu u stanju shvatiti značenje i posljedice postupka niti uz stručnu pomoć te (2) koji nemaju prijavljeno prebivalište, boravište ili adresu stanovanja (prema ObZ-u iz 2003. u odnosu na bračnog druga kojemu je adresa stanovanja nepoznata najmanje šest mjeseci). Budući da je ObZ iz 2003. sadržavao još i odredbu prema kojoj se postupak posredovanja neće provoditi ako jedan ili oba bračna druga žive u inozemstvu (čl. 45. st. 3. ObZ-a iz 2003.) koja nije preuzeta u ObZ iz 2014. pretpostavljamo da ta okolnost više ne predstavlja zapreku za provođenje obveznog savjetovanja. Zanimljivo je da je odredba o životu u inozemstvu kao zapreci za provođenje postupka posredovanja izostavljena iz teksta ObZ-a iz 1998. ali je ponovno uključena u ObZ iz 2003., premda je obiteljskoppravna teorija njezino ranije izostavljanje protumačila s tim da napredak tehnologije i prometne infrastrukture otklanja potrebu za njezinim postojanjem.⁵⁸ Pretpostavljamo da je i predlagatelj bio vođen sličnim razlozima kada je odlučio ponovno izostaviti navedenu odredbu iz ObZ-a iz 2014., što je i prikladno.

Međutim, prema ObZ-u iz 2014. posebno je kao okolnost zbog koje se neće provoditi postupak obveznog savjetovanja istaknuta nesposobnost jednog ili oba bračna druga za rasuđivanje (čl. 326. t. 2. ObZ iz 2014.). Ova okolnost bila je predviđena i odredbom čl. 61. ZBPO-a međutim, naknadno je u ObZ-u iz 1998. zamijenjena, prema procjeni obiteljskoppravne teorije nomotehnički savršenijom odredbom prema kojoj se postupak ne može provoditi ako je bračni drug lišen poslovne sposobnosti, a centar za socijalnu skrb utvrdi da nije sposoban shvatiti značenje braka i obveza koje iz njega proizlaze.⁵⁹

U odnosu na dikciju odredbe čl. 45. ObZ-a iz 2003. uz pretpostavku lišenja poslovne sposobnosti ObZ iz 2014. uvodi i onu o nesposobnosti za rasuđivanje pridajući potonjoj posve drukčije značenje. Naime, dok se iz dikcije odredaba ZBPO-a i ObZ-a iz 1998. može zaključiti da je riječ o istovjetnim pojmovima, iz ObZ-a iz 2014. proizlazi jasno razlikovanje prema kojemu sudionici postupka obveznog savjetovanja osim osoba koje su u za to predviđenom postupku lišene poslovne sposobnosti ne mogu biti niti osobe koje nisu lišene poslovne sposobnosti premda nisu (trajno ili privremeno) sposobne za rasuđivanje. Ovime se pretpostavljamo imalo namjeru stvoriti pretpostavke da se i u slučajevima gdje se procijeni da stvarno psihofizičko stanje jednog ili oba bračna druga ne odgovara pravnom statusu (osobe nisu lišene poslovne sposobnosti) ne provodi postupak obveznog savjetovanja.

Pri izradi ObZ-a iz 2014. osobita pažnja posvećena je predviđanju odredaba koje služe pravodobnom otkrivanju obiteljskog nasilja i uređuju postupanje nadležnog tijela ako unutar obitelji postoje elementi obiteljskog nasilja. Uz odredbu čl. 324. st.

57 U odredbi čl. 330. Prijedloga ObZ-a pojam „informiranje“ zamijenjen je pojmom „upoznavanje“, a zadržan je i u tekstu odredaba ObZ-a iz 2014.

58 Majstorović, I., op. cit., str. 413.

59 Loc. cit.

6. ObZ-a iz 2014. kojom je predviđena obveza centra za socijalnu skrb da u izvješću nakon provedenog obveznog savjetovanja navede tvrdnje o obiteljskom nasilju, ako se navode i odredba čl. 332. st. 1. ObZ-a iz 2014., da se u slučaju obiteljskog nasilja ne provodi obiteljska medijacija, odredbom čl. 328. ObZ-a iz 2014. o zaštiti djeteta i obiteljskom nasilju, centar za socijalnu skrb ovlašten je ako procijeni da su u obitelji ugrožena prava i dobrobit djeteta ili ako posumnja na obiteljsko nasilje, po službenoj dužnosti poduzeti mjere za zaštitu osobnih prava djeteta, odnosno bez odgode pokrenuti odgovarajući postupak sukladno posebnom propisu o zaštiti od obiteljskog nasilja.⁶⁰

Ove odredbe predstavljaju značajnu novinu u odnosu na ObZ iz 2003., a kritizirala ih je pravna struka i udruge. Ističe se da premda je u slučajevima obiteljskog nasilja predviđena iznimka u odnosu na nemogućnost bračnih drugova (roditelja) da, ako u postupku obveznog savjetovanja ili obiteljske medijacije ne sklope plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, podnesu tužbu za razvod braka prije isteka roka od šest mjeseci od dana pokretanja postupka obveznog savjetovanja (čl. 327. st. 1. t. 1. ObZ iz 2014.). Ta odredba gubi značaj s obzirom na to da ostaje otvoreno tko je žrtva nasilja i na koji način dokazuje svoj status.⁶¹

Bez kritike nisu prošle niti odredbe čl. 327. ObZ-a iz 2014. o posljedicama nepostizanja sporazumnog plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi. Naime, ObZ iz 2014. predviđa da ako roditelji ne sklope plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi: (1) sud će donijeti odluku s kojim će roditeljem dijete stanovati, o roditeljskoj skrbi, ostvarivanju osobnih odnosa s drugim roditeljem i uzdržavanju djeteta, (2) sud će utvrditi mišljenje djeteta sukladno čl. 360. Zakona po službenoj dužnosti, (3) sud će djetetu imenovati posebnog skrbnika, sukladno čl. 240. st. 1. t. 2. Zakona po službenoj dužnosti. Sud može odrediti da troškove posebnog skrbnika za dijete iz st. 1. t. 2. plaćaju roditelji. Iz pravnog tima velikoga broja udruga⁶² između ostalog, upućen je niz ozbiljnih

60 Vidi Obrazloženje Nacrta prijedloga ObZ-a, str. 118.

61 „Podsjećam da je RH u primjeni *Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji*, a u njemu stoji da su ovlašteni tužitelji policijski službenici koji, nažalost nerijetko, nečiju životnu priču o obiteljskom nasilju svode na dvije rečenice: *on nju udario otvorenim dlanom u rame, a ona njemu u obrani uputila neku pogrdu riječ*. Na kraju, u glavni slučaj, na prekršajnom sudu završavaju oboje. Ni policija niti sudac, prema našem dosadašnjem iskustvu, nisu se osobito trudili utvrditi tko je primarni agresor u obitelji, pa tako pri pokušaju izlaska iz kruga nasilja dugogodišnje žrtve bivaju stigmatizirane, kao da su i same nasilne. O tome do koje mjere je neučinkovito pravosuđe u postupcima suzbijanja nasilja svjedoči slučaj A. protiv Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava, a i slučajevi Maksimović i Tomašić protiv Hrvatske. Samo u ova tri slučaja isplaćeno je iz državnog proračuna 90.000,00 eura. Situacije u kojima će se kroz primjenu novog Obiteljskog zakona naći žrtve obiteljskog nasilja neodoljivo me podsjećaju na slučaj Airey protiv Irske iz 1979. koji danas u krugovima pravika koji se bave ljudskim pravima predstavlja simbol ograničavanja pristupu sudu. Za one koji ne znaju, radilo se o ženi žrtvi obiteljskog nasilja koja zbog visokih troškova sudskog postupka nije mogla podnijeti zahtjev za rastavu pred sudom u Irskoj.“ Bojić, I., Kome treba novi (i loš Obiteljski zakon), internetska stranica ženske udruge B.a.B.e., <<http://www.babe.hr/hr/vijesti/945-kome-treba-novi-i-los-obiteljski-zakon/>> 3.11. 2013.

62 Vidi više u dokumentu o djelomično uvažanim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.msppm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3.11. 2013.

prigovora na onemogućavanje bračnim drugovima da zbog nepostizanja sporazuma podnesu tužbu za razvod braka prije isteka roka od šest mjeseci od dana pokretanja postupka obveznog savjetovanja, pa ta odredba nije predviđena u konačnom tekstu ObZ-a iz 2014.⁶³ Jedno je od pojašnjenja da je „sporna i upravo zastrašujuća teza i prijedlog o tome da će se supružnicima“... onemogućiti razvod braka šest mjeseci, ako nisu postigli sporazum o djeci“, uz obrazloženje „da se spriječe brzi i nepromišljeni razvodi“. Po njima, apsurdno je da se supružnicima dopušta pokretanje postupka za razvod braka ako su se o svemu dogovorili, a ako se nisu dogovorili to im se onemogućuje u daljnjem roku od šest mjeseci. Nelogičnim i neuvjerljivim smatrali su obrazloženje da je to rješenje uvedeno u namjeri da se time onemoguće brzi i nepromišljeni razvodi, jer ako to zaista žele stranke, država bi trebala omogućiti „brze i nepromišljene razvode“ podjednako onima koji su se dogovorili i onima koji se nisu dogovorili. Uz to su još isticali i da, unatoč percepciji zakonodavca, ne postoje brzi i nepromišljeni razvodi.⁶⁴ U tom je smislu neshvatljivo da je država tim rješenjem namjeravala „zakočiti“ razvode u kojima nema dogovora odnosno konfliktne razvode. Tim bi rješenjem bila uskraćena svaka zaštita prava strankama u konfliktu te bi ih država dodatno viktimizirala (pored temeljne viktimizacije i patnje) s time što bi im onemogućavala da se obrate za pomoć institucijama.⁶⁵

Na račun ovoga rješenja izrečena je još jedna oštra kritika, da je ono čak i uz predviđene iznimke iznimno opasno, jer ograničava pristup sudu bračnim drugovima, iako to predstavlja povredu ustavnih i konvencijskih prava. Naime, u slučaju ObZ-a ne nalazi se nikakvo opravdanje za priječenje pristupa osobama koje žele o svojim pravima i obvezama pravorijek suda.⁶⁶

63 Ženska udruga „Izvor“: „Normativne intervencije koje imaju za cilj sprječavanje razvoda koji se kvalificira nepromišljenim i brzim, a u kojemu postoje malodobna djeca su pravno neutemeljene, pravno nedosljedne, pridonose dvostrukoj standardizaciji u istim i/ili sličnim uvjetima i radi svega navedenog su neprihvatljive. Vremensko onemogućavanje razvoda braka negira pravo pojedinca/ke da slobodno voljom izađe iz građanskog pravnog odnosa u koji je svojom slobodnom voljom stupio/la, isključuje autonomiju volje što predstavlja osobito teški upliv i ograničenje osobnih prava i sloboda pojedinaca. Jednako tako ovakva regulacija predmnijeva da do sporazuma ne dolazi isključivo voljom obiju strana i ne daje pojašnjenja kako će se rješavati situacije u kojima je sporazum o pravnim posljedicama razvoda braka u odnosu na djecu onemogućen isključivo ponašanjem i utjecajem jedne strane.“ Primjedba ženske udruge Izvor iznesena u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupna u dokumentu o djelomično uvažanim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.mspm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3.11. 2013.

64 Navode kako prije odluke i pokretanja postupka razvoda braka, postoji uvijek duga pretpovijest emotivne boli, nasilja, patnje, pokušaja, promišljanja, vaganja odluke i slično. Sve su se kolegice složile da nikada u svojoj praksi nisu srele „brz i nepromišljen razvod“. Intervju Ljubica Matijević-Vrsaljko, Otvaramo FB stranicu o prijedlogu novog Obiteljskog zakona dostupno na stranici civilnodruštvo.hr, <http://www.civilnodrustvo.hr/index.php?id=71&tx_ttnews%5Btt_news%5D=6360&cHash=998450e7ca138c0f4b3f33143420d5ac>, 19. lipnja 2013., 5. studenog 2013.

65 Ibid.

66 Bojić, I., Kome treba novi (i loš Obiteljski zakon) dostupno na stranici ženske udruge B.a.B.e., <<http://www.babe.hr/hr/vijesti/945-kome-treba-novi-i-los-obiteljski-zakon/>>, 3. studenog

Predlagatelj je obrazložio da je ograničenje mogućnosti pokretanja postupka za razvod braka prije isteka šest mjeseci zbog nepostizanja sporazuma oblikovano po uzoru na rješenja suvremenih europskih obiteljskopравnih sustava koji poznaju, tzv. „vrijeme promišljanja prije razvoda braka o pravnim posljedicama braka“ i načela 1:5 Komisije za europsko obiteljsko pravo⁶⁷, koja je na razini EU-a izradila načela razvoda braka⁶⁸ (koja su prihvaćena u 22 europske države). Ipak, mnogo je načela, koja su na teorijskoj razini predstavljala kvalitetno rješenje, ranije preuzeto u hrvatsko pravo, ali zbog činjenice da ne korespondiraju s hrvatskom realnošću nisu našla svoju zadovoljavajuću primjenu u praksi, pa nam se čini da je zbog toga predlagatelj uvažio vrlo ozbiljne prigovore struke izrečene u odnosu na odredbu čl. 327. Nacrta prijedloga ObZ-a.⁶⁹

3.2.2. Obiteljska medijacija

Dok se postupak obveznog savjetovanja može promatrati kao svojevrsan pandan postupku posredovanja prije razvoda braka, obiteljska medijacija predstavlja posve novi institut na području hrvatskoga obiteljskog prava. Njegovo uvođenje hrvatski zakonodavac obrazlaže činjenicom da se temelji na iskustvima koja su pokazala da su tri temeljne prednosti obiteljske medijacije za većinu obitelji, osim onih obitelji u kojima postoje elementi obiteljskog nasilja: (1) da se povećava osjećaj autonomnog odlučivanja i sposobnosti komunikacije sudionika obiteljske medijacije, odnosno članova obitelji koji su u konfliktnim odnosima, (2) promiče najbolji interes i dobrobit djeteta koji se temelje na smanjivanju konflikta i postizanju sporazuma, (3) smanjuju financijski troškovi i emocionalni stres koji nužno prate sudski postupci u kojima se rješavaju obiteljski sporovi.⁷⁰

Obiteljska medijacija određena je kao postupak u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti spor iz obiteljskih odnosa uz pomoć jednog ili više obiteljskih medijatora (čl. 331. st. 1. ObZ iz 2014.). Pri tome, ako Zakonom nije drukčije određeno, u postupcima obiteljske medijacije primjenjivat će se na odgovarajući način odredbe ZM-a (čl. 333. ObZ iz 2014.).

Neosporavajući činjenicu da bi postupci obiteljske medijacije mogli pomoći

2013.

- 67 Komisija za europsko obiteljsko pravo (*Commission on European Family Law*) organizacija je osnovana 2001. godine koju čine 26 istaknutih stručnjaka iz područja obiteljskog i komparativnog prava iz država članica EU-a i drugih europskih država. Komisija radi na usklađivanju teorije i prakse na području obiteljskog prava u Europi, internetska stranica Komisije za europsko obiteljsko pravo, <<http://ceflonline.net/history/>>, 3. studenog 2013.
- 68 Načela razvoda braka i uzdržavanja između bivših bračnih drugova Komisije za europsko obiteljsko pravo, internetska stranica Komisije za europsko obiteljsko pravo, <<http://ceflonline.net/principles/>>, 3. studenog 2013.
- 69 Zbog oštrih kritika izrečenih u odnosu na odredbu čl. 327. st. 1. t. 1. Nacrta prijedloga ObZ-a predlagatelj je odredbu izostavio iz Prijedloga ObZ-a, odnosno konačnog teksta ObZ-a iz 2014.
- 70 Schepard, Andrew I., *Children, Courts, and Custody, Interdisciplinary Models for Divorcing Families*, Cambridge University Press, New York, 2004. Vidi Obrazloženje Nacrta prijedloga ObZ-a, str. 119.-120. Dodatno, prednosti obiteljske medijacije naglašene su i u Prijedlogu iskaza, str. 4.

strankama u mirnom rješavanju prijedora iz obiteljskih odnosa, treba imati u vidu da su stručnjaci iz prakse istaknuli kako primjena instituta posredovanja prema ObZ iz 2003., koje je osim centra za socijalnu skrb mogao voditi i drugi ovlašten posredovatelj u praksi, u posljednjih deset godina primjene nije pokazala napredak u smislu da su se stranke obraćale za vođenje postupka posredovanja bilo kojem drugom ovlaštenom posredovatelju osim centrima za socijalnu skrb. Procijenjuje se da bi se slično moglo dogoditi i s postupcima obiteljske medijacije⁷¹ što bi u bitnome umanjilo svrhovitost postupaka, kao i opravdanost troškova koji će biti utrošeni za edukaciju i osposobljavanje medijatora. Pri tome je jasno da je predloženo rješenje u skladu sa standardima koje predviđaju europski dokumenti u postupcima medijacije u građanskim i trgovačkim sporovima, kao i pozitivnopravni propisi u RH, traže širi krug osoba koje sudjeluju kao ovlašten medijatori u postupcima medijacije.

Iz tumačenja odredaba ObZ-a iz 2014. proizlazi da se obiteljska medijacija ima primjenjivati radi postizanja sporazuma ili sastavljanja plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, ako ga stranke nisu sastavile do okončanja obveznog savjetovanja u postupku prije razvoda braka u kojemu postoje zajednička maloljetna djeca, osim u slučajevima iz čl. 332. Zakona (čl. 54. st. 3. ObZ iz 2014.)⁷² te u postupku prije pokretanja ostalih obiteljskih sudskih postupaka u vezi s ostvarivanjem roditeljske skrbi i osobnih odnosa u vezi s djetetom (čl. 330. st. 1. t. 2. i 3. ObZ iz 2014.). Dakle, neovisno što je odredbama ObZ-a iz 2014. obiteljska medijacija predviđena kao postupak u kojem stranke mogu sporazumno riješiti sporove iz obiteljskih odnosa, okolnost da ObZ iz 2014. o obiteljskoj medijaciji govori izričito u kontekstu postizanja sporazuma i sastavljanja plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi (prije postupka razvoda braka i pokretanja sudskog postupka u vezi s djetetom) u određenom smislu mogla bi imati ograničavajući učinak na njezinu primjenu.

Hrvatska pravna teorija ranije je upozorila na tendenciju širenja primjene mirnog rješavanja sporova na rješavanje svih obiteljskih prijedora u okviru EU-a i potrebu da se prilikom budućih intervencija u Zakon, razmisli o uvođenju takvog instituta. Uz to, hrvatski zakonodavac ocijenio je da redakcija ObZ-a ne bi bila dostatna niti bi mogla odgovoriti postavljenim europskim i međunarodnim standardima,⁷³ pa je potrebna

71 Primjedba ženske udruge B.a.B.e. iznesena u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupna u dokumentu o djelomično uvažanim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.msppm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>,

3. studenog 2013.

72 Uz tužbu radi razvoda braka kad bračni drugovi imaju maloljetnu djecu tužitelj je dužan priložiti potvrdu obiteljskog medijatora da su bračni drugovi pristupili prvom sastanku obiteljske medijacije osim ako ne žive zajedno duže od godinu dana, ako je jednom bračnom drugu nepoznata adresa stanovanja duže od šest mjeseci i u slučajevima u kojima se obiteljska medijacija ne provodi sukladno članku 332. Zakona (čl. 57. st. 1. t. 2. Nacrta prijedloga ObZ-a).

73 Argumentaciju koju je u prilog donošenja novog ObZ-a istaknuo hrvatski zakonodavac kritičari Nacrta ObZ-a smatraju neuvjerljivom. Po njima, ne stoji obrazloženje da se novi zakon donosi zbog usklađivanja s europskim zakonodavstvom, jer obiteljski zakon svaka država donosi sama. Tako Hina: Okrugli stol: nacrt Obiteljskog zakona treba povući, portal ius-info, <<http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=17032>>, 15. studenog 2013., 7. prosinca 2013.

uspostava novog načina reguliranja zaštite na području obiteljskog prava.⁷⁴ U svjetlu navedenih okolnosti, pomalo je začudno da se kod donošenja ObZ-a iz 2014. nije iskoristila prilika da se institut obiteljske medijacije afirmira kao institut koji bi služio za rješavanje svih obiteljskih sporova.⁷⁵

Predviđeno je da je obiteljski medijator nepristrana i neutralna osoba koja je uvrštena u registar obiteljskih medijatora. Obiteljski medijator mora biti posebno educiran za provođenje obiteljske medijacije (čl. 331. st. 2. ObZ iz 2014.). Odredbu kojom je definiran institut obiteljskog medijatora treba čitati zajedno s odredbom iz koje proizlazi da su ovlašteni medijatori osobe koje su uvrštene u registar obiteljskih medijatora u skladu s pravilnikom iz čl. 344. Zakona (čl. 341. ObZ iz 2014.), a nju pak zajedno s odredbom kojom su određeni aspekti usavršavanja obiteljskih medijatora te predviđena njihova kontinuirana edukacija (čl. 342. ObZ iz 2014.). Uz predviđene odredbe ostavilo se prostora da ministar nadležan za poslove socijalne skrbi donese poseban pravilnik kojim će detaljno uređivati način formiranja popisa obiteljskih medijatora, prostor za provođenje obiteljske medijacije, način edukacije ovlaštenog obiteljskog medijatora, sadržaj kontinuirane edukacije, minimalni broj sati za edukaciju i osposobljavanje, vrijeme unutar kojeg edukacija mora biti završena, i način verificiranja stečenog znanja (čl. 342. st. 2. ObZ iz 2014.).

Hrabar ističe da dijelovi Nacrta prijedloga ObZ-a koji su se odnosili na obvezno savjetovanje i obiteljsku medijaciju nisu dobri jer bi postupci u praksi mogli izazvati velike troškove, a nije poznato niti tko bi medijaciju trebao provoditi.⁷⁶ Stručnjakinje iz udruge B.a.b.e. kritizirale su spektakularno najavljenju „edukaciju medijatora“. Problematičnom su ocijenile okolnost da nije jasno tko će biti medijatori niti o kojem profesionalnom i stručnom profilu osoba će biti riječ, a dvojbeno je i može li se uopće u tako složenoj stvari obaviti kompleksna edukacija u tako kratkom roku, budući da u Nacrtu prijedloga ObZ-a nije bilo predviđeno tko će provoditi edukaciju medijatora, koji je sadržaj kurikuluma te je li uključena edukacija o ravnopravnosti spolova i zaštiti od nasilja. Također, spornim su ocijenile i činjenicu da su se medijatori spominjali samo kod razvoda braka, a nema ih kod prestanka izvanbračne zajednice jer se stječe dojam da je ta zajednica državi manje važna.⁷⁷

74 Prijedlog iskaza, str. 5.

75 U tom kontekstu iskorak je učinjen odredbom čl. 331. Prijedloga ObZ-a gdje je u st. 3. kao glavna svrha određeno postizanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i drugih sporazuma u vezi s djetetom, ali da se uz ostvarenje te svrhe, u postupku obiteljske medijacije stranke mogu sporazumjeti i o svim drugim spornim pitanjima imovinske i neimovinske naravi koja je zadržana u ObZ-u iz 2014.

76 Tako Hina: Okrugli stol: nacrt Obiteljskog zakona treba povući, dostupno na stranici portala ius-info, <<http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=17032>>, 15. studenog 2013., 7. prosinca 2013.

77 Ova kritika na tragu je one koju smo već izrekli o tome da se obiteljska medijacija u ObZ iz 2014. spominje u kontekstu postizanja sporazuma i sastavljanja plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi (prije postupka razvoda braka i pokretanja sudskog postupka u vezi s djetetom), što pretpostavlja njezinu ograničenu primjenu u drugim postupcima, pa tako i u postupcima koji se vode radi prestanka izvanbračne zajednice. Žestoka paljba po Opačićinom Obiteljskom zakonu, internetska stranica tportal.hr, <http://www.tportal.hr/vijesti/hrvatska/285775/Zestoka-paljba-po-Opacickinom-Obiteljskom-zakonu.htm>, (pristupljeno 8.11. 2013.).

Na kritiku da medijaciju neće imati tko provoditi predlagatelj je odgovorio da trenutno postoje deseci obiteljskih medijatora koji se obrazuju na fakultetima i državnim ustanovama⁷⁸, odnosno da je već 65 djelatnika Centara za socijalnu skrb iz cijele Hrvatske na edukaciji te će biti spremni do 1. travnja 2014. godine. Uz to, plaćen je poslijediplomski studij iz medijacije za 20 osoba.⁷⁹ Kako je Nacrtom prijedloga ObZ-a predviđeno da će se posebnim pravilnikom, između ostalog, odrediti način edukacije ovlaštenog obiteljskog medijatora, sadržaj kontinuirane edukacije, minimalni broj sati za edukaciju i osposobljavanje, vrijeme unutar kojeg edukacija mora biti završena i način verificiranja stečenog znanja, za pretpostaviti je da edukacija koja se trenutno provodila usklađena s onim što je naknadno propisano posebnim pravilnikom.

Odredba čl. 336. ObZ-a iz 2014. uređuje da je obiteljski medijator dužan voditi računa razumiju li stranke činjenično stanje i sadržaj sporazuma te ih uputiti na mogućnost provjere drugog stručnjaka, zatim da plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ili drugi sporazum moraju biti u pisanom obliku i moraju ih potpisati svi sudionici postupka, te da stječe svojstvo ovršne isprave ako ga sud u izvanparničnom postupku odobri po zahtjevu stranaka. Prema *Hrabar* uređenje roditeljskog plana ne donosi ništa revolucionarno, riječ je tek o formi koja je postojala i u ObZ-u iz 2003., sukladno kojemu dogovor koji stranke postignu, sudac provjeri prije odobrenja. Cjelokupno, odredbe kojima je uređena obiteljska medijacija već u Nacrtu prijedloga ObZ kritizirane su kao nedovoljno razrađene,⁸⁰ odnosno naglašeno je da je propisivanje obiteljske medijacije unutar Nacrta prijedloga ObZ-a učinjeno površno⁸¹. Prema *Hrabar* uređenje obiteljske medijacije zahtijevalo bi poseban propis.⁸²

Neposredno uoči upućivanja Nacrta prijedloga ObZ-a u saborsku proceduru, predlagatelj je istaknuo da je riječ o rješenjima oblikovanim po uzoru na njemačko i

78 Sarnavku razljutila Opačičkina opaska o debeloj lektiri, internetska stranica danas.hr, <<http://danas.net.hr/hrvatska/okrugli-stol-obiteljski-zakon-sarnavku-razljutila-opacickina-opaska-o-debeloj-lektiri>>, 1. listopada 2013., 8. studenog 2013.

79 Gaura Hodak, Orhidea, Potpredsjednica Vlade Milanka Opačić za Aktual: „Unaprijed su mi obećali da će rušiti moj zakon“, internetska stranica Vlade Republike Hrvatske, <http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/intervju/potpredsjednica_vlade_milanka_opacic_za_aktual_unaprijed_su_mi_obecali_da_ce_rusiti_moj_zakon>, 23. listopada 2013., 9. studenog 2013.

80 Tako Ines Bojić o novom Obiteljskom zakonu: Može doći do većeg nasilja od onog koje je dovelo do razvoda, internetska stranica danas.hr, <http://danas.net.hr/intervju-tjedna/intervju-tjedna-ines-bojic-o-obiteljskom-zakonu-moze-dovesti-do-veceg-nasilja-od-onog-koje-je-dovelo-do-razvoda>, 19. rujna 2013., 12. studenog 2013.

81 Kritiku da je institut obiteljske medijacije nedovoljno razrađen uputio je Stjepan Adanić iz Odbora za obitelj, mlade i sport kao i prof. dr. sc. Dubravka Hrabar, predstojnica Katedre za obiteljsko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Žestoka polemika oko novoga zakona: „Smije li otac silovatelj vidati svoje dijete?“, internetska stranica Slobodne Dalmacije, <<http://m.slobodnadalmacija.hr/Novosti/Najnovije/tabid/296/articleType/ArticleView/articleId/223716/Default.aspx>>, 6. listopada 2013., 15. studenog 2013.

82 Preobilan, konfuzan i nerazumljiv: Obiteljski zakon ocijenjen neprovedivim, internetska stranica dnevnik.hr, <<http://dnevnik.hr/vijesti/hrvatska/preobilan-konfuzan-i-nerazumljiv-obiteljski-zakon-ocijenjen-neprovedivim---305382.html>>, 1. listopada 2013., 15. studenog 2013.

austrijsko pravo koja nikako nije moguće ocijeniti kao površna.⁸³

S tim u vezi osvrnuli bismo se na iskustva iz njemačkoga prava gdje se sukladno odredbama Zakona o postupcima u obiteljskopравnim predmetima i izvanparničnom postupku (Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁸⁴, dalje: FamFG)⁸⁵ medijacija najčešće provodi u postupcima razvoda braka, postupcima odlučivanja s kojim će roditeljem dijete živjeti i roditeljskoj skrbi i sporovima zbog nasljedstva. Trajanje postupka ovisi o aktivnosti stranaka (osobito u prikupljanju dokaznog materijala) i spremnosti da doprinesu mirnom rješavanju spora. Procjenjuje se da se spor riješava i postupak okončava postizanjem sporazuma u najmanje tri do najviše osam sastanaka. Rjeđe je potreban veći broj sastanaka. Obično sastanak traje između 60 i 90 minuta. Trošak postupka nije jedinstveno određen nego ovisi o određenim komponentama svakog pojedinog postupka, poput sudjelovanja vještaka, a u rasponu je od 50 do 250 eura.⁸⁶

U austrijskom pravu obiteljsku medijaciju provode dva ovlaštena medijatora, od kojih je jedan psiholog, socijalni radnik ili druga osoba slične edukacije dok je drugi pravnik. Uz to, ovlašteni medijatori prošli su edukaciju za provođenje postupaka obiteljske medijacije, a u praksi se nastoji da medijatori koji zajednički provode postupak budu pripadnici oba spola.

Trošak postupka obračunava se na način da se polazi od toga da jedan sat obiteljske medijacije iznosi 182 eura.⁸⁷

U kontekstu hrvatske socio-ekonomske stvarnosti nije moguće ne osvrnuti se na pitanje trajanja postupaka medijacije i visine troškova njezina provođenja. Predlagatelj je odredbom čl. 343. Nacrta prijedloga ObZ-a predvidio tek da se naknada i troškovi obiteljskog medijatora u postupcima obiteljske medijacije izvan sustava u vezi s djetetovim pravima i interesima za prvi sastanak isplaćuju iz sredstava ministarstva,

83 Žestoka polemika oko novoga zakona: „Smije li otac silovatelj vidati svoje dijete?“, internetska stranica Slobodne Dalmacije, <http://m.slobodnadalmacija.hr/Novosti/Najnovije/tabid/296/articleType/ArticleView/articleId/223716/Default.aspx>, 6. listopada 2013., 15. studenog 2013.

84 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786).

85 Odredbe FamFG promijenjene su donošenjem Zakona o promicanju medijacije i ostalih postupaka izvanjudskog rješavanja sporova iz 2008. godine (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung BGBl. I S. 2586, 2587, BGBl. I S. 1900.). Njime je u njemačko pravo integrirana Direktiva 2008/52/EZ od 21. svibnja 2008. o nekim aspektima mirenja u građanskim i trgovačkim stvarima (Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 136 vom 24.5.2008, S. 3) – Mediations-RL – bis zum 20. Mai 2011.).

86 Podatci navedeni na stranici njemačke (Savezne) Organizacije za obiteljsku medijaciju (Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation, dalje: BAFM), <http://www.bafm-mediation.de/hauptfragen/die_haeufigsten_fragen/>, 17. studenog 2013.

87 Podatci dostupni na stranici Ministarstva gospodarstva, obitelji i mladih Republike Austrije, <<http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx>>, 2. studenog 2013.

a troškovi ostalih sastanaka padaju na teret stranaka. Odredbom čl. 343. ObZ-a iz 2014. predviđeno je da stranke ne plaćaju naknadu za rad medijatora kad obiteljsku medijaciju provode obiteljski medijatori zaposleni u sustavu socijalne skrbi, nego samo ako obiteljsku medijaciju provode drugi obiteljski medijatori.

Načelo povjerljivosti postupaka obiteljske medijacije u skladu je s načelima propisanim u europskim dokumentima koji uređuju način postupanja u postupcima mirnog rješavanja sporova. Podsjetimo, premda načela sadržana u Kodeksu nemaju izravnu primjenu na obiteljske medijatore, iz tumačenja Smjernice iz 2007., između ostalog, dade se izvesti da se u postupcima obiteljske medijacije ima osigurati djelovanje načela povjerljivosti, neovisnosti i nepristranosti medijatora te jednakog postupanja. Naime, Kodeksom je posebno propisano da ako medijator utvrdi da postoje okolnosti koje dovode ili bi mogle biti protumačene na način da dovode u pitanje neovisnost medijatora (osobna ili poslovna veza s jednom ili više stranaka, financijski ili drugi interesi, (izravni ili neizravni), za ishod postupka i dr.) dužan je prije nego započne ili nastavi postupak o tome obavijestiti stranke. U takvim slučajevima medijator može nastaviti postupati isključivo ako procijeni da će postupak provesti neovisno i neutralno, osiguravajući tako potrebnu nepristranost, na što su stranke dale svoj izričiti pisani pristanak.⁸⁸

Predlagatelj je stoga odredio da je na čuvanje povjerljivih informacija i podataka za koje su saznali tijekom postupka obiteljske medijacije u odnosu na treće osobe obavezan obiteljski medijator i druge osobe uključene u postupak obiteljske medijacije uz iznimke koje se odnose na slučajeve da je priopćenje informacija nužno za provedbu ili ovrhu sporazuma ili da je priopćenje informacija nužno radi zaštite djeteta čija je dobrobit ugrožena ili radi otklanjanja opasnosti od teške psihičke ili fizičke povrede identiteta osobe (čl. 335. st. 1. ObZ iz 2014.). Obiteljski medijator dužan je uputiti stranke u opseg načela povjerljivosti (čl. 335. st. 2. ObZ iz 2014.).

Odredba čl. 336. ObZ-a iz 2014. propisuje sporazum koji se postiže u obiteljskoj medijaciji. Prema odredbi čl. 336. st. 3. plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi ili drugi sporazum postignut u postupku obiteljske medijacije može postati ovršna isprava samo ako ga stranke podnesu sudu u izvanparničnom postupku radi odobravanja sporazuma.

Struka je problematičnom, čak i veoma opasnom ocijenila odredbu čl. 336. st. 3. Nacrta prijedloga ObZ-a koja sadržajno odgovara odredbi ObZ-a iz 2014., budući da iz nje proizlazi da će sud samo formalno u postupku u obliku ovršne isprave (presude) potvrditi sadržaj sklopljenog sporazuma o roditeljskoj skrbi među roditeljima.⁸⁹ U praksi to može dovesti do situacija da stranke sklapaju sporazume koji su formalno ispravni, ali sadržajno su štetni za djecu, s obzirom na to da iz odredbe čl. 336. st. 3. Nacrta prijedloga ObZ-a nije posve jasno hoće li sud biti ovlašten ispitati sadržaj sklopljenog sporazuma. Prema predlagatelju, sud neće odobriti sporazum roditelja (plan o roditeljskoj skrbi) ako posumnja da nije u interesu djeteta. U tom smislu,

⁸⁸ Toč. 2.1. Kodeksa.

⁸⁹ Primjedba ženske udruge B.a.B.e. iznesena u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupna u dokumentu o djelomično uvažanim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.msppm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3. studenog 2013.

predlagatelj je čak pozitivnim ocijenio prijedlog o uvođenju odredbe o nadležnosti sudskih savjetnika koji bi odobravali plan o zajedničkoj roditeljskoj skrbi.⁹⁰

U usporedbi, čl. 6. st. 2. Direktive 2008. određeno je da države članice EU-a u skladu s nacionalnim pravom jamče strankama postupak u kojemu sadržaj sporazuma kojega stranke postignu stječe snagu ovršne isprave u obliku presude, odluke ili drugog autentičnog dokumenta. Da se kojim slučajem predlagatelj opredijelio odredbu čl. 336. st. 3. Nacrta prijedloga ObZ izraditi po uzoru na rješenje iz Direktive iz 2008., vjerojatno bi se izbjegla kritizirana nejasnoća u pogledu pitanja je li sud ovlašten provjeravati samo formalnu ispravnost ili odredba podrazumijeva ovlaštenje suda da provjerava i sadržajnu ispravnost sklopljenog sporazuma. Naime, ako sporazum stječe snagu ovršne isprave, primjerice u obliku presude, za pretpostaviti je da njegov sadržaj podliježe provjeri suda.

4. ZAKLJUČAK

U trenutku u kojemu se hrvatski zakonodavac odlučio temeljito i svebuhvatno preurediti zakon koji uređuje materiju obiteljskih odnosa, okolnosti na europskom kao i na hrvatskom planu upravo su sazrile za revidiranje uređenja postupaka mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravu.

Naime, uz to što europski zakonodavac poziva na usklađivanje razvoja instrumenata za pružanje izvansudske pomoći strankama u rješavanju sporova iz obiteljskih odnosa s trendovima pravnih sustava u Europi i preporukama naznačenima u EU dokumentima, hrvatska obiteljskoppravna teorija već duže vrijeme upozorava na postojanje potrebe za primjerenijim uređenjem mirnog rješavanja obiteljskih sporova unutar odredaba ObZ-a.

Vjerojatno vođen primjerom dosadašnjih tek djelomično uspješnih zakonodavnih zahvata u područje regulacije mirnog rješavanja obiteljskih sporova predlagatelj se ovoga puta odlučio za inovativno rješenje. Kreiranjem dvaju instituta mirnog rješavanja obiteljskih sporova od kojih je smisao prvoga usporediv s postupkom posredovanja prema ObZ-u iz 2003., dok postupak obiteljske medijacije predstavlja novinu koja je oblikovana po uzoru na austrijsko i njemačko rješenje, donijelo je toliko prizvano odvajanje postupka koji za cilj ima poticanje bračnih drugova na pomirenje od postupka koji služi upućivanju bračnih drugova u posljedice razvoda braka. Međutim, ostaje otvoreno hoće li instituti zacrtani ObZ-om iz 2003. ispuniti zadaću radi koje su uvedeni. U radu uređenje instituta obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije prema ObZ-u iz 2014. stoga usporedili smo s ranijim zakonodavnim okvirom mirnog rješavanja obiteljskih sporova. Uputili smo na novine koje donosi ObZ iz 2014., ali i pokušali ustanoviti koja su potencijalno problematična mjesta uređenja, čijim bi se otklanjanjem doprinijelo konačnom oblikovanju učinkovitog sustava mirnog rješavanja obiteljskih sporova. Neke od zaključaka navodimo i pojašnjavamo u

90 Primjedba ženske udruge B.a.B.e. iznesena u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupna u dokumentu o djelomično uvažanim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.msppm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3. studenog 2013.

nastavku.

1) Bitno je osvrnuti se na okolnost da je prema regulaciji odredbi ObZ-a iz 2003. bilo predviđeno posredovanje u vezi s postupkom razvoda braka, dok iz tumačenja odredaba ZM-a iz 2011. u odnosu na obiteljske sporove proizlazi mogućnost mirnog rješavanja (svih) obiteljskih sporova (za razliku od ZM-a iz 2003. koji je omogućavao mirenje samo u obiteljskim sporovima imovinske prirode). Naime, paralelno uređenje instituta u okviru dva posebna zakona nikako nije odgovaralo težnjama za uspostavljanjem djelotvornog i učinkovitog sustava mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravnom sustavu.

Čak i promatrani izdvojeno, niti jedan od instituta prema tom zakonodavnom okviru nisu predstavljali posve zadovoljavajuće rješenje. Naime, otvaranje prema mogućnosti primjene mirenja prema ZM-u iz 2011. na rješavanje obiteljskih sporova tražilo bi prilagodbu obilježja tog instituta specifičnoj prirodi sporova iz obiteljskih odnosa. U odnosu na postupak posredovanja prema ObZ-u iz 2003. moguće je iznijeti niz prigovora, od kojih je među najozbiljnima onaj da prema percepciji stranaka postupci posredovanja predstavljaju tek pretpostavku koju se ima ispuniti kako bi se započeo postupak za razvod braka. U svjetlu te okolnosti smatramo da treba tumačiti i navode o neuspješnoj suradnji između sudova i centara za socijalnu skrb.⁹¹

2) Prednost uređenja mirnog rješavanja obiteljskih sporova prema ObZ-u iz 2014. naspram postojećeg uređenja svakako vidimo u okolnosti da je predlagatelj uvažio kritike izrečene u odnosu na uređenje posredovanja, da svrha postupka ne bi trebala istovremeno biti poticanje bračnih drugova na pomirenje i upućivanje u posljedice razvoda braka. Naime, uzima se da je dobrim dijelom upravo ova okolnost zaslužna za nepostizanje zadovoljavajućih rezultata u postupcima posredovanja. U tom kontekstu, ispravna je odluka o razdvajanju u posebne postupke pri čemu obvezno savjetovanje služi upućivanju stranaka na posljedice razvoda braka te pružanju pomoći u pokušaju postizanja sporazuma o zajedničkoj roditeljskoj skrbi, a obiteljska medijacija pruža mogućnost postizanja sporazuma o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i drugih sporazuma o spornim pitanjima u obiteljskim odnosima. Ostaje za nadati se da će novouvedeni instituti obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije promijeniti postojeće trendove te otkloniti nepovjerenje u svrhovitost postupaka mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravnom sustavu.

3) U odnosu na regulaciju posredovanja učinio se zaokret predviđanjem da se obvezno savjetovanje ima pokretati i provoditi u slučajevima u kojima postoje maloljetna djeca. U usporedbi s ObZ-om iz 2003. predviđeno je da se postupci posredovanja pokreću i provode neovisno imaju li bračni drugovi zajedničku maloljetnu ili posvojenju djecu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, ako se postupak za razvod braka pokreće tužbom. Moguće je tek nagađati leži li razlog isključivo u okolnosti da je svrha postupka obveznog savjetovanja različita od svrhe postupka posredovanja te da nema smisla nametati obvezu pokretanja postupaka obveznog savjetovanja bračnim drugovima koji nemaju

91 Vidi Obrazloženje Prijedloga ObZ-a, dostupan na stranici Sabora Republike Hrvatske, str. 5., <<http://www.sabor.hr/prijedlog-obiteljskog-zakona-prvo-citanje-pze-br-5>>, 10. prosinca 2013., 20.12.2013.

djece, budući da im se na takav način ograničava pravo na raspolaganje vlastitim pravima. Može li se odluku predlagatelja tumačiti i kao napuštanje zaštitničkog stava prema braku, čime se ranije opravdavala okolnost da bračni drug nije mogao provesti postupak za razvod braka pokrenut tužbom bez provođenja postupka posredovanja neovisno o tome što ne postoje zajednička djeca jer bi tako bračni drug protiv kojega je podnesena tužba bio doveden u nepovoljan položaj?

4) ObZ-om iz 2014. predviđeno je da se postupak obveznog savjetovanja pokreće i provodi prije pokretanja postupka za razvod braka, čime je dobio značaj pretpostavke za pokretanje postupka za razvod braka odnosno ostale obiteljske sudske postupke. Prednost u odnosu na uređenje postupka posredovanja vidimo u okolnosti da bračni drugovi pristupaju postupku obveznog savjetovanja prije upućivanja tužbe odnosno sporazumnog zahtjeva za razvod braka sudu. Time se u potpunosti ostvaruje smisao postupka obveznog savjetovanja kao postupka u kojemu se informira bračne drugove o posljedicama razvoda braka. Međutim, osobito je važno i da se bračne drugove u postupku obveznog savjetovanja upućuje na postupak obiteljske medijacije koji ako uspije otklanja potrebu za vođenjem postupka za razvod braka. U tom bi smislu moglo se očekivati da bi uvođenje instituta obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije utjecalo na smanjenje broja postupaka za razvod braka. Uz to, smatramo da bi trebalo doći do racionalizacije troškova postupaka za razvod braka, jer je za pretpostaviti da će nakon provođenja obveznog savjetovanja bračni drugovi biti bolje upućeni u tijek postupka, kao i posljedice razvoda braka što bi ga moglo učiniti bržim i učinkovitijim.

5) S obzirom na istaknute prednosti provođenja postupka obveznog savjetovanja prije pokretanja postupka za razvod braka, u smislu racionalizacije i smanjenja troškova postupka, trebalo bi razmisliti da se zajednički ili odvojeni postupci savjetovanja pred centrom za socijalnu skrb postupka učine dostupnima i potiču i ako se bračni drugovi koji nemaju zajedničko maloljetno dijete žele razvesti tužbom. Naime, upoznavanje bračnih drugova s posljedicama razvoda braka te mogućnošću provođenja obiteljske medijacije radi postizanja sporazuma o spornim pitanjima iz obiteljskih odnosa korisno bi bilo i za bračne drugove koji nemaju zajedničku maloljetnu djecu.⁹² Po uzoru na rješenje u njemačkom pravu, trebalo bi razmisliti da se posebno ovlasti sud da (neovisno o tome imaju li bračni drugovi zajedničku maloljetnu djecu) u slučajevima

92 Predlagatelj se poziva na usporedna iskustva i stavove doktrine prema kojoj: važnost obveznog savjetovanja je u tome što ono ima elemente edukacije i u području prava i u području psihologije. Istraživanja u području psihologije pokazuju da intervencije koje usporavaju ili preusmjeravaju misli koje potiču osjećaj neprijateljstva mogu ovaj osjećaj držati pod kontrolom ako su poduzete u stadiju pogoršanja partnerskih odnosa koji stoje u rasponu od početnoga do srednjega. To znači da bračne drugove valja što prije informirati o posljedicama koje stres i negativne emocije u vrijeme razvoda mogu uzrokovati, tako da postoji veća šansa da će se te posljedice ublažiti ili izbjeći. Vidi više o tome Obrazloženje Prijedloga ObZ-a, str. 280.

u kojima to procjeni korisnim uputi bračne drugove na (obvezno) savjetovanje.^{93 94} Na taj način, već osposobljen sustav stručnjaka unutar centara za socijalnu skrb koristio bi se, osim kada bračni drugovi imaju zajedničku maloljetnu djecu i kada se bračni drugovi žele razvesti tužbom ako to sud ocjeni svrsishodnim.

6) Nepreuzimanje odredbe ObZ-a iz 2003. prema kojoj se postupak posredovanja neće provoditi ako jedan ili oba bračna druga žive u inozemstvu pripisali smo procjeni predlagatelja da ta okolnost (u tehničkom smislu, zbog modernih komunikacijskih tehnologija) više ne predstavlja zapreku za provođenje obveznog savjetovanja. Potaknuti time, nalazimo da će u perspektivi, pri uređenju elektroničke komunikacije u sudskim postupcima radi rješavanja obiteljskih sporova biti potrebno detaljno predvidjeti i način razmjene informacija između centara za socijalnu skrb koji provode obvezno savjetovanje i bračnog druga koji se nalazi u inozemstvu.⁹⁵

7) Povjeravanje vođenja postupka obveznog savjetovanja isključivo centrima za socijalnu skrb moguće je razumijeti kao procjenu predlagatelja da centri imaju resurse potrebne kako bi se bračnim drugovima pružila stručna pomoć u pripremi za razvod braka.

8) Propisavši da računanje proteka roka od 60 odnosno 30 dana u kojemu je po okončanju postupka savjetovanja centar za socijalnu skrb dužan sastaviti izvješće i dostaviti ga strankama prema pravilima o osobnoj dostavi započinje od dana podnošenja zahtjeva za provođenje postupka obveznog savjetovanja, predlagatelj je istovremeno naznačio u kojem je roku centar za socijalnu skrb dužan izraditi izvješće, ali i koliko maksimalno može trajati postupak obveznog savjetovanja. Čak i uz uvjet da

93 Za usporedbu, u njemačkom FamFG odredbom § 135 predviđeno je da sud može naložiti da bračni drugovi zajednički ili odvojeno pristupe sastanku na kojemu će od suda imenovana osoba ili tijelo uputiti o mogućnosti rješavanja spornih pitanja u postupku medijacije ili drugom izvanjudskom postupku. Nakon provedenog sastanka sastavlja se izvješće koje bračni drugovi podnose sudu. Protiv naloga suda nije moguće podnijeti samostalnu žalbu. Nalog se ne provodi prisilno. Dakle, u njemačkom pravu ne postoji obveza pristupanja savjetovanju, niti je ograničena isključivo na bračne drugove koji imaju maloljetnu djecu.

94 U prilog tome govori i obrazloženje Prijedloga ObZ-a gdje predlagatelj navodi da se navedeno obrazloženje u kontekstu Prijedloga obiteljskog zakona odnosi na sustav obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije zajedno, što predstavlja sustavnu ranu intervenciju u partnerske odnose prije sudskoga postupka razvoda braka. Na taj način se na zakonskoj razini nastoji što prije intervenirati u bračne odnose kako bi se bračni drugovi usmjerili prema sporazumu prije pokretanja sudskoga postupka u kojemu bračni drugovi po izostanku sporazuma nužno zauzimaju suprotne pozicije u "pravnoj bitci" za pravnu zaštitu vlastitih pravnih interesa. S druge strane, za razliku od važećeg Obiteljskog zakona, prema kojemu bračni drugovi prvo dolaze na sud radi razvoda, gdje njihovi odnosi često eskaliraju, tako da je mogućnost sporazuma i eventualnoga pomirenja, pa i odustanka od razvoda značajno umanjena, prema Prijedlogu Obiteljskog zakona ostavlja im se određeno vrijeme (obiteljsko savjetovanje, bračno savjetovalište kao i obiteljska medijacija) u kojem se njihovi odnosi mogu poboljšati bez obzira hoće li pokrenuti postupak za razvod braka ili ne.

95 Elektronička komunikacija u sudskim postupcima radi rješavanja obiteljskih sporova predviđena je i odredbom § 14 njemačkog FamFG. O mogućnostima primjene informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku u hrvatskom i komparativnom pravu, Vidi Maganić, A., Dostava-nova obveza elektroničke komunikacije u parničnom postupku, u: Crnić, I., (ur.), Nova organizacija parničnog sudovanja - Novi rokovi postupanja i obveze odvjetnika, pravnik u gospodarstvu i sudaca, Zagreb, Organizator, 2013., str. 73.-101.

zanemarimo okolnost da je rok za izradu izvješća o provedenom postupku obveznog savjetovanja skraćen u odnosu na rok za provedbu posredovanja, budući da će tek primjena u praksi pokazati je li to dostatno vremena za upućivanje bračnih drugova na posljedice razvoda braka i eventualno postizanje sporazuma o skrbi nad zajedničkom djecom, čini nam se da bi u primjeni odredba kojom je rok propisan mogla biti problematična. Naime, okolnost da nije precizno određeno koliko je od propisanih 60 odnosno 30 dana predviđeno za provođenje postupka obveznog savjetovanja, a koliko za izradu izvješća, mogla bi dovesti u pitanje pravnu sigurnost stranaka. Stoga, možda bi trebalo razmisliti ne bi li ipak po uzoru na dikciju ObZ-a iz 2003. trebalo posebno odrediti rok trajanja postupka obveznog savjetovanja, a posebno rok u kojemu je centar za socijalnu skrb po okončanju postupka dužan izraditi izvješće.

9) Dok se samo propisivanje odredaba o sadržaju izvješća unutar zakonskoga teksta može ocijeniti kao prednost u usporedbi s ranijim stanjem, prema kojemu poseban Pravilnik određuje osnovne elemente koje mora sadržavati stručno mišljenje, neizvjesno je hoće li se način na koji su odredbama ObZ-a iz 2014. tek načelno određeni elementi koje ima sadržavati izvješće, pokazati prikladnim. Propisivanje osnovnih elemenata sadržaja izvješća osim jasnoće jamči i svojevrsnu jednoobraznost sadržaja izvješća svih centara za socijalnu skrb koji će ih u postupcima izrađivati. U tom smislu za očekivati je da bi s obzirom na regulaciju predviđenu ObZ-om iz 2014. moglo doći do odstupanja i neujednačenosti između izvješća pojedinih centara, što nije poželjno. Oportuno bi stoga bilo iskoristiti prostor ostavljen pri uređenju sadržaja izvješća unutar odredaba ObZ-a kako bi ga se dopunilo detaljnije propisanim elementima.

10) Osobitost ObZ-a iz 2014. predstavljaju odredbe koje služe pravodobnom utvrđivanju obiteljskog nasilja i uređuje postupanje nadležnog tijela ako unutar obitelji postoje elementi obiteljskog nasilja. Struka je dovela u pitanje odredbu kojom je predviđena iznimka od nemogućnosti da zbog nepostignutog sporazuma o zajedničkoj skrbi nad maloljetnom djecom u slučajevima obiteljskog nasilja, i to jer ocjenjuje da iz odredaba ObZ-a iz 2014. ne proizlazi uvijek jasno tko je žrtva nasilja, odnosno na koji će se način dokazati status žrtve nasilja u postupku. Kako taj nedostatak ne bi dovodio u pitanje načelno kvalitetnu i praktično važnu odredbu, smatramo da bi je trebala pratiti odredba kojom bi se preciziralo na koji način se u postupku dokazuje status žrtve. Općenito, predviđanje takve odredba moglo bi biti korisno i u kontekstu ostalih odredaba koje se tiču slučajeva u kojima postoji obiteljsko nasilje (čl. 324. st. 6., čl. 332. st. 1., čl. 328. ObZ iz 2014.).

11) Obiteljska medijacija sukladno odredbi čl. 331. st. 3. ObZ-a iz 2014. služi postizanju plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i drugih sporazuma u vezi s djetetom. Predviđjevši odredbom čl. 331. st. 3. ObZ-a iz 2014. da se uz postizanje plana o zajedničkoj roditeljskoj skrbi i drugih sporazuma u postupcima obiteljske medijacije stranke mogu sporazumjeti i o svim drugim spornim pitanjima imovinske i neimovinske naravi, proizlazi da se u novom uređenju mirnog rješavanja obiteljskih sporova ObZ-a odlučilo slijediti standarde koje na europskoj razini postavljaju europski pravni dokumenti i učiniti obiteljsku medijaciju dostupnom i za rješavanje drugih spornih pitanja u obiteljskim odnosima.

12) Budući da su u ObZ-u iz 2014. proširena područja na kojima bračni drugovi mogu urediti sporne odnose u postupku medijacije, pa je tako određeno da se u postupcima obiteljske medijacije bračni drugovi mogu sporazumjeti i „o svim drugim pitanjima imovinske i neimovinske naravi“, nije jasno zbog čega se odustalo od unošenja odredbe čl. 331. st. 4. Prijedloga ObZ-a u ObZ iz 2014. prema kojoj, ako se u obiteljskoj medijaciji rješavaju imovinsko-pravni odnosi stranaka, u postupku treba sudjelovati obiteljski medijator koji ima završen diplomski studij prava. Naime, u postupcima obiteljske medijacije nije beznačajno koja stručna znanja posjeduje obiteljski medijator. Smatramo da bi ovisno o naravi pitanja o kojima bi se bračni drugovi trebali sporazumjeti, u postupcima obiteljske medijacije redovito trebali sudjelovati medijatori koji imaju stručna znanja na određenom području. Negdje, zbog složenosti pitanja možda bi bilo potrebno sudjelovanje više medijatora koji imaju različite stručnosti. Odredba čl. 331. st. 1. ObZ-a iz 2014. propisuje da u postupku obiteljske medijacije sudjeluje jedan ili više obiteljskih medijatora, pa ni u tom smislu ne bi bilo zapreke da u pojedinim slučajevima, gdje se to procijeni nužnim, sudjeluje više medijatora različitih kompetencija. Međutim, ako se uzme u obzir da je za očekivati da će se s obzirom na troškove medijacije vjerojatno najveći broj stranaka odlučivati za obiteljsku medijaciju koju će provoditi obiteljski medijatori zaposleni u sustavu socijalne skrbi, jasno je da su slabi izgledi da se u postupcima obiteljske medijacije osigura sudjelovanje nekoliko medijatora različitih kompetencija.

13) Premda analiza pokazuje da je pojedine nedostatke rješenja Nacrta prijedloga ObZ-a o obiteljskoj medijaciji predlagatelj nastojao otkloniti u Prijedlogu ObZ-a, ali se od toga u konačnom tekstu ObZ-a iz 2014. ipak odustalo, ukazat ćemo na neka usporedna rješenja koja bi trebalo razmotriti, a kojima bi se dodatno unaprijedili predviđeni instituti.

14) Ranije smo uputili na uređenje medijacije u obiteljskim sporovima prema austrijskom pravu. Trebalo bi razmisliti da se i hrvatskom pravu po uzoru na austrijsko pravo u postupcima obiteljske medijacije izričito predvidi obvezno sudjelovanje dvaju medijatora (primjerice pravnika i psihologa). Kao argument se može iskoristiti i da obiteljskoppravna teorija ističe specifičnost obiteljskih sporova koji su čak i kada se tiču imovinskopravnih pitanja, a ne razvoda ili uzdržavanja, redovito emocionalno obilježeni. U tom kontekstu, smatramo da bi istvremeno sudjelovanje psihologa, osobe koja ima završen studij socijalnog rada ili druge osobe koja ima potrebna stručna znanja kojima bi pridonijela rješavanju emocionalnog konflikta i pravnika kao osobe koja ima znanja iz područja prava kojima bi doprinijela iznalaženju i oblikovanju sporazuma u skladu s pravnim propisima, svakako bilo poželjno.

15) S obzirom na to da je ObZ-om iz 2014. u postupku obiteljske medijacije predviđeno sporazumijevanje stranaka o svim pitanjima iz obiteljskih odnosa, između ostalog i o imovinsko-pravnim pitanjima, korisno bi bilo predvidjeti odredbu kojom se stranke upućuje u mogućnost da ih u postupku zastupa punomoćnik.⁹⁶

96 Das Mediatorenteam hat das Mediandenpaar davon in Kenntnis zu setzen, dass kein Anwaltszwang besteht, dass es dem Mediandenpaar aber frei steht, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Richtlinien zur Förderung der Mediation, str. 4., internetska stranica Ministarstva gospodarstva, obitelji i mladih Republike Austrije, <<https://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx>>, 3. studenog 2013.

16) Suglasni smo sa strukom koja je upozorila na određene nedostatke odredaba kojima je regulirano tko može biti obiteljski medijator, koju edukaciju mora imati te koje su pretpostavke za izuzeće obiteljskih medijatora iz sudskih postupaka. Treba tako imati na umu da je primjer posredovanja prema ObZ-u iz 2014. pokazao da nije osobito oportuno predvidjeti širi krug osoba koje su ovlaštene na provođenje postupka mirnog rješavanja obiteljskih sporova, budući da su stranke redovite sklone povjeravanju vođenja tih postupaka centru za socijalnu skrb. Ako to bude slučaj i kod postupaka obiteljske medijacije, to bi moglo dovesti u pitanje resurse koji su dijelom već uloženi u edukaciju i stručno osposobljavanje osoba za obiteljske medijatore, budući da je prema navodima predlagatelja edukacija već započela.⁹⁷

17) Kako je hrvatska obiteljskoppravna teorija prigovorila da je Pravilnikom o uvjetima koje mora ispunjavati pravna ili fizička osoba za pružanje stručne pomoći u postupku posredovanja⁹⁸ na neadekvatan način uređeno pitanje tko može biti posredovatelj, a da su uz to posve izostale odredbe kojima je propisano stručno usavršavanje posredovatelja, predlagatelj je nastojao u ObZ-u iz 2014. posvetiti dovoljno pažnje detaljnom uređenju tih pitanja. Tako uz odredbu čl. 342. ObZ-a iz 2014. kojom je propisana obveza obiteljskog medijatora da se kontinuirano educira kao i teorijski i praktični aspekti edukacije koja bi se trebala provoditi, predviđeno je da će Pravilnikom o obiteljskoj medijaciji, između ostalog biti detaljno propisan način na koji će se educirati i stručno usavršavati obiteljski medijatori.

18) Čini se da najkritičnije mjesto uređenja obiteljske medijacije ipak predstavlja pitanje visine troškova obiteljske medijacije i pitanje na kome je teret njihova snošenja. Iz odredbe čl. 343. ObZ-a iz 2014. proizlazi da naknadu i troškove obiteljskog medijatora izvan sustava u postupcima obiteljske medijacije snose stranke, dok naknadu za rad obiteljskih medijatora zaposlenih u sustavu socijalne skrbi u postupku obiteljske medijacije stranke nisu dužne snositi.

Struka je ranije uputila predlagatelju prijedlog da se snošenje troškova postupka obiteljske medijacije izričito predvidi odredbama Nacrta prijedloga ObZ-a, što je djelomično uvaženo. Na prijedloge kako bi troškove savjetovanja roditelji trebali snositi ravnopravno, a troškove medijacije roditelj koji je odbio dogovor tijekom savjetovanja⁹⁹, predlagatelj je isprva odgovorio da bi troškove postupka obiteljske medijacije u prvo vrijeme trebala snositi država, a u budućnosti bi se trebala razvijati privatna obiteljska medijacija koju bi stranke plaćale same.¹⁰⁰

97 Svakako bi se trebalo osigurati da se ne ponovi slučaj „javnih ovršitelja“, odnosno osoba koje su završile predviđenu edukaciju za javne ovršitelje i položile potrebne ispite te imenovane za službu, no nikada nisu počele obavljati poslove koji su bili predviđeni da ih obavljaju prema Zakonu o javnim ovršiteljima, NN br. 139/10., 150/11., 70/12. i Ovršnom zakonu iz 2010. godine, NN br. 139/10., 125/11., 150/11., 154/11., 12/12., 70/12.-prestao važiti.

98 Vidi *supra*.

99 Primjedbe Roberta Kramera, Hrvatske udruge za ravnopravno roditeljstvo; Udruge djeteta-razvod iznesene u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupne u dokumentu o djelomično uvaženim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica Ministarstva socijalne politike i mladih, <www.mspm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3. studenog 2013.

100 Odgovor predlagatelja u okviru primjedaba na Nacrt prijedloga ObZ-a, dostupan u dokumentu o djelomično uvaženim primjedbama na Nacrt prijedloga ObZ-a, internetska stranica

Iz dikcije odredbe čl. 343. ObZ-a iz 2014. proizlazi da se ipak odlučilo da će troškove postupka medijacije (izvan sustava) snositi stranke, pretpostavljamo ravnopravno. Očigledno, nije se smatralo oportunim usvojiti prijedlog prema kojemu bi se na određeni način penaliziralo roditelja koji tijekom postupka savjetovanja nije bio spreman na postizanje sporazuma, ali isto tako, nije ostao niti pri početnoj ideji da troškove medijacije redovito snosi država.

Nije jasno zbog čega se odustalo od ranije zamisli da se barem u početnoj etapi primjene postupaka troškovi obiteljske medijacije (izvan sustava) također pokrivaju iz državnog proračuna. Takvo rješenje u obiteljskopravnoj teoriji zagovaralo se i ranije, jer bi se jedino na taj način osiguralo da se mirno rješavanje sporova ne shvaća kao nužno zlo.¹⁰¹ Mišljenja smo da bi to u početku značajno doprinijelo jačanju svijesti građana o dobrobiti medijacije i potaknulo njezinu primjenu u rješavanju obiteljskih sporova. Ovako je nužno razmisliti o mogućnosti da snošenje troškova postupka u nekim slučajevima postane zapreka strankama da obiteljske sporove pokušaju riješiti pred obiteljskim medijatorom (izvan sustava).

19) Naime, kritičkim preispitivanjem izmijenjene odredbe čl. 343. zapažamo da bi mogla biti začetkom nejednakog razvoja obiteljske medijacije koju provodi obiteljski medijator zaposlen u sustavu socijalne skrbi i koju provodi obiteljski medijator zaposlen izvan sustava socijalne skrbi (čije troškove snose stranke). Naime, treba uzeti da bi određene okolnosti mogle bi biti odlučne za procjenu stranaka da postupak obiteljske medijacije provode pred obiteljskim medijatorom zaposlenim u sustavu socijalne skrbi. Na to je ranije upozorila i struka, koja je zamijetila, da bi se trend prisutan u postojećem sustavu, gdje su se stranke u većoj mjeri odlučivale za pokretanje postupka posredovanja pred centrom za socijalnu skrb nego posredovateljima izvan sustava mogao javiti i u postupcima obiteljske medijacije. Jedan od razloga za pokretanje postupka obiteljske medijacije pred obiteljskim medijatorom zaposlenim u sustavu socijalne skrbi mogao bi se pronaći u većoj sklonosti stranaka da se kod pokretanja postupaka te vrste obraćaju državnim institucijama. U određenom smislu, moguće je čak govoriti o uvriježenoj svijesti da se postupak posredovanja provodi pred centrima za socijalnu skrb. Treba uzeti da bi u tom smislu čak i presudno za odluku kome povjeriti provođenje postupka obiteljske medijacije za stranke bilo pitanje očekivanih troškova postupka odnosno mogućnosti njihovog snošenja.

20) Olakšavanje pristupa stranaka obiteljskoj medijaciji koju provode obiteljski medijatori izvan sustava socijalne skrbi otklonili bi se potencijalno negativni učinci nerazmjernog razvoja oblika obiteljske medijacije u praksi. Naime, za očekivati je da bi s obzirom na to da država snosi troškove obiteljske medijacije pred obiteljskim medijatorima zaposlenima u sustavu socijalne skrbi veliki broj postupaka mogli provoditi upravo oni, što bi moglo utjecati na učinkovitost i kvalitetu tih postupaka. Nasuprot tome, za pretpostaviti je da bi se za obiteljsku medijaciju koju bi provodili obiteljski medijatori izvan sustava, čiji bi trošak u cijelosti trebale snositi stranke,

Ministarstva socijalne politike i mladih na: <www.mspm.hr/content/download/.../1/.../DJELOMIČNO+UVAŽENI.pdf>, 3. studenog 2013.

101 Autorica se poziva na iskustva Irske koja je predviđjela šest jednosatnih susreta s posredovateljem čiji trošak snosi država i Norveška koja je predviđjela četiri sata posredovanja za bračne drugove na trošak države. Majstorović, I., op. cit., str. 444.

odlučivale stranke s većim primanjima, što bi s obzirom na ekonomske prilike u RH značilo da bi značajno manji postotak stranaka bio upućen na obiteljsku medijaciju izvan sustava.

21) Ako bi se ova projekcija ostvarila, održivost obiteljske medijacije izvan sustava socijalne skrbi mogla bi biti dovedena u pitanje, a time i sredstva kao i naponi uloženi u uspostavljanje sustava privatne obiteljske medijacije.

22) Po nama, trebalo bi razmisliti da se barem u početnoj etapi posebno potiče razvoj prakse provođenja postupaka obiteljske medijacije pred obiteljskim medijatorom izvan sustava socijalne skrbi. U tom smislu, zanimljivo rješenje pronalazimo u austrijskom pravu, gdje se provođenje medijacije u obiteljskim sporovima potiče državnim subvencioniranjem troškova u određenom iznosu, ovisno o kriterijima koji se uzimaju u obzir kod stranaka. Tako je na izračun u kojemu su postotku stranke dužne snositi trošak obiteljske medijacije (od iznosa od 182 eura po satu obiteljske medijacije) utječe visina primanja stranaka te broj djece u obitelji.¹⁰²

23) Korisno bi stoga bilo u prvom redu procijeniti kolika bi bila visina troškova po satu obiteljske medijacije koju bi provodio obiteljski medijator zaposlen izvan sustava socijalne skrbi u hrvatskom pravnom sustavu te koji bi postotak od ukupnih troškova mogla snositi država. Potom bi se trebalo utvrditi kategorije stranaka s obzirom na iznos prosječnih mjesečnih primanja i broja djece. Kao nrki od kriterija bi se mogle uzeti u obzir okolnosti jesu li obje stranke (ne)zaposlene, mjesečni troškovi (poput kreditnog zaduženja i sl.).

24) Iscrpna analiza, najprije odredaba Nacrta prijedloga ObZ-a, a potom korekcija odredaba, kojima su u hrvatskom pravu zacrtani instituti obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije u Prijedlogu ObZ-a, a potom u ObZ-u iz 2014. pokazala je da novo uređenja mirnog rješavanja obiteljskih sporova slijedi preporuke europskih dokumenata i donosi strankama mogućnost da sporazumno, umjesto u kontradiktornom postupku riješe obiteljskopравни prijedpor. Razvijanje instituta mirnog rješavanja obiteljskih sporova u hrvatskom pravnom sustavu treba promatrati kao doprinos rasterećenju sudova. Također, time se stvaraju pretpostavke za brže i učinkovitije rješavanje spora. Iskustva njemačkoga pravnog sustava pokazala su da se postupci medijacije redovito okončavaju postizanjem sporazuma nakon provedenih tri do osam sastanaka. U tom smislu, treba napomenuti da se i u hrvatskom pravnom sustavu djelomična privatizacija na nekim područjima pokazala uspješnom i osigurala djelotvornije djelovanje sustava i manje troškove provođenja postupka

¹⁰² U tablici objavljenoj na stranici Ministarstva gospodarstva, obitelji i mladih Republike Austrije nalaze se iznosi troškova koje su u postupku dužne snositi stranke s obzirom na ukupna primanja i broj djece u obitelji, pa tako stranke s prosječnim primanjem u iznosu do 1.000 eura koje nemaju djece dužne su plaćati 10 eura po satu, a stranke s jednim djetetom ili više djece ne plaćaju troškove medijacije. Stranke s prosječnim primanjem od 2.000 do 2.500 eura ako nemaju djece plaćaju 164 eura po satu, ako imaju dvoje djece 60 eura, a petero djece 5 eura po satu medijacije. Stranke s prosječnim primanjem od 3.600 do 3.800 eura pravo na subvenciju ostvaruju jedino ako imaju petero djece i tada plaćaju 140 eura po satu medijacije. Tablica s iznosima troškova postupka medijacije (*Tariftabelle*), internetska stranica Ministarstva gospodarstva, obitelji i mladih Republike Austrije, <<http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Seiten/Mediation.aspx>>, 3. studenog 2013.

(institut javnobilježničke ovrhe uveden Ovršnim zakonom iz 2005. godine¹⁰³, zbog čega se pokušalo u hrvatsko pravo uvesti i institut ovrhe pred javnim ovršiteljima, koji je pokazao određene prednosti u usporednim sustavima¹⁰⁴). Prema relevantnim doktrinarnim stajalištima, čak i na području postupovnog prava očekuje se da bi se po uzoru na nama bliska uređenja parnične procedure trebalo uvesti obvezatni pokušaj nagodbenog rješenja kao poseban predstadij parničnog postupka.¹⁰⁵

25) Stoga bi osobito važno bilo učiniti dostupnom obiteljsku medijaciju izvan sustava većem broju stranaka. Trebalo bi voditi računa da odmjereni troškovi obiteljske medijacije koju provodi obiteljski medijator izvan sustava ne dostižu visinu troškova redovnog parničnog postupka.

26) Naposljetku, uz navedene prednosti, za stranke ipak smatramo da je nesporno značajna okolnost da se postupci mirnog rješavanja obiteljskih sporova okončavaju sporazumom, a ne kontradiktornom odlukom suda. S obzirom na specifičnu prirodu obiteljskih odnosa koji su „trajniji“ od drugih građanskopravnih odnosa stranaka, a ujedno su i emocionalno obilježeni, mogućnost postizanja sporazuma koji odražava usuglašen položaj obiju stranaka značajka je koja ima osobitu vrijednost.

27) U određenom smislu, pretpostavke kako bi se strankama čiji materijalni položaj onemogućuje snošenje troškova postupka učinila dostupnom obiteljska medijacija zacrta su i odredbama Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2008. godine¹⁰⁶, a integrirane su i u Nacrt prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći¹⁰⁷. Iz tumačenja odredaba Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći proizlazi da osobe koje ispunjavaju Zakonom predviđene uvjete imaju pravo na primarnu pravnu pomoć u mirnom izvansudskom rješavanju spora (čl. 4. st. 2.) odnosno sekundarnu pravnu pomoć u mirnom rješavanju sporova (čl. 4. st. 3.). Značajno je i da se sekundarna pravna pomoć sukladno Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći može odobriti u postupcima iz obiteljskih odnosa (čl. 5. st. 3. t. c) i postupcima mirnog rješavanja spora (čl. 5. st. 3. t. e).¹⁰⁸

103 Ovršni zakon, NN br. 57/96., 29/99., 42/00. - Odluka VSRH, 173/03., 194/03., 151/04., 88/05.

104 Pri izradi Zakona o javnim ovršiteljima predlagatelj se osobito pozivao na institut javnog ovršitelja koji se u francuskom pravu pokazao učinkovitim u praksi. Vidi Prijedlog Zakona o javnim ovršiteljima, internetska stranica Vlade Republike Hrvatske, <<http://www.vlada.hr/hr/content/download/135889/1968241/file/66%20-%201.4.pdf>>, 01.3.2014.

105 Tako Dika, M., Novo uređenje prvostupanjskog parničnog postupka, u: Crnić, I. (ur.), Nova organizacija parničnog sudovanja - Novi rokovi postupanja i obveze odvjetnika, pravnika u gospodarstvu i sudaca, Zagreb, Organizator, 2013., str. 47.

106 Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, NN br. 62/08., 44/11., 81/11.

107 Nacrt prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2013. godine, internetska stranica Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, <<http://www.mprh.hr/nacrt-prijedloga-zakona-o-besplatnoj-pravnoj-pomoc>>, 14. lipnja 2013., 6. studenog 2013.

108 Slično Nacrtom prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći predviđeno je da se sekundarna pravna pomoć u vidu pružanja pomoći može dati u postupcima mirnog rješavanja spora (čl. 11. st. 1. t. e Nacrta prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći). Također, odredbama Nacrta prijedloga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći izričito je predviđeno da se sekundarna pravna pomoć (koja između ostalog uključuje oslobođenje od plaćanja troškova sudskog postupka i oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi (arg. ex čl. 11. st. 2. t. a i b) može odobriti u postupcima iz obiteljskih odnosa (čl. 12. st. 2. t. c) i postupcima mirnog rješenja spora (čl. 12. st. 2. t. e).

28) U njemačkom pravu rastući interes za primjenu metoda mirnog rješavanja spora, čemu u prilog govori recentna odluka njemačkoga zakonodavstva o donošenju Zakona o promicanju medijacije i drugih postupaka izvansudskog rješavanja sporova iz 2012. godine¹⁰⁹ (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung), iskoristila je udruga BAFM u očitovanju na prijedlog Izmjena i dopuna Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći iz 2013. godine¹¹⁰ (Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts). Naime, analiza sudske prakse ukazuje na to da se najvećim dijelom obiteljski sporovi rješavaju u sudskim postupcima dok tek maleni udio ukupnog broja riješenih sporova pripada metodama izvansudskog rješavanja sporova. Pri tome, veliki broj sudskih postupaka u kojemu je jedna od stranaka korisnik pravne pomoći okončava se sklapanjem nagodbe. Upravo u činjenici da u obiteljskim sporovima stranke pokazuju sklonost postizanja nagodbe BAFM je našao uporište za tvrdnju da bi osiguravanjem pravne pomoći u postupcima obiteljske medijacije njemački zakonodavac smanjio broj sudskih postupaka, rasteretio sudove, a konačno i uštedio na troškovima vođenja sudskih postupaka.

Tome u prilog govori i judikatura koja je prepoznala prednosti mirnog rješavanja sporova pa su sve učestaliji slučajevi da sud tijekom sudskog postupka upućuje stranke da pokušaju spor riješiti u postupku medijacije. Pri tome se troškovi medijacije redovito pribrajaju se troškovima sudskog postupka. Time posredno u slučajevima gdje jedna od stranaka ispunjava uvjete za ostvarivanje pravne pomoći ona biva pružena osim u sudskom i u postupku obiteljske medijacije.¹¹¹

29) Očigledno, iskustva iz njemačkoga pravnog sustava gdje su postupci obiteljske medijacije duže u primjeni ukazuju na potrebu da se za slučajeve u kojima stranke nisu u mogućnosti zbog materijalnog stanja snositi troškove postupka bez da bi to ugrozilo njihovu ili egzistenciju njihove obitelji, predvidi adekvatan način ostvarivanja besplatne pravne pomoći. Na takav način, prema stavu Vrhovnog suda Savezne Republike Njemačke doprinosi se procesnoj ravnoteži.¹¹² Uz to, dodali

109 Zakon o promicanju medijacije i drugih postupaka izvansudskog rješavanja sporova iz 2012. godine (Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung) BGBl I S. 1577.

110 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts) BGBl I S. 3533.

111 OLG Köln Beschluss vom 3.6.2011., FamRZ 2011, 1742 f.; AG Eilenburg, FamRZ 2007, 1670; KG NJW 2009, 2754, OLG Celle NJW 2009, 1219. Sudska praksa odražava shvaćanje njemačkog zakonodavca prema primjeni metoda mirnog rješavanja sporova koje je učinio vidljivim unošenjem odredaba § 278 Abs. 5 ZPO, § 135 Abs. 1 FamFG, § 135 Abs. 2 FamFG kao i odredbe § 150 Abs. 4 FamFG. Također, bliska je stavu Vrhovnog suda Savezne Republike Njemačke prema kojemu su prednosti postupaka medijacije u odnosu na sudske postupke veća učinkovitost te širi spektar mogućnosti rješavanja spora. Stoga, Vrhovni sud podupire mogućnost da u pravno uređenoj državi stranke imaju priliku potražiti rješenje spora u vidu zajedničkog dogovora umjesto u sudskom postupku (BverfG Beschluss vom 14.2.2007.-1 BvR 1351/01-NJW RR 2007, 1073), internetska stranica BAFM, <<http://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/image/images/Bundesministerium-der-Justiz-1.pdf>>, 7. prosinca 2013.

112 Prema Vrhovnom sudu Savezne Republike Njemačke procesnu ravnotežu i jednakost podjednako treba osigurati u sudskom kao i postupcima za mirno rješavanje sporova (BverfG Beschluss 9.11.2010.-1 BvR 787/10), internetska stranica BAFM, <<http://www.bafm-mediation.de/wp->

bismo, stvaraju se pretpostavke za ostvarivanje cjelovite pravne zaštite svih građana neovisno o njihovom imovinskom statusu što je u skladu s načelom jednakosti koje bi se trebalo osigurati u postupcima obiteljske medijacije. U tom smislu, možda bi se moglo razmisliti o propisivanju odredbe kojom bi se predvidjelo ovlaštenje stranaka koje nisu u mogućnosti snositi troškove postupka medijacije na traženje besplatne pravne pomoći.

30) Iako krajnji odgovor na pitanje jesu li odredbe ObZ-a iz 2014. koje propisuju institute mirnog rješavanja obiteljskih sporova izrađene u skladu s ustanovljenim potrebama prakse te europskim trendovima pokazat će tek primjena navedenih instituta, ipak, pokušali smo naslutiti ga iščitavanjem odredaba kojima su definirani postupci obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije prema ObZ-u iz 2014. i usporedbom s odredbama kojima je uređeno posredovanje prema ObZ-u iz 2003. te uvažavajući primjedbe koje je na rješenja iz Nacrta prijedloga ObZ-a dala obiteljskoppravna teorija i struka. Pri tome, u analizi podcrtane nedostatke vidimo tek kao manju zapreku ostvarenju djelotvornog i kompetentnog sustava mirnog rješavanja obiteljskih sporova, čije otklanjanje ne traži ulaganje značajnijih napora. Kako uvođenje instituta obveznog savjetovanja i obiteljske medijacije ne shvaćamo kao završen nego kao tek započet rad na redefiniranju postupaka mirnog rješavanja obiteljskih sporova, jer je za očekivati da će slijedom naputaka europskog zakonodavca instituti postupno početi se primjenjivati u rješavanju svih sporova iz obiteljskih odnosa, što na određeni način ObZ iz 2014. nagovještava, ali još uvijek ne donosi, ocjenjujemo da su izgledi za napredak i rješavanje otvorenih pitanja veliki. Ovdje iznesene ideje trebale bi potaknuti daljnje razmatranje njihovog unaprijeđivanja, kako bi se novim obiteljskoppravnim uređenjem u hrvatskom pravu stvorio sustav koji promiče praksu sporazumnog rješavanja sporova, u kojemu je sudski postupak (krajnja) alternativa.

Summary

FROM CONCILIATION TO MEDIATION IN FAMILY DISPUTES-HARMONIZATION OF CROATIAN FAMILY LEGISLATION ON PEACEFUL RESOLUTION OF FAMILY DISPUTES WITH EU LAW

The reform process of family law was initiated with one aim to promote protection of family and children and harmonize Croatian law with European and international standards in this field. In this respect, the intervention institute governed by Croatian family law with the purpose to facilitate reconciliation or in cases where reconciliation between spouses is not achieved, to provide information regarding legal consequences of divorce and possibly to achieve agreement between spouses as for their relationship in future was deemed inadequate in regards to the approach provided by European documents on regulation of peaceful resolution of family disputes. Under the influence thereof, new family legislation redefines intervention and introduces mandatory counselling and family mediation as foundations of the system of alternative dispute resolution of all family disputes in Croatian law.

Key words: *intervention, family disputes, mandatory counselling, family mediation, court proceedings.*

Zusammenfassung

VON SCHLICHTUNG BIS MEDIATION IN FAMILIENSTREITIGKEITEN – ANGLEICHUNG DER KROATISCHEN FAMILIENGESETZGEBUNG ÜBER GÜTLICHE BEILEGUNG VON FAMILIENSTREITIGKEITEN AN DAS EU-RECHT

Die Reform der Familiengesetzgebung wurde mit dem Ziel durchgeführt, den Schutz der Familie und Kinder zu verbessern und das kroatische Recht an europäische und völkerrechtliche Standards in diesem Bereich anzugleichen. In diesem Sinne wurde die Regelung des Instituts der Vermittlung, welches in Kroatien zur Versöhnung von Ehegatten dient, oder, falls das nicht erreicht wird, zur Informierung über die Rechtsfolgen der Scheidung und eventuellen Einigung der Ehegatten bezüglich zukünftiger Verhältnisse, im Vergleich zum Ansatz der von den europäischen Dokumenten vorgesehenen Regelung der gütlichen Beilegung von Familienstreitigkeiten als unangemessen bewertet. Nach dem Muster dieser Dokumente wird das Institut der Vermittlung durch die Einführung der obligatorischen Beratung und Familienmediation als Basis des Systems für die Beilegung aller

Familienstreitigkeiten im kroatischen Recht neu definiert.

Schlüsselwörter: *Vermittlung, Familienstreitigkeiten, obligatorische Beratung, Familienmediation, Gerichtsverfahren.*

Riassunto

DALLA CONCILIAZIONE ALLA MEDIAZIONE NELLE LITI DI DIRITTO DI FAMIGLIA – ARMONIZZAZIONE DELLA LEGISLAZIONE CROATA DI DIRITTO DI FAMIGLIA CONCERNENTE LA PACIFICA RISOLUZIONE DELLE LITI FAMILIARI CON IL DIRITTO DELL'UE

La riforma della legislazione di diritto di famiglia è stata intrapresa con l'intenzione di ammodernare la tutela della famiglia e dei figli e di allineare il diritto croato con gli standards europei ed internazionali in tale ambito. In tale senso la disciplina dell'istituto della conciliazione, che è previsto dal diritto di famiglia croato al fine di consentire la riappacificazione dei coniugi e, qualora ciò non avvenga, al fine di informare circa le conseguenze giuridiche del divorzio e di raggiungere in via eventuale un accordo con riguardo ai futuri rapporti, è stata valutata inadeguata rispetto alle soluzioni circa la pacifica risoluzione delle liti familiari offerte dai documenti europei. Prendendo tali soluzioni a modello, la nuova disciplina di diritto di famiglia ridefinisce l'istituto della conciliazione mediante l'introduzione dell'istituto della consultazione obbligatoria e della mediazione familiare, quale fondamento di un sistema di risoluzione alternativa per le liti familiari nel diritto croato.

Parole chiave: *conciliazione, liti familiari, consultazione obbligatoria, mediazione familiare, procedimento giudiziario.*

POSTUPAK PRETHODNOG ODLUČIVANJA PRED EUROPSKIM SUDOM¹ – PROBLEMI I MOGUĆA RJEŠENJA

Dr.sc. Dinka Šago, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 342.9:341.645.2(4-67EU)
Ur.: 19. prosinca 2014.
Pr. 26. ožujka 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Ugovorom o funkcioniranju Europske unije utemeljen je institut prethodnog postupka kojim se omogućava pristup nacionalnih tijela Europskom sudu. Radi se o iznimno značajnom i aktualnom zahtjevu zbog sve većeg prodora propisa zajednice u pravni poredak zemalja članica. Sve obimnije i kompleksnije komunitarno pravo kao i povećanje broja nacionalnih sudova koji imaju pravo uputiti pitanje u skladu s čl. 267. UFEU utječe na povećanje broja zahtjeva za njegovo tumačenje, odnosno ocjenu njegove valjanosti. Tekstom Ugovora ovlaštenici na pokretanje tog postupka određeni su kao "court or tribunal", a tumačenje tog pojma prepušteno je Sudu kao tumaču Ugovora. Autorica u ovom radu u temeljnim crtama objašnjava značenje i ulogu prethodnih pitanja u pravu EU, pojedina važna obilježja samog postupka te daje prikaz pojedinih problema koji se pojavljuju u ovom postupku i mogućih rješenja tih problema.

Ključne riječi: *Europski sud, nacionalni sudovi, prethodni postupak, tumačenje europskog prava.*

1. OPĆENITO O PRETHODNOM ODLUČIVANJU

Kad god se u postupku pred nacionalnim sudom neka od stranaka pozove na određene odredbe primarnog ili sekundarnog komunitarnog prava, a sud smatra da je to pitanje značajno za rješavanje predmeta, tj. da se radi, o tzv. prethodnom pitanju, Ugovor o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU)² ga upućuje na obraćanje Sudu.³

- 1 U naslovu ovoga rada naziv Europski sud koristi se za Sud (*Court of Justice*) koji je hijerarhijski viši u odnosu na Opći sud i jedini je koji ima ovlast donijeti prethodne odluke. Ugovorom o funkcioniranju Europske unije predviđena je i mogućnost da ta nadležnost pripadne i Općem sudu, no to zasad nije učinjeno.
- 2 Ugovor iz Lisabona sastoji se od Ugovora o Europskoj uniji (UEU) i Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU). Objedinjena verzija oba ugovora predstavljena je u OJ 2010., C-83. Vidi Šimek, Ivan, Zašto je važan „novi reformski Ugovor“ iz Lisabona za Europsku uniju i Hrvatsku, Hrvatska pravna revija, br. 6, 2009., str. 101 – 103.
- 3 Prema čl. 19. Lisabonskog ugovora, Sud pravde Europske unije predstavlja generički izraz za

Osnovne odredbe o prethodnom postupku i prethodnom odlučivanju sadržane su u čl. 267. UFEU-a. Sud je koristeći se institutom prethodnog postupka postavio neke od temeljnih doktrina europskog prava kao što su doktrina izravnog učinka⁴ i načelo nadređenosti.⁵ U postupku povodom prethodnih pitanja koja Sudu upućuju nacionalni sudovi obrazloženja presuda imaju i dodatni značaj. Postupak prethodnih pitanja je postupak komunikacije nacionalnih sudova sa Sudom. Pri tome Sud obavlja i važnu didaktičku ulogu, pojašnjavajući značenje komunitarnog prava ne samo nacionalnim sudovima već i najširoj javnosti. Iako su sudionici tog dijaloga sudovi, budući da se odluke Suda objavljuju, građani država članica iz njih mogu saznati kakvo značenje Sud pridaje određenim pravnim pravilima ili konceptima.

S obzirom na to da Europska unija (EU) nema svoje posebne sudove koji bi presuđivali u postupcima radi zaštite subjektivnih prava koja izviru iz prava EU-a, niti Sud odlučuje povodom pravnih lijekova protiv odluka nacionalnih sudova, sam Sud je upravo kroz prethodni postupak stvorio položaj da on bude taj koji će imati zadnju riječ u tumačenju prava EU-a. To je bilo nužno radi jedinstvene primjene prava EU-a u svim državama članicama.⁶ Naši su sudovi pored toga što su i dalje ostali nacionalni sudovi, postali i sudovi EU-a jer štite subjektivna prava nastala temeljem prava EU-a, izravno primjenjuju pravo EU-a u parničnim postupcima, ali ujedno i sudskim dijalogom sa Sudom imaju mogućnost stvarati europsko pravo.⁷

2. NADLEŽNOST SUDA U ODLUČIVANJU O PRETHODNIM PITANJIMA

Temeljem članka 267. (bivši čl. 234. UEZ-a) Sud je nadležan odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču: a) tumačenja Ugovora i b) valjanosti i tumačenja

sve pravosudne instance Europske unije. Naziv Europskog suda kao institucije promijenjen je Lisabonskim ugovorom iz Suda Europske zajednice u Sud Europske unije. Taj se sud danas sastoji od tri suda: Suda, Općeg suda (ranije zvan Sud prve instance), Službeničkog suda. Mahmutović, Adnan, Pogled na strukturu i nadležnosti Suda pravde Evropske unije nakon Lisabona, *Pravna misao*, br. 5-6, 2011., str. 91-117.

- 4 Doktrina izravnog učinka smatra da pravo EU-a bilo ono primarno ili sekundarno, stvara subjektivna prava pojedincima ako su njegove odredbe dovoljno jasne, precizne i bezuvjetne tako da se mogu smatrati pravičnima, pa se radi svoje zaštite pojedinci mogu obraćati nacionalnim sudovima. Opširnije kod Schütze, Robert, *An introduction to European Law*, Cambridge, University Press, 2012., str. 107 – 132.
- 5 Doktrina nadređenosti, ne ulazeći u njezine pravne temelje s obzirom na određenja EU prava kao novog pravnog poretka ili prava razvijenog na temelju akta kojim su se države članice odrekle dijela suvereniteta u korist EU-a, predviđa da u slučaju sukoba nacionalnog prava, bez obzira na to koje razine i prava Europske unije koje ima izravni učinak, sud pred kojim se vodi postupak mora primijeniti pravo Europske unije. O načelima europskog prava vidi kod Josipović, Tatjana, *Načela europskog prava u presudama suda Europske zajednice*, *Narodne novine*, 2005.
- 6 O tome Čapeta, Tamara, *Sudovi Europske unije; Nacionalni sudovi kao europski sudovi*, IMO, 2002., str. 180.
- 7 Vidi Perišin, Tamara, *Europski sudski dijalog, u: Prethodni postupak u pravu Europske unije, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom*, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, *Narodne novine*, Zagreb, 2011., str. 145.

akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije.⁸ Riječ je o tumačenju osnivačkih ugovora (primarno pravo), tumačenju pravnog akta institucija, tijela i agencija EU-a (sekundarno pravo), tumačenju međunarodnog sporazuma kojeg je stranka EU i drugih akata donesenih na temelju takvog međunarodnog sporazuma pod uvjetom da se pitanje ne odnosi na područje vanjske i sigurnosne politike (primjerice, trgovinski sporazumi).

Ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom ili tribunalom⁹ države članice, taj sud **može**, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči. Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan, odnosno **mora** uputiti to pitanje Sudu. Ako se to pitanje postavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice u pogledu osobe kojoj je oduzeta sloboda, Sud djeluje u najkraćem mogućem roku. Dakle, nacionalni sudovi nižih instanci ovlašteni su postavljati takva pitanja, dok su sudovi zadnje instance to obvezni učiniti.

Za države članice prethodni postupak također ima i svojevrsnu ulogu prikrivene sudske kontrole nad usklađenosti nacionalnih zakona i drugih propisa s pravom EU-a jer se domaći sudovi često obraćaju Sudu da protumači određene pravne akte Unije kad posumnja u usklađenost nacionalnog prava s pravom EU-a. U takvom slučaju sud države članice dužan je u konkretnom predmetu isključiti primjenu nacionalnog prava te izravno i neposredno primijeniti propise EU-a. Na taj način se uspostavlja kontrola sudske vlasti nad zakonodavnom i izvršnom vlasti države članice.¹⁰

Kada neki od nacionalnih sudova zaključi da za razrješenje predmeta treba primijeniti pravo EU-a, pa smatra da neka njegova odredba nije valjana ili da odredba

8 Iz teksta je izbačen dio odredbe koji je u ranijem članku stajao pod paragrafom C, odnosno po kojem je Sud bio nadležan za tumačenje Statuta tijela koja su osnovana aktom Vijeća, ako to ovi Statuti predviđaju. Navedeno je logično jer je proširenjem prethodnog paragrafa spomenuta odredba postala suvišna. Također, u odnosu na prethodna rješenja, Lisabonski ugovor u spomenutom članku dodaje novi stavak kojim se predviđa uvođenje hitnog prethodnog postupka (u najkraćem mogućem roku) kada se Sudu pravde postavi pitanje u predmetu koji traje pred sudom države članice u vezi s osobom u pritvoru. Uvođenjem hitnog postupka kao posebnog postupka po ovom pitanju je sasvim logično, s obzirom na to da prethodni postupak pred Sudom pravde u prosjeku traje od 18 do 20 mjeseci. Neprihvatljivo je da pojedinci čija sloboda zavisi o tumačenju prava EU-a čekaju toliko dugo dok Sud ne riješi prethodno pitanje.

9 U Ugovoru se na engleskom jeziku dosljedno koristi termin "*court or tribunal*" (hrv. sud ili tribunal). Očita je namjera da se pojmom obuhvati najširi spektar tijela u svim državama koje imaju različite sudske sustave. U usporedbi s redovnim sudovima, tribunali predstavljaju sudove koji se svojom materijalnom i/ili personalnom nadležnošću i proceduralnim pravilima razlikuju od redovnih sudova. S obzirom na činjenicu da u RH ne postoje tribunali kao dio nacionalnog sustava, u ovom radu koristit ćemo samo izraz "sud". Vidi Rodin, Siniša, Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, *Reforma Europske unije - Lisabonski ugovor*, Narodne novine, 2009., str. 400-401.

10 Tako Palajić, Željko, *Prethodni postupak u pravu EU – izazov za hrvatske građanske i trgovačke suce, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 20., Tradicionalno XXVIII. Savjetovanje Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti i praksu, Organizator, 2013., str. 396.*

zahtijeva tumačenje, zatražit će od Suda donošenje prethodne odluke.¹¹ Vrlo je važno i pitanje što neko tijelo čini sudom kako bi Sud mogao biti nadležan odgovoriti na njegovo pitanje.¹² Na to je Sud dao odgovor u predmetu *Dorsch*,¹³ određivši kriterije takvog tijela: uspostavljeno pravnim pravilom; stalno; obvezna nadležnost; postupak *inter partes*; primjenjuje pravna pravila; neovisan.¹⁴

Smatra li bilo koji sud u državi članici da je neka odredba sekundarnog prava EU-a, koju sud treba primijeniti, u suprotnosti s pravom EU-a, nacionalni sud mora pokrenuti postupak za ocjenu valjanosti. Samo je Sud nadležan odlučiti da je neka odredba sekundarnog prava EU nevaljana. Međutim, sudovi u državama članicama mogu u povodu prigovora neke od stranaka zauzeti stajalište da je takva odredba valjana. Na nacionalnom je sudu da procjeni, imajući na umu činjenice spora, potrebu za pokretanjem postupka za prethodno pitanje radi rješavanja spora. To je dužnost nacionalnog suda budući da je vezan sadržajem spora i snosi odgovornost odluke koju donosi. U ostvarivanju svoje ovlasti procjene, nacionalni sud u suradnji sa Sudom ispunjava dužnost koja im je dana, a to je osiguranje pravilne interpretacije i provođenje Ugovora. U skladu s tim, problemi koji bi se mogli javiti u vezi s primjenom ovlasti procjene nacionalnog suda i njegovog odnosa sa Sudom isključivo su uređeni odredbama komunitarnog prava.

Za uspješan rad Suda važno je da nacionalni sudovi objasne zašto im je odgovor Suda prijeko potreban za donošenje odluke. Predmeti *Foglia v Novello I i II* (104/79 i 244/80)¹⁵ sadrže vrlo bitnu interpretaciju čl. 267. Ugovora, te hrvatski sudovi ovu presudu svakako trebaju imati na umu kada postavljaju pitanja Sudu u prethodnom postupku. Prvo, bitno je istaknuti kako Sud ne daje savjetodavna mišljenja nego pomaže riješiti stvarne sporove.¹⁶ On nema nadležnost izražavati svoja stajališta o određenim problemima u europskom pravu ako to nije prijeko potrebno za rješavanje spora. U ovoj presudi, Sud je zaključio kako pravi spor među strankama zapravo

11 "Upravo je odredba o prethodnom postupku jedna od najzanimljivijih odredaba Ugovora o Europskoj uniji. U trenutku sklapanja Ugovora samo su rijetki mogli shvatiti značenje ovog članka u stvaranju europskog prava, kao i njegovo značenje u ostvarivanju odnosa između nacionalnog i europskog pravnog sustava. Ovaj je članak „dragulj u kruni“ jurisprudencije Europskog suda.“ *Op. cit.* Paul Craig, Gráinne De Búrca: EU pravo, tekst, slučajevi i materijal, Oxford University Press, New York, 2003., str. 432.

12 Vidi Mataija, Mislav, Prethodni postupak pred Europskim sudom: opći pregled, u: Prethodni postupak u pravu Europske unije, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 18-20.

13 C-54/96 *Dorsch* Consult (1997) ECR I-4961.

14 Više kod Grejić, Ksenija, Pristup nacionalnih tijela Europskom sudu kroz institut prethodnog postupka – opseg pojma „sud“, *Pravnik*, 44, 2 (89), 2010., str. 133-158.

15 Pasquale Foglia protiv Mariella Novello, 244/80.

16 Kroz praksu Europskog suda razvila su se određena ograničenja dopustivosti prethodnog pitanja. Riječ je o slučajevima: 1. kad nacionalni sud u zahtjevu nije opisao činjenice predmeta i relevantno nacionalno pravo ("pravna i činjenična pozadina spora") dovoljno jasno da bi Europski sud dao koristan odgovor, 2. kad je pitanje koje je nacionalni sud postavio hipotetsko ili kad je interpretacija koju nacionalni sud traži očito nepovezana s činjenicama ili smislom predmeta koji je pred njime (spojeni predmeti C-188/10 i C-189/10, *Aziz Melki* (C-188/10) i *Sélim Abdeli* (C-189/10), presuda od 22.6.2010., p. 52.).

nije ni postojao, nego su one samo željele čuti stajalište Suda o jednom pravnom problemu, a za to Sud nije nadležan. U kasnijoj sudskoj praksi Sud ostaje pri tome da ne želi davati odgovore na čisto hipotetska pitanja i na pitanja koja nisu relevantna za rješavanje spora pred nacionalnim sudom. Ova je presuda bila kritizirana jer se postavlja pitanje što treba napraviti nacionalni sud nakon što mu Sud odbije odgovoriti na pitanje. Drugi su pak uspoređivali činjenice ovog slučaja s onima u predmetu *Costa v ENEL* (6/64),¹⁷ te zaključili kako je i tamo Sud mogao tvrditi da se zapravo ne radi o pravom sporu među strankama, budući da je iznos neplaćenog računa za struju bio zanemariv. Ipak *Foglia* je jedna od rijetkih presuda gdje je Sud odbio odgovoriti na pitanje nacionalnog suda. Nadalje, ono što je još važnije, a proizlazi iz ove presude je činjenica da je Sud taj koji odlučuje o granicama svoje nadležnosti. Vrlo je često naglašavano kako se kod primjene čl. 267. Ugovora radi o suradnji između Suda i nacionalnih sudova te kako se Sud ne želi miješati u razloge koji su potaknuli nacionalni sud na postavljanje pitanja.¹⁸ Tako se i u obrazloženju presude uvažava činjenica da su nacionalni sudovi ti koji su bolje upoznati sa samim slučajem i najbolje znaju što im je potrebno kako bi riješili slučaj. Međutim, na kraju je ipak Sud taj koji će odlučiti zaslužuje li pitanje nacionalnog suda odgovor ili ne, jer on nije i ne smije biti samo pasivni promatrač koji odgovara na svako pitanje koje dođe pred njega. Sud ima pravo preispitati postoji li u stvarnosti spor, te je li pitanje koje mu je postavljeno relevantno. Hrvatski sudovi moraju biti svjesni ove činjenice, te kada upućuju pitanje Sudu moraju dobro obrazložiti zašto je odgovor baš na to pitanje ključan za rješavanje spora.

Donošenjem deklarativne odluke o nenadležnosti, Sud se ni na koji način ne upliće u ovlasti nacionalnog suda, već omogućuje sprečavanje provedbe postupka iz čl. 267. u neprimjerene svrhe. Sud mora biti u mogućnosti osloniti se na procjenu nacionalnog suda da je riječ o pitanjima koja su bitna za rješavanje spora, ali on i dalje mora biti u mogućnosti sam procijeniti situaciju, posebice provjeriti je li nadležan.

U nedostatku odredaba komunitarnog prava, mogućnost pokretanja postupka pred nacionalnim sudom jedne države članice protiv druge države članice, a meritum spora je pitanje usklađenosti zakonodavstva te druge države članice s pravom EU-a, ovisi o postupovnom pravu te države. Stupanj pravne zaštite u sporovima gdje

17 Presudom u predmetu *Costa v E.N.E.L.* Europski sud pravde utvrdio je načelo nadređenosti prava Zajednice u odnosu na nacionalno pravo država članica, dakle pravo Zajednice kao nadnacionalni javni poredak koji određuje granice nacionalne regulatorne autonomije. Flaminio Costa v. E.N.E.L. 6/64. U ovom predmetu radi se o sporu između talijanskog državljanina Flaminija Coste i E.N.E.L.-a, koji je pred Europski sud došao u postupku povodom zahtjeva za donošenje odluke o prethodnim pitanjima, koja je postavio mirovni sudac iz Milana (*Giudice Conciliatore*) kao sud najniže instance. Italija je 1962. godine nacionalizirala sva svoja poduzeća za proizvodnju i distribuciju električne energije i okupila ih u jedinstveno poduzeće E.N.E.L. Flaminio Costa, po struci pravnik, kao vlasnik udjela u jednom od tih poduzeća prosvjedovao je protiv gubitka dividendi i zbog toga je odbio platiti bagatelni račun za potrošnju električne energije. Obrazložio je to tvrdnjom da je nacionalizacija talijanskih poduzeća za proizvodnju i distribuciju električne energije suprotna čl. 102., čl. 93., čl. 53. i osobito čl. 37. Ugovora o EEZ-u kojim se zabranjuju državni monopoli komercijalnoga karaktera.

18 Zato je gđa Novello i tvrdila da Sud krši svoju obvezu time što odbija odgovoriti na pitanje talijanskog suda.

su stranke fizičke ili pravne osobe ne smije biti različit od stupnja pravne zaštite u sporovima gdje je jedna od stranaka država čije se zakonodavstvo preispituje. Usprkos tome, naglašava se kako Sud u sporovima gdje su stranke fizičke ili pravne osobe mora uložiti više truda kako bi bio siguran da se postupak iz čl. 267. UFEU-a ne upotrebljava u svrhe koje nisu predviđene UFEU-om. Sud zaključuje kako su uvjeti u kojima obavlja svoje dužnosti iz čl. 267. UFEU-a neovisni o prirodi i svrsi postupaka pred nacionalnim sudovima. Čl. 267. nalaže nacionalnom sudu da donese “presudu” bez navođenja posebnih pravila o tome kakva ta presuda mora biti, deklaratorne ili druge naravi.

Sudovi prethodni postupak pokreću po službenoj dužnosti (*ex offio*). To znači da stranke u parničnom postupku ne moraju istaknuti prigovor ili podnijeti prijedlog sudu za pokretanjem prethodnog postupka.¹⁹ Ovdje je potrebno ukazati i na moguću odgovornost države za štetu ako sud zadnje instance propusti zatražiti tumačenje Suda, pa zbog toga pogrešno tumači i pogrešno primjeni normu prava EU-a.²⁰

2.1. Kada nije potrebno postaviti prethodno pitanje?

U velikom broju slučajeva sud zadnje instance ne treba postaviti prethodno pitanje za tumačenje neke odredbe prava EU-a. Prethodna pitanja su ona koja se odnose na odredbe koje su odlučne za odlučivanje o predmetu spora. To su odredbe koje su toliko očite da ne zahtijevaju tumačenje jer ne ostavljaju razumnu sumnju.²¹

Doktrina *acte clair* značajna je u situacijama kada ispravna primjena komunitarnog prava može biti tako očigledna da ne ostavlja mjesta razumnoj sumnji u pogledu načina na koji treba riješiti postavljeno pitanje.²² U presudi u predmetu *Cilfit* Sud je utvrdio da se ovo posebno tiče sudova ili tribunala protiv čijih odluka nema pravnog lijeka. “Postojanje takve mogućnosti mora se cijeniti u svjetlu posebnih karakteristika komunitarnog prava, naročitih poteškoća do kojih dovodi njegovo tumačenje i rizika od različitih sudskih odluka u okviru Zajednice”.²³ Nacionalni sud ili tribunal ovdje mora posebno imati u vidu činjenicu da se komunitarno pravo piše na više jezika i da su verzije na svim jezicima podjednako autentične. Tumačenje jedne odredbe komunitarnog prava stoga uključuje uspoređivanje verzija

19 Europski sud je u predmetu *Rheinmühlen* jasno zauzeo stajalište da nacionalne sudove ne vežu odredbe nacionalnog postupovnog prava kojima bi se ograničavalo autonomno pravo suda da zahtijeva donošenje prethodne odluke Europskog suda. Vidi Čapeta, Tamara, Rodin, Siniša, *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 121-123. (dalje: Čapeta-Rodin, *Osnove EU*).

20 O tome više Rodin, Siniša, *Odgovornost nacionalnih sudova za primjenu prava Europske unije*, u: *Prethodni postupak u pravu Europske unije, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom*, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 127-141.

21 Naposljetku, riječ je o pitanjima koja se javljaju u postupcima osiguranja, pod uvjetom da će se o istom pitanju kasnije odlučivati, pa će u okviru tog “glavnog” postupka biti moguće od Europskog suda zatražiti tumačenje.

22 Više Bačić, Arsen, Bačić, Petar, *Europsko pravo*, studijski izvori, Split, 2007., str. 233-234.

23 *Op. cit.* Čavoški, Aleksandra, *Prethodno pitanje pred Evropskim sudom pravde, u Srpsko pravo i međunarodne sudske institucije*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009., str. 191.

na različitim jezicima. Čak i kada su verzije na različitim jezicima međusobno u potpunosti usklađene, komunitarno pravo koristi se terminologijom koja je za njega karakteristična, odnosno koja nema nužno isto značenje u komunitarnom pravu i pravu različitih država članica.²⁴

U predmetu *Cilfit* Sud je zauzeo stajalište da nacionalni sud ne mora postaviti pitanje kada je ispravno tumačenje europskog prava tako očito da ne postoji osnovana sumnja o tomu kako bi se taj predmet trebao riješiti. Sudac koji odluči ne postaviti pitanje mora biti siguran da je interpretacija jednako očita sudovima u drugim članicama i samom Sudu. Pri tome nacionalni sud mora uzeti u obzir posebnost europskog prava: 1. pravilna interpretacija može zahtijevati usporedbu različitih jezičnih verzija, 2. europsko pravo koristi specifičnu terminologiju, 3. svaku odredbu europskog prava treba smjestiti u kontekst i interpretirati je u svjetlu europskog prava kao cjeline.

U predmetu *Da costa*²⁵ Sud je zaključio da nacionalni sud ne treba pokretati prethodni postupak nego može primjenjivati raniju interpretaciju - *doktrina presedana* – *acte eclaire*.²⁶ Na ovaj način Sud je omogućio nacionalnim sudovima protiv čijih odluka nema pravnog lijeka da se pouzdaju u prethodne odluke Suda ako se postavlja isto pitanje. Sud je krenuo od pretpostavke da upućivanje zahtjeva nacionalnog suda automatski ne pokreće postupak davanja prethodnog mišljenja. Kao i svaki drugi sud ili tribunal države članice, sud posljednjeg stupnja mora procijeniti korisnost upućivanja zahtjeva Sudu, odnosno “neophodnost ispitivanja relevantnosti” od strane suda od kojeg se zahtijeva da naloži *renvoi*.²⁷

2.2. Kada se mora postaviti pitanje?

Sud je u predmetu *Foto Frost*²⁸ zaključio da kada se pitanje valjanosti akta Unije pojavi pred sudom, nacionalni sud **mora** pokrenuti postupak. Nacionalni sud nema ovlast utvrditi je li akt Unije nevaljan. U ovome se ogleda centraliziran sustav kontrole europskog prava. U predmetu *Foto-Frost* Sud je razmatrao pitanje je li nacionalni sudovi, neovisno o tomu je li protiv njihove odluke dopušten pravni lijek sami mogu oglasiti nevažećim takve akte koje su usvojili organi Unije. Sud je ovom prilikom utvrdio da nacionalni sudovi nemaju ovu nadležnost.²⁹ Ti sudovi mogu razmatrati punovažnost komunitarnog akta, i ako smatraju da su razlozi koje su im predstavile stranke, a koji podržavaju nepunovažnost neosnovani, oni ih mogu

24 *Ibid.*

25 Predmeti 28-30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV and Hoechst – Holland NV v. Nederlandse Belastingadministratie* (1963) ECR 31, (1963) CMLR 224.

26 Vidi Carević, Melita, Kada i kako postaviti prethodno pitanje, u: Prethodni postupak u pravu Europske unije, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 44.

27 Tako Lagrange, Maurice, The Theory of the Acte Clair: A Bone of Contention or a Source of Unity, *Common Market Law Review*, 313, (1971), str. 317 – 318.

28 Predmet 314/85, *Foto-Forst v. Hauptzollamt Lubeck-Ost* (1987) ECR 4199, (1988) 3 CMLR 57.

29 *Op. cit.* (bilj. 23), str. 196.

odbaciti, zaključujući da je mjera u potpunosti punovažna. Poduzimajući ove radnje oni ne dovode u pitanje postojanje komunitarne mjere.³⁰

Sud je u ovoj presudi istaknuo razloge koji opravdavaju isključivu nadležnost Suda po ovom pitanju. Prvenstveno Sud je obavezan spriječiti različita tumačenja nacionalnih sudova o pravnoj valjanosti komunitarnih propisa koja bi s vremenom narušila jedinstven komunitarni pravni sustav. Zahtjevi za davanje prethodnog mišljenja predstavljaju sredstvo za ispitivanje zakonitosti akata institucija Zajednice. S druge strane, UFEU-om je ustanovljen cjeloviti sustav pravnih lijekova i postupaka sastavljenih tako da dopuste Sudu da ispituje pravnu valjanost mjera koje usvoje organi Unije. Sud je istaknuo činjenicu da je ovaj Sud ujedno i organ koji je u najboljem položaju odlučivati o valjanosti komunitarnih akata.³¹ Zahtjev mora Sudu omogućiti jasno shvaćanje činjeničnog i pravnog aspekta postupka koji se vodi pred nacionalnim sudom, pa tako u zahtjevu treba navesti: kratak opis sadržaja spora kao i relevantne činjenice; objasniti smisao primjenjivih nacionalnih odredbi uz navođenje sudske prakse, sve uz navođenje preciznih referenci; navesti odredbu prava EU-a koje su primjenjive u predmetu; objasniti razloge koji su naveli nacionalni sud da postavi pitanje tumačenja ili valjanosti prava EU-a kao i vezu između odredaba prava EU-a i primjenjivih nacionalnih odredaba, po potrebi sažeti glavne argumente stranaka i iznijeti svoje stajalište o odgovoru.

Samo pitanje Sudu treba iznijeti u odvojenom i jasno prepoznatljivom dijelu zahtjeva, na početku ili na kraju. Iako su sve prethodne odluke Suda obvezujuće za nacionalne sudove, na njih se ne primjenjuje pravilo *ne bis in idem*, pa se zahtjev nacionalnog suda za tumačenje prava EU-a smije odnositi i na pitanja o kojima je Sud već odlučio čime se tom sudu dopušta da izmijeni prijašnja pravna shvaćanja. U odredbi čl. 104. st. 2. Poslovnika navodi se da nacionalni sudovi procjenjuju je li im prethodnom odlukom dovoljno razjašnjeno postavljeno pitanje ili smatraju potrebnim ponovno podnijeti Sudu zahtjev za prethodnu odluku.³²

3. ODREĐIVANJE POJMA SUD U SMISLU ČLANKA 267. UFEU

Kod postupka prethodnog odlučivanja razlikuju se sudova iz st. 2. i 3. čl. 267.

- 30 Predmet 314/85, Foto-Frost v. Hauptzollamt Lubeck-Ost (1987) ECR 4199, (1988) 3 CMLR 57. *Op. cit.*, para 14.
- 31 "Prema čl. 20 Protokola o Statutu Suda pravde EEZ, institucije Zajednice čiji su akti osporeni imaju pravo sudjelovati u postupku kako bi obranile valjanost datog akta. Nadalje, u skladu s čl. 21. st. 2. istog Protokola, Sud može tražiti od država članica i institucija koje ne sudjeluju u postupku da pruže sve informacije koje smatra neophodnim za potrebe predmeta koji se pred njim vodi". Predmet 314/85, Foto-Frost v. Hauptzollamt Lubeck-Ost (1987) ECR 4199, (1988) 3 CMLR 57., para 18.
- 32 Kada Sud pravde donosi odluku kojom tumači odredbe Ugovora ili nekog sekundarnog propisa ne može se prihvatiti stajalište da ove presude imaju snagu *res iudicata*. Međutim, ako se radi o presudi koja predstavlja presedan može se reći da takva odluka ima apsolutno djelovanje i da djeluje *erga omnes*. Ipak, kao što je to već rečeno ove odluke o tumačenju nemaju snagu *res iudicata*, budući da nacionalni sud ima slobodu ponovo postaviti isto pitanje, odnosno pitanje o kojem je Sud pravde već odlučivao. Sa stajališta pravne sigurnosti nesumnjivo je da presude koje imaju snagu presedana nose ogromnu težinu.

UFEU-a. U st. 2. precizira se da bilo koji sud države članice može uputiti pitanje Sudu na prethodno odlučivanje, dok je u st. 3. regulirano da sud države članice mora prosljediti pitanje na prethodno odlučivanje Sudu, ako protiv njegovih odluka nema pravnog lijeka.

Na pitanje koji su to sudovi protiv čijih se odluka ne može izjaviti pravni lijek, imamo dva odgovora, odnosno dvije oprečne teorije. Po tzv. apstraktnoj teoriji sud protiv čije odluke nema pravnog lijeka najviša je sudska instanca u zemlji. Po tzv. konkretnoj teoriji sud protiv čijih odluka nema pravnog lijeka je svaki sud protiv čije se odluke u konkretnom predmetu ne može izjaviti pravni lijek.³³

Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.,³⁴ točnije čl. 14., poslužila je našem zakonodavcu za uvođenje zahtjeva Sudu za donošenje prethodne odluke u hrvatski parnični postupak. Tako će hrvatski sudovi odrediti prekid postupka kada odluče podnijeti zahtjev Sudu o tumačenju prava EU-a ili o valjanosti akata koje su donijele institucije EU-a. Upravo je smještanje ovog instituta među odredbe o prekidu postupka sporno jer se na taj način omogućilo podnošenje žalbe protiv rješenja o prekidu. Ovdje je bitno naglasiti da je Sud taj koji je jedini ovlašten odlučiti o zahtjevu nacionalnog suda, o čemu trebaju voditi računa viši domaći sudovi pri odlučivanju o pravnim lijekovima. Naime, kada se niži sud države članice obraća Sudu, viši sud države članice nije nadležan ocjenjivati je li pitanje relevantno ili ne. Niži sud ima pravo na izravnu suradnju sa Sudom.³⁵

Međutim, temeljno pitanje koje se treba razriješiti pitanje je koji je sud u Republici Hrvatskoj sud protiv čije odluke ne postoji pravno sredstvo (zadnja instanca), dakle sud koji je dužan Sudu postaviti prethodno pitanje. To pitanje ne riješava europsko pravo.³⁶ Upravo je Sud u predmetu *Bozzetti*³⁷ zauzeo stajalište da se to pitanje mora riješiti domaćim zakonodavstvom države članice i da se sam Sud ne smije miješati u uređivanje nadležnosti pravosudnih tijela država članica. Ovdje se u hrvatskom parničnom pravu postavilo pitanje hoće li taj sud biti Vrhovni sud RH ili će to biti najviši sud koji može suditi u konkretnom predmetu. U većini građanskih predmeta redovna revizija ne može se izjaviti jer nisu zadovoljeni uvjeti iz čl. 382. st. 1. ZPP-a (redovna revizija).³⁸ Međutim, odredba čl. 382. st. 2. ZPP-a omogućuje strankama da podnesu reviziju i kada nisu ispunjeni uvjeti iz čl. 382. st. 1. ZPP-a, ako odluka u sporu ovisi o rješenju nekog materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti građana u njegovoj primjeni (izvanredna revizija). Riječ je o situaciji kada o tom pitanju revizijski sud nije zauzeo shvaćanje, ako je drugostupanjski sud zauzeo drukčije stajalište od već

33 *Op. cit.* (bilj. 26.), str. 33 - 42.

34 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, Narodne novine, br. 57/2011. (dalje: ZPP).

35 *Op. cit.* (bilj. 10.), str. 402.

36 Vidi Misita, Nevenko, Osnovi prava Evropske unije, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007., str. 824-825. (dalje: Misita, Osnovi prava EU).

37 C- 179/84 *Bozzetti v Invernizzi* (1985) ECR 2301.

38 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13.

prije zauzetog shvaćanja revizijskog suda te ako postoji potreba za preispitivanjem prakse revizijskog suda zbog promjena u pravnom sustavu. Te promjene mogu biti uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim ugovorima te odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske, Europskog suda za ljudska prava ili Europskog suda pravde. Temeljem odredbe čl. 382. st. 2. ZPP-a zaključujemo kako je u svakom slučaju Vrhovni sud RH, sud na koji se odnosi obveza upućivanja zahtjeva Sudu radi tumačenja norme prava EU. Na revidentu je obveza postupiti po odredbama čl. 382. st. 3. ZPP-a. Uloga Vrhovnog suda pri donošenju odluke o dopustivosti revizije neće se svesti na formalno preispitivanje sadrži li zahtjev za izvanrednu reviziju naznak pravno pitanja zbog kojeg se podnosi, pravnih izvora koji se na njega odnose i obrazloženja zahtjeva, već će Vrhovni sud u ovoj etapi postupka odlučivati i o tome je li određeno pravno pitanje bitno za jedinstvenu primjenu prava. Dakle, Vrhovni sud je uvijek sud koji je dužan pokrenuti postupak o tumačenju prava EU-a, čak i kada je riječ o predmetima u kojima nije dopuštena redovna revizija.³⁹ Međutim, dužnost za postavljanje prethodnog pitanja Sudu postojat će jedino ako je stranka podnijela izvanrednu reviziju. Ali u tom slučaju prvenstvena dužnost Vrhovnog suda bit će ocjena je li riječ o normi prava EU-a koja zahtijeva tumačenje Suda.

Sud priznaje svojstvo suda tijelu protiv čijih se odluka ne može izjaviti pravni lijek i ustavnim sudovima država članica. Tako da je i Ustavni sud RH ovlašten pokrenuti prethodni postupak pred Sudom, što je za parnični postupak važno u ustavnosudskim postupcima koji se vode povodom ustavnih tužbi proizašlih iz građanskih sporova.⁴⁰

4. TIJEK POSTUPKA

Postupak po prethodnim pitanjima nužno je drukčiji nego onaj po izravnim tužbama što proizilazi iz same prirode ovog pravnog sredstva. To je postupak koji predstavlja samo korak u drugom postupku koji je u tijeku pred nacionalnim sudom. Postupak koji se vodi pred Sudom nema prirodu spora, te formalno u njemu nema ni stranaka ni umješaka. Na tijek se postupka načelno primjenjuju ista pravila kao i na postupak po izravnim tužbama – dakle, Statut Suda⁴¹ i Poslovnik Suda,⁴² ali iz prirode oblika pravne zaštite koja se traži proizilaze i određena odstupanja.

39 *Op. cit.* (bilj. 26), str. 41.

40 Vidi Čapeta-Rodin, *Osnove EU*, str. 127-141.

41 Hrvatska inačica konsolidirane verzije Protokola (br. 3) o Statutu Suda je 3. veljače 2014. objavljena na web stranici Ministarstva vanjskih i europskih poslova Republike Hrvatske <http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonskiprociscena.pdf>. U navedenu su uvrštene izmjene unesene temeljem Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća br. 741/2012 od 11. kolovoza 2012. (SL L 228 od 23. kolovoza 2012., st. 1.) i temeljem članka 9. Akta o uvjetima pristupanja Republike Hrvatske i prilagodbama ugovora o Europskoj uniji, ugovora o funkcioniranju Europske unije i ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju (SL L 112 od 24. travnja 2012., str. 21.).

42 Rules of Procedure of the Court of Justice, Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Communities of 19 June 1991 (OJ L 176 of 4.7.1991), s izmjenama i dopunama zaključno s onim od 13. siječnja 2009. godine (OJ L 24 of 28.1.2009., p. 8). http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/procedure.

4.1. Stadiji postupka

Po prijemu zahtjeva, odgovarajuća služba Suda prevodi ga na službene jezike Unije, potom ga dostavlja strankama u postupku pred nacionalnim sudom, državama članicama, Komisiji i Vijeću.⁴³ U roku od dva mjeseca svatko od navedenih adresata može Sudu dostaviti pisano očitovanje o svom stajalištu te sudjelovati u usmenom stadiju postupka.⁴⁴ Postupak se vodi na jeziku koji je službeni jezik nacionalnog suda. Posebnosti postupka u odnosu na onaj pokrenut, tzv. izravnom tužbom sastoje se u tome da mu nedostaje dimenzija kontradiktornosti, nedostaju mu tužitelj i tuženik kao stranke i zahtjev za pokretanje postupka u formi tužbe.

Postupak se formalno pokreće kada nacionalni sud podnese zahtjev Sudu za dobivanje odgovora na prethodno pitanje. Zahtjev se, kao i u slučaju drugih tužbi, podnosi tajniku. Po pravilu, dok se postupak pred Sudom ne okonča, nacionalni sud zastaje sa svojim postupkom.⁴⁵ Kada ga tajnik primi, zahtjev se prevodi na druge službene jezike Unije, i potom ga tajnik dostavlja: strankama u postupku pred nacionalnim sudom, državama članicama EU-a i EFTA-e, Europskoj komisiji, nadzornom organu EFTA-e, kada se radi o aktu Vijeća ministara i Vijeću ministara.⁴⁶ Sve osobe i organi kojima je zahtjev dostavljen imaju pravo da u roku od dva mjeseca Sudu dostave svoja pisana zapažanja, iako na to nisu obvezni. Jezik postupka je jezik nacionalnog suda koji je podnio zahtjev.⁴⁷

Još dva procesna pitanja bitno su drukčije riješena u odnosu na postupak po direktnim tužbama. Radi se o prigovoru nenadležnosti Suda i prigovoru neprihvatljivosti zahtjeva, koji se podnose u obliku posebnog podneska.⁴⁸ Po pravilu, Sud ovakve prigovore ne usvaja jer je našao da samo postojanje zahtjeva za odgovor na prethodno pitanje predstavlja dovoljan osnovu za zasnivanje nadležnosti. Što se tiče neprihvatljivosti zahtjeva, ovo se pitanje može pokrenuti samo ako je odluka o upućivanju zahtjeva osporena u postupku po žalbi pred nacionalnim sudom. Dostavljanjem pisanih zapažanja okončava se pismeni dio postupka. Sud, kao i u postupcima po direktnim tužbama, određuje suca izvjestitelja za taj predmet, a Prvi

43 Samo ako se predmet tiče akta kojeg je donijelo Vijeće.

44 U pravilu sudjeluje samo Komisija i stranke u postupku pred nacionalnim sudovima.

45 Ipak, u praksi je bilo slučajeva kada su nacionalni sudovi određivali privremene mjere u vidu obustave primjene nekih nacionalnih propisa. O privremenim mjerama u nacionalnom pravu vidjeti u: Collins, Lawrence, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford, Oxford University Press, str. 155.

46 Iznimno, Sud može pozvati i Europski parlament da dostavi neke podatke ili pisana zapažanja Sudu. Primjerice u predmetu C-149/85 *Roger Wybot v. Edgar Faure and others* radilo se o imunitetu poslanika u Europskom parlamentu, te se od parlamenta tražilo da dostavi informacije o trajanju zasjedanja parlamenta, budući da ono nije određeno Ugovorom, već odlukom Europskog parlamenta.

47 Ipak, na obrazloženi zahtjev jedne od stranaka u glavnom postupku, i nakon saslušanja mišljenja suprotne stranke, kao i općeg pravozastupnika, predsjednik suda može odobriti upotrebu nekog drugog službenog jezika Unije u usmenom postupku. Države članice zadržavaju pravo da radnje u postupku poduzimaju na svom jeziku. Opći pravozastupnik svoje mišljenje iznosi na svom jeziku.

48 Tako Čavoški - Knežević Bojović - Popović, ESP, str. 50.

opći pravozastupnik također dodjeljuje predmet jednom od općih pravozastupnika. U postupcima po direktnim tužbama nakon pismenog postupka slijedi istraga, ali kako se u postupku odgovora na prethodno pitanje radi samo o apstraktnom pravnom pitanju, a odgovor se zasniva na činjeničnom stanju koje je utvrdio nacionalni sud, obično se ne provodi pripremna istraga u dijelu koji se odnosi na utvrđivanje činjeničnog stanja (prikupljanje dokaza, saslušanje svjedoka). Nakon što Sud primi pisana zapažanja osoba koje su ovlaštene da ih daju i sasluša općeg pravozastupnika može odlučiti da ne održi usmeno ročište.⁴⁹

Ako se usmeni postupak provodi, na samom početku svoj izvještaj podnosi sudac izvjestitelj, a nakon toga ostali sudionici u postupku iznose svoja mišljenja. Komisija redovno sudjeluje u ovoj etapi postupka; veoma često to rade i stranke u postupku pred nacionalnim sudom. U skladu s čl. 19. Statuta Suda, države članice i organe Unije u postupku zastupaju agenti, kojima mogu pomagati odvjetnici ili savjetnici. Fizičke i pravne osobe u postupku mora zastupati odvjetnik. Ipak, od ovoga pravila o nepostojanju postulacijske sposobnosti fizičkih i pravnih osoba postoji i jedan izuzetak, člankom 104. st. 2. Poslovnika Suda predviđeno je da će se u pogledu zastupanja uzeti u obzir pravila postupka pred nacionalnim sudom ili tribunalom koji je uputio prethodno pitanje. To praktično znači da, ako je osoba zastupala sama sebe pred nacionalnim sudom, ona zadržava pravo da se pojavi i pred Sudom.⁵⁰ Ponekad u usmenom dijelu postupka sudjeluju i predstavnici država članica. Poslije saslušanja, postupak se odvija kao i po direktnim tužbama. To znači da će posljednju riječ imati opći pravozastupnik, koji iznosi svoje mišljenje. Potom Sud donosi presudu.

4.2. Skraćeni postupak

Člankom 104 a. Poslovnika Suda predviđena je mogućnost provođenja skraćenog postupka, ekvivalentnog onom predviđenom čl. 44. Poslovnika za postupke po direktnim tužbama. Za odluku o provođenju skraćenog postupka potreban je zahtjev nacionalnog suda. Prijedlog podnosi sudac izvjestitelj, a Sud mora čuti i mišljenje općeg pravozastupnika. O prijedlogu odlučuje predsjednik Suda. Da bi prijedlog bio usvojen, potrebno je da je pitanje koje je Sudu upućeno od izuzetne hitnosti. Ako se prijedlog usvoji odmah se zakazuje ročište, o čemu se obavještavaju stranke u glavnom postupku, kao i osobe koje su ovlaštene dostaviti svoja zapažanja iz čl. 23. Statuta Suda. Nakon toga oni mogu podnijeti svoje navode ili pisana zapažanja u roku koji odredi predsjednik Suda, a koji ne može biti kraći od 15 dana. Predsjednik može od njih zatražiti da se u svojim podnescima ograniče na pravna pitanja u vezi s upućenim prethodnim pitanjem. Ovi su podnesci potom dostavljaju ostalim sudionicima u postupku prije ročišta. Sud presudu donosi nakon što sasluša mišljenje

49 Dodatni uvjet je da nitko od osoba koje su dostavile svoja pisana zapažanja nije podnio predstavku u kojoj obrazlaže razloge zbog kojih želi biti saslušan na usmenom ročištu (čl. 104. st. 4. Poslovnika Suda).

50 Ipak, ovaj je izuzetak veoma ograničen. Na stranke u glavnom postupku primjenjuju se i odredbe o pravnoj pomoći. Njima se, pod posebnim okolnostima, putem ove ustanove, uređene Poslovníkom, može olakšati prisustvo usmenom dijelu postupka ili pomoći u zastupanja u postupku (čl. 104. st. 6. Poslovnika Suda).

općeg pravozastupnika.

4.3. Hitan postupak

Hitan postupak u postupku rješavanja prethodnih pitanja predstavlja novinu, uvedenu izmjenama Statuta Suda 2008. godine.⁵¹ Uveden je za postupanje po prethodnim pitanjima iz specifičnog područja slobode, sigurnosti i pravde.⁵² Nadležnost Suda u pogledu tumačenja komunitarnih propisa iz ovog područja nešto je drukčije uređena, tako da prethodno pitanje može uputiti samo nacionalni sud protiv čije odluke ne postoji pravni lijek u unutrašnjem pravu.⁵³

Razlog za uvođenje hitnog postupka leži u samoj prirodi pitanja.⁵⁴ Hitan postupak je uređen čl. 23a Statuta Suda⁵⁵ i čl. 105. Poslovnika Suda.⁵⁶ Temeljem odredaba Poslovnika (čl. 105) predsjednik Suda, u slučaju iznimne hitnosti, na prijedlog nacionalnog suda i nakon saslušanja nezavisnog odvjetnika, može odrediti ubrzani prethodni postupak. Pokreće se na obrazloženi zahtjev nacionalnog suda koji pitanje upućuje, i izuzetno, Sud ga može pokrenuti po službenoj dužnosti. O potrebi provođenja hitnog postupka odlučuje Sud. Kako bi se postupak što više ubrzao, Statutom i Poslovnikom je propisano da nacionalni sud koji pitanje upućuje već u zahtjevu za pokretanje hitnog postupka mora navesti činjenična i pravna pitanja zbog kojih zahtijeva hitnost, odnosno rizike od provođenja redovnog postupka, te ako je moguće, predložiti odgovor na proslijeđeno pitanje. Razlikuju se i osobe koje mogu

51 Odluka Vijeća od 20. prosinca 2007. godine, kojom se mijenja Protokol o Statutu Suda, OJ (2008) L 24/42 i izmjene Poslovnika usvojene od Suda pravde EU-a 15. siječnja 2008. godine, OJ (2008) L 24/39.

52 Ovo područje, inače, obuhvaća pitanja iz Naslova VI. Ugovora o Europskoj uniji (policijska i pravosudna suradnja u kaznenim stvarima), kao i Naslova IV., dio III. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (viza, azil, imigracija i druge politike u vezi sa slobodnim kretanjem osoba, a naročito pravosudna suradnja u građanskim stvarima).

53 Opširnije kod Petrašević, Tunjica, Novi hitni prethodni postupak za područje slobode, sigurnosti i pravde, Hrvatska javna uprava, br. 2., 2010., str. 427–463.

54 Primjerice situacije u kojima se pitanje odnosi na osobe u pritvoru, roditeljska prava ili skrbništvo nad djecom.

55 Članak 23. a st.1. Statuta propisuje da Poslovnik može omogućiti hitni ili užurbani postupak kada je upućeno pitanje iz područja slobode, sigurnosti i pravde. Ovom odredbom Statuta precizira se da rokovi mogu biti kraći u odnosu na to kako je predviđeno čl. 23. st. 2. Statuta, kada je u pitanju izjašnjavanje o činjenicama predmeta ili kod podnošenja pisanih opservacija. Također, moguće je derogirati obvezu iz čl. 20 st. 4. Statuta da se dobije mišljenje nezavisnog odvjetnika. Članak 23. a st. 3. Statuta precizira da se u slučajevima ekstremne hitnosti, može izostaviti obveza da stranke, naznačene u čl. 23. Statuta, iznesu svoje stavove u pisanoj etapi postupka, odnosno da se izostavi ova etapa postupka. Time se uvelike skraćuje postupak, jer se u potpunosti izbjegava obveza čekanja na pisana mišljenja svih ovlaštenih i što je još važnije, nema potrebe za prevođenjem ovih dokumenata. U takvim situacijama Sud se može odlučiti za prošireno saslušanje, što može rezultirati dužom usmenom raspravom u odnosu na redovni postupak. Vidi Broberg, P., Morten, Fenger Niels, Preliminary Reference to the European Court of Justice, Oxford University Press, Oxford, 2010., str. 394. (dalje: Broberg – Fenger, Preliminary Reference to the ECJ)

56 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012Q0929%2801%29&from=HR> OJ L 265/1. (8. 12. 2014.).

dostaviti svoja pisana zapažanja i osoba koje mogu sudjelovati u usmenom dijelu postupka. Naime, Sud može odlučiti da samo stranke u glavnom postupku, država članica čiji sud je uputio zahtjev, Europska komisija, i, po potrebi, Vijeće ministara i Europski parlament mogu podnijeti svoja pisana zapažanja, i to na jeziku postupka u kratkom roku. Ostali mogu svoja zapažanja iznijeti usmeno, na ročištu. U slučaju posebne hitnosti, Sud može odlučiti da ne provede pismeni postupak. Odluka se donosi nakon što sasluša mišljenje općeg pravozastupnika.

Prva presuda donesena u hitnom postupku bila je ona u predmetu C-195/08 PPU, koji je pokrenuo Vrhovni sud Litvanije (*Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*) u vezi s tumačenjem Brisel Iia Uredbe.^{57,58}

Poslovnik u čl. 107. st. 1. propisuje da se može pokrenuti hitni postupak za pitanja iz područja glave V. trećeg dijela UFEU-a, na zahtjev nacionalnog suda ili izuzetno od strane Suda. Ova odredba precizira da, ako nacionalni sud propusti proslijediti zahtjev za provođenje hitnog postupka Suda, a predsjednik Suda smatra da se primjena ovog postupka nameće *prima facie*, onda može tražiti od vijeća, zaduženog za provođenje hitnog postupka, da razmotri postoji li potreba za pokretanje hitnog postupka (čl. 107. st. 3. Poslovnika).⁵⁹ Odluku da će slučaj biti razmatran u hitnom postupku donosi vijeće, djelujući na temelju izvještaja suca izvjestitelja te nakon saslušanja nezavisnog odvjetnika. Sastav vijeća određuje se u skladu s čl. 28. st. 2. Poslovnika na dan kada se predmet dodijeli sucu izvjestitelju, ako je zahtjev za hitnim postupkom došao do nacionalnog suda. Ako je zahtjev došao do predsjednika Suda, onda se sastav vijeća određuje na dan kada je taj zahtjev podnesen (čl. 108. st. 1. Poslovnika).

U skladu s čl. 109. st. 1. Poslovnika, tajnik je obavezan da, nakon što zaprimi predmet, o tome obavijesti stranke u postupku pred nacionalnim sudom, državu članicu čiji je sud proslijedio pitanje, Komisiju, te instituciju koja je donijela akt čija se valjanost ispituje, odnosno traži njegovo tumačenje. Ako Sud odluči uzeti predmet na razmatranje u hitnom postupku, obavještava stranke u postupku u kojem su roku dužne podnijeti svoja mišljenja u pisanom obliku. Stranke i zainteresirane osobe iz

57 Uredbe Savjeta br. 2201/2003 o nadležnosti i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti.

58 Naime, u postupku pred litvanskim sudom, gospođa *Inge Rinau*, litvanska državljanka, tražila je da se odluka njemačkog suda, kojom se skrbništvo nad njezinom kćeri rođenom u braku s njemačkim državljaninom, dodjeljuje ocu, a njoj naređuje da dijete vrati u Njemačku. Gospođa *Rinau* je, naime, ubrzo nakon rođenja kćerke prestala živjeti u zajednici s gospodinom *Rinauom*, ocem djeteta, a kasnije je pokrenut i postupak razvoda. Kćer je nastavila živjeti s majkom. Majka je, nakon što je dobila odobrenje od oca da ode na ljetovanje s kćerkom, s njom otišla u Litvaniju, i tu se nastanila. Nakon niza odluka njemačkih i litvanskih sudova, postavilo se pitanje tumačenja Brisel Iia Uredbe, a litvanski sud je tražio pokretanje hitnog postupka imajući u vidu odredbe ove Uredbe u kojoj je postavljen rok od šest mjeseci da Sud kome se podnese zahtjev za vraćanje djeteta o tome odluči, kao i imajući u vidu interese djeteta i potrebu očuvanja odnosa između roditelja i djeteta. Iz odluke Europskog suda pravde slijedio je odgovor da nema osnova za odbijanje priznanja odluke njemačkog suda.

59 Više kod Petrašević, Tunjica, Učinci presuda Europskog suda u prethodnom postupku, u: *Prethodni postupak u pravu Europske unije, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom*, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 103 – 125.

čl. 23. Statuta bit će informirani u što je moguće kraćem roku o danu održavanja rasprave. Ako se ne donese odluka o provođenju hitnog postupka, postupak će se nastaviti po čl. 23. Statuta i ostalim relevantnim odredbama Poslovnika. Članak 109. st. 3. Poslovnik, kao novinu, daje mogućnost da Sud zatraži i od druge države pisano mišljenje u hitnom postupku.⁶⁰

Vijeće Suda, određeno da donese odluku u hitnom postupku, donijet će odluku nakon saslušanja nezavisnog odvjetnika (čl. 112. Poslovnika). Nezavisni odvjetnik ne daje pisano mišljenje, nego se saslušava na zatvorenom zasjedanju.

U skladu s čl. 113. Poslovnika, postupak mogu voditi tri suca, a može se uputiti nazad Sudu da predmet dodijeli većem broju sudaca.⁶¹ Po ovakvom zahtjevu početak će se postupati odmah nakon njegovog zaprimanja elektroničkim putem ili faksom, ali će stranke u postupku svakako morati naknadno, u što kraćem roku, dostaviti Sudu pisane originale.⁶²

Hitni prethodni postupak pojednostavljuje različite etape postupka, međutim, njegova primjena izaziva ozbiljne teškoće za Sud, za stranke u postupku, kao i za druge zainteresirane osobe koje sudjeluju u postupku, a posebno za države članice. Zbog toga je naglašeno da se zahtjev za provođenje hitnog postupka treba prosljeđivati Sudu jedino kada je to apsolutno neophodno.⁶³ Postojala je bojazan da će se broj predmeta naglo povećati stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, međutim to se nije dogodilo. Neki smatraju da je glavni razlog što nema previše ovakvih predmeta pred Sudom u tome što nacionalni suci nisu upoznati s ovom mogućnosti.⁶⁴

60 Ova mogućnost postoji u onim slučajevima kada proslijeđeno pitanje utječe i na druge države članice, a ne samo na onu iz koje je sud koji je prosljeđio pitanje. Ovo je pogotovo važno kod primjene Uredbe Vijeća, broj 2201/2003 u vezi s nadležnošću, priznavanju i izvršenju presuda u bračnim pitanjima i roditeljskoj odgovornosti.

61 Dokumentacija će se smatrati dostavljenom, ako je prosljeđena tajniku faksom ili drugim sredstvima komunikacije dostupnim Sudu. Izvornici se moraju naknadno prosljeđiti tajniku.

62 U tu svrhu nacionalni sud je pri prosljeđivanju zahtjeva za provođenje hitnog prethodnog postupka dužan dostaviti elektroničke adrese ili brojeve faksa suda i zastupnika stranaka u postupku (toč. 42. Uputstava - *Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings*, OJ 2012/C 338/01). Točkom 40. Uputstava uređeno je da nacionalni sudovi, pri prosljeđivanju zahtjeva za hitni prethodni postupak, trebaju u podnesku, koji je upućen tajniku, jasno naznačiti da je riječ o hitnom postupku, kako bi tajnik mogao hitno reagirati. Zahtjev mora biti sažet kako bi se i na taj način pomoglo da se hitno provede postupak (toč. 41. Uputstva).

63 U toč. 37. Uputstava navodi se da, iako nije moguće iznijeti opsežnu listu takvih situacija, posebno zbog raznovrsne i stalno razvijajuće prirode pravila prava EU-a koja uređuju područja slobode, sigurnosti i pravde, nacionalni sud može, npr. razmotriti postavljanje zahtjeva za hitni prethodni postupak u sljedećim situacijama: ako je, kako predviđa čl. 267. UFEU-a, osoba u pritvoru ili je lišena slobode, a odgovor na postavljeno pitanje je odlučan za procjenu njene pravne situacije, ili u postupcima o roditeljskom nadzoru, ili skrbništvu nad djecom, kada odluka suda nadležnog za postupanje po pravu EU-a, zavisi o odgovoru na pitanje podneseno na prethodno odlučivanje. Unatoč činjenici da Uputstvo pokriva neke od situacija, ipak preostaje da Sud svojom praksom jasnije utvrdi kriterije iz kojih će se jasno vidjeti koji su to predmeti koji se mogu procesuirati kroz hitni prethodni postupak.

64 Od 20 prosljeđenih zahtjeva za provođenje hitnog prethodnog postupka, Sud je odbio osam zahtjeva. U 2011. godini pokrenuto je pet slučajeva, a nadležno vijeće je odlučilo da su samo u dva predmeta ispunjeni uvjeti za vođenje hitnog prethodnog postupka. Vidi Groussot, Xavier,

4.4. Odluka suda

Odluke suda imaju izravni učinak u državama članicama.⁶⁵ Na taj se način u pravnom sustavu Unije osigurava ujednačenost prava. Sud objašnjava komunitarno pravo, ali pri tome ne prejudicira rješenje spora koji spada u nadležnost nacionalnog suda koji primjenjuje pravo EU-a. Kroz odluke Suda o prethodnom pitanju, posebno ako bi pojedinac pred domaćim sudom doveo u pitanje propise države članice u smislu neslaganja s propisima EU-a, stvoreni su koncepti „direktnog učinka” (*direct effect*) i „supremacije” (*supremacy*) prava EU-a. Odgovor Suda obvezuje sve sudove u nacionalnoj hijerarhiji.⁶⁶

U najvećem broju predmeta odlučuje se presudom u skladu s odredbama Statuta i Poslovnika. Ipak, moguće je da Sud u postupku o prethodnom pitanju odluči i obrazloženom odlukom. Primjerice kada je prethodno pitanje upućeno Sudu isto kao i pitanje o kome je Sud već odlučivao, kao i kada je odgovor na pitanje moguće lako izvesti iz postojeće prakse Suda. U tom slučaju, Sud u svojoj odluci i upućuje na svoju prethodnu praksu. Sud obrazloženom odlukom može zaključiti postupak kada je odgovor na pitanje jasan, i to nakon što sasluša zapažanja osoba koje su ovlaštene da ih dostave, kao i nakon što sasluša općeg pravozastupnika. Ni Statutom ni Poslovnikom suda nije propisan rok za davanje odgovora na prethodno pitanje. Ipak, Sud po prethodnim pitanjima postupa što je prije moguće. Ponekad, se odlaže dok zahtjev ne stigne u Sud, ali kad stigne, presuda se donosi u relativno kratkom roku.⁶⁷

Presuda djeluje *inter partes* i da obvezuje samo sud koji je podnio pitanje na odluku i sudove koji su u žalbenim postupcima i postupcima odbacivanja predmeta bili vezani uz predmet. Međutim, i izvan ovog *inter partes* učinka presude dobivaju pravno obavezujuću snagu.⁶⁸ Ovdje se zapravo radi o prejudicirajućem učinku koji u posebnoj mjeri zadobivaju presude Suda snagom njegove razine i ugleda. U tom

Spirit, are you there? Reinforced judicial dialogue and the preliminary ruling procedure, Eric Stein Working Paper No. 4. (2008.), str. 1, dostupno na: http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstract_id=1279367 (8.12.2014).

65 O troškovima postupka ne odlučuje Sud, nego nacionalni sudovi u skladu s pravilima o uspjehu u parnici (pravilo *causae*).

66 Tumačenje Europskog suda u vezi s određenim pitanjem djeluje i *erga omnes*, dakle za sve sudove u Zajednici. Vidi Goldner Lang, Iris, Učinci presuda Europskog suda u prethodnom postupku, u: Prethodni postupak u pravu Europske unije, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 89-93.

67 Budući da se ovaj postupak gleda samo kao korak u postupku pred nacionalnim sudovima, o troškovima upućivanja prethodnog pitanja Europskom sudu pravde odlučuje nacionalni sud, odlučujući o troškovima glavnog postupka. Za razliku od presuda po direktnim tužbama, Sud ne odlučuje o troškovima postupka. Ovakav stav prvi put je iskazan u predmetu *De Geus v. Bosch* (Predmet C 13/61 Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenboger v Robert Bosch GmbH and Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn [1962] ECR 45.), a potom je unesen u čl. 104. st. 6. Poslovnika Suda.

68 Bieber, Roland, Epiney, Astrid, Haag, Marcel, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 6. izdanje, 2005., str. 288.

smislu obvezujući karakter presude ima za države članice poseban značaj.⁶⁹

4.5. *Odgovornost države za povredu obveze iz čl. 267. UFEU-a*

Iako postupak davanja prethodnog mišljenja ostavlja sudovima određeni stupanj diskrecijske vlasti kada odlučuju hoće li uputiti Sudu zahtjev za dobijanje mišljenja, propuštanje suda da postupi na ovaj način može dovesti do primjene načela odgovornosti države. Propuštanje može postojati samo ako se prethodno pitanje postavi u predmetu pred nacionalnim sudom čije odluke ne podliježu pravnom lijeku unutrašnjeg prava, budući da je ovaj sud obavezan zatražiti prethodno mišljenje Suda. Niži sudovi imaju stupanj diskrecijske vlasti i sami procjenjuju radi li se o dovoljno značajnom pitanju za rješavanje spora koje treba uputiti Sudu.

Pitanje odgovornosti sudaca za propuštanje obveze da upute pitanje razmatrano je u predmetu *Köbler*.⁷⁰ U ovom predmetu Sud je utvrdio da se „načelo odgovornosti države za naknadu štete nanesenu pojedincima povredom komunitarnog prava također primjenjuje na situacije kada navodna povreda proizilazi iz oduke suda, a komunitarnim pravom se daju određena prava pojedincima“. Pored ove odluke neophodno je da je šteta ozbiljna i da postoji izravna uzročna veza između povrede i gubitka ili štete koju su pretrpjeli oštećeni.⁷¹ Nadležni nacionalni sud mora utvrditi radi li se o očiglednoj povredi prava pojedinaca, uzimajući u obzir prirodu sudske funkcije. Dakle, ovom je presudom Sud u velikoj mjeri izjednačio odgovornost državnih organa i nacionalnih sudova za propuštanje, odnosno nečinjenje koje dovodi

69 Vidi Sarčević, Edin, *Postupak prethodnog odlučivanja – posebna vrsta pravnog transfera?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 44., br. 3-4, 2007., str. 472.

70 C-224/01 Gerhard Köbler v Republik Österreich (2003) ECR I – 10239 – 76, 85, 94, 138, 140, 147. Gospodin Köbler je od 1986. godine bio redovni profesor Sveučilišta u Austriji. Na osnovi 15 godina predavanja na sveučilištima u različitim državama članicama EU-a podnio je zahtjev za dobivanje posebnog povećanja plaće na osnovi dužine staža, u skladu s pravom Austrije. Njegov je zahtjev odbijen, budući da se, prema zakonu, ovo povećanje može dobiti samo ako je netko 15 godina predavao na austrijskim sveučilištima. Gospodin Köbler je uložio žalbu protiv ove odluke, pozivajući se na posrednu diskriminaciju koja je u suprotnosti s načelom slobodnoga kretanja radnika; na temelju toga je *Verwaltungsgerichtshof* (austrijski vrhovni upravni sud) uputio pitanje Sudu pravde radi dobivanja prethodnog mišljenja. Budući da je Sud u međuvremenu već donio presudu u jednom sličnom slučaju (predmet C-15/96 Schöning-Kougebetopoulou [1998] ECR I-47) pitao je *Verwaltungsgerichtshof* ostaje li pri svom pitanju. U svjetlu te presude, nacionalni sud je povukao svoje pitanje i našao da je povećanje zapravo bonus za lojalnost i da predstavlja opravdano odstupanje od načela slobodnoga kretanja radnika, te da stoga odbijanje zahtjeva gospodina Köblera nije u suprotnosti s komunitarnim pravom. Gospodin Köbler je smatrao da se ovom odlukom austrijskoga suda krši veliki broj odredaba komunitarnog prava, čime mu je nanesena šteta. Stoga je podnio tužbu za naknadu štete protiv Republike Austrije pred *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* (Okružnim građanskopravnim sudom u Beču), koji je također tražio prethodno mišljenje od Suda pravde, postavljajući pitanje je li načelo odgovornosti države za štetu uzrokovanu pojednicu povredom komunitarnog prava obuhvaća i povrede za koje je odgovoran Vrhovni sud, budući da prema pravu Austrije u takvom slučaju odgovornost države ne postoji.

71 Vidi Marković, Sandra, *Načelo odgovornosti država članica za štetu – kroz praksu Europskog suda pravde*, Hrvatska pravna revija, lipanj, 2008., str. 1-6.

do povrede komunitarnog prava. Međutim, zbog specifičnosti sudske funkcije i potrebe očuvanja pravne sigurnosti ova je odgovornost ipak fleksibilnija.⁷²

5. PROBLEMATIKA VEZANA UZ POSTUPAK PRETHODNOG ODLUČIVANJA

Dva su važna dokumenta u kojima se raspravlja o komunitarnoj sudskoj strukturi: 1. Budućnost sudskog sustava EU-a⁷³ i 2. Izvještaj radne grupe o budućnosti sudskog sustava Europske zajednice⁷⁴ (*Due*⁷⁵ izvještaj). Suci Općeg suda i Suda u svome Izvještaju o Budućnosti sudskog sustava EU-a bili su protiv značajnije reorganizacije postupka prethodnog odlučivanja, navodeći da će to negativno utjecati na jedinstvo komunitarnog prava. Oba dokumenta naglašavaju tri temeljna pitanja kada se govori o budućnosti komunitarnog sudskog sustava: 1. potrebu očuvanja jedinstva komunitarnog prava; 2. potrebu očuvanja sudskog sustava koji je transparentan, razumljiv i pristupačan javnosti; 3. potrebu za dijeljenem pravde bez neprihvatljivih kašnjenja. Reforme predložene u *Due* izvještaju idu u pravcu širenja odgovornosti u primjeni komunitarnog prava nacionalnih sudova. Reforma je trebala osigurati Sudu položaj koji je bliži položaju ustavnih sudova, a prenošenje nadležnosti na Opći sud da rješava u određenim slučajevima, kao i instrukcija nacionalnim sudovima da upućuju pitanja od važnosti, trebalo je dati prostor da se Sud može fokusirati na manji broj predmeta koji su značajni za komunitarni pravni poredak i utvrditi opća načela komunitarnog prava.⁷⁶

5.1. Opterećenost i struktura Suda

Preopterećenje Suda može se promatrati s jedne strane, kroz broj predmeta i njihovu složenost, a s druge potrebe za postojanjem sudskog sustava koji omogućava ujednačenost primjene prava, sustava koji je transparentan, dostupan javnosti i bez kašnjenja. S povećanjem broja država članica značajno se povećao broj sudova koji imaju pravo i obvezu uputiti pitanje u skladu s čl. 267. UFEU-a. Čimbenik koji utječe

72 Više kod Rodin, Siniša, *Odgovornost nacionalnih sudova za primjenu prava Europske unije*, u: *Prethodni postupak u pravu Europske unije*, suradnja nacionalnih sudova s europskim sudom, urednici Čapeta, Tamara, Goldner Lang, Iris, Perišin, Tamara, Rodin, Siniša, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 127-143.

73 *The Future of the Judicial System of the European Union (Proposal and Reflections)*, dostupno na: <http://www.docstoc.com/docs/2458996/THE-FUTURE-OF-THE-JUDICIAL-SYSTEM-OF-THE-EUROPEAN-UNION> (8. 12. 2014.).

74 Ovaj su Izvještaj u siječnju 2000. godine pripremili bivši sudci Suda, a na zahtjev Komisije. Report by the working party on the future of the european communities' court system, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/duen_en.pdf

75 Ole Due bio je predsjednik Suda pravde EU-a od 1988. do 1994. godine. Vidi Ditlev Tamm, 'The History of the ECJ of the European Union Since its Origins' In *The ECJ and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Springer, 2013.

76 Više Bobek, Michal, *The Court of Justice of the European Union*, Department of European legal studies/Etudes Européennes Juridiques, College of Europe, Brugge, 2/2014, https://www.coleurope.eu/system/.../researchpaper_2_2014_bobek.pdf? (8. 12. 2014.).

na nužno povećanje proslijeđenih pitanja je i opsežnost komunitarnog prava čije se tumačenje zahtijeva, odnosno čija se valjanost ispituje. Nacionalni sudovi su dužni primijeniti komunitarno pravo koje progresivno raste i koje obrađuje kompleksna područja.

Veći broj država članica izravno utječe na veći broj predmeta u pogledu jezika i prevođenja. Nadalje, tu je i problem različitih pravnih sustava kao i postizanje konsenzusa unutar samog Suda po određenim pitanjima. Sve je to rezultiralo porastom vremena koje je potrebno Sudu riješiti određene slučajeve. Time se riskira da nacionalni sudovi propuste priliku obratiti se Sudu i kada određeno pravno pitanje ima velik komunitarni značaj. Zbog toga se nameće kao nužnost poduzimanje mjera, pa makar i onih radikalnih, da bi se spasio ovaj mehanizam, koji je bitan za koheziju komunitarnog prava.

Proširenje nadležnosti Suda na područje slobode, sigurnosti i pravde svakako je utjecalo na povećanje priljeva predmeta Sudu, i to predmeta zbog čije prirode Sud mora hitno reagirati. Sama struktura sudaca može predstavljati problem koji će utjecati na rad Suda. Tako je čl. 253. st. 2. UFEU-a propisano da će svake tri godine doći do djelomičnog mijenjanja sudaca i nezavisnih odvjetnika, u skladu s uvjetima utvrđenim u Statutu. U prvom stavku navedenog članka propisano je da suci i nezavisni odvjetnici ostaju na tom položaju šest godina. Mogli bi postaviti pitanje je li dužina mandata dovoljna da bi suci i nezavisni odvjetnici bili na adekvatan način iskorišteni. Ovaj problem dobiva na značaju ako se uzme u obzir da se pola sastava Suda svake tri godine promijeni, tj. da se svake tri godine 14 novih sudaca upoznaje sa Sudom. Prve dvije ili tri godine, suci su se trebali upoznati s materijalnim i procesnim zakonima, da ovladaju tečno francuskim, kao radnim jezikom suda. Dakle, preostaje im pola mandata da rade punim kapacitetom, što se negativno odražava na produktivnost Suda. Ako bi im se mandat produžio na osam ili deset godina, možda bi se na taj način postigao veći stupanj učinkovitosti u radu sudaca. Međutim, za to bi bilo nužno mijenjati UFEU.⁷⁷

5.2. Problematika trajanja postupka

Jedan od temeljnih problema vezanih uz primjenu čl. 267. UFEU-a je vrijeme koje je Sudu potrebno da odgovori na proslijeđeno pitanje od nacionalnih sudova. Vrijeme potrebno za rješavanje predmeta u izravnoj je vezi s brojem pristiglih pitanja koje su prosljedili sudovi država članica. Naime, sudovi su manje skloni obraćati se Sudu ako znaju da on ne može donijeti odluku u razumnom roku, tj. ako znaju da će sud odluku po upućenom pitanju donijeti tek za dvije godine ili duže.

5.3. Ograničavanje prava nacionalnih sudova na prosljeđivanje pitanja Sudu

Do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora mogućnost prosljeđivanja pitanja Sudu bila je ograničena samo na nacionalne sudove protiv čijih odluka nije moguće

⁷⁷ Vidi Misita, Osnovi prava EU, str. 656-659.

uložiti pravni lijek. Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora ova mogućnost dana je svim sudovima država članica. U *Due* izvješčaju i u Izvješčaju o budućnosti sudskog sustava EU-a, ne smatra se primjerenim rješenjem da samo sud zadnje instance može proslijediti pitanje Sudu. Ograničavanjem prava da samo sud zadnje instance može proslijediti pitanje Sudu značajno se smanjio pritisak na Sud, čime bi Sud mogao u kraćem roku rješavati preostale predmete. S druge strane, usvajanjem ovakvog prijedloga narušila bi se suradnja između nacionalnih sudova nižih instanci i Suda.⁷⁸ Upravo bi time strane u postupku išle izravno prema zadnjoj instanci što bi rezultiralo dugotrajnijim postupcima pred nacionalniom sudovima. Međutim, ako bi se ustalilo da se spori do suda zadnje instance kako bi se dosegao Sud pravde, upitno je koliko bi se smanjio broj proslijeđenih pitanja.⁷⁹

Ograničavanjem prava na prosljeđivanje pitanja samo na sud zadnje instance, odnosno ograničavanjem nižestupanjskih sudova da upućuju pitanja Sudu negativno bi utjecalo na razvoj komunitarnog prava, odnosno otuđilo bi nacionalne sudove niže instance od komunitarnog prava. Naime, pitanja koja bi se postavila u predmetu pred nacionalnim sudom često neće ni biti raspravljena od najviših nacionalnih sudova, što znači da niz važnih pitanja nikada neće biti ni prosljeđeno Sudu.

Problem će biti još izraženiji kada se prosljeđuje pitanje za ocjenu valjanosti nekog akta. Naime, nacionalni sud ne može komunitarni akt proglasiti nevažećim, nego je dužan pitanje valjanosti proslijediti Sudu. Samo Sud ima u nadležnosti kontrolu valjanosti komunitarnih akata. U ovoj situaciji nižestupanjski nacionalni sud bi mogao proglasiti komunitarni akt nevažećim, što je protivno Ugovoru, odnosno primijeniti komunitarni akt za kojeg smatra da je u suprotnosti s Ugovorom.⁸⁰

5.4. Prenosanje postupka prethodnog odlučivanja na Opći sud

Sud je hijerarhijski viši u odnosu na Opći sud i jedini ima ovlast donositi odluke o prethodnim pitanjima. UFEU-om je predviđena mogućnost da se ta nadležnost proširi i na Opći sud Statutom Suda,⁸¹ no to zasad nije učinjeno. Kada je u pitanju

78 Tako Jan Komarek, In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure (2007) 32 ELRev 467.

79 Više kod Broberg – Fenger, Preliminary Reference to the ECJ, str. 33.

80 *Op. cit.* (bilj. 11.), str. 475.

81 U Statut Suda nisu unesene odredbe kojima bi se dalje razgraničila nadležnost između Suda i Prvostupanjskog suda. Pri tome, u odnosu na tumačenje komunitarnih propisa odstupilo se od inače ne sasvim dosljedno sprovedenog hijerarhijskog ustrojstva Europskog suda, shvaćenog u širem smislu (kao skupa sve tri sudske instance koje postoje na razini Zajednice). Načelno, o zahtjevu nacionalnog suda za tumačenje komunitarnog prava Europski sud pravde bi trebao kao najviša instanca, odlučivati: a) kada Prvostupanjski sud ocijeni da je pitanje pred njim takvo da može ozbiljno utjecati na jedinstvenost ili dosljednost prava Zajednice. Ovdje je, dakle, Prvostupanjskom sudu ostavljeno diskrecijsko pravo da odluči hoće li uputiti predmet na odlučivanje Europskom sudu pravde, ako su ispunjeni navedeni uvjeti. Ovakva odredba ima u vidu ozbiljnu i opsežnu praksu Europskog suda pravde, kao i iskustvo u vođenju ovakvih vrsta postupaka (mogućnošću upućivanja predmeta Europskom sudu pravde osigurana je neka vrsta sigurnosne mreže u odnosu na tumačenje komunitarnog prava, i za Prvostupanjski sud, i za cijeli sustav prava Zajednice), b) kada, pod uvjetima utvrđenim Statutom, razmatra stav

prenošenje nadležnosti za postupak prethodnog odlučivanja na Opći sud, Izvještaj o Budućnosti sudskog sustava EU-a, iako oprezno, daje podršku ovoj mogućnosti. *Due* izvještaj podržava prenošenje nadležnosti za postupak prethodnog odlučivanja na Opći sud, ali jedino ako bi se dala mogućnost Općem sudu da postupi u pojedinim područjima.

Iako je od osnivanja Općeg suda, tj. Suda prve instance, 1988. godine njegova nadležnost stalno proširivana,⁸² tek je Ugovorom iz Nice⁸³ (čl. 225. UEZ)⁸⁴ uvedena mogućnost da i Prvostupanjski sud odlučuje o prethodnim pitanjima.⁸⁵ Prije ove izmjene Sud prvog stupnja nije imao pravo odlučivati u pitanjima koje su prosljedili nacionalni sudovi za donošenje prethodnog mišljenja u skladu s čl. 234. Ugovora (čl. 225. st. 1. UEZ).⁸⁶

Sud prvog stupnja, odnosno Opći sud još uvijek nije dobio nadležnost da odlučuje o predmetima u skladu s čl. 267 UFEU-a. S obzirom na činjenicu da je zaostatak u pogledu broja neriješenih predmeta Općeg suda veći od onog koji ima Sud

- Prvostupanjskog suda o tumačenju kojim je dovedeno u pitanje jedinstvo i dosljednost prava Zajednice. Ovdje je riječ o reviziji odluke Prvostupanjskog suda, a za njeno pokretanje je ovlašten Prvi opći pravozastupnik (on je dužan svoj zahtjev u tom smislu podnijeti Sudu pravde u roku od mjesec dana od dana kada Prvostupanjski sud donese odluku, a u narednom roku od mjesec dana Sud pravde odlučuje o tome hoće li zahtjev usvojiti ili ne. Prema odredbama Statuta, Sud pravde o reviziji odlučuje u hitnom postupku (čl. 62. a Statuta).
- 82 Tako Čavoški, Aleksandra, Knežević Bojović, Ana, Popović, Dušan, Evropski sud pravde, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2006., str. 120-122. (dalje: Čavoški - Knežević Bojović – Popović, ESP).
- 83 Ugovor iz Nice usuglašen je na sastanku Europskog vijeća održanom u Nici početkom prosinca 2000., potpisan je 26. veljače 2001., a stupio na snagu 1. veljače 2003. Ugovor iz Nice sadrži i sedam dodataka koji se odnose na: Protokol o proširenju EU-a, Deklaraciju o proširenju EU-a, Deklaracije o kvalificiranoj većini i blokirajućoj manjini u kontekstu proširenja, Deklaraciju o mjestu održavanja EV-a, Deklaraciju o budućnosti Unije, Protokol o statutu Europskog suda, Izmjene Protokola o privilegijima i imunitetima, Nacrt Protokola o financijskim posljedicama isteka Ugovora o osnivanju Europske zajednice za ugljen i čelik te uspostavi i vođenju istraživačkog fonda za ugljen i čelik.
- 84 Ovo pitanje uređeno je čl. 225. st. 3. Ugovora o EZ-u, koji glasi: „Prvostupanjski sud je nadležan za postupanje i odlučivanje o prethodnim pitanjima iz čl. 267. u posebnim područjima predviđenim Statutom. Ako Prvostupanjski sud smatra da je u predmetu potrebna načelna odluka koja može utjecati na jedinstvenost ili dosljednost prava Zajednice, on može predmet uputiti Sudu pravde na odlučivanje. Odluke Prvostupanjskog suda o prethodnim pitanjima mogu izuzetno biti predmet revizije od strane Suda pravda, pod uvjetima i u granicama propisanim statutom, kada postoji ozbiljan rizik od utjecaja na jedinstvenost ili dosljednost prava Zajednice.“
- 85 Vidi Craig, Paul, *The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered*, Texas International Law Journal, vol. 36:555, 2001., str. 584 - 585.
- 86 Čl. 225. st. 3. UEZ-a propisano je da Sud prvog stupnja može donositi odluke u skladu s čl. 234. UEZ-a, ali samo u područjima određenim Statutom. U nastavku, čl. 225. st. 3. UEZ-a uređuje da, kada Sud prvog stupnja smatra da određeni slučaj zahtijeva načelnu odluku koja prijeti jedinstvu ili dosljednosti prava Unije, može uputiti predmet Sudu na odluku. Odluke koje donosi Sud prvog stupnja u predmetima koji su mu upućeni radi prethodnog mišljenja, mogu biti iznimno podložne preispitivanju od strane Suda, prema uvjetima i unutar okvira predviđenih Statutom, kada postoji opasnost od ozbiljne povrede jedinstva i dosljednosti prava Unije.

vrlo je izvjesno da je neće ni dobiti. Značajan problem postoji kada se postavi pitanje u kojim bi se trebala prenijeti nadležnost na Opći sud. Prenošnjem Općem sudu nadležnosti za odlučivanje u postupku prethodnog odlučivanja u bilo kojem području komunitarnog prava, može poljuljati jedinstvenost komunitarnog prava.⁸⁷ Činjenica da je svako pitanje komunitarnog prava može u sebi nositi aspekt komunitarnog ustavnog prava, te stoga nije lako izdvojiti, tzv. ustavna pitanja, Sudu na odlučivanje.

Ove dvojbe o prenošenju nadležnosti na Opći sud utemeljene su na strahu da mehanizmi koji su utvrđeni nakon stupanja na snagu Ugovora iz Nice, te Statutom, ne mogu spriječiti rizik neujednačenog tumačenja komunitarnog prava. Nije jasno zbog čega toliki strah od prijenosa nadležnosti na Opći sud zato što i sadašnji sustav nužno ne osigurava koherentnost i jedinstvo, s obzirom na to da, ionako, odluku u pravilu donose manja vijeća Suda. Ovdje nam se nameće pitanje hoće li onda nacionalni sudovi biti manje skloni proslijediti pitanje sudu koji nije sud zadnje instance, odnosno može doći do narušavanja povjerenja između nacionalnih sudova i Suda. Ako broj predmeta pred Sudom nastavi rasti nametnut će se potreba za radikalnim mjerama, pa bi prenošenje nadležnosti na Opći sud u nekim pitanjima možda bilo i najbolje rješenje.⁸⁸

5.5. Sustav tzv. „zelenog svjetla“

Rezolucijom Europskog parlamenta⁸⁹ Sud se poziva da razmotri sva moguća poboljšanja u postupku prethodnog odlučivanja, koja bi u većoj mjeri uključila nacionalne suce koji prosljeđuju pitanja. Naglašena je potreba jačanja uloge nacionalnih sudaca tj. njihovog snažnijeg uključivanja, prenošenjem veće odgovornosti u implementaciji komunitarnog prava. U Rezoluciji se navodi da, u decentraliziranom komunitarnom poretku, suci nacionalnih sudova ne trebaju biti marginalizirani već da im treba dati više odgovornosti i poticaja u izvršavanju njihove uloge prvih sudaca komunitarnog prava. Zbog toga se preporučuje da se razmotri sustav „zelenog svjetla“, u kojem bi nacionalni suci mogli predložiti odgovor na pitanje koje prosljeđuju Sudu u postupku prethodnog odlučivanja. U tom bi slučaju Sud mogao, u određenom roku, prihvatiti predloženi odgovor ili odlučiti po tom pitanju kao žalbeni sud. Dakle, Sud bi imao mogućnost davanja „zelenog svjetla“, sa ili bez modifikacije predloženog odgovora. Ako ne bi odmah odgovorio, predmet bi bio prosljeđen kroz redovni postupak. Postupak davanja „zelenog svjetla“ može biti u više formi. Posebno je bitno treba li dati pravo državama članicama i EU institucijama

87 Područja komunitarnog prava koja bi se prenijela u nadležnost Općeg suda, su carinska pitanja i zaštitni znakovi, kao i pitanja regulirana Uredbom Brisel I o nadležnosti, priznavanju i izvršavanju presuda donesenih u građanskim i trgovačkim pitanjima. Tako Johnston, Angus, *The Future of the Judicial System of the European Union*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2001., str. 87.

88 Vidi Broberg – Fenger, *Preliminary Reference to the ECJ*, str. 29.

89 European Parliament resolution of 9 July 2008 on the role of the national judge in the European judicial system (2007/2027 (INI)), objavljeno u OJ 2009/C 294 E/06, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0352&language=EN> (8. 12. 2014.).

da izražavaju svoja stajališta institucijama u vezi sa sadržajem proslijeđenog pitanja, ili im treba dozvoliti da se samo izjasne o tome jesu li za ili protiv davanja „zelenog svjetla“. Jedna od mogućnosti koja se predlaže je da se države članice i EU institucije u potpunosti isključe iz iznošenja svojih stajališta u procesu davanja zelenog svjetla.⁹⁰ Tu je i prijedlog koji podrazumijeva da nacionalni sud proslijedi i pitanje i nacrt odluke, koja bi postala konačna ako bi Sud propustio u određenom vremenskom roku dati odgovor.⁹¹ Postupak „zelenog svjetla“ može olakšati preopterećenost Suda, odnosno pomoći da se nađe ravnoteža između interesa, s jedne strane, i potrebe za jedinstvom u tumačenju komunitarnog prava, s druge strane. Dugoročno gledajući Sud bi se pretvorio u nadzornika administracije komunitarnog prava na nacionalnoj razini. Međutim, za djelovanje ovoga sustava neophodno je da nacionalni sudovi koji prosljeđuju pitanja, odnosno daju odgovore na proslijeđena pitanja dobro poznaju komunitarno pravo.

5.6. Decentralizacija komunitarnih sudova

Preopterećenost Suda smanjila bi se i decentralizacijom komunitarnog sudskog sustava. Navedeno bi zahtijevalo osnivanje više regionalnih sudova koji bi na sebe preuzeli teret koji je trenutno samo na Sudu.⁹² Ovo bi se postiglo uspostavljanjem određenog broja novih komunitarnih sudova ili proglašenjem određenog broja nacionalnih sudova specijaliziranim sudovima. Bilo koja mogućnost da je u pitanju ovi bi sudovi bili pod određenim nadzorom Suda. Formiranje ovih dodatnih sudova omogućilo bi da se Sud bavi isključivo važnim komunitarnim pitanjima. Nadalje, regionalni sudovi bili bi bliži sudovima koji prosljeđuju prethodna pitanja, ali i strankama koje sudjeluju u glavnom postupku, posebice ako bi svaka država članica imala svoj sud, jer bi se onda postupak vodio na jeziku suda koji je proslijedio pitanje, čime bi se izbjegli problemi vezani uz prevođenje.⁹³ Međutim, tu dolazimo do problema jedinstva i povezanosti EU sudskog sustava. U *Due* izvještaju i u *Izvještaju* o budućnosti sudskog sustava EU-a, naglašeno je da bi se na ovaj način ugrozilo jedinstvenost koja je od vitalne važnosti da bi se održala nadmoć komunitarnog prava. Postojanje suda na jednom mjestu predstavlja integrativni čimbenik, dok bi decentralizacija dovela do stvaranja i razvoja regionalnog ili nacionalnog komunitarnog prava. Kad bi se ovakvo što i ostvarilo bilo bi nužno predvidjeti mogućnost žalbe Sudu na odluke regionalnih sudova, što bi vodilo produžetku trajanja postupka.

90 Vidi više Pošković, Hajro, Postupak prethodnog odlučivanja pred Sudom pravde Evropske unije, magistarski rad, Mostar, 2013., str. 155-156.

91 Tako Dashwood, Alan, Johnston, Angus, Charles, Synthesis of the Debate in a A Dashwood and A C Johnston (eds.) *The Future of the Judicial System of the European Union*, (2001.), 45, str. 68 – 69.

92 Tako Jacque, Jean-Paul, Weiler, Joseph, *On the Road to European Union – A new Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference* (1990) 27 CML Rev 185, 192.

93 *Op. cit.* (bilj. 90.), str. 158 -159.

5.7. Sud kao žalbena instanca

Mogućnost po kojoj bi se sadašnji sustav upućivanja pitanja za donošenje prethodne odluke preoblikovao u sustav koji je po svojoj prirodi bliži žalbenom, raspravljena je u Izvještaju o budućnosti sudskog sustava EU-a.⁹⁴ U *Due* izvještaju iznesena su stroga protivljenja prijedlogu da se nacionalni sudovi država članica zadužuju da odlučuju u potpunosti u predmetima, a da stranke mogu izjaviti žalbe Sudu zbog kršenja komunitarnog prava.⁹⁵

Ovaj je prijedlog problematičan iz više razloga. Prvo, postavlja se pitanje na koji bi način ovaj mehanizam doprinio smanjivanju opterećenosti Suda, s obzirom na to da bi onda stranke, koje su izgubile spor, tražile da se predmet uputi prema Sudu, ako ni zbog čega drugog, onda zbog odlaganja izvršenja presude. Naravno, ovakvo bi rješenje zahtijevalo promjenu UFEU-a, jer po čl. 267. UFEU-a, nacionalni sudovi proslijeđuju pitanje za vrijeme postupka ako im je odgovor Suda neophodan da bi donijeli odluku. Drugo, ako gledamo i sa stajališta ocjene valjanosti komunitarnih akata, ovaj je prijedlog problematičan, s obzirom na to da nacionalni sudovi ne mogu proglašavati komunitarne odredbe neusklađenim s Ugovorom, kako je to Sud istaknuo u predmetu *Foto–Frost*, jer bi to dovelo u pitanje jedinstvo komunitarnog pravnog poretka.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Bit postupka prethodnog odlučivanja je u tome da on zahtijeva od sudova država članica da komuniciraju sa Sudom ako imaju dvojbu u vezi s tumačenjem, odnosno valjanošću komunitarnih normi, a koje su im značajne za donošenje pravilne odluke u sporu kojeg vode. Sustav prethodnog odlučivanja odraz je jedinstvenog pravosudnog sustava EU-a na čelu sa Sudom, odnosno istovjetne primjene komunitarnog prava u svim državama članicama EU-a.

Značajan broj pitanja vezanih uz postupak iz čl. 267. UFEU-a još uvijek nije sistematiziran na jednom mjestu. Sud je tumačeći čl. 267. UFEU-a dao odgovore na različita pitanja koja proizlaze iz ovog instituta: značenje pojma „sud“, koji je to sud protiv čijih se odluka ne može izjaviti pravni lijek; što se smatra nedopuštenim proslijeđivanjem pitanja nacionalnih sudova; odnosno kada će Sud odbaciti zahtjev za donošenje odluke; a kada sudovi država članica, protiv čije odluke nema pravnog lijeka, ne moraju proslijediti pitanje Sudu. Ako bi se ova tumačenja Suda pretvorila u pravno obvezujuća ili neobvezujuća ali upućujućeg karaktera, postigla bi se višestruka korist. Na taj bi način Sud dobivao pitanja samo od onih nacionalnih sudova kojima je, po tumačenju Suda, dana mogućnost da proslijeđuju pitanja u skladu s čl. 267. UFEU-a. Dakle, ako bi se na jednom mjestu sažela praksa, koristi od toga imali bi i

94 The Future of the Judicial System of the European Union (Proposal and Reflections), dostupno na: <http://www.docstoc.com/docs/2458996/THE-FUTURE-OF-THE-JUDICIAL-SYSTEM-OF-THE-EUROPEAN-UNION> (8. 12. 2014.).

95 Report by the working party on the future of the european communities' court system, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/du_e_en.pdf (8. 12. 2014.).

nacionalni sudovi i sam Sud. Na taj način bi sudovi država članica lakše ispunjavali obveze i prava koja proizlaze iz čl. 267. UFEU-a jer bi se lakše snalazili u mnoštvu procesnih pretpostavki vezanih uz prosljeđivanje pitanja na prethodni odgovor. S druge strane, Sud bi imao koristi jer bi se smanjio broj zahtjeva u kojima bi morao donositi odluke o odbacivanju zahtjeva za davanje prethodnog mišljenja, čime bi mu se dala mogućnost da adekvatnije koristi ograničene resurse. Kada bi se pravila vezana uz postupak prethodnog odlučivanja kodificirala, postupak prethodnog odlučivanja bio bi prihvaćeniji od strane sudova država članica.

Mišljenja smo da je nužno organizirati i edukacije za nacionalne suce kako bi se što bolje upoznali s postupkom prethodnog odlučivanja, točnije kada je potrebno prosljediti pitanje Sudu, odnosno kada se trebaju suzdržati od prosljeđivanja pitanja. Bazi podataka koja bi sadržavala sve odluke Suda pristup bi trebali imati ne samo nacionalni sudovi, već i akademska zajednica, pravni stručnjaci i svi drugi koji imaju interes da dođu do informacije kako je Sud postupao pri ocjeni valjanosti, odnosno tumačenja komunitarnog prava.

Također, uvođenje novih tehnologija, odnosno značajnije korištenje elektroničke komunikacije moglo bi biti korisno za brže procesuiranje predmeta pred Sudom. Upravo bi korištenje video-linka, kao sredstva komunikacije između stranaka u postupku prethodnog odlučivanja, doprinijelo smanjenju troškova postupka i brzini poduzimanja određenih radnji. To naravno, podrazumijeva sustav koji bi omogućio sigurnost i zaštitu podataka kao i adekvatnu tehničku podršku ovakvom načinu komunikacije.

Naposljetku, smatramo opravdanim razmotriti i mogućnost smanjenja broja jezika na koje se prevodi odluku, posebice u predmetima koji se ponavljaju ili su manje važni. U ovakvim slučajevima bilo bi poželjno izraditi analitički pregled odluka na svim jezicima.

Summary

**PRELIMINARY RULING PROCEDURE BEFORE THE
EUROPEAN COURT OF JUSTICE – PROBLEMS AND
POSSIBLE SOLUTIONS**

The national courts in each EU country are responsible for ensuring that EU law is properly applied in that country. But there is a risk that courts in different countries might interpret EU law in different ways. To prevent this there is a preliminary ruling procedure which is based on the article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The scope of the court or tribunal is left to the interpretation of the European Court of Justice. If a national court is in doubt about the interpretation or validity of an EU law, it may and sometimes must ask the ECJ for preliminary ruling. The preliminary reference procedure may not be the fastest procedure, but it is based on mutual respect and collaboration, which is the foundation on which the EU is built and which gives it a good possibility to be a long-lasting procedure. The aim of this paper is to give analyze of the preliminary ruling procedure and to suggest some improvements to achieve that preliminary ruling procedure is functioning correctly and is effective as much as possible.

Key words: *European Court of Justice, national court or tribunal, preliminary ruling procedure, interpretation of European law*

Zusammenfassung

**VORABENTSCHEIDUNGSVERFAHREN VOR DEM
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION –
PROBLEME UND MÖGLICHE LÖSUNGEN**

Mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union wurde das Vorabentscheidungsverfahren eingeführt, welches dem nationalen Gericht ermöglicht, den Europäischen Gerichtshof anzurufen. Es geht um ein bedeutendes und aktuelles Ersuchen, da die Vorschriften der EU immer mehr in die Rechtsordnung von Mitgliedsstaaten eindringen. Immer größer und komplexer werdendes Gemeinschaftsrecht und die Anzahl von nationalen Gerichten, welche gemäß Art. 267 AEUV den Gerichtshof anrufen dürfen, beeinflussen auch die Anzahl von Ersuchen zur Auslegung des Vertrags, beziehungsweise zur Bewertung seiner Gültigkeit. Im Text des Vertrags werden die zur Eröffnung dieses Verfahrens zuständigen Gerichte als „court or tribunal“ bezeichnet, wobei die Auslegung dieses Begriffs dem Gerichtshof als Vertragsausleger überlassen ist. Die Arbeit bespricht die Bedeutung und die Rolle der zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen im EU-Recht und einige wichtige Merkmale des Verfahrens. Ebenfalls werden manche in diesem Verfahren vorkommende Probleme sowie die möglichen Lösungen dafür dargestellt.

Schlüsselwörter: *Europäischer Gerichtshof, nationale Gerichte,
Vorabentscheidungsverfahren, Auslegung des Europarechts.*

Riassunto

IL RINVIO PREGIUDIZIALE DINNANZI ALLA CORTE EUROPEA: PROBLEMI E POSSIBILI SOLUZIONI

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea introduce il procedimento di rinvio pregiudiziale mediante il quale si permette l'accesso da parte delle corti nazionali alla Corte europea. Trattasi di una richiesta molto significativa ed attuale visto il crescente numero di disposizioni comunitarie che entrano a fare parte dei singoli substrati normativi nazionali. La sempre più copiosa e complessa legislazione comunitaria, come anche l'aumento del numero di corti nazionali che hanno diritto al rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE, influisce sull'aumento del numero di richieste per l'interpretazione del diritto comunitario medesimo e per il giudizio della sua validità. Testualmente il Trattato di funzionamento dell'EU definisce i legittimati al rinvio come "*court or tribunal*", mentre l'interpretazione di questa nozione è lasciata alla Corte in qualità di interprete del Trattato. L'autrice in questo lavoro si ripropone di tratteggiare a grosse linee il significato e la funzione dei rinvii pregiudiziali nel diritto dell'UE, alcuni tratti distintivi del procedimento di rinvio e passa in rassegna alcuni problemi che si presentano in tale procedimento, come anche le possibili soluzioni a tali questioni.

Parole chiave: *Corte europea, corti nazionali, rinvio pregiudiziale,
interpretazione del diritto europeo.*

STRANI JEZIK U PARNIČNOM POSTUPKU S POSEBNIM OSVRTOM NA TROŠKOVE PREVOĐENJA

Katarina Knol Radoja, mag. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.9:81'25
Ur.: 13. veljače 2015.
Pr.: 13. ožujka 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Svaka stranka ima pravo na pravično suđenje. Da bi se to pravo ostvarilo, stranka mora imati mogućnost komunikacije sa sudom. Međutim, u prekograničnim građanskim sporovima, kada pri upotrebi službenog jezika na sudu jednoj od stranaka taj jezik nije poznat, mogu nastati problemi u komunikaciji. U radu se zauzima stav da, iako primarno zakonodavstvo Europske unije naglašava potrebu poštovanja i očuvanja kulturne, jezične i nacionalne različitosti u Europi, još uvijek se u prekograničnim sporovima podcjenjuju jezične barijere te se zbog toga ne pruža dovoljno jamstva pravu stranke na raspravljanje na jeziku koji razumije. Na području Republike Hrvatske može se zaključiti da su ispunjena stranačka jamstva uporabe vlastitoga jezika, međutim, strancima će se ponekad dogoditi da, iako su uspjeli u parnici, veliki troškovi prevođenja, ako je riječ o tužitelju, umanje ili čak premaše ostvarenu naknadu, odnosno, ako je riječ o tuženiku, neopravdano nanesu novčani gubitak.

Ključne riječi: jezik u prekograničnom građanskom postupku, jezik u parničnom postupku, parnični troškovi

1. UVOD

Pravozaštitna je zadaća parničnog postupka svojim subjektima omogućiti istinito i zakonito suđenje, a ispunjenje te zadaće treba se ostvariti uz maksimalno poštovanje postupovnih prava, u prvom redu prava stranaka na kontradiktorno raspravljanje.¹

Pravni propisi, podnesci i sudske rasprave često su nerazumljivi osobama nepravničke struke, a kada se tome još pridoda strani jezik, za stranke nastaju veliki problemi.

Ratio prava na uporabu „svojeg jezika” u postupku je da se stranci kao i drugim sudionicima omogućiti pošteno suđenje te ravnopravnost u postupku, zatim jednakost u oružju te mogućnost da u njemu raspravljaju odnosno štite svoja prava (*arg. ex 5/1. ZPP*).

Ovaj će se rad stoga usredotočiti na višejezičnost u Europskoj uniji i praktične

¹ Dika, M., *Opće uređenje uporabe jezika i pisma u parničnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58. no.1-2, 2008., str. 205.

posljedice istog u prekograničnim sporovima.

Pravo Europske unije ne samo da jamči poštovanje različitosti nacionalnih jezika,² nego također i daje pravo svim građanima Unije obratiti se bilo kojoj njezinoj instituciji ili tijelu na nekom od službenih jezika, kao i primiti odgovor na istom jeziku (čl. 24/4. Ugovora o funkcioniranju Europske unije³ (dalje: UFEU); 41/4. Povelje o temeljnim pravima Europske unije⁴ (dalje: Povelja EU)).

Ovaj se rad, međutim, temelji na tezi da, iako primarno pravo Europske unije pruža visoku razinu zaštite od jezične diskriminacije, ova zaštita nije potpuna kada su u pitanju prekogranični građanski sporovi.

Različitost jezika višestruki je problem u pogledu sudskih postupaka. U postupcima pred Europskim sudom pravde (ESP) izbor službenog jezika pada na tužitelja ili u postupcima za rješavanje prethodnog pitanja, na sud.⁵

Načelno, iz navedenoga proizlazi da jedna stranka sudjeluje u parnici na stranom jeziku, a što nije u skladu s temeljnim procesnim pravom stranke na raspravljanje.

Naime, osnovno je procesno načelo da se sudske odluke donose na temelju usmenog raspravljanja i suđenja. Uzajamno razumijevanje između suda i stranaka stoga je neophodno za njihovu interakciju.

Zakonske odredbe često daju mogućnost pozivanja tumača tijekom sudskog saslušanja. Međutim, dok su usluge tumača u kaznenim postupcima temeljem Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁶ (dalje: Europska konvencija, EKLJP) besplatne,⁷ isto nije propisano kada su u pitanju građanske parnice.

S obzirom na navedeno, postavlja se pitanje tko će morati snositi rizik, troškove i obvezu pribavljanja prijevoda.

Pitanje obveze snošenja troškova prevođenja postavlja se i u dijelu rada koji se odnosi na hrvatsko parnično procesno pravo.

Naime, iako u Republici Hrvatskoj načelno vrijedi pravilo da onaj koji je izgubio parnicu snosi parnične troškove, isto ne vrijedi kada su u pitanju troškovi prevođenja.

U ovom će se radu stoga analizirati postojeće stanje te će se iznijeti *de lege*

2 Preambula Povelje o temeljnim pravima Europske unije: ...Unija pridonosi očuvanju i razvoju tih zajedničkih vrijednosti uz poštovanje raznolikosti kultura i tradicija naroda Europe, nacionalnih identiteta država članica...; čl. 22. Povelje o temeljnim pravima Europske unije: Unija poštuje kulturnu, vjersku i jezičnu raznolikost (2010/C 83/02.).

3 Ugovor o funkcioniranju Europske unije, 2010/C 83/01.

4 Povelja o temeljnim pravima Europske unije, 2010/C 83/02.

5 Rules of Procedure for the Court of Justice of the European Communities (June 1995), Title 1, Ch. 6, Arts. 29-31.

6 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

7 Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava: a) da u najkraćem roku bude obaviješten, potanko i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima optužbe koja se podiže protiv njega; b) da ima odgovarajuće vrijeme i mogućnost za pripremu svoje obrane; c) da se brani sam ili uz branitelja po vlastitom izboru, a ako nema dovoljno sredstava platiti branitelja, ima pravo na besplatnog branitelja, kad to nalažu interesi pravde; d) da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisutnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe; e) besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu (čl. 6/3. EKLJP).

ferenda prijedlozi radi rješavanja navedene problematike.

2. MEĐUNARODNI DOKUMENTI I JEZIČNA BARIJERA

Pravilna dostava dokumenata kojima se pokreće parnica iznimno je značajna za ostvarenje tuženikovog prava na raspravljanje, zajamčenog člankom 6. Europske konvencije i člankom 41./2. Povelje EU-a.⁸ Ako bi tuženici bili sami obvezni tražiti prevođenje, time bi znatno gubili na vremenu potrebnom za pripremu obrane.

U ponekim bi se slučajevima također moglo i dogoditi da, zbog nerazumijevanja teksta, tuženik niti ne shvati da su dokumenti koje je primio na stranom jeziku službeni sudski dokumenti koji zahtijevaju posebnu pozornost i reakciju. Propuštanje odgovora u tim će slučajevima ponekad možda rezultirati i donošenjem presude u korist tužitelja.

Iz svega navedenog proizlazi da je adekvatno i pravedno da podnesci kojima se postupak pokreće budu na jeziku koji će tuženik razumjeti.

Stoga se postavlja pitanje na kome je obveza prethodnog snošenja troškova prevođenja, odnosno, postoji li obveza tužitelja prevoditi dokumente na tuženikov jezik?

Prema međunarodnom pravu, sukladno pravilu 5.2. UNIDROIT/ALI *Principles of Transnational Civil Procedure*⁹ (dalje: PTCP) dokumenti na početku postupka moraju biti strankama uručeni na jeziku foruma, ali također i na jeziku države uobičajenog boravišta pojedinca, odnosno glavnog sjedišta poslovanja.¹⁰

Naime, budući da ponekad neće biti poznato koji jezik tuženik uistinu razumije, dokumenti se prevode na jezik države u koju se dostavljaju.

Ovaj način rješavanja problema višejezičnosti u PTCP-u objašnjava se potrebom uvažavanja državnog suvereniteta, ali također i zaštitom adresata, budući da on najvjerojatnije i razumije jezik države u kojoj ima prebivalište.¹¹

Sukladno Briselskoj konvenciji o nadležnosti, priznanju i ovrsi u građanskim i trgovačkim predmetima (dalje: Briselska konvencija)¹² ako dostava dokumenata nije bila valjana zbog nedostatka prijevoda na jezik tuženika, procesna pravila nisu

8 Rabinovici, I., *The Right to Be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Public Law Review, vol. 18., 2012., str. 149-173.

9 UNIDROIT/ALI Principles of Transnational Civil Procedure (dalje: PTCP) adopted by the American Law Institute (ALI) in May 2004 and by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in April 2004.; dostupno na: www.unidroit.org/.../transnational-civil-procedure, pristupljeno: 20. siječnja 2015.

10 *The documents referred to in Principle 5.1 must be in a language of the forum, and also a language of the state of an individual's habitual residence or a jurat entity's principal place of business, or the language of the principal documents in the transaction. Defendant and other parties should give notice of their defenses and other contentions and requests for relief in a language of the proceeding, as provided in Principle 6. (5.2. PTCP).*

11 Bajons, E., *Internationale Zustellung und Recht auf Verteidigung*, u: Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, 1999., str. 49-73.; Opinion of Advocate General Trstenak, Case C-14/07.

12 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 299, 31.12.1972, p. 0032-0042; consolidated version OJ C 27, 26.01.1998.

dopuštala nastavak postupka, odnosno, presuda se nije mogla izvršiti u drugim državama Europske unije (27/2. Briselske konvencije).

Do 2001. godine kada je na snagu stupila Uredba o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima (dalje: Uredba o dostavi iz 2001. godine)¹³ pitanja dostave dokumenata u velikom su broju slučajeva ovisila o Haaškoj konvenciji o dostavi u inozemstvo sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima od 15. studenoga 1965. godine (dalje: Haaška konvencija o dostavi).¹⁴

Pravila ove Konvencije zahtijevaju da se dokumenti dostavljaju na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika zamoljene države, odnosno da su prevedeni na taj jezik (čl. 5/3. Haaške konvencije o dostavi).

Danas se Haaška konvencija o dostavi primjenjuje između država ugovornica samo u opsegu koji nadilazi primjenu Uredbe o dostavi.¹⁵

2.1. Uredba o dostavi u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima

Temeljni dokument koji na području Europske unije uređuje pitanja prekogranične dostave je Uredba o dostavi u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima (dalje: Uredba o dostavi).¹⁶

Uredba o dostavi ne zahtijeva obvezno prevođenje dokumenata koji se dostavljaju stranim tuženicima, a ono što Uredba, u pogledu jezika dokumenata, sadrži, može se smatrati dvojbenim.

Naime, Uredba, iako ne propisuje obvezno prevođenje, u članku 8. propisuje da, ako primatelj ne razumije jezik na kojem mu je dokument dostavljen ili dokument nije na službenom jeziku države članice prijama ili, ako postoji više službenih jezika u toj državi članici, na službenom jeziku ili na jednome od službenih jezika mjesta u kojemu se obavlja dostava, primatelj može pri dostavi odbiti primitak pismena ili ga može vratiti otpremnom mjestu u roku od tjedan dana.

O svom pravu na odbijanje primitka neprevedenog pismena primatelj mora biti upoznat od strane prijemnog mjesta (čl. 8/1. Uredbe o dostavi) ili pošte ako je dostava izvršena izravno preporučenom pošiljkom (čl. 8/4 u svezi s čl. 14. Uredbe o dostavi).

Ova je odredba od svojih samih početaka bila izložena kritikama.¹⁷

13 Council Regulation 1348/2000 EC on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ L 160 of 30.06.2000.

14 Haaška konvencija o dostavi u inozemstvo sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim ili trgovačkim stvarima, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 10/2005.

15 Prvo je to bila Uredba pod nazivom Council Regulation 1348/2000 EC on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (OJ L 160 of 30.06.2000.), a zatim je to nova Uredba pod nazivom Council Regulation 1393/2007 EC on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (OJ 2007 L 324., at 79.).

16 Council Regulation 1393/2007 EC on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ 2007 L 324., at 79.

17 Repot SEC(2004) 1145, C-OM(2004) 603 final, str. 4.; Linke, H., *Europäisches Zustellungsrecht*, Journal: ERA Forum 2005, str. 205.

Nedoumice su prvenstveno proizlazile iz činjenice da je članak 8. Uredbe o dostavi iz 2001. godine¹⁸ omogućavao primatelju odbijanje primitka dokumenta samo pri njegovoj dostavi. Stoga, ako je dokument bio poslan poštom, moglo se dogoditi da ga primatelj zaprimi prije samog otvaranja pri kojem je mogao shvatiti da je dokument pisan na stranom jeziku i da ga ne razumije. Tada je, međutim, već bilo prekasno odbiti primitak pismena.

Ovaj je praktični problem riješen 2007. godine novom Uredbom o dostavi, kojom je u spornom članku 8. omogućeno primatelju da pri dostavi odbije primitak pismena ili da ga u roku od tjedan dana vrati otpremnom mjestu, ako pismeno nije sastavljeno ili mu nije priložen prijevod na jeziku koji primatelj razumije ili na službenom jeziku države članice prijama ili, ako postoji više službenih jezika u toj državi članici, na službenom jeziku ili na jednome od službenih jezika mjesta u kojemu se obavlja dostava.

Daljnja značajna izmjena Uredbe o dostavi iz 2007. godine obveza je korištenja standardnog obrasca II. radi obavješćavanja primatelja o pravu na odbijanje primitka pismena (čl. 8/1. Uredbe o dostavi).

Nadalje, Uredba iz 2007. godine, za razliku od prijašnje verzije, propisuje pravne posljedice tuženikova odbijanja primitka.¹⁹

Zbog nepreciznosti članka 8. Uredbe o dostavi iz 2001. godine, pred Europskim je sudom pravde 2005. godine podnesena tužba u predmetu *Leffer v. Berlin Chemie*.²⁰

U predmetnom se slučaju isticalo kako članak 8. ne propisuje posljedice odbijanja primitka pismena.

Berlin Chemie, njemačka tvrtka, odbila je primitak dokumenata kojima se pokretao postupak u Nizozemskoj zbog toga što isti nisu bili prevedeni na njemački jezik. U spomenutim se okolnostima moglo zaključiti da se, jednom kada je tuženik iz opravdanih razloga odbio primitak pismena, dostava zapravo nije niti dogodila, ili da treba biti dopušteno otklanjanje ovoga nedostatka naknadnim pružanjem prijevoda primatelju.

Za tužitelja je razlika u ova dva tumačenja posebno značajna. Ako bi odbijanje primitka značilo nevažeću dostavu, tužitelj bi, ako je vezan rokovima, mogao biti stavljen u težak položaj.

Sud se opredijelio za mogućnost tužitelja da otkloni nedostatak naknadnim slanjem prijevoda što je prije moguće.²¹

U članku 8/3. Uredbe iz 2007. godine implementiran je ovaj praktični pristup

18 Council Regulation 1348/2000 EC on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ L 160 of 30.06.2000.

19 Ako je primatelj odbio primiti pismeno u skladu sa stavkom 1., dostava pismena se može ispraviti tako da se primatelju u skladu s ovom Uredbom isprava dostavi zajedno s prijevodom pismena na jedan od jezika navedenog u stavku 1. U tom slučaju, datum dostave pismena je datum na koji je pismeno u čijem prilogu se nalazi prijevod dostavljeno u skladu s pravom države članice prijama. Međutim, ako se prema pravu države članice pismeno mora dostaviti u određenom roku, u odnosu prema podnositelju zahtjeva mjerodavan je datum dostave prvog pismena (čl. 8/3. Uredbe).

20 ECJ C- 443/03, *Leffer v. Berlin Chemie*, (2005) ECR I-9611.

21 *Loc. cit.*

Europskog suda pravde. Ipak, ista bi odredba mogla i povećati mogućnost da će tužitelj pokušati dostaviti dokumente bez prijevoda te ga potom poslati samo ako tuženik odbije primitak.

Tuženik dakle sukladno Uredbi o dostavi mora biti svjestan posljedica primitka dokumenata bez prijevoda pa stoga mora tomu prigovoriti najkasnije u roku od tjedan dana. Jasno je stoga da je odgovornost u pogledu očuvanja tuženikovog prava na raspravljanje na njemu samome.

Zbog navedenog Sujecki predlaže da u slučaju zlouporebe od strane tužitelja, koji je svjestan da tuženik ne razumije jezik na kojem su dokumenti pisani, ali se unatoč tome suzdržava od slanja prijevoda, ne bi trebao uživati pogodnosti koje proizlaze iz navedene odredbe.²²

Ipak, unatoč postojanju spomenutih nedostataka Uredbe o dostavi, ono što je posebno značajno je da, sukladno članku 5/2. Uredbe sve troškove prevođenja prije slanja pismena snosi podnositelj zahtjeva, pritome ne utječući na moguću kasniju odluku suda ili nadležnoga tijela glede obveze podmirivanja tih troškova.

2.2. Uredba o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima

Donošenjem Uredbe o suradnji između sudova država članica u izvođenju dokaza u građanskim ili trgovačkim stvarima²³ (dalje: Uredba o dokazivanju) dostavljanje zahtjeva i dokumenata vrši se izravno između agencije pošiljatelja i primatelja,²⁴ pri čemu je korištenje standardnih obrazaca dobilo na posebnoj važnosti.

Obrasci moraju biti na službenom jeziku države članice zamoljenog suda ili na drugome jeziku koji je ta država naznačila da prihvaća (čl. 5. Uredbe o dokazivanju).

Upotreba ovih obrazaca zahtijeva korištenje standardiziranih fraza i izričaja pa time reducira komunikaciju i iznošenje informacija na minimum. Ovi se obrasci stoga mogu koristiti i bez potrebe za posjedovanjem multijezičnih vještina.

Međutim, budući da ova Uredbe također dopušta i izravnu komunikaciju između sudova, korištenje standardnih obrazaca neće ipak biti moguće niti prikladno u svim slučajevima.

Kod prekograničnog izvođenja dokaza, posebno ispitivanja svjedoka i stranaka, često će biti nužna pomoć tumača, budući da zamoljeni sud provodi zahtjev općenito sukladno pravu svoje države članice (čl. 10/2. Uredbe o dokazivanju), te korištenjem

22 Sujecki, B., *Übersetzungserfordernis nach Zustellungsverordnung*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2007., str. 365.

23 Council Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, OJ L 174, 27. June 2001.

24 Zahtjev i obavijesti iz ove Uredbe sastavljaju se na službenom jeziku zamoljene države članice ili, ako postoji više službenih jezika u toj državi članici, na službenome jeziku ili jednome od službenih jezika mjesta na kojemu se zahtijevano izvođenje dokaza treba obaviti, ili na drugome jeziku za koji je zamoljena država članica navela da ga može prihvatiti. Svaka država članica navodi službeni jezik ili jezike ustanova Europske zajednice, osim svojeg ili svojih, koji su joj prihvatljivi za ispunjavanje obrazaca (čl. 5. Uredbe o dokazivanju).

njezinog službenog jezika.

Izvršenje ovog zahtjeva nije podložno naknadi pristojba ili troškova. Ipak, ako to zahtijeva zamoljeni sud, sud koji upućuje zahtjev bez odgode osigurava naknadu, između ostalog, novčane nagrade tumačima. Dužnost stranaka da pokriju ove nagrade ili troškove propisuje pravo države članice u kojoj se nalazi sud koji upućuje zahtjev (čl. 18/2. Uredbe o dokazivanju).

Ova Uredba međutim, omogućuje i izravno dokazivanje putem ovlaštene osobe suda države tražiteljice (čl. 17. Uredbe o dokazivanju), što je jedno od najznačajnijih poboljšanja u odnosu na Haasku konvenciju o dokazivanju. U tom slučaju dokazivanje mora biti izvedeno dobrovoljno i sukladno zakonu države tražiteljice (čl. 17/3. Uredbe o dokazivanju).

Dakle, moguće je korištenje i službenog jezika države tražiteljice, što je značajna prednost, ako su sve osobe koje sudjeluju u stanju razumjeti i govoriti taj jezik.

3. TERET SNAŠANJA PARNIČNIH TROŠKOVA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Angažiranje suda, stranaka i njihovih punomoćnika, kao i svih drugih sudionika u parnici uzrokuje materijalne troškove. Parnične troškove, sukladno Zakonu o parničnom postupku (dalje: ZPP),²⁵ čine izdatci učinjeni tijekom ili povodom postupka, a obuhvaćaju ih i nagrada za rad odvjetnika kao i drugih osoba (vještaci, tumači) kojima zakon priznaje pravo na nagradu (čl. 151/2. ZPP).

Sukladno članku 152. ZPP-a osnovno je pravilo u Republici Hrvatskoj da svaka stranka prethodno sama podmiruje troškove koje je uzrokovala svojim radnjama. Stranka koja potom u cijelosti izgubi parnicu dužna je protivnoj stranci i njezinu umješacu nadoknaditi troškove (načelo *causae*).

Ako stranka djelomično uspije u parnici, sud može, s obzirom na postignuti uspjeh, odrediti da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka nadoknadi drugoj i umješacu razmjeran dio troškova (čl. 154./1. i 2. ZPP).

Stoga, sukladno načelu *causae*, dužnost snašanja svojih troškova, kao i naknade protivnikovih, ima onaj koji je svojim držanjem prije i izvan parnice doveo do potrebe da se parnica vodi, koji je prouzrokovao parnicu, odnosno dao joj povoda povredom subjektivnih prava pa je zbog toga izgubio parnicu.²⁶

Sukladno navedenom, u predmetu *Klauz protiv Hrvatske*²⁷ Europski sud za ljudska prava naglašava da se pravilom, koje predviđa obvezu stranaka da plate troškove ovisno o svojem uspjehu u postupku i koji se određuju u odnosu na vrijednost zahtjeva, postiže legitiman cilj pravilnog djelovanja pravosudnog sustava spriječavanjem tužitelja u pokretanju neutemeljenih postupaka ili podnošenju nerazumno visokih zahtjeva koji nemaju činjeničnog uporišta ili ne odgovaraju

25 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014.

26 Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 467.

27 Klauz protiv Hrvatske (presuda od 18.07.2013., zahtjev br. 28963/10).

stvarno pretrpljenoj šteti, te se štite financijski interesi tuženika.²⁸

Međutim, glavno pitanje u ovom predmetu odnosi se na činjenicu da je podnositelju, kao posljedica visoko postavljenog zahtjeva za naknadu štete, naloženo da naknadi troškove države koju je u parničnom postupku zastupalo državno odvjetništvo, koji su iznosili gotovo 79 % (iznosa glavnice) naknade koju je država, sukladno presudi, trebala platiti njemu zbog zlostavljanja koje je pretrpio od policijskog službenika koji je već bio proglašen krivim za kazneno djelo zlostavljanja tijekom obavljanja službene dužnosti.

Posljedično, naknada isplaćena podnositelju bila je znatno smanjena jer je morao naknaditi navedene troškove unatoč činjenici da su hrvatski sudovi nedvosmisleno utvrdili da ima pravo od države tražiti naknadu nematerijalne štete prouzročene policijskim zlostavljanjem.²⁹

Europski se sud u predmetu poziva na predmet *Stankov*³⁰ u kojem je smatrao da bi nametanje znatnog financijskog opterećenja nakon završetka postupka moglo značiti ograničenje prava na pristup sudu, te utvrdio da nalog podnositelju da podmiri te troškove predstavlja takvo ograničenje.

Nadalje, iako su se troškovi postupka u predmetu *Stankov* odnosili na sudske pristojbe, Sud smatra da je isti zaključak u jednakoj mjeri primjenjiv na ovaj predmet u kojem se troškovi za koje je podnositelju naloženo da ih plati državi sastoje od naknada državnom odvjetništvu za zastupanje države u parničnom postupku, te koji se uplaćuju u državni proračun. Sud stoga smatra da se podnositeljev zahtjev na temelju članka 6. stavka 1. Europske konvencije zbog previsokih troškova postupka treba ispitati kao prigovor ograničenja prava pristupa na sud.³¹

Sud primjećuje da članak 154. stavak 1. Zakona o parničnom postupku obuhvaća pravilo da „gubitnik plaća”, prema kojemu neuspješna stranka mora platiti troškove uspješne stranke. Također, prema stavku 2. istoga članka, kada je stranka djelomično uspjela u sporu, sud toj stranci može naložiti da naknadi odgovarajući dio troškova druge stranke.

Nadalje, prema Tbr. 7. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika,³² te se nagrade u parničnim postupcima načelno izračunavaju u odnosu na vrijednost predmeta spora. Na temelju članka 35. stavka 1. Zakona o parničnom postupku, u slučajevima kada tužitelj traži isplatu novčanog iznosa, vrijednost predmeta spora odgovara iznosu potraživanom u tužbenom zahtjevu.

Stoga, što tužitelj potražuje veći iznos, veća će biti nagrada tuženikova odvjetnika.³³

Ova pravila zajedno znače da će tužitelj, kada je, kao što je to slučaj u ovom predmetu, samo djelomično uspio u parničnom postupku, možda morati platiti tuženikove troškove (uključujući odvjetničke nagrade) u skladu s postotkom zahtjeva koji je odbijen.

28 *Loc. cit.*

29 *Loc. cit.*

30 *Stankov* protiv Bugarske (presuda od 12. srpnja 2007., zahtjev br. 68490/01).

31 *Klauz* protiv Hrvatske (presuda od 18.07.2013., zahtjev br. 28963/10).

32 Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika, Narodne novine, br. 142/12.

33 *Klauz* protiv Hrvatske (presuda od 18.07.2013., zahtjev br. 28963/10).

Točnije, kada sud presudi da je tužbeni zahtjev za naknadu štete protiv tuženika osnovan, ali pretjerano visok, naložit će tuženiku da tužitelju plati naknadu štete, a tužitelju istovremeno može naložiti da plati tuženikove troškove postupka. Kada tužitelj traži previsok iznos, troškovi mogu premašiti iznos dodijeljene naknade pa će ukupna financijska korist biti na strani tuženika unatoč utvrđenju da je tužitelj pretrpio gubitak zbog čega mu je naknada štete i dodijeljena.

Sud primjećuje da se načelo na kojem počivaju pravilo „gubitnik plaća” i gore prikazano povezano pravilo o naknadi troškova sastoji u izbjegavanju neopravdanog parničjenja te teži legitimnom cilju osiguranja pravilnog djelovanja pravosudnog sustava i zaštite prava drugih.³⁴

Unatoč tomu, sud također smatra da ponašanje podnositelja u predmetnom postupku, točnije podnošenje pretjerano visokog zahtjeva za naknadu štete, ne može opravdati takvo značajno smanjenje dodijeljene naknade te iznosi kako su domaći sudovi u ovom predmetu odredbu članka 154. Zakona o parničnom postupku primjenjivali suviše mehanički, bez obraćanja dovoljne pozornosti na posebne okolnosti slučaja.³⁵ Njegova je primjena, smatra Europski sud, u ovom predmetu rezultirala ograničenjem koje je umanjilo samu bit podnositeljevog prava na pristup sudu pa je stoga došlo do povrede članka 6. stavka 1. Europske konvencije.³⁶

Osim iz razloga u predmetnom slučaju, također bi bilo neosnovano da stranka, unatoč tome što je izgubila parnicu, ima obvezu naknađivanja protivnikovih troškova kada ih je ovaj prouzrokovao nesvrsishodnim radnjama ili zlouporabom ovlaštenja.

Načelo *culpa* ispravlja spomenuta nepravilna rješenja do kojih bi u tim slučajevima dovela neograničena primjena načela *causae*.

Po načelu *culpa* stranka je dužna, nezavisno o ishodu parnice, dakle i kad uspije u parnici, osim svojih troškova i protivniku naknaditi troškove koje je tijekom ili u povodu parnice prouzročila svojom krivnjom ili slučajem koji joj se dogodio (čl. 156/1. ZPP).

3.1. Tko snosi obvezu plaćanja troškova prevođenja?

Od navedenih osnovnih načela o teretu snasjanja troškova u Republici Hrvatskoj postoje, međutim, izuzetci, od kojih su za potrebe ovoga rada najznačajniji oni koji se tiču snošenja troškova prevođenja.

Zakon o parničnom postupku, naime, u članku 155. propisuje da će sud pri odlučivanju o troškovima postupka stranci odrediti naknadu samo onih troškova koji

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ Ovakva praksa domaćih sudova postoji unatoč usvojenom pravnom shvaćanju Gradanskog odjela Vrhovnog suda od 6. lipnja 1980., koje je proslijeđeno nižim sudovima kao praktična smjernica, a prema kojem bi se članak 154. stavak 2. Zakona o parničnom postupku trebao tumačiti na način da je kod parcijalnog uspjeha stranaka u postupku potrebno pri određivanju troškova postupka izraziti „djelomični uspjeh” i „razmjerni dio troškova” ocjenjivati ne samo kvantitativno već i kvalitativno, s obzirom na osnovu i s obzirom na visinu usvojenog, odnosno odbijenog dijela tužbenog zahtjeva. V. Klauz protiv Hrvatske (presuda od 18.07.2013., zahtjev br. 28963/10).

³⁶ *Loc. cit.*

su bili potrebni za vođenje parnice. O tome koji su troškovi bili potrebni te o visini troškova odlučuje sud ocjenjujući brižljivo sve okolnosti.

Triva i Dika tako naglašavaju da se troškove za nagradu odvjetniku uvijek mora tretirati kao sastavni dio parničnih troškova koji se ne mogu ocijeniti nepotrebni ili nesvrshodni.³⁷

Međutim, kada su u pitanju troškovi tumača, iako je pravo na korištenje „svojem jezika“ utvrđeno zakonom te iako su usluge prevoditelja nužno potrebne kada stranac ne razumije službeni jezik suda, u Republici je Hrvatskoj osporeno pravo na naknadu ovog troška strancu koji je uspio u parnici.

Naime, prema hrvatskom se pravu parnični postupak vodi na hrvatskom jeziku i uz uporabu latiničnog pisma ako za uporabu u pojedinim sudovima nije zakonom uveden koji drugi jezik ili koje drugo pismo (čl. 6. ZPP).

Ipak, pri sudjelovanju na ročištima i pri usmenom poduzimanju drugih procesnih radnji pred sudom stranke i drugi sudionici u postupku imaju pravo upotrebljavati svoj jezik. Ako se postupak ne vodi na jeziku stranke odnosno drugih sudionika u postupku, osigurat će im se usmeno prevođenje na njihov jezik onoga što se na ročištu iznosi te usmeno prevođenje isprava koje se na ročištu koriste radi dokazivanja.

Stranke i drugi sudionici u postupku poučit će se o pravu da usmeni postupak pred sudom prate na svom jeziku uz pomoć tumača. Oni se mogu odreći prava na prevođenje ako izjave da znaju jezik na kojem se vodi postupak. Prevođenje obavljaju tumači, a troškovi tog prevođenja padaju na teret stranke ili sudionika kojega se tiču (čl. 102. ZPP).

Ako je riječ o jeziku nacionalne manjine, troškovi prevođenja koji nastanu primjenom odredaba Ustava Republike Hrvatske, ZPP-a te drugih zakona o pravu pripadnika nacionalnih manjina na uporabu svoga jezika padaju na teret sredstava suda (čl. 105. ZPP).

Iz navedenoga proizlazi da stranci koji ne poznaju službeni jezik suda dolaze u neravnopravni³⁸ položaj naspram domaćih državljana, budući da, iako mogu prevesti svoje podneske i koristiti se uslugama tumača, oni moraju sami snositi troškove.³⁹

Osim što ova stranka, iako je uspjela u postupku, ne bi imala pravo tražiti naknadu troškova prevođenja koje je imala zato što je u njemu sudjelovala, nego bi ti troškovi išli na njezin teret (*arg. ex. čl. 102/4. ZPP*), protivnik te stranke imao bi pravo na naknadu troškova koji su mu zbog potrebe za prevođenjem prouzročeni, primjerice troškovi ročišta koje je odgođeno da bi se stranci ili drugom sudioniku koji je uz nju vezan omogućilo ostvarenje prava da se u postupku koristi svojim jezikom (*arg. ex. čl. 156. ZPP*).⁴⁰

37 Triva, S., Dika, M., *op. cit.* (bilj. 24.), str. 463.

38 Za razliku od stranke u građanskom postupku, kada je u pitanju sumnja ili optužba zbog kaznjivog djela osumnjičenik, okrivljenik ili optuženik ima Ustavom zajamčeno pravo na besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu (čl. 29/2.t. 7. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.).

39 Vuković, Đ., Kunštek, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zgombić & partneri, Zagreb, 2005., str. 174.

40 Dika, M., *op. cit.* (bilj. 1.), str. 215.

Osnovna ideja pravila gubitnik plaća je da stranka koja je uspjela u sporu ne bi trebala snositi troškove.⁴¹

Tako je i u Njemačkoj⁴² opće pravilo da stranka koja je izgubila parnicu mora platiti sve parnične troškove.⁴³ Sukladno tomu je i Viši regionalni sud u Celle 2008. godine zaključio da troškovi prevođenja potpadaju pod navedeno pravilo, ali samo ako su bili nužni.⁴⁴

U Švedskoj vrijedi opće pravilo da je stranka koja je izgubila parnicu dužna protivnoj stranci naknaditi parnične troškove ukoliko se suprotno ne dokaže.⁴⁵ Pravo na naknadu postoji u mjeri opravdanoj da bi se naknadili troškovi potrebni za zaštitu interesa stranke.⁴⁶ Određena ograničenja u pravu na naknadu troškova postoje u sporovima manje vrijednosti,⁴⁷ međutim i u tom će slučaju u odnosu na troškove prevođenja vrijediti načelo da gubitnik plaća.⁴⁸

Sukladno pravilu 54 (d) američkog *Federal Rules of Civil Procedure* stranka koja je uspjela u saveznoj parnici može od stranke koja je izgubila nadoknaditi razne parnične troškove. Pod tim se troškovima mogu, između ostalog, prema 28 U.S.C. § 1920(6) potraživati i troškovi prevoditelja (*interpreters*).⁴⁹

4. ZAKLJUČAK

Propisima Europske unije pri rješavanju problema multijezičnosti na prostoru Unije prije svega se pribjeglo korištenju standardiziranih obrazaca dostupnih na svim njezinim službenim jezicima. Ipak, ovi obrasci neće u svakom slučaju isključiti potrebu za korištenjem usluga tumača.

Zakonodavstvo Europske unije pritome ne bi trebalo umanjeanjem temeljnih ljudskih prava davati prednost procesnoj ekonomičnosti. Konkretno, tuženikovo procesno pravo na prijevod pri prekograničnoj dostavi treba preuzeti prednost pred procesnom ekonomičnosti.

41 Gutta, N. B., *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*, Maklu, 2014., str. 256.

42 Armbrüster, C., *Fremdsprachen in Gerichtsverfahren*, Neue Juristische Wochenschrift, 2011., str. 814.

43 § 91. Zivilprozessordnung, dostupno na: <http://dejure.org/gesetze/ZPO/91.html>, pristupljeno 11. siječnja 2015.

44 OLG Celle, presuda od 01.08. 2008., W 160/08.

45 Ch. 18, section 1., švedski Zakon o sudskom postupku, (*Rättegångsbalken*) donesen 1942. godine, a na snagu stupio 01. siječnja 1948., (SFS, *Svensk författningssamling* - u prijevodu: Švedski kodeks statuta, 1942: 740), dostupno na: <http://www.government.se/content/1/c6/02/77/78/30607300.pdf>, pristupljeno 11. siječnja 2015.

46 Švedski Zakon o sudskom postupku, Ch. 18, section 8.

47 Švedski Zakon o sudskom postupku, Ch. 18, section 8 A, subsection 5.

48 Reimann, M., *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study*, Springer Science & Business Media, 2011., str. 267.

49 Američki sudovi međutim, dvoje oko definiranja pojma *interpreters*. Tako sud u predmetu *Taniguchi v. Kan Pac. Saipan*, (LTD., 633 F.3d 1218, 1221 (9th Cir. 2011)) smatra da troškovi prevođenja dokumenata ne potpadaju pod naplative troškove, dok sud u predmetu *BDT Products, Inc. v. Lexmark Int'l, Inc.* (405 F.3d 415, 419 (6th Cir. 2005)) zaključuje suprotno pa smatra da pojam *interpreters* obuhvaća i usmene i pisane prijevode.

Odredba članka 8. Uredbe o dostavi, koja rizik (ne)poznavanja jezika prebacuje na tuženika, iako se s vremenom razvijala u pozitivnom smjeru, i dalje ovaj razvoj usmjerava u pogrešnom pravcu.

Odredbe o dostavi dokumenata kojima se započinje sudski postupak trebale bi svoj uzor pronaći u odredbi 5.2. PTCP-a sukladno kojoj je tužitelj obvezan osigurati njihov prijevod, a čime bi se otklonile moguće zlouporabe od strane tužitelja, kao i opasnosti nepravovremenog reagiranja tuženika.

U hrvatskom se parničnom postupku opće uređenje uporabe stranoga jezika, kako iznosi Dika, može ocijeniti zadovoljavajućim. Ono u bitnome osigurava strankama i drugim sudionicima korištenje vlastitog jezika na način koji im funkcionalno omogućava zaštitu i ostvarivanje njihovog pravnog položaja u postupku.⁵⁰

To uređenje, osim toga, vodi računa i o općim interesima organizacije i djelovanja parničnoga pravosuđenja, ali i o potrebi da državni suverenitet Republike Hrvatske dođe na odgovarajući način do izražaja i pri definiranju jezika i pisma na kojemu će se komunicirati u postupku pred njezinim tijelima.⁵¹

Međutim, to ne znači da stanje ne može biti još povoljnije za osobe koji nisu govornici službenog jezika suda, a da pritome ne dođe do povrede državnog suvereniteta.

Opće je pravilo i u Republici Hrvatskoj i u poredbenom pravu, da stranka koja je izgubila parnicu snosi troškove koji su nastali u svezi s tom parnicom.

Nema razloga da ovo opće pravilo ne nađe svoju primjenu također i kada su u pitanju troškovi prevođenja.

Naime, razvidna je neuravnoteženost stranačkih interesa ako stranka, koja je uspjela u parnici, mora snositi teret troškova prevođenja.

Stoga bi, *de lege ferenda*, bilo opravdano da su i troškovi prevođenja, ako su bili nužni i opravdani, smatrani parničnim troškovima i da time potpadaju pod pravilo – gubitnik plaća. Pritome se ipak ne smije izostaviti potreba vođenja računa i o specifičnim okolnostima slučaja kako suviše mehaničkom primjenom zakonskih odredaba ne bi došlo do ograničenja prava na pristup sudu.

50 Dika, *op. cit.* (bilj. 1.), str. 217.

51 *Loc. cit.*

Summary

FOREIGN LANGUAGE IN LITIGATION WITH A SPECIAL REVIEW OF TRANSLATION COSTS

Each party in judicial proceedings has the right to a fair trial. In order to achieve this right, the party must have the ability to communicate with the court. However, in cross-border civil litigations, the use of official language in the court may cause some problems in communication, when that language is unknown to the party.

The paper takes a stand that, although primary European legislation *emphasized the need to respect* and maintain *cultural, linguistic*, and national *diversity* and pluralism in Europe, the language barriers in cross-border disputes are still underestimated and because of that there are not enough guarantees to provide the right of the parties to be heard in a language they could understand.

In the Republic of Croatia the conclusion could be drawn that guarantee of the parties right to use their own language is fulfilled. However, although foreigners sometimes win the lawsuit in the aspect of the plaintiff it could happen that the high costs of translation reduce or even exceed accomplished compensation. Moreover, if they win the lawsuit in the aspect of the defendant it could result that the translation costs unjustifiably cause their financial loss.

Keywords: *language in cross-border civil proceedings, language of the civil procedure, litigation costs.*

Zusammenfassung

FREMDSPRACHE IM ZIVILPROZESS MIT BESONDEREM RÜCKBLICK AUF ÜBERSETZUNGSKOSTEN

Jede Partei hat das Recht auf ein faires Verfahren. Um dieses Recht zu verwirklichen, muss der Partei die Kommunikation mit Gericht ermöglicht werden. Bei grenzüberschreitenden Zivilrechtsstreitigkeiten aber, wenn die Partei die Amtssprache des Gerichts nicht kennt, kann es zu Kommunikationsproblemen kommen.

In der Arbeit wird die Stellung genommen, dass, obwohl die primäre europäische Gesetzgebung das Bedürfnis nach der Achtung und Erhaltung der kulturellen, sprachlichen und nationalen Vielfalt in Europa hervorhebt, die sprachlichen Hindernisse in grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten noch immer unterschätzt werden, weshalb das Recht der Partei, auf in einer ihr verständlichen Sprache angehört zu werden, nicht genug gewährleistet wird.

In der Republik Kroatien ist das Recht auf Verwendung der eigenen Sprache im Verfahren gewährleistet. Es kann aber manchmal dazu kommen, dass große Übersetzungskosten für den Kläger, falls erfolgreich, eine niedrigere Vergütung, beziehungsweise, für den Beklagten Geldverlust bringen.

Schlüsselwörter: *Sprache im grenzüberschreitenden Zivilprozess, Sprache im Zivilprozess, Prozesskosten.*

Riassunto

LINGUE STRANIERE NEL CONTENZIOSO CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLE SPESE DI TRADUZIONE

Ogni parte processuale ha diritto ad un giusto processo. Al fine di realizzare tale diritto la parte processuale deve avere la possibilità di comunicare con il tribunale. Tuttavia, nei contenziosi civili transnazionali, quando in occasione dell'utilizzo di una lingua ufficiale in tribunale, accade che una delle parti non conosca tale lingua, possono sorgere dei problemi di comunicazione.

Nel lavoro s'è dell'opinione che, sebbene le fonti primarie della legislazione europea sottolineino l'esigenza di rispettare e conservare le diversità culturali, linguistiche e nazionali in Europa, si continua con riferimento alle liti transnazionali a sottovalutare le barriere linguistiche e che per tale motivo non sia offerta una adeguata tutela al diritto della parte all'audizione nella lingua ad essa conosciuta.

Si può concludere come sul territorio della Repubblica di Croazia trovino tutela i diritti delle parti processuali all'utilizzo della propria lingua. Tuttavia, talvolta capita che la parte, benché vincitrice nella lite, soccomba dinanzi alle consistenti spese di traduzione. Addirittura, qualora si tratti dell'attore tale ammontare può incidere, diminuendo o persino superando, un'eventuale risarcimento pecuniario ottenuto; diversamente, se si tratta del convenuto, che ciò comporti una perdita economica ingiustificata.

Parole chiave: *lingua del procedimento civile transnazionale, lingua nel contenzioso, spese processuali.*

ROK ZA POKRETANJE POSTUPKA – PRIJEPOR O NJEGOVU RAČUNANJU

Dr. sc. Marko Babić, docent
Sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Dr. sc. Eduard Kunštek, redovni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.91/95
Ur.: 24. ožujka 2015.
Pr.: 3. travnja 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U ovom se radu analizira pogreška u argumentaciji dijela judikature koja je povezana s kvalifikacijom pravne naravi roka za pokretanje postupka i pravila koja se primjenjuju na računanje tih rokova. Naime, u nekim se slučajevima iz premise koja se može (načelno) smatrati pravilnom (da rok za pokretanje postupka nema procesnopravnu prirodu) te premise da se za rokove koji nisu procesnopravne prirode ne može primijeniti pravilo iz članka 112. stavka 4. Zakona o parničnom postupku prema kojemu oni, ako zadnji dan roka pada u neradni dan, ističu prvog narednog radnog dana – izvlači zaključak da materijalnopravni rokovi u takvom slučaju ne ističu prvog narednog radnog dana. Budući da postoje posebna pravila koja se odnose na materijalnopravne rokove, koja predviđaju da i ti rokovi ističu prvog narednog radnog dana – radi se o argumentativnoj pogrešci koja se u logici naziva „nijek prednjaka“.

Ključne riječi: rok za pokretanje postupka, argumentativna pogreška, nijek prednjaka

1. PRETHODNE NAPOMENE

1. Jedno od pitanja koje u hrvatskoj doktrini i judikaturi povremeno izaziva rasprave odnosi se na razlikovanje materijalnopravnih i procesnopravnih rokova – osobito sa stajališta: **a)** pravnih posljedica njihova propuštanja, odnosno osnovanosti zahtjeva za povrat u prijašnje stanje i **b)** pravila o njihovu isteku, ako zadnji dan roka pada u nedjelju, na državni blagdan ili drugi dan u koji sud ili drugo nadležno tijelo ne radi, odnosno mogućnosti produljenja materijalnopravnog roka do isteka prvog narednog radnog dana.

2. Prethodno se može napomenuti kako bi materijalnopravni rok bio onaj o kojemu ovisi nastupanje učinaka određenih materijalnopravnim propisima – nastanak, prestanak ili preinaka nekog prava. S druge strane procesnopravni rok bi bio onaj o kojemu ovisi dopuštenost poduzimanja određene radnje u postupku (procesne radnje koja se može poduzeti samo unutar određenog roka ili koja se ne može poduzeti dok

rok ne istekne), a u širem smislu i dopuštenost pokretanja postupka.

3. Prisutna su i stajališta kako bi se ove rokove moglo razlikovati s obzirom na to u kojem su propisu određeni – pa bi materijalnopравни rokovi bili oni koji se određeni u materijalnom propisu i obratno. Takvo je stajalište teško prihvatiti, već i zbog toga što postoje brojni propisi koji su pretežno materijalnopravne naravi, a sadrže odredbe koje se očigledno odnose na procesne rokove.¹

4. Stoga bi nakon proteka materijalnog roka, zbog čijeg je propuštanja stranka u sporu izgubila neko pravo koje ima prema odredbama materijalnoga prava (neovisno o tome u kojem su propisu one sadržane – pretežno materijalnom ili pretežno procesnom), tužba kao procesna radnja bila dopuštena, ali bi zahtjev koji je u njoj sadržan bio neosnovan – slijedom čega bi ga trebalo odbiti. U suprotnom, ako je stranka, zbog propuštanja roka, izgubila pravo na poduzimanje određene procesne radnje – ova bi trebala biti odbačena kao nedopuštena.

5. Navodi se kako postoje i mješoviti rokovi. To bi bili oni koji su i materijalnopravne i procesnopravne naravi. Primjerice, rok za dragovoljno ispunjenje naložene činidbe iz presude (paricijski rok) ima procesnopravni učinak, budući da tek nakon njegova proteka presuda postaje ovršna. Međutim, paricijski rok odgađa ispunjenje te činidbe do njegova isteka, pa ima i materijalnopravni, odnosno građanskopravni učinak.² U doktrini je takvo stajalište prijemno.³ Čini se kako ipak pretežu razlozi da se ovaj rok smatra procesnopravnim, budući da se za njega veže prvenstveno procesnopravni učinak (nastupanje ovršnosti), a građanskopravni učinak u smislu odgode ispunjenja činidbe bi se ipak odnosio samo na mogućnost njezina prisilnog ostvarenja.

2. PRAVNA NARAV

6. Može se zamijetiti kako se u doktrini koristi i termin „materijalnopravno-prekluzivni rokovi“, pri čemu se misli na one rokove koji su posebnim propisima predviđeni za podnošenje tužbe sudu. Navodi se kako ih treba razlikovati od rokova za poduzimanje parničnih radnji stranaka, kao i od materijalnopravnih rokova.⁴ Međutim, postoje brojni razlozi zbog kojih bi se „materijalnopravno-prekluzivni rokovi“ mogli smatrati procesnopravnim rokovima, osobito ako bi nakon njihova isteka podnošenje tužbe bilo nedopušteno.

7. Naime, postoji opće suglasje o tome da bi tužbu ili drugi podnesak stranke kojim se pokreće postupak trebalo odbiti, ako je zbog proteka roka prestalo postojati neko njezino subjektivno pravo utemeljeno na materijalnopravnim propisima. Ovo zbog toga jer je zahtjev za zaštitom prava koje ne postoji neosnovan. S druge strane, ako bi materijalnopravnim propisom bio propisan rok u kojem se neko pravo može

1 Tako i Dika. „Je li neki rok procesnopravne ili materijalno pravne prirode ovisi o prirodi prava u vezi s kojim je određen, a ne o tome u kojem je zakonu propisan.“ V. Dika, *Parnične radnje*, Zagreb, 2008., str. 54.

2 Loc. cit.

3 V. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1989., str.276.

4 Ibid., str. 174.

ostvariti određenim pravnim sredstvom (podnošenjem tužbe, zahtjeva i tomu slično), čak i kad se u njemu navodi da će ono zbog propuštanja prestati, ili kad se ništa ne navodi glede njegova postojanja nakon proteka tog roka – utemeljena su stajališta prema kojima bi podnesak koji je predan nakon proteka toga roka bio nedopušten, odnosno da bi ga trebalo odbaciti.

8. Što se tiče hrvatskoga prava – situacija je nesporna. Ako tužba nije podnesena u roku određenom posebnim propisom, treba ju odbaciti.⁵ Iz ovoga proizlazi da nije bez osnove tvrdnja kako je rok za traženje pravne zaštite radi ostvarenja nekog subjektivnog prava predviđenog materijalnim propisom, ako je posebno propisano da se ona može ostvarivati samo unutar toga roka, ipak procesnopравни institut.⁶ Takvi su rokovi primjerice, rok za podnošenje tužbe kojom se traži posjedovna zaštita,⁷ ispunjenje obveze iz predugovora koja se odnosi na sklapanje glavnog ugovora,⁸ pobijanje odluke glavne skupštine trgovačkog društva⁹ i tomu slično.¹⁰

5 V. Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, 4/1977, 36/1977, 36/1980, 6/1980, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991; Narodne novine, 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014; ZPP), članak 282. stavak 1.:

„Nakon prethodnog ispitivanja tužbe sud donosi rješenje kojim se **tužba odbacuje ako utvrdi da rješavanje o tužbenom zahtjevu ne ide u sudsku nadležnost (članak 16) ili da je tužba podnesena nepravovremeno, ako je posebnim propisima određen rok za podnošenje tužbe** ili ako prije podnošenja tužbe nije proveden zakonom predviđeni postupak mirnog ili drukčijeg ostvarivanja prava, a zakonom je propisano da će se u tom slučaju tužba odbaciti.“

6 Dika smatra kako bi trebalo voditi računa o mogućoj koincidenciji razloga za odbijanje zbog isteka roka s razlozima za odbacivanje zbog nedostatka pravozaštitne potrebe. V. Dika, Tužba, Zagreb, 2009., str. 30.

7 V. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 90/2010, 143/2012, 152/2014; ZV), članak 21. stavak 3.:

„**Pravo na zaštitu posjeda prestaje protekom roka** od trideset dana od dana kad je smetani saznao za čin smetanja i počinitelja, a najkasnije godinu dana od dana nastalog smetanja.“

8 ZOO (Narodne novine, 35/2005, 41/2008, 1245/2011; ZOO), članak 268. stavak 5.:

„Sklapanje glavnog ugovora **može se zahtijevati u roku od šest mjeseci od isteka roka predviđenog za njegovo sklapanje**, a ako taj rok nije predviđen, onda od dana kad je prema naravi posla i okolnostima ugovor trebao biti sklopljen.

9 V., članak 363. stavak 1. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, 119/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 17/2007, 146/2008, 137/2009, 125/2011, 152/2011, 111/2012, 68/2013; ZTD):

„**Tužba se mora podići** isključivo kod suda iz članka 40. stavka 1. ovoga Zakona **u roku od 30 dana od donošenja odluke**. Ako je tužitelj bio prisutan na glavnoj skupštini na kojoj je odluka donesena, taj rok počinje teći prvoga narednoga dana od dana kada je zaključena glavna skupština na kojoj je odluka donesena. Nije li tužitelj prisustvovao glavnoj skupštini na kojoj je donesena odluka, rok počinje teći prvoga narednoga dana od dana kada je mogao saznati za odluku.“

10 Za veći broj primjera koji se odnose na prekluzivne rokove traženja kondemnatorne, konstitutivne i deklaratorne zaštite, v. Dika, Tužba, str. 30. *et seq.*

3. POVRAT U PRIJAŠNJE STANJE

9. Prema stajalištu koje svakako treba imati u vidu, na rokove za podnošenje tužbe ne primjenjuju se „općenito pravila o računanju procesnopравnih rokova, uključujući i pravilo po kojem procesnopравni rok, ako njegov posljednji dan pada na državni blagdan, ili u nedjelju ili u koji drugi dan kad sud ne radi, istječe protekom prvog idućeg radnog dana“.¹¹

10. Ono ima snažno uporište u redakciji odredaba članaka 112. i 113. ZPP. Naime, odredbe njegova članka 113. stavaka 1. do 7., koje se odnose na to kada se smatra da je podnesak predan u roku, odnosno na to kada se smatra da je predaja podneska izvršena, primjenjuju se i na rok u kojem se prema posebnim propisima mora podnijeti tužba.¹² S druge strane, takva je slična odredba izostala kad su u pitanju odredbe članka 112. ZPP koje se odnose na računanje rokova.¹³ Iz toga proizlazi da se pravilo iz stavka 4. toga članka ne primjenjuje na rok za podnošenje tužbe – odnosno njegov je učinak ograničen samo na procesnopравne rokove u „užem“ smislu (*argumentum a contrario*). Dakako, moguć je i drukčiji zaključak, napose ako bi se uzela u obzir (pretežna) procesnopравna narav ovoga roka (*argumentum a simile - per analogiam*).

¹¹ Dika, Parnične radnje, str. 66.

¹² Članak 113. ZPP:

„Kad je podnesak vezan za rok, smatra se da je dan u roku ako je prije nego što rok protekne predan nadležnom sudu.

Ako je podnesak upućen preko pošte preporučenom pošiljkom ili telegrafski, dan predaje pošti smatra se danom predaje sudu kojemu je upućen.

Ako je podnesak upućen telegrafski, a ne sadrži sve što je potrebno da bi se po njemu moglo postupiti, smatrat će se da je dan u roku ako uredan podnesak naknadno bude predan sudu ili bude upućen sudu preporučenom pošiljkom u roku od tri dana od dana predaje brzojava pošti. Za osobe koje se nalaze na službi u Oružanim snagama Republike Hrvatske dan predaje podneska ustrojstvenoj jedinici Oružanih snaga Republike Hrvatske smatra se danom predaje sudu.

Odredba stavka 4. ovoga članka odnosi se i na ostale osobe koje se nalaze u službi u ustrojstvenim jedinicama Oružanih snaga Republike Hrvatske u mjestima u kojima ne postoji redovita pošta. Za osobe lišene slobode dan predaje podneska upravi zatvora, kazneno-popravne ustanove ili odgojno-popravnog doma smatra se danom predaje sudu.

Ako je podnesak koji je vezan za rok predan ili upućen nenadležnom sudu prije proteka roka, a stigne nadležnom sudu nakon proteka roka, smatrat će se da je na vrijeme podnesen ako se njegovo podnošenje nenadležnom sudu može pripisati neznanju ili očitoj pogrešci podnosioca.

Odredbe st. 1. do 7. ovog članka primjenjuju se i na rok u kojem se prema posebnim propisima mora podići tužba a i na rok zastare potraživanja ili kakva drugog prava.“

¹³ Članak 112. ZPP:

„Rokovi se računaju na dane, mjesece i godine. Ako je rok određen na dane, u rok se ne uračunava dan kad je dostava ili saopćenje obavljeno odnosno dan u koji pada događaj otkad treba računati trajanje roka, već se za početak roka uzima prvi idući dan.

Rokovi određeni na mjesece odnosno na godine završavaju se protekom onog dana posljednjeg mjeseca odnosno godine koji po svom broju odgovara danu kad je rok otpočeo. Ako nema tog dana u posljednjem mjesecu, rok se završava posljednjeg dana tog mjeseca.

Ako posljednji dan roka pada na državni blagdan, ili u nedjelju ili u koji drugi dan kad sud ne radi, rok istječe protekom prvog idućeg radnog dana.“

11. Ako bi se rok za podnošenje tužbe ili kakvoga drugog podneska kojim se pokreće postupak smatrao materijalnopравnim i prekluzivnim rokom, onda se učinci njegova propuštanja ne bi mogli otkloniti povratom u prijašnje stanje.

12. Povijesno starija judikatura je stajališta da se, kad je u pitanju rok u kojem se mora pokrenuti postupak, radi o materijalnopравnom roku, zbog čijeg propuštanja nije moguće tražiti povrat u prijašnje stanje, budući da se radi o institutu koji je dopušten samo ako je u pitanju propuštanje procesnopравnog roka. Tako je u presudi Us-481/74 od 25. rujna 1974. Savezni sud SFRJ zauzeo stajalište kako rok za podnošenje zahtjeva za povrat uplaćenih carinskih pristojbi iz članka 270. stavaka 1. i 2. tadašnjeg Carinskog zakona predstavlja materijalnopравni rok, pa se njegovo propuštanje ne može otkloniti prijedlogom za povrat u prijašnje stanje, jer je povrat u prijašnje stanje institut procesnog prava koji prema članku 103. ranije važećega Zakona o općem upravnom postupku ima u vidu propust neke procesne radnje, a ne i radnje na kojoj stranka zasniva neko svoje materijalno pravo. Istovjetno stajalište zauzimao je i Upravni sud Republike Hrvatske (Us-8634/80 od 30. prosinca 1981.).

13. Međutim, recentna praksa zauzima drukčije stajalište. Tako je u odluci od 13. travnja 1995. (Rev-1007/95) Vrhovni sud zauzeo stajalište da se povrat u prijašnje stanje može tražiti i zbog propuštanja propisanog roka za podnošenje tužbe. Takvu praksu slijede i drugi sudovi,¹⁴ premda treba istaknuti kako navedena tvrdnja ne vrijedi kad je u pitanju stajalište bivšeg Upravnog suda, odnosno sada Visokog upravnog suda Republike Hrvatske.¹⁵

4. PRAVILA O RAČUNANJU – AKO ROK ISTIČE U NERADNI DAN

14. Kad je u pitanju mogućnost produljenja roka za podnošenje tužbe ili drugog podneska kojim se pokreće postupak, ako on pada u neradni dan, postavlja se jedno zanimljivo pitanje na koje judikatura nije ujednačeno odgovorila. Naime, ako uzmemo kao načelno pravilnu tvrdnju kako se na rok za podnošenje tužbe ne primjenjuju pravila o njegovu produljenju iz članka 112. stavka 4. ZPP (v. točku 9.) znači li to: **a)** da se on mora smatrati materijalnopравnim unatoč tome što bi tužba, primjenom pravila iz članka 282. stavka 1. ZPP-a, u slučaju njegova propuštanja morala biti odbačena i **b)** da se on, budući da se radi o materijalnopравnom roku, ako

14 Županijski sud u Varaždinu, GŽ - 1405/05-2 od 5. rujna 2005.:

„Valja ukazati da je pogrešno stajalište prvostupanjskog suda da tužitelj zbog propuštanja roka za podnošenje tužbe nije ovlašten zahtijevati povrat u prijašnje stanje. Naime, **prema opće usvojenoj sudskoj praksi povrat u prijašnje stanje u smislu odredbe čl. 117. Zakona o parničnom postupku može se zahtijevati i zbog propuštanja propisanog roka za podnošenje tužbe** (tako i VS RH, Rev. 1007/95 od 13. travnja 1995. godine).“
V. i Dika, Parnične radnje, str. 111.

15 V. presudu u predmetu Us-10020/1999 od 27. lipnja 2002. kojom je utvrđeno da kako se iz odredbe članka 65. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine može zaključiti da se „radi o materijalnopравnom roku protekom kojeg je stranka izgubila bilo kakva prava iz tog Zakona... stoga nema mjesta primjeni odredbe članka 103. Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine, br. 53/91.) kojom je propisano da će se stranci koja je iz opravdanih razloga propustila da u roku izvrši neku radnju postupka dopustiti, na njezin prijedlog, povraćaj u prijašnje stanje.“

bi njegov zadnji dan padao na državni blagdan, u nedjelju ili u neki drugi dan kada se ne radi, ne može „produljiti“ tako da ističe prvog narednog radnog dana?

O tome judikatura ima različita stajališta.

15. Tako Upravni sud Republike Hrvatske u odluci broj Us-10061/2006 od 27. svibnja 2010, kojom je odbio tužbu kao neosnovanu zaključuje:

„Pogrešno tužiteljica smatra da je zadnji dan roka istekao prvog idućeg radnog dana, budući da je 5. siječnja 2003. bila nedjelja, odnosno dan u kojem upravno tijelo ne radi. Ovo iz razloga što je rok iz članka 7. navedenog Zakona materijalnopravni rok, za koje rokove ne važe pravila o produživanju roka kad zadnji dan pada na državni praznik, nedjelju ili dan u koji tijelo ne radi.“¹⁶

Dakle, usvaja se navedeno stajalište po kojem se na rok za pokretanje postupka za ostvarenje nekog subjektivnog prava ne primjenjuje pravilo o produljenju procesnopravnih rokova na prvi naredni radni dan.¹⁷

16. Međutim, Ustavni sud Republike Hrvatske je drukčijeg stajališta, napose ako se ima u vidu njegova recentna praksa. Prema njemu se na rok za podnošenje tužbe treba primijeniti odredba članka 112. stavka 4. ZPP (*argumentum a simile* –

16 Prema stajalištima u doktrini, taj rok je istekao 7. siječnja 2003, dakle prvog narednog dana nakon 5. siječnja, budući da je 6. siječnja državni blagdan. V. Simonetti, Denacionalizacija, Rijeka, 2004., str. 286.

17 Takvo stajalište može se zamijetiti i iz presude u predmetu Us-9795/2010-5 od 11. srpnja 2011. godine kojom je utvrđeno kako „je **rok iz članka 7. Zakona** (misli se na Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, op.a.) **materijalnopravni rok, za koje rokove ne važe pravila o produživanju roka kada zadnji dan pada na državni praznik, nedjelju ili dan u koji tijelo ne radi.**“ Istovjetno i presuda Upravnog suda u Rijeci posl. br.: 7 UsI-560/13-11 od 28. studenog 2013. godine.

V. i presudu Visokog upravnog suda posl. br: Uss-6/2012-5 od 13. rujna 2012. godine: „Pravna priroda roka za podnošenje zahtjeva za naknadu proizlazi iz Zakonom propisane posljedice propuštanja ovog roka, a to je gubitak svih prava iz tog zakona (članak 65. stavak 4. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Narodne novine, broj 92/96., 39/99., 42/99., 92/99., 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., 80/02. i 81/02. - dalje: Zakon o naknadi).

Ovo neovisno o tome što Zakon o naknadi u članku 65. stavku 4. propisuje odbacivanje zahtjeva koji je hrvatski državljani podnio izvan roka propisanog člankom 65. stavkom 3. toga Zakona te članka 7. stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona koji i za zahtjeve stranih državljana koji su podneseni izvan roka propisanog odredbom članka 7. stavka 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona također određuje odbacivanje zahtjeva. Prema ocjeni Suda, za tumačenje pravne prirode roka za podnošenje zahtjeva za naknadu odlučno je, kako je naprijed navedeno, nastupanje pravne posljedice gubitka svih prava, premda zakonodavac nije propisao da bi nepravodobno podnesene zahtjeve trebalo odbiti. Gubitak svih prava iz materijalnog propisa suštinski ima značenje kao da je zahtjev odbijen.

Pri tome Sud ne nalazi odlučnim što je u Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona izostala odredba kojom se kao pravna posljedica podnošenja nepravodobnog zahtjeva po tom zakonu, određuje gubitak prava.....“

Pravilo iz članka 112. stavka 4. ZPP sadržano je u članku 101. stavku 2. „staroga“ Zakona o općem upravnom postupku, odnosno članku 81. stavku 2. Zakona o općem upravnom postupku koji je na snazi (Narodne novine, 47/2009).

per analogiam). Tako je u odluci U-III-675/2009 od 8. veljače 2012. (odnosi se na računanje roka za podnošenje tužbe u parnici zbog smetanja posjeda) Ustavni sud ustvrdio:

„Naime, prema stajalištu Ustavnog suda, Županijski sud u pogrešno je utvrdio da je tužba za pružanje posjedovne zaštite podnesena izvan roka za podnošenje tužbe propisanog člankom 21. stavkom 3. ZV-a. Čin smetanja dogodio se 21. travnja 2006., a tužbu u predmetnom parničnom postupku podnositeljice je podnijela Općinskom sudu u..... putem pošte 22. svibnja 2006.

Zadnji dan roka za podnošenje predmetne tužbe podnositeljici je isticao 21. svibnja 2006. Uvidom u kalendar za 2006. godinu (mjeseci travanj i svibanj) Ustavni sud je utvrdio kako je 21. svibanj 2006. bila nedjelja. **Zadnji dan roka trebao se stoga (u smislu članka 112. stavka 4. ZPP-a) računati prvi sljedeći radni dan, dakle 22. svibnja 2006.**... Odbacivši osporenim rješenjem tužbu podnositeljice kao nepravodobnu, iako to ona na temelju mjerodavnih odredaba postupovnog prava Republike Hrvatske nije bila, Županijski sud u ... povrijedio je zakon na štetu podnositeljice.“¹⁸

17. Ustavni sud se nije očitovao o tome smatra li rok za podnošenje tužbe radi zaštite subjektivnog prava procesnopravnim rokom, zbog čega bi trebalo primijeniti odredbu članka 112. stavka 4. ZPP, ili ga smatra materijalnopravnompravno-prekluzivnim rokom na koji se navedena odredba može analogno primijeniti – no to u kontekstu ovoga rada i njegova općeg zaključka nije od posebnog značenja.

18 V. i odluku Ustavnog suda U-III-4117/2003 od 20. svibnja 2004. u kojoj se navodi: „Ustavna tužba podnijeta je protiv rješenja Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-9870/2000-9 od 17. srpnja 2003. godine..... Iz obrazloženja osporenog rješenja proizlazi da je upravni akt, protiv kojega je uložena tužba Upravnom sudu Republike Hrvatske, podnositeljica primila 17. listopada 2002. godine te da je iz štambilja Hrvatske pošte na preporučenoj pisanoj pošiljci razvidno kako je tužba predana Hrvatskim poštama 18. studenoga 2002. godine. Nadalje, u obrazloženju osporenog rješenja se navodi da je zadnji dan roka za podnošenje tužbe Upravnom sudu Republike Hrvatske bio 16. studenoga 2002. godine. Slijedom navedenih utvrđenja, Upravni sud Republike Hrvatske je, pozivom na odredbe članka 30. stavka 1. točke 1. Zakona o upravnim sporovima (‘‘Narodne novine’’, broj 53/91., 9/92. i 77/92.), tužbu podnositeljice odbacio kao nepravodobnu..... U konkretnom slučaju, Upravni sud Republike Hrvatske ispravno je utvrdio da je zadnji dan roka za podnošenje tužbe u spornoj pravnoj situaciji bio 16. studenoga 2002. godine.

Međutim, uvidom u kalendar za 2002. godinu utvrđeno je da je 16. studenoga 2002. godine bila subota..... Također, uvidom u članak 41. stavak 1. Sudskog poslovnika (‘‘Narodne novine’’, broj 80/97., 20/98., 118/01. i 49/03.), utvrđeno je u sudovima radno vrijeme 40 sati tjedno, koje se raspoređuje u pet radnih dana..... Na temelju navedenih činjenica, ovaj Sud utvrđuje da je u konkretnom slučaju **zadnji dan roka za podnošenje tužbe podnositeljice padao u neradni dan Upravnog suda Republike Hrvatske pa se taj rok, sukladno mjerodavnim odredbama Zakona o parničnom postupku, morao produžiti na prvi sljedeći radni dan, a to je bio ponedjeljak 18. studenoga 2002. godine.....** S obzirom na činjenicu da je podnositeljica tužbu Upravnom sudu Republike Hrvatske, kao preporučenu pisanu pošiljku, predala na poštu 18. studenoga 2002. godine, što nije sporno i proizlazi iz štambilja Hrvatske pošte, Ustavni sud Republike Hrvatske utvrđuje da je tužba u konkretnom slučaju bila pravodobna...“

18. Zaključak Upravnog suda koji je naveden u točki 15.¹⁹ sadrži argumentativnu pogrešku (*fallatio*) koja se u logici naziva „nijek prednjaka“ (*denying the antecedent, inverse error ili fallacy of the inverse*).²⁰ Naime, u slučaju takve pogreške radi se o izvođenju pogrešnog zaključka iz istinitih premisa $\{[(p \rightarrow q) \wedge (\sim p)] \rightarrow \sim q\}$.

Primjerice:

Premisa 1: ako A laje, onda je pas

Premisa 2: B ne laje

Zaključak: B nije pas

Zaključak je pogrešan budući da postoje psi koji ne laju.
ili

Premisa 1.: ako je Hrvat onda je Europljanin

Premisa 2.: nije Hrvat

Zaključak: nije Europljanin

Zaključak je pogrešan budući da postoje Europljani koji nisu Hrvati.

Kad je u pitanju zaključak Upravnog suda:

Premisa 1: ako je A procesnopravni rok,²¹ a zadnji dan roka pada u nedjelju, on ističe prvoga narednog radnog dana

Premisa 2: B nije procesno pravni rok, već je materijalnopravni rok²²

Zaključak: ako zadnji dan materijalnopravnog roka B pada u nedjelju, on ističe na taj dan – a ne prvoga narednog radnog dana

Zaključak je pogrešan, budući da postoje druga pravila koja predviđaju da takav rok ističe prvoga narednog radnog dana.²³

19. Čini se kako se u svezi s ovom problematikom postoji lažna dilema. Naime, razlikovanje procesnopravnih i materijalnopravnih rokova sa stajališta pravila o njihovom isteku kad oni padaju u nedjelju, na državni blagdan ili u neki drugi dan kad sud ili drugo tijelo ne radi ukazuje se nebitnim, budući da su ona i u jednom i u drugom slučaju iznimno slična. To s obzirom na odredbu članka 300. stavka 3. ZOO,²⁴ a prethodno na odredbu § 903. OGZ nakon njegove III. novele (1916.).²⁵ To

19 Odnosi se i na odluke navedene u prethodnoj bilješci 17.

20 V. Burke, *Denying the Antecedent: A Common Fallacy*, Informal Logic, vol 16, 1, 1994., str. 23. et seq., Moldovan, *Pragmatic Considerations in the Interpretation of Denying the Antecedent*, Informal Logic, vol, 29, 3, 2009., str. 309. et seq. V. i Kovač, Logika, Zagreb, 1994.

21 Primjerice rok za podnošenje žalbe.

22 Primjerice rok za podnošenje tužbe kojom se traži zaštita od smetanja posjeda ili rok za podnošenje zahtjeva za povrat imovine oduzete za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine – neovisno o tome je li navedena premisa točna ili pogrešna.

23 V. Dika, Parnične radnje, str. 54.: „za računanje građanskopravnih rokova mjerodavne su (u pravilu) odredbe ZOO....“.

24 V. članak 300. stavak 3. ZOO: „Ako posljednji dan roka pada u dan kad je zakonom određeno da se ne radi, kao posljednji dan roka računa se sljedeći radni dan.“

25 V. § 903 OGZ: „Pravo, čije je stjecanje vezano za jedan određeni dan, stječe se

je pravilno primijetio Vrhovni sud Republike Hrvatske, pri čemu je zauzeo načelno stajalište da je rok za podnošenje tužbe procesnopravni rok, ali dopustio da se on može smatrati i materijalnopravnim te istovremeno primijetio kako bi i u jednom i u drugom slučaju nastupila istovjetna pravna posljedica ako bi zadnji dan toga roka pao u nedjelju.²⁶

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

Stoga se prema shvaćanju revizijskog suda na rokove za podnošenje tužbe zbog smetanja posjeda primjenjuje odredba čl. 112. st. 4. ZPP o računanju roka, ukoliko zadnji dan roka pada u nedjelju, državni blagdan, odnosno dan kada sud ne radi.

U konkretnom slučaju zadnji, trideseti dan roka padao je u nedjelju, dan kada sud nije radio, pa je radi toga zadnji dan roka produžen na prvi sljedeći radni dan. Kako je tužba podnesena prvog sljedećeg radnog dana, to je pogrešan zaključak nižestupanijskih sudova da je tužba podnesena van roka.

No, **ukoliko bi se navedeni rok smatralo materijalnopravnim rokom, ZV ne sadrži posebne odredbe o računanju roka, već te odredbe sadrži čl. 300. Zakona o obveznim odnosima** („Narodne novine“ br. 35/05, 41/08, dalje ZOO). U st. 1. je tako propisano da rok određen u danima počinje teći prvog dana poslije događaja od kojeg se rok računa, a završava istekom posljednjeg dana roka. U st. 3. je pak propisano da **ako posljednji dan roka pada u dan kad je zakonom određeno da se ne radi, kao posljednji dan roka računa se sljedeći radni dan. Dakle, i kod materijalnopravnih rokova ukoliko posljednji dan roka pada na dan kada je zakonom određeno da sud ne radi, tada se kao posljednji dan roka računa prvi sljedeći radni dan.**“

5. ZAKLJUČAK

20. U ovome radu nije se pretendiralo argumentirano razriješiti dvojbe koje postoje u svezi s pravnom naravi roka za podnošenje tužbe i/ili kakvog drugog podneska kojim se pokreće postupak. One će u svakom slučaju i dalje postojati, pa će ga neki smatrati materijalnopravnim, a neki procesnopravnim institutom. Neki će ga pak definirati kao poseban institut (*sui generis*), primjerice kao materijalnopravno-

početkom toga dana. Pravne posljedice neispunjenja jedne obveze ili koga propuštanja nastupaju tek protekom posljednjeg dana roka. **Ako za davanje jednog očitovanja ili za neku činidbu određeni posljednji dan pada u nedjelju ili na priznati praznik, dolazi na njegovo mjesto sljedeći radni dan**, ako nije protivno ugovoreno.“

26 Rev 930/11-2 od 11. prosinca 2013.

prekluzivni rok,²⁷ ili kao institut „materijalnopravne naravi s procesnim posljedicama“.²⁸ Međutim, nastojali smo ukazati na praksu koja nam se čini neprihvatljivom, a koja se u bitnome svodi na to da se iz okolnosti da je neki rok materijalnopravne naravi, neovisno o tome je li takva kvalifikacija pravilna ili ne, izvlači zaključak kako se na njega ne primjenjuju pravila o računanju procesnopravnih rokova (načelno ispravan, ako je kvalifikacija pravilna) te naknadno zaključak da oni, čak i kad zadnji dan takvih rokova pada u neradni dan, ne ističu prvog narednog radnog dana, bez provjere postojanja posebnih pravila koja bi se odnosila na računanje takvih rokova (koji je pogrešan, ako takva pravila postoje). Zbog toga je bilo potrebno uočiti i analizirati argumentativnu pogrešku u apostrofiranim dijelovima prethodno navedenih odluka,²⁹ koja je dovela do toga da se nisu primijenila pravila koja vrijede za računanje materijalnopravnih rokova – čak i pod pretpostavkom da je kvalifikacija roka za pokretanje postupka izvršena pravilno.

27 V. pod točkom 6.

28 V. Cvitanović, Aktualna problematika zastare u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, Vol. 13, 2/2006, str. 518.

29 V. pod točkom 15. i bilješku 17.

Summary

TIME LIMIT FOR THE INITIATION OF PROCEEDINGS – CALCULATION DISPUTE

This paper is an analysis of a common fallacy in parts of jurisprudence argumentation connected with the qualification of the time limits for initiating proceedings (legal nature) and applicable rules for their calculation.

In some cases, from the premise which can be (in principle) considered true (the time limit for initiating a proceeding is not procedural in its nature), and from the premise that for those time limits which are not procedural in their nature, the rule of the Croatian Civil Procedure Act (Art. 112.4.) that they expire on the first following working day, cannot be applied (in case the last day of the time limit falls on a non-working day) – it is concluded that the substantive time limit in equal case does not expire on the first following working day. Since there are special rules that refer to the substantive time limits, which provide that these time limits expire also on the first following working day - this is an argumentative error called “denying the antecedent”.

Keywords: *time limits for initiating a procedure, argumentative error, denying the antecedent.*

Zusammenfassung

VERFAHRENEINLEITUNGSFRIST – STREIT UM DEREN BERECHNUNG

In dieser Arbeit wird der Argumentationsfehler in einem Teil der Rechtsprechung bezüglich der Qualifizierung der Rechtsnatur von Verfahrenseinleitungsfrist und der Regeln für deren Berechnung analysiert.

In manchen Fällen, nämlich, lässt sich aus der als die Regel geltenden Prämisse, dass Verfahrenseinleitungsfrist keine prozessuale Natur hat und aus der Prämisse, dass man auf Fristen, welche keine prozessuale Natur haben, die Regel aus Art. 112 Abs. 4 der Zivilprozessordnung (falls die Frist auf einen Ruhetag fällt, verlängert sie sich bis zum nächsten Werktag) nicht anwenden kann, schließen, dass materielle Fristen in diesen Fällen keine Verlängerung bis zum nächsten Werktag vorschreiben. Da es besondere Regeln im Hinblick auf materielle Fristen, welche eine Verlängerung bis zum nächsten Werktag vorsehen, gibt, handelt es sich hier um einen Argumentationsfehler, welcher in der Logik als „Verneinung des Antezedens“ bezeichnet wird.

Schlüsselwörter: *Verfahrenseinleitungsfrist, Argumentationsfehler, Verneinung des Antezedens.*

Riassunto

IL TERMINE PER ADIRE LE VIE LEGALI – DISPUTA SUL CALCOLO

Nel presente contributo si analizza l'errore nell'argomentazione di parte della giurisprudenza relativo alla qualificazione della natura giuridica del termine per adire le vie legali e delle regole che disciplinano il calcolo di tali termini.

Precisamente, in alcuni casi, partendo dal presupposto che si può (in via di principio) ritenere corretto (che il termine per adire le vie legali non ha natura processuale) e dal presupposto che ai termini che non hanno natura processuale non si possa applicare la regola di cui all'art. 112, co. 4 della Legge sul procedimento contenzioso, in base al quale tali termini, qualora l'ultimo giorno cada durante un festivo, scadano al primo successivo giorno feriale utile, si giunge alla conclusione che in detti casi i termini di natura sostanziale non scadano al primo giorno feriale utile. Posto che esistono regole particolari che si riferiscono ai termini sostanziali, le quali prevedono che anche tali termini scadano al primo giorno feriale utile, trattasi di un errore argomentativo che nella logica viene definito come „negazione dell'antecedente“.

Parole chiave: *Termine per adire le vie legali, errore argomentativo, negazione dell'antecedente.*

SOCIETAS UNIUS PERSONAE - PRIJEDLOG DIREKTIVE O DRUŠTVIMA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU S JEDNIM ČLANOM*

Dr. sc. Dionis Jurić, izvanredni profesor,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Sonja Marinac, sutkinja,
Trgovački sud u Rijeci – Stalna služba u Pazinu

UDK: 347.724:061.1EU
Ur.: 16. siječnja 2015.
Pr.: 16. ožujka 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Europska je komisija 2014. godine izradila Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Prijedlog direktive uvodi Societas Unius Personae (SUP), podvrstu društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. SUP ne predstavlja novi nadnacionalni oblik trgovačkog društva. Od država članica se traži omogućiti neposrednu elektroničku registraciju osnivanja SUP-a uz primjenu jedinstvenog obrasca društvenog ugovora i prijave za upis. Prijedlog direktive propisuje najniži iznos temeljnog kapitala SUP-a u iznosu od jednog eura, a zaštita vjerovnika se ostvaruje primjenom provjere bilance SUP-a te sastavljanjem izjave o solventnosti prije podjele dobiti SUP-a jedinom članu. Time se žele ukloniti prepreke koje postoje u nacionalnim pravima država članica pri osnivanju društava-kćeri radi pokretanja prekograničnog poslovanja malih i srednjih trgovačkih društava.

Ključne riječi: *Societas Unius Personae, neposredna elektronička registracija, najniži iznos temeljnog kapitala, društvo s ograničenom odgovornošću s jednim članom, jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću, Europska unija*

1. UVOD

Uzimajući u obzir brojnost i značaj malih i srednjih trgovačkih društava¹ u

1 *Ovaj je rad izrađen u okviru projekta br. 9366 pod nazivom "Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje društava utemeljenih na znanju" koji financira/sufinancira Hrvatska zaklada za znanost.

U dokumentima Europske unije rabi se pojam mala i srednja poduzeća (engl. *small and medium enterprises (SME)*), što je širi pojam od pojma malih i srednjih trgovačkih društava. Pod poduzećem se podrazumijeva svaki subjekt koji je uključen u gospodarsku djelatnost, bez obzira na njegov pravni oblik. Europska je komisija u svojoj Preporuci iz 2003. godine (Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (2003/361/EC)) odredila koja se poduzeća smatraju malim i srednjim

gospodarstvu država članica Europske unije,² Europska je komisija poduzela korake za olakšanje poslovanja tih trgovačkih društava na unutarnjem tržištu Europske unije. Mala i srednja trgovačka društva nailaze na prepreke i visoke troškove u pokretanju prekograničnog poslovanja u drugim državama članicama, koje su uvjetovane razlikama u nacionalnim zakonodavstvima te nepovjerenju potrošača i poslovnih partnera prema stranim trgovačkim društvima. Stoga mala i srednja trgovačka društva iz jedne države članice osnivaju društva-kćeri u drugim državama članicama, čime potrošačima pružaju dobru poslovnu reputaciju društva-majke te sigurnost poslovanja s domaćim društvima-kćerima, osnovanim prema pravu države članice u kojoj se prekogranično posluje.³

Mala i srednja trgovačka društva, kao i ostala trgovačka društva imaju slobodu u izboru pravnog oblika u kojem će prekogranično obavljati svoju gospodarsku djelatnost. Na raspolaganju su im osnivanje društava osoba, čime se izlažu odgovornosti osobnom imovinom za obveze društva-kćeri, ili osnivanje društava kapitala u kojima se primjenjuje načelo ograničene odgovornosti članova društva-kćeri. Radi smanjenja rizika poslovanja mala i srednja trgovačka društva se odlučuju za osnivanje društava-kćeri u pravnom obliku dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću. Dionička društva su zamišljena za poslovanje većih trgovačkih društava, koja odlikuju detaljnija pravila o unutarnjem ustrojstvu i višem iznosu temeljnog kapitala, kao i mogućnost uvrštenja dionica na uređena tržišta kapitala. Društva s ograničenom odgovornošću su prilagođena poslovanju manjih trgovačkih društava te se ona uređuju manje zahtjevnim pravilima, uz veću slobodu osnivača u uređenju unutarnjeg ustrojstva društva i odnosa društva i njegovih članova.

poduzećima. Mikro, mala i srednja poduzeća definirana su prema njihovom broju radnika i ukupnom prometu ili godišnjoj bilanci. Tako se razlikuju: 1) srednje poduzeće određuje se kao poduzeće koje zapošljava manje od 250 osoba i čiji godišnji promet ne prelazi 50 milijuna eura ili godišnja ukupna bilanca ne prelazi 43 milijuna eura, 2) malo poduzeće određuje se kao poduzeće koje zapošljava manje od 50 osoba i čiji godišnji promet ili godišnja ukupna bilanca ne prelazi 10 milijuna eura i 3) mikro poduzeće određuje se kao poduzeće koje zapošljava manje od 10 osoba i čiji godišnji promet ili godišnja ukupna bilanca ne prelazi 2 milijuna eura. Kriterij broja radnika obvezno se primjenjuje u klasifikaciji malih i srednjih poduzeća, a samo poduzeće bira hoće li primijeniti kriterij najvišeg iznosa godišnjeg prometa ili kriterij najvišeg iznosa godišnje ukupne bilance. Nije potrebno ostvariti oba kriterija, a u slučaju prekoračenja jednog od njih, poduzeće zadržava status malog, odnosno srednjeg poduzeća. Vidi u European Commission, *The new SME definition: User guide and model declaration*, Bruxelles, 2005., str. 12.-14.

- 2 Prema godišnjem izvješću Europske komisije o malim i srednjim poduzećima iz 2012. godine („*EU SMEs in 2012: at the crossroads. Annual report on small and medium-sized enterprises in the EU*“, 2011/12) procijenjeno je da na području Europske unije djeluje oko 20,7 milijuna malih i srednjih poduzeća, koja čine više od 98 % ukupnog broja poduzeća, a zapošljavaju 67 % od ukupnog broja radnika u Europskoj uniji te ostvaruju 58 % bruto dodane vrijednosti. Vidi u European Commission, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies (SWD(2014) 124)*, str. 7., dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX:52014SC0124>, 20. studeni 2014.
- 3 European Commission, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment...*, str. 4.

Stoga se mala i srednja trgovačka društva češće opredjeljuju za osnivanje društava-kćeri u pravnom obliku društva s ograničenom odgovornošću.⁴ Konačno, procjene pokazuju da je najveći broj malih i srednjih trgovačkih društava osnovan u pravnom obliku društava s ograničenom odgovornošću.⁵

Radi smanjenja troškova pokretanja prekograničnog poslovanja malih i srednjih trgovačkih društava i uklanjanja razlika u nacionalnim zakonodavstvima država članica Europska je komisija 2008. godine izradila Prijedlog uredbe Vijeća o statutu Europskog privatnog društva (*Societas Privata Europaea (SPE)*), kojim je predviđjela uvođenje novog pravnog oblika društva s ograničenom odgovornošću, koje bi bilo jednoobrazno uređeno u svim državama članicama Europske unije.⁶ Unatoč snažnoj potpori poslovne zajednice, nije bilo moguće postići kompromis koji bi omogućio jednoglasno usvajanje ove uredbe država članica. Stoga je Europska komisija 2013. godine povukla svoj Prijedlog Uredbe te se odlučila za izradu novoga prijedloga pravnog akta o kojemu bi se lakše postigao kompromis, promjenom postupka donošenja tog akta i smanjenjem broja prijepornih pitanja, koja su omela usvajanje Prijedloga uredbe.⁷

U travnju 2014. godine Europska je komisija izradila Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Ovaj bi Prijedlog trebao ukinuti postojeću Direktivu o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom iz 2009. godine,⁸ a u svojem drugom

4 U nekim državama članicama dioničko društvo je praktički nedostupno za mala i srednja trgovačka društva, a u drugim državama članicama taj pravni oblik biraju mnoga mala i srednja trgovačka društva.

5 Ne postoji službena procjena koliko je malih i srednjih poduzeća osnovano u pravnom obliku društava kapitala. Ipak, na temelju statističkih podataka i podataka prikupljenih od država članica 2010. godine procijenjeno je da je 7,3 milijuna malih i srednjih poduzeća bilo osnovano u pravnom obliku društava kapitala te su činila oko 90 % od ukupnog broja društava kapitala osnovanih u Europskoj uniji. Stoga se pretpostavlja da je 2012. godine oko 12,5 milijuna malih i srednjih poduzeća bilo osnovano u pravnom obliku društava kapitala, od čega 11,75 milijuna u obliku društava s ograničenom odgovornošću i 750 tisuća u obliku dioničkih društava, dok je 8,2 milijuna poslovalo u obliku društava osoba ili kao trgovci pojedinci. Procjenjuje se da je društava s ograničenom odgovornošću s jednim članom bilo 5,17 milijuna, a društava s ograničenom odgovornošću s više članova 6,58 milijuna, koja ulaze u kategoriju malih i srednjih poduzeća. Vidi u European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., str. 7.-9.

6 Do sada su uredbama Vijeća uvedena tri nadnacionalna oblika društva: europsko gospodarsko interesno udruženje (EGIU) 1985. godine i europsko dioničko društvo (SE) 2001. godine kao trgovačka društva te europska zadruga (SCE) 2006. godine. Vidi u Kordiš, Hrvoje, „*Societas Privata Europaea (SPE): europsko rješenje za malo i srednje poduzetništvo*“, Pravo i porezi, br. 9/2011., str. 71.-73., Peters, Carsten, Wullrich, Philipp, „Bordless flexibility“: the Societas Privata Europaea (SPE) from a German company law perspective“, Company Lawyer, vol. 30, no. 7/2009, str. 214., Braun, Susanne, „Essay – The European Private Company: a supranational company form for small and medium-sized enterprises?“, German Law Journal, vol. 5, no. 11/2004, str. 1-4., dostupno na http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No11/PDF_Vol_05_No_11_1393-1408_EU_Braun.pdf, 22. listopada 2007.

7 European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., str. 18.

8 Direktiva 2009/102/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009. godine iz područja prava trgovačkih društava o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom.

dijelu sadrži odredbe o *Societas Unius Personae* (SUP), podvrsti društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Time Europska komisija pokušava izbjeći potrebu jednoglasnog donošenja pravnog akta država članica, a u Prijedlogu direktive od država članica se traži da u svojim nacionalnim pravima predvide podvrstu društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom pod nazivom *Societas Unius Personae* (SUP) s usklađenim pravnim uređenjem u svim državama članicama Europske unije. Prijedlog direktive traži od država članica omogućiti neposrednu elektroničku registraciju osnivanja SUP-a, bez potrebe da osnivač putuje u državu osnivanja. Predviđa se uvođenje jedinstvenog obrasca društvenog ugovora (izjave o osnivanju) SUP-a koji će biti jednak u svim državama članicama, dostupan na svim službenim jezicima Europske unije te sadržavati bitne sastojke potrebne za djelovanje društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Prijedlog direktive predviđa najniži iznos temeljnoga kapitala SUP-a u iznosu od jednog eura, a zaštita vjerovnika se ostvaruje primjenom provjere bilance SUP-a te sastavljanjem izjave o solventnosti prije podjele dobiti SUP-a članu.

2. EUROPSKO PRIVATNO DRUŠTVO

Začeci ideje o uspostavi nadnacionalnih trgovačkih društava javljaju se 1959. godine u okviru Vijeća Europe. Te prve inicijative pokrenula je poslovna i znanstvena zajednica te su bile usmjerene na uvođenje europskog dioničkog društva (*Societas Europae*). Uslijedio je dugotrajan rad na utvrđivanju konačnog teksta Uredbe o Statutu Europskog društva i Direktive koja dopunjuje Statut Europskog društva u vezi sa suodlučivanjem zaposlenika, a koji je trajao od 1970. do 2001. godine.⁹

Usporedno s radom na uvođenju europskog dioničkog društva, 1962. godine javlja se ideja o uvođenju europskog privatnog društva (europskog društva s ograničenom odgovornošću), ali bez šire podrške pravne znanosti. Istraživanje koje je 1973. godine proveo *Centre de Recherche sur le Droit des Affaires* (CREDA), istraživački odjel pariške Komore za trgovinu i industriju, pokazalo je interes poslovne zajednice za uvođenje tog nadnacionalnog oblika trgovačkog društva. Tek 1995. godine ponovno počinju aktivnosti na izradi prijedloga pravnog uređenja europskog privatnog društva u okviru CREDA-e i Sveučilišta u Heidelbergu. Rezultat njihovog rada bila je studija "*Propositions pour une société fermée européenne*" koju su predstavili Europskoj komisiji i javnosti krajem 1997. godine. Studija je privukla pozornost poslovnih krugova te su je preuzeli francusko trgovinsko udruženje MEDEF i pariška Komora za trgovinu i industriju. Oni su ponovo imenovali međueuropsku radnu skupinu uz potporu Saveza konfederacija industrijalaca i poslodavaca Europe (UNICE) i EUROCHAMBERS. Ta je radna skupina izradila nacrt prijedloga za europsko privatno društvo te ga objavila u rujnu 1998. godine. Nažalost, ni Europska komisija

9 Kordiš, H., op. cit., str. 72., Braun, S., op. cit., str. 14., Lange, Christian, „Societas Privata Europaea: Quo vadis? - Past, present and future of the SPE“, Master Thesis in International Business Law, Tilburg University, Spring 2010, str. 4., dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1649123>, 17. travnja 2014., Jurić, Dionis, „Europsko dioničko društvo“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement, br. 3/2003., str. 446.-229.

ni Europski parlament nisu poduzeli korake za pokretanje zakonodavnog postupka.¹⁰

Ipak, Visoka skupina stručnjaka za pravo društava pod predsjedanjem Jaapa Wintera pozabavila se problemom europskog privatnog društva te je iznijela svoje ideje u Izvješću skupine o suvremenom okviru za reguliranje prava društava u Europi 4. studenog 2002. godine.¹¹ Na temelju tog Izvješća Europska je komisija u svom Akcijskom planu iz 2003. godine¹² odredila provedbu studije izvodljivosti radi utvrđivanja korisnosti uvođenja statuta o europskom privatnom društvu te određenju relevantnih problema.¹³ Rezolucijom iz veljače 2007. godine Europski je parlament pozvao Europsku komisiju da izradi nacrt statuta o europskom privatnom društvu.¹⁴ Komisija je konačno 25. lipnja 2008. godine predstavila svoj Prijedlog uredbe Vijeća o statutu Europskog privatnog društva u okviru dokumenta „Small Business Act for Europe“ (SBA) koji predviđa mjere za razvoj malih i srednjih poduzeća. Europski je parlament 10. ožujka 2009. godine prihvatio prijedlog Komisije, ali je dao i svoje primjedbe te predložio izmjene i dopune Prijedloga uredbe. Nakon toga se rasprava vodila u okviru Vijeća Europske unije. Švedsko Predsjedništvo Vijeća u prosincu 2009. godine donosi kompromisni prijedlog Uredbe o statutu Europskog privatnog društva, budući da su državama članicama bile sporne odredbe o sjedištu, najnižem iznosu temeljnoga kapitala i suodlučivanju radnika u Europskom privatnom društvu.¹⁵

10 Kordiš, H., op. cit., str. 72., Braun, S., op. cit., str. 14., Lange, C., op. cit., str. 4.-5.

11 Report of The High Level Group of Company law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002 (Winter Report 2002). Dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, 3. siječnja 2015.

12 Communication from the Commission to the Council and the European parliament “Modernizing Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward” (COM (2003) 284 final), Brussels, 21 May 2003, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=EN>, 3. siječnja 2015.

13 Konačno izvješće o toj studiji objavljeno je u srpnju 2005. godine, nakon čega je u lipnju 2006. godine Odbor za pravna pitanja Europskog parlamenta održao javnu raspravu o europskom privatnom društvu te je u rujnu iste godine usvojio izvješće kojim se traži uvođenje tog nadnacionalnog oblika trgovačkog društva. Vidi u Kordiš, H., op. cit., str. 72.-73., Lange, C., op. cit., str. 5.

14 U srpnju 2007. godine Opća uprava za unutarnje tržište i usluge pokrenula je javnu raspravu o provedenoj anketi izabranih europskih trgovačkih društava iz svih država članica o potrebi uvođenja europskog privatnog društva, prije nego što će u listopadu iste godine Europska komisija i Europski parlament još jednom dati potporu toj inicijativi. U ožujku 2008. godine Komisija je održala konferenciju na kojoj su sudjelovali stručnjaci iz područja prava društava iz svih država članica koji su raspravljali o mogućem sadržaju statuta o europskom privatnom društvu. Vidi u Kordiš, H., op. cit., str. 73., Lange, C., op. cit., str. 5.

15 Člankom 7. Prijedloga uredbe o statutu Europskog privatnog društva predviđeno je da europsko privatno društvo može imati registrirano i stvarno sjedište u različitim državama članicama. Neke delegacije država članica željele su da im se ostavi mogućnost da obvežu europska privatna društva da registrirano i stvarno sjedište imaju u istoj državi članici, a neke su delegacije željele da se to pitanje uređuje isključivo primjenom nacionalnog prava. Predsjedništvo je predložilo prijelazno razdoblje u trajanju od dvije godine od stupanja na snagu Uredbe u kojem bi europska privatna društva morala imati registrirano i stvarno sjedište u istoj državi članici, a nakon toga bi se primjenjivalo nacionalno pravo. U članku 19. Prijedloga uredbe predviđeno je da je najniži iznos temeljnoga kapitala europskog privatnog društva jedan euro, što je prihvatila većina delegacija država članica. Ipak, neke su delegacije izrazile želju za povećanjem iznosa

O tim je prijedlozima potom raspravljalo Vijeće za konkurentnost, ali nije postignut konsenzus delegacije država članica. Vijeće stoga nije moglo postići politički sporazum te je pozvalo pomoćna tijela da nastave tražiti prihvatljivi prijedlog. Odbor stalnih predstavnika je u ožujku i svibnju 2011. godine ponovno raspravljao o spornim pitanjima na temelju kompromisnih prijedloga Predsjedništva, te je 23. svibnja 2011. još jednom izrađen kompromisni prijedlog Uredbe pod mađarskim Predsjedništvom. Taj su prijedlog 30. svibnja 2011. godine odbile prihvatiti Švedska i Njemačka, čime je opet onemogućeno donošenje Uredbe.¹⁶ Konačno, u listopadu 2013. godine Europska je komisija objavila povlačenje svoga Prijedloga uredbe o statutu Europskog privatnog društva.¹⁷

2.1. Osnovna obilježja Europskog privatnog društva

Europsko privatno društvo će imati obilježja društva s ograničenom odgovornošću.¹⁸ Kao osnivači europskog privatnog društva mogu se pojaviti jedna ili više fizičkih i/ili pravnih osoba, čim je postavljen široki krug subjekata koji se mogu

najnižeg temeljnoga kapitala. Predsjedništvo je predložilo da najniži iznos temeljnoga kapitala bude najmanje jedan euro, uz mogućnost da države članice odrede višu svotu najnižeg iznosa temeljnoga kapitala, ali ne više od osam tisuća eura za europska privatna društva registrirana na njihovom području. U članku 35. Prijedloga uredbe uređuje se pitanje suodlučivanja radnika te se određuje prag broja radnika čijim se prelaskom primjenjuju pravila o suodlučivanju predviđena Prijedlogom uredbe. Iako je većina delegacija država članica pozdravila snižavanje toga praga i pojednostavljenje pravila, neke delegacije žele dodatno snižavanje praga, dok neke smatraju da je prag „od najmanje 500 radnika“ prenizak. Predsjedništvo je predložilo postavljanje praga „od najmanje 500 radnika“ i najmanje jedne polovine radnika koji uobičajeno rade u državi članici koja predviđa višu razinu prava suodlučivanja radnika, nego što je predviđeno za te radnike u državi članici u kojoj europsko privatno društvo ima registrirano sjedište. Također, Predsjedništvo predlaže dodavanje stavka koji pojašnjava da se pravila o suodlučivanju radnika u europskom privatnom društvu neće primjenjivati na nacionalna društva s ograničenom odgovornošću. Dostupno na: http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Council-November09.pdf, 3. siječnja 2015., Kordiš, H., op. cit., str. 76.

16 Švedska se protivila pragu od 500 radnika za primjenu pravila o radničkom suodlučivanju, budući da je u švedskom pravu taj prag znatno niži. Njemačka je smatrala da europskom privatnom društvu treba zabraniti mogućnost da registrirano i stvarno sjedište ima u različitim državama članicama. Dostupno na: <http://www.europeanprivatecompany.eu/news/>, 3. siječnja 2015.

17 Povlačenje Prijedloga uredbe o statutu Europskog privatnog društva objavljeno je u Prilogu Priopćenja „Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps“, COM(2013)685, 2.10.2013. Vidi u European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., str. 18.

18 Europsko privatno društvo će imati sljedeća obilježja: a) njegov temeljni kapital će biti podijeljen na poslovne udjele, b) članovi društva će odgovarati za obveze društva do visine upisanog kapitala (načelo ograničene odgovornosti), c) ono će imati pravnu osobnost, d) poslovni udjeli društva ne mogu se javno ponuditi ili se njima trgovati na uređenom tržištu kapitala (zatvoreno društvo), e) njega može osnovati jedna ili više fizičkih i/ili pravnih osoba (čl. 1. Prijedloga uredbe). Vidi u Kordiš, H., op. cit., str. 73., van den Braak, Sandra, „The European Private Company, its shareholders and its creditors“, *Utrecht Law Review*, vol. 6, no. 1/2010, str. 2., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1551272>, 17. travnja 2015.

pojaviti kao osnivači.¹⁹ Kao osnivači Europskog privatnog društva mogu se pojaviti i Europska (dionička) društva, Europske zadruge, Europska gospodarska interesna udruženja, ali i već osnovana Europska privatna društva. Europska komisija nije predvidjela da se kao uvjet za osnivanje Europskog privatnog društva traži da osnivači obavljaju prekogranično poslovanje, kao što je to slučaj kod Europskog (dioničkog) društva, Europske zadruge ili Europskog gospodarskog interesnog udruženja.²⁰ Time se željelo omogućiti osnivanje Europskog privatnog društva i onim pravnim subjektima koji obavljaju gospodarsku djelatnost na području samo jedne države članice, ali imaju namjeru prekogranično obavljati svoju djelatnost u budućnosti.²¹ Nepostojanje prekograničnog poslovanja kao uvjeta za osnivanje Europskog privatnog društva izazvao je bojazan među državama članicama da će ovo nadnacionalno društvo konkurirati pravnim oblicima društava predviđenih nacionalnim pravima država članica te da se time odstupa od načela supsidijarnosti.²²

Što se tiče mjerodavnog prava koje uređuje Europsko privatno društvo, Prijedlog uredbe je predvidio da se na ovo društvo prvenstveno primjenjuju odredbe Uredbe te društveni ugovor Europskog privatnog društva koji mora sadržavati odredbe određene u Prilogu I. Prijedloga uredbe. Time se osnivačima daje autonomija u uređenju unutarnjeg ustrojstva društva, ali u okviru odredaba Prijedloga uredbe.²³

19 To može biti bilo koja fizička osoba, a kada se radi o pravnim osobama to mogu biti bilo koje društvo ili poduzeće sukladno st. 2. čl. 48. Ugovora o EZ-u (sada čl. 54. Ugovora o funkcioniranju EU). To su trgovačka društva osnovana sukladno pravu neke države članice, a čije se registrirano sjedište, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi unutar Unije, kao i fizičke osobe koje su državljani država članica. Pojam „trgovačka društva“ znači trgovačka društva koja su osnovana na temelju pravila građanskog ili trgovačkog prava, uključujući i zadruge te ostale pravne osobe uređene javnim ili privatnim pravom, osim onih koje su neprofitne. Pojam trgovačkog društva obuhvaća i društva osoba i društva kapitala koja su predviđena u nacionalnim pravima država članica.

20 Radi se o zahtjevu da osnivači budu iz različitih država članica ili da osnivač dokaže postojanje ranijeg prekograničnog poslovanja (npr. postojanje društva-kćeri u nekoj drugoj državi članici kroz određeno razdoblje).

21 Time se pogodnost osnivanja Europskog privatnog društva daju fizičkim i pravnim osobama *ex nihilo* osnivanju društva, gdje oni prvo osnivaju svoje društvo u državi svojeg državljanstva, odnosno državljanstva, a potom šire svoje poslovanje u druge države članice. Zahtjev za prekograničnim poslovanjem može se i izbjeći, kao što to pokazuje praksa pri osnivanju Europskih (dioničkih) društava, a države članice bi se susretale s poteškoćama u nadzoru ispunjenja ovoga zahtjeva. Europski je parlament predlagao uvođenje ovoga zahtjeva. Vidi u Kordiš, H., op. cit., str. 73., van den Braak, S., op. cit., str. 3.-4.

22 Pritom valja imati na umu da su brojne države članice reformirale svoja nacionalna zakonodavstva snižavajući iznos najnižeg iznosa temeljnoga kapitala potrebnog za osnivanje društava s ograničenom odgovornošću, odnosno uvele podvrste društva s ograničenom odgovornošću koje obilježava jednostavniji postupak osnivanja. Vidi u van den Braak, S., op. cit., str. 4.

23 U pitanjima koja su obuhvaćena društvenim ugovorom Europskog privatnog društva, nacionalno pravo će se primjenjivati samo ako je to predviđeno Uredbom. Prijedlog uredbe ne predviđa rješenja ako društveni ugovor ne sadrži neki od bitnih sastojaka predviđenih u Prilogu I. Prijedlog uredbe samo određuje što se treba urediti društvenim ugovorom, ali ne i na koji način. Države članice moraju predvidjeti sankcije koje će se primjenjivati u slučaju povrede odredbi Uredbe. Vidi u Kordiš, H., op. cit., str. 74., van den Braak, S., op. cit., str. 4.-5.

Ako određena pitanja nisu uređena Uredbom ili društvenim ugovorom u skladu s Prilogom I., na Europsko privatno društvo će se primjenjivati odredbe nacionalnog prava o društvima s ograničenom odgovornošću države članice u kojoj Europsko privatno društvo ima registrirano sjedište.²⁴ Takvim se rješenjem slabi jednoobrazno pravno uređenje Europskog privatnog društva. Prigovaralo se i odredbama Prijedloga uredbe o sadržaju društvenog ugovora, budući da pregovaranje o njegovom sadržaju izlaže osnivače visokim troškovima. Stoga su bili prisutni prijedlozi za izradu obrasca društvenog ugovora Europskog privatnog društva, kako bi se ti troškovi izbjegli.²⁵

Europsko privatno društvo može nastati: a) osnivanjem *ex nihilo* u skladu s odredbama Uredbe, b) preoblikovanjem postojećeg trgovačkog društva, c) spajanjem postojećih trgovačkih društava ili d) podjelom postojećeg trgovačkog društva. Na postupke preoblikovanja, spajanja ili podjele postojećih trgovačkih društava primjenjivat će se odredbe nacionalnog prava mjerodavnog za odnosna trgovačka društva. Pod trgovačkim društvom se podrazumijeva svaki pravni oblik trgovačkog društva predviđen nacionalnim pravima država članica, kao i Europsko (dioničko) društvo te Europsko privatno društvo.²⁶

Europsko privatno društvo mora imati svoje registrirano i stvarno sjedište na području Europske unije. Pritom ono nije obvezno da stvarno i registrirano sjedište ima u istoj državi članici.²⁷ Time se društvu osigurava ostvarenje slobode poslovnog nastana kada se radi o prijenosu stvarnog sjedišta. Prijedlog uredbe u čl. 35.-38. uređuje postupak prijenosa registriranog sjedišta Europskog privatnog društva u neku drugu državu članicu, uz zadržavanje pravne osobnosti i bez potrebe likvidacije društva. Ova su pravila određena po uzoru na pravila predviđena za Europsko (dioničko) društvo i Europsku zadrugu. Za valjanost odluke o prijenosu registriranog sjedišta potrebna je suglasnost skupštine, koju članovi društva donose većinom predviđenom za izmjenu društvenog ugovora. Članovi društva koji su glasovali protiv odluke, kao i vjerovnici društva imaju pravo na odgovarajuću otpremninu, odnosno osiguranje, predviđene mjerodavnim nacionalnim pravom.²⁸

Kada se radi o postupku registracije Europskog privatnog društva, Prijedlog uredbe upućuje na primjenu odredbi Prve direktive o pravu društava.²⁹ Ipak, registracija se želi olakšati kroz mogućnost da osnivači ili njihovi punomoćnici podnose prijavu za upis i u elektroničkom obliku. Prijedlog uredbe određuje koje podatke i isprave država članica može zahtijevati pri registraciji Europskog privatnog društva. Predviđa se i samo jedna ocjena zakonitosti registracije koju mogu obaviti upravna, odnosno sudska tijela ili to potvrđuje javni bilježnik.³⁰ Time se želi olakšati, ubrzati i pojeftiniti

24 Čl. 4. Prijedloga uredbe.

25 Van den Braak, S., op. cit., str. 5.-6.

26 Čl. 5. Prijedloga uredbe. Tvrtka Europskog privatnog društva treba sadržavati kraticu „SPE“ (čl. 6. Prijedloga uredbe).

27 Čl. 7. Prijedloga uredbe.

28 Prijedlog uredbe predviđa i postupak uređenja suodlučivanja radnika u Europskom privatnom društvu u slučaju prijenosa registriranog sjedišta.

29 Direktiva 68/151/EEZ (sada Direktiva 2009/101/EZ). Vidi čl. 9. Prijedloga uredbe.

30 Radi se o provjeri prijave za upis i priloga koji se podnose radi registracije.

postupak registracije.³¹

Prijedlog uredbe određuje da najniži iznos temeljnoga kapitala Europskog privatnog društva iznosi jedan euro.³² Time se smanjuju inicijalni troškovi koje imaju osnivači pri osnivanju trgovačkog društva, a odstupa se od kontinentalnog pravnog shvaćanja da visoki iznos temeljnoga kapitala društva predstavlja sredstvo zaštite vjerovnika. Isplata dividende članovima iz dobiti društva moguća je samo ako je nakon takve isplate imovina društva dostatna za pokriće svih obveza društva (tzv. provjera bilance društva) te se društvu zabranjuje isplata sredstava iz rezervi društva, za koje je društvenim ugovorom određeno da se ne mogu dijeliti članovima. Društvenim se ugovorom može odrediti da je uprava Europskog privatnog društva dužna izraditi i potvrdu o solventnosti, kojom potvrđuje da će društvo biti sposobno platiti svoje dugovanja po njihovom dospelu u roku od jedne godine od dana podjele dobiti.³³ Prijedlog uredbe uređuje i pretpostavke za stjecanje vlastitih poslovnih udjela Europskog privatnog društva te postupak smanjenja temeljnoga kapitala, kada vjerovnici imaju pravo tražiti osiguranje za svoje nedospjele tražbine.³⁴ Navedenim pravilima štiti se imovina Europskog privatnog društva i pruža zaštita vjerovnicima u naplati njihovih tražbina.

Kada se radi o suodlučivanju radnika u Europskom privatnom društvu, Prijedlog uredbe upućuje na primjenu mjerodavnog nacionalnog prava države članice u kojoj društvo ima registrirano sjedište. Time se ono stavlja u istu ravan s nacionalnim trgovačkim društvima kada se radi o modelu suodlučivanja radnika. Ako Europsko privatno društvo sudjeluje u postupku prekograničnog pripajanja ili spajanja s drugim trgovačkim društvima koja su registrirana u nekoj drugoj državi članici, primjenjivat će se odredbe nacionalnih prava država članica koja su usklađena s Direktivom o prekograničnim pripajanjima i spajanjima (2005/56/EZ).³⁵ U slučaju prijenosa registriranog sjedišta Europskog privatnog društva u drugu državu članicu, primjenjivat će se poseban postupak pregovaranja o modelu suodlučivanja radnika, uređen čl. 38. Prijedloga uredbe.³⁶

31 Kordiš, H., op. cit., str. 74.

32 Čl. 19. Prijedloga uredbe. Europski je parlament predložio da države članice mogu predvidjeti najniži iznos temeljnoga kapitala u rasponu od 1,00 do 8.000,00 eura. Temeljni kapital Europskog privatnog društva mora biti u cijelosti upisan, a ulozi za preuzete poslovne udjele ne moraju biti u cijelosti uplaćeni pri izdavanju. Ulozi se mogu unijeti u novcu, stvarima ili pravima, kako je to određeno društvenim ugovorom. Društvenim ugovorom treba odrediti potrebu revizije u slučaju unosa uloga u stvarima ili pravima. Članove se ne može osloboditi unosa uloga za preuzete poslovne udjele, osim u slučaju smanjenja temeljnoga kapitala (čl. 20. Prijedloga uredbe).

33 Čl. 21. Prijedloga uredbe. Svaki član koji je primio isplatu dividende protivno čl. 21. Uredbe, mora vratiti takve isplate Europskom privatnom društvu, ako ono dokaže da je član znao ili mogao znati za te nepravilnosti (čl. 22. Prijedloga Uredbe).

34 Čl. 23. i 24. Prijedloga uredbe.

35 Čl. 34. Prijedloga uredbe.

36 Prijedlog uredbe predviđa poseban postupak ako Europsko privatno društvo, koje primjenjuje određeni model suodlučivanja radnika u državi osnivanja, prenosi registrirano sjedište u neku drugu državu članicu koja ne predviđa suodlučivanje radnika ili predviđa nepovoljniji model suodlučivanja radnika, odnosno postavlja prepreke u ostvarivanju tih prava radnika nakon prijenosa registriranog sjedišta. U takvim slučajevima, ako je najmanje jedna trećina radnika

Prijedlog uredbe sadrži i odredbe o poslovnim udjelima u Europskom privatnom društvu,³⁷ unutarnjem ustrojstvu³⁸ te statusnim promjenama, prestanku i ništetnosti Europskog privatnog društva.³⁹

3. REFORME NACIONALNIH ZAKONODAVSTAVA DRŽAVA ČLANICA

Uzimajući u obzir potrebu malih i srednjih trgovačkih društava za prekograničnim poslovanjem te presude Suda Europske unije u području ostvarenja slobode poslovnog nastana, države članice pristupile su reformi svojih nacionalnih propisa koji se odnose na društva s ograničenom odgovornošću. U tom smislu paradigmatične su presude Suda Europske unije u predmetima *Centros* (C-212/97), *Überseering* (C-208/00), *Inspire Art* (C-167/01), *SEVIC Systems AG* (C-411/03) i *Vale* (C-378/10).⁴⁰ Sud Europske unije zauzeo je stajalište da ako je trgovačko društvo pravovaljano osnovano po pravu jedne države članice, druga država članica u kojoj to trgovačko društvo obavlja svoju gospodarsku djelatnost ili ima svoje stvarno sjedište ne može primjenom svojih pravnih propisa utjecati na pravnu osobnost trgovačkog društva.⁴¹ To otvara mogućnost osnivačima da biraju najpovoljnije nacionalno pravo države članice za osnivanje trgovačkog društva, a koje potom prekogranično obavlja svoju djelatnost u nekoj drugoj državi članici.⁴² Za državu u kojoj se prekogranično

Europskog privatnog društva zaposlena u državi osnivanja, potrebno je da uprava društva pregovara s predstavnicima radnika o modelu suodlučivanja. Ako se ne postigne sporazum, na Europsko privatno društvo primjenjivat će se model suodlučivanja radnika predviđen u državi osnivanja i nakon prijenosa registriranog sjedišta u neku drugu državu članicu.

37 Europsko privatno društvo može izdavati poslovne udjele različitih rodova (redovni i povlašteni poslovni udjeli) te je dužno voditi popis članova društva (čl. 14. i 15. Prijedloga uredbe). Uređuje se način prijenosa poslovnih udjela i mogućnost uvođenja vinkulacije (čl. 16. Prijedloga uredbe) te postupak isključenja i istupanja člana iz Europskog privatnog društva (čl. 17. i 18. Prijedloga uredbe).

38 U čl. 26.-33. Prijedloga uredbe uređuje se unutarnje ustrojstvo Europskog privatnog društva (uprava, nadzorni odbor i skupština društva; pravo članova na obaviještenost i pravo na dopunu dnevnog reda te imenovanje posebnog revizora; uvjeti za imenovanje direktora te njihove dužnosti i odgovornost prema društvu, zastupanje društva).

39 Uređuje se pitanje primjene mjerodavnog prava u slučaju statusnih promjena Europskog privatnog društva, razloge za prestanak i ništetnost društva (čl. 39.-41. Prijedloga uredbe).

40 Case C-212/97 *Centros* [1999] ECR I-1459, Case C-208/00 *Überseering BV* [2002] ECR I-9919, Case C-167/01 *Inspire Art* [2003] ECR I-10155, Case C-411/03 *SEVIC Systems* [2005] ECR I-10805, Case C-378/10 *VALE Építési* ECLI:EU:C:2012:440.

41 Time se rješava i problem određivanja osobnog statuta društva i činjenice da države primjenjuju ili teoriju osnivanja ili teoriju stvarnog sjedišta, što dovodi do razlika u osobnom statutu trgovačkih društava, a može otežati i prijenos registriranog sjedišta društva iz jedne države u drugu. Vidi u Jurić, Dionis, „Poslovanje inozemnih trgovačkih društava na području Republike Hrvatske“, „Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc“, (ur. Z. Slakoper), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2014., str. 160.-164., Horak, Hana, Dumančić, Kosjenka, Šafranko, Zvonimir, „Sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava – što donosi prijedlog Četrnaeste direktive u pravu Europske unije?“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 2/2012., str. 579.-580. i 583.-586.

42 Tako su se europske države susrele s osnivanjem brojnih trgovačkih društava u Ujedinjenom

posluje povoljnije je osnivanje društva-kćeri u skladu s nacionalnim pravom, ako neko trgovačko društvo osnovano u drugoj državi želi trajno prekogranično obavljati svoju djelatnost.⁴³

Reforme nacionalnih propisa išle su u smjeru pojednostavljenja postupka osnivanja i registracije društava s ograničenom odgovornošću. To se osobito odnosi na uvođenje elektroničke registracije čime se smanjuju troškovi⁴⁴ i skraćuje vrijeme potrebno za osnivanje društva. Ipak, u državama članicama ovaj oblik registracije nije dostupan u jednakoj mjeri domaćim i stranim pravnim subjektima.⁴⁵ Kada se radi o provjeri zakonitosti registracije ona se često provodi dvaput, od strane javnih bilježnika, a potom i od strane sudskih registara. Druga je izmjena išla u smjeru smanjenja najnižeg iznosa temeljnoga kapitala društva s ograničenom odgovornošću,

Kraljevstvu, koje predviđa blaži i povoljniji regulatorni okvir, a koja potom bez zapreka, uživajući slobodu poslovnog nastana, obavljaju svoje gospodarske djelatnosti u drugim državama članicama. Ugovor o funkcioniranju Europske unije u čl. 49. jamči trgovačkom društvu osnovanom u državi članici pravo na prijenos stvarnog sjedišta u drugu državu članicu (primarni poslovni nastan). Vidi u Horak, Hana, Dumančić, Kosjenka, Šafranko, Zvonimir, „Komparativni osvrt na jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“, *Pravo i porezi*, vol. 22, br. 4/2013., str. 37.

- 43 Na taj način se država članica susreće s poznatim pravnim oblikom trgovačkog društva koji je u cijelosti reguliran nacionalnim pravom, a i domaći potrošači i drugi subjekti ulaze u pravne odnose s domaćim, a ne inozemnim trgovačkim društvom. Konačno, inozemna trgovačka društva koja imaju namjeru trajno obavljati svoju djelatnost u nekoj drugoj državi znatno se češće odlučuju za osnivanje društava-kćeri ili stjecanje udjela u već postojećim domaćim trgovačkim društvima, nego da osnivaju podružnice. Time za sebe osiguravaju povoljnije poslovno okruženje, uzimajući u obzir nedostatke poslovanja preko podružnica. U okviru slobode poslovnog nastana radi se o sekundarnom poslovnom nastanu (pravo trgovačkog društva osnovanog u državi članici osnivati zastupništva, podružnice ili društva-kćeri u drugoj državi članici). Vidi u Jurić, D., op. cit., str. 157.-158. i 174.-176.; Gongeta, Sanja, „Promjene regulatornog okvira njemačkog društva s ograničenom odgovornošću kao posljedica regulatorne konkurencije u području prava društava među državama članicama Europske unije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 2/204., str. 823.-826.

- 44 Pod izravnim troškovima osnivanja podrazumijevaju se troškovi osnivanja koji proizlaze iz kogentnih propisa države osnivanja društva (upravne i javnobilježničke pristojbe, iznos najnižeg temeljnog kapitala) te se pojavljuju i kod domaćih i kod inozemnih osnivača. Neizravni su troškovi oni koji proizlaze iz razlika u pravima država članica, a koji se odnose na sastavljanje društvenog ugovora, ustrojstvo i strukturu trgovačkog društva, obvezu održavanja godišnjih sjednica organa društva, obveze izvješćivanja i sl. Ovi troškovi zahtijevaju pravno savjetovanje i prevoditeljske troškove, pa su njima u većoj mjeri izloženi strani osnivači, kao i putni troškovi ako se zahtijeva prisutnost osnivača u postupku registracije pred nadležnim organima države osnivanja. Vidi u European Commission, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment...*, str. 13.

- 45 U 16 država članica moguća je neposredna elektronička registracija bez sudjelovanja javnih bilježnika/odvjetnika (Bugarska, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Irska, Letonija, Litva, Malta, Poljska, Portugal, Rumunjska, Slovačka, Slovenija, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo). U ostalih 12 država članica (Austrija, Belgija, Hrvatska, Cipar, Češka, Njemačka, Grčka, Mađarska, Italija, Luksemburg, Nizozemska i Španjolska) neposredna elektronička registracija nije moguća, budući da se osnivači moraju osobno pojaviti pred javnim bilježnikom ili odvjetnikom. Vidi u European Commission, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment...*, str. 26.

gdje je također prisutna različita praksa država članica. Neke su snizile temeljni kapital za sva društva s ograničenom odgovornošću, a druge uvele podvrste društava s ograničenom odgovornošću koja se mogu osnovati s najnižim temeljnim kapitalom u iznosu od jednog eura.⁴⁶ Razlike postoje i u načinu zaštite vjerovnika i imovine društava s ograničenom odgovornošću s malim temeljnim kapitalom, u primjeni provjere bilance društva i izradi potvrde o solventnosti, i obvezi oblikovanja zakonskih rezervi u takvim društvima. Iako su države članice na umu imale iste ciljeve, konačni učinci se znatno razlikuju. Stoga je Europska komisija uočila potrebu za koordinacijom te predlaganje rješenja koja će zadovoljiti potrebe malih i srednjih trgovačkih društava za prekograničnim poslovanjem.⁴⁷

4. PRIJEDLOG DIREKTIVE O DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU S JEDNIM ČLANOM

Zbog poteškoća koje su se javljale pri utvrđivanju konačnog teksta Prijedloga uredbe o statutu Europskog privatnog društva te raznovrsnog uređenja pravnog položaja društava s ograničenom odgovornošću u nacionalnim pravima država članica, Europska je komisija u travnju 2014. godine izradila Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Svoje ovlasti zakonodavne inicijative u području prava društava Europska komisija crpi iz čl. 50. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, koji je ovlašćuje na predlaganje direktiva kojima se uklanjaju prepreke za ostvarenje slobode poslovnog nastana, pa tako i uvjeta za osnivanje društava-kćeri u državama članicama. Ovaj Prijedlog direktive trebao bi ukinuti postojeću Direktivu o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom iz 2009. godine, koja samo ograničeno usklađuje nacionalna zakonodavstva država članica kada se radi o pravnom položaju društava s ograničenom odgovornošću s jednim članom.⁴⁸ Za potrebe ovoga rada interesantnije

46 Tako su društva s ograničenom odgovornošću koja se mogu osnovati s najnižim iznosom temeljnoga kapitala od jednog eura ili manje predviđena u 17 država članica (Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Njemačka, Grčka, Estonija, Irska, Francuska, Italija, Cipar, Letonija, Nizozemska, Portugal, Ujedinjeno Kraljevstvo, Hrvatska, Slovačka). U Njemačkoj, Belgiji i Hrvatskoj takva društva s ograničenom odgovornošću s malim temeljnim kapitalom predstavljaju prijelazni oblik k redovitom društvu s ograničenom odgovornošću te se od njih očekuje povećanje temeljnoga kapitala na iznos najnižeg temeljnoga kapitala propisan za redovita društva s ograničenom odgovornošću. U ostalim državama članicama najniži iznos temeljnoga kapitala varira u rasponu od 45,00 do 12.394,00 eura. Vidi u European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., str. 32.-33. i 42.

47 European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., str. 19.-21.

48 Direktiva 2009/102/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009. godine iz područja prava trgovačkih društava o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Ova je Direktiva predvidjela obvezu objave činjenice da je društvo s ograničenom odgovornošću postalo društvo s jednim članom zbog toga što sve poslovne udjele u društvu sada drži samo jedan pravni subjekt, kao i identiteta tog jedinog člana upisom u sudski registar ili registar kojega vodi to društvo s ograničenom odgovornošću (čl. 3. Direktive). Jedinu član provodi ovlasti skupštine društva s ograničenom odgovornošću, a odluke koje je donio na skupštini upisuju se

su odredbe drugoga dijela Prijedloga direktive koji sadrži odredbe o *Societas Unius Personae* (SUP), podvrsti društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Stajalište je Europske komisije da SUP ne predstavlja novi nadnacionalni oblik trgovačkog društva, već svojim rješenjima Prijedlog direktive uklanja prepreke za osnivanje društava-kćeri trgovačkih društava koja imaju namjeru prekogranično obavljati svoju djelatnost, a koja postoje u nacionalnim pravima država članica.⁴⁹ Stoga se Prijedlog direktive ograničava na usklađivanje pravnih pravila o osnivanju, sadržaju društvenog ugovora, postupku registracije, poslovnim udjelima i temeljnom kapitalu te unutarnjem ustrojstvu SUP-a.⁵⁰

4.1. Opća obilježja SUP-a

Što se tiče pravnog oblika SUP-a, ono će se osnivati kao društvo s ograničenom odgovornošću s jednim članom. Države članice trebaju omogućiti registraciju SUP-a u

- u zapisnik ili se sastavljaju u pisanom obliku (čl. 4. Direktive). Ugovori između jedinog člana i njegovog društva koje on zastupa zapisuju se u zapisnik ili se sastavljaju u pisanom obliku, pri čemu države članice ne trebaju primijeniti ovaj zahtjev na tekuće djelatnosti zaključene u normalnim uvjetima (čl. 5. Direktive). Kada država članica dopušta i dionička društva s jednim članom, ove se odredbe primjenjuju i na ta dionička društva (čl. 6. Direktive). Ove su odredbe zadržane i u općim odredbama Prijedloga Direktive iz 2014. godine (čl. 1. i čl. 3.-5.).
- 49 Prema načelu supsidijarnosti organi Europske unije trebaju djelovati samo onda kada mogu ostvariti bolje učinke, nego što su to intervencije država članica. Načelo razmjernosti zahtijeva da mjere organa Europske unije trebaju biti primjerene za postizanje ciljeva namjeravane politike te trebaju biti ograničene na ono što je nužno za postizanje tih ciljeva. Vidi u European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies (COM(2014) 212 final), str. 5.-6., dostupno na: http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/SUP-Richtlinie-COM.pdf, 20. studeni 2014.
- 50 Prve reakcije sindikalnih udruženja na Prijedlog direktive su negativne, s obzirom na to da ona ne sadrži posebne odredbe o suodlučivanju radnika, pa postoji bojazan da će osnivanje SUP-a koristiti i velika poduzeća za izbjegavanje primjene nacionalnih propisa o suodlučivanju radnika. Na to ukazuje i praksa osnivanja Europskih (dioničkih) društava. Stoga ona predlažu ograničavanje mogućnosti oblikovanja SUP-a samo za mala i srednja poduzeća. Također je za očekivati da će države članice po uzoru na odredbe Prijedloga direktive o SUP-u proširiti predviđena rješenja na sva društva s ograničenom odgovornošću, a moguće i na dionička društva. Ovaj Prijedlog direktive se po svom sadržaju razlikuje od ranijih direktiva koje su za cilj imale usklađivanje postojećih nacionalnih pravnih oblika trgovačkih društava. Stoga se stvara dojam da je Prijedlog direktive mimikrija za povučeni Prijedlog uredbe o Europskom privatnom društvu. Za brojna pravna pitanja koja se odnose na poslovanje SUP-a bit će mjerodavno pravo države članice u kojoj SUP ima registrirano sjedište, čime će se u praksi pojavljivati čitav niz varijacija SUP-a. Odjeljivanje registriranog i stvarnog sjedišta SUP-a dovest će do, tzv. „regime shoppinga“, što nije bila namjera Europske komisije. Vidi „R.I.P. SPE – Welcome to the SUP!“, dostupno na <http://www.worker-participation.eu/Company-Law-and-CG/Latest-developments/R.I.P.-SPE-Welcome-to-the-SUP>, Siems, Mathias, „The Societas Unius Personae (SUP): a Trojan horse?“, dostupno na: <http://siemslegal.blogspot.com/2014/04/the-societas-unius-personae-sup-trojan.html>, Kowalsky, Wolfgang, „Do We Need A Single-Member Private limited Liability Company (SUP)?“, dostupno na: <http://www.socialeurope.eu/2014/07/single-member-private-limited-liability-company/>, 20. studeni 2014., Gongeta, S., op. cit., str. 821.-823.

skladu s pravilima Prijedloga direktive. Države članice ne bi smjele određivati zapreke SUP-u da bude jedini član u drugim trgovačkim društvima.⁵¹ Na SUP se primjenjuju i odredbe prvog dijela Prijedloga direktive, koje se inače primjenjuju na nacionalna društva s ograničenom odgovornošću i dionička društva s jednim članom.⁵²

SUP će imati potpunu pravnu osobnost. Član društva ne odgovara za obveze društva svojom osobnom imovinom, već samo do visine iznosa upisanog temeljnoga kapitala (načelo ograničene odgovornosti). Obvezatan sastojak tvrtke SUP-a je kratica „SUP“, koja upućuje na pravni oblik društva te ju može koristiti samo SUP. Mjerodavno pravo za SUP i njegov društveni ugovor je pravo države članice u kojoj SUP ima registrirano sjedište.⁵³ SUP se osniva na neodređeno vrijeme, osim ako je društvenim ugovorom određeno drukčije.⁵⁴

Ovakav način utvrđivanja mjerodavnog prava za SUP otvara mogućnost različitih varijanti SUP-a, ovisno o tomu u kojoj je državi članici registrirano. Budući da Prijedlog direktive ne uređuje čitav niz značajnih pitanja za poslovanje SUP-a (prava i obveze člana, likvidacija i stečaj društva, suodlučivanje radnika, oporezivanje, statusne promjene društva), nastaju dvojbe u kojoj će se mjeri postići usklađivanje pravnog uređenja SUP-a u 28 država članica Europske unije.⁵⁵

4.2. Uspostava SUP-a

SUP može nastati osnivanjem *ex nihilo* ili pretvaranjem (engl. *conversion*) postojećeg nacionalnog oblika društva s ograničenom odgovornošću u SUP.⁵⁶ Pritom se ne postavljaju nikakva ograničenja u pogledu veličine trgovačkog društva koje osniva ili se pretvara u SUP, pa stoga SUP mogu osnivati mala, srednja i velika trgovačka društva. Također, za nastanak SUP-a nije potrebno da pravni subjekti koji osnivaju SUP prekogranično posluju ili imaju namjeru takvog poslovanja.⁵⁷

Pri osnivanju potpuno novog SUP-a kao osnivači se mogu pojaviti sve fizičke i pravne osobe. Time je SUP dostupan širokom krugu osoba.⁵⁸ Na postupak osnivanja SUP-a će se primjenjivati mjerodavno nacionalno pravo one države članice u kojoj će SUP imati registrirano sjedište, uz primjenu odredbi Prijedloga direktive.

51 Čl. 6. Prijedloga direktive.

52 Vidi čl. 1. st. 1. Prijedloga direktive.

53 To će biti pravna pravila koja uređuju nacionalna društva s ograničenom odgovornošću.

54 Čl. 7. Prijedloga direktive.

55 Slični prigovori postojali su i u pogledu Prijedloga uredbe o statutu Europskog privatnog društva, a prigovaralo se i kogentnim odredbama samog Prijedloga uredbe, osobito kada se radilo o sadržaju društvenog ugovora Europskog privatnog društva.

56 Čl. 8. i 9. Prijedloga direktive.

57 Takva su rješenja bila predviđena i Prijedlogom uredbe o Europskom privatnom društvu.

58 To može biti svaka fizička osoba koja je državljanin neke od država članica EU te pravna osoba koja je osnovana sukladno pravu države članice EU-a i ima registrirano sjedište, središnju upravu ili glavno mjesto poslovanja (stvarno sjedište) na području EU-a. Kada se radi o pravnim osobama to mogu biti nacionalni pravni oblici trgovačkih društava, zadruge i druge pravne osobe uređene javnim ili privatnim pravom, a koje obavljaju svoje djelatnosti radi ostvarivanja dobiti. Osnivači mogu biti i Europska (dionička) društva, Europska gospodarska interesna udruženja, Europske zadruge te već osnovani SUP-ovi.

Ako SUP nastaje pretvaranjem postojećeg trgovačkog društva, to je ograničeno samo na nacionalne oblike društava s ograničenom odgovornošću.⁵⁹ Pod pretvaranjem se podrazumijevaju postupci preoblikovanja, spajanja i podjele društava s ograničenom odgovornošću.⁶⁰ U Prijedlogu Uredbe o Europskom privatnom društvu bili su izričito navedeni ovi postupci, a osnivači su mogli biti svi oblici trgovačkih društava. Time se sužava krug trgovačkih društava koja mogu osnovati SUP svojim pretvaranjem. Na postupke preoblikovanja, spajanja i podjele primjenjuju se nacionalni propisi država članica u kojoj će SUP imati registrirano sjedište. Uspostava SUP-a pretvaranjem ne smije rezultirati nikakvim postupcima likvidacije, gubitkom ili prekidom pravne osobnosti niti utječe na bilo koja prava ili obveze koje su postojale prije pretvaranja. Pretpostavke za valjano pretvaranje društva s ograničenom odgovornošću u SUP su: a) da su članovi društva donijeli odluku ili je jedini član donio odluku kojom odobrava pretvaranje društva u SUP; b) da je njegov društveni ugovor u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom i c) da je njegova neto aktiva barem jednaka iznosu njegova upisanog temeljnog kapitala uvećanog za iznos rezervi koje se ne smiju raspodijeliti u skladu s njegovim društvenim ugovorom.⁶¹

SUP mora imati svoje registrirano i stvarno sjedište na području Europske unije.⁶² Takvo rješenje omogućava SUP-u da registrirano i stvarno sjedište može imati u različitim državama članicama, čime se osigurava ostvarenje slobode poslovnog nastana kada se radi o prijenosu stvarnog sjedišta. Prijedlog direktive nije uredio poseban postupak prijenosa registriranog sjedišta SUP-a, pa će se na to primjenjivati mjerodavno nacionalno pravo.⁶³ Ovakvo rješenje otvara opasnost da osnivači SUP-a biraju najpovoljnije nacionalno pravo države članice za osnivanje, a potom svoju gospodarsku djelatnost u cijelosti obavljaju u nekoj drugoj državi članici koja ima strože propise koji uređuju društva s ograničenom odgovornošću. Time Europska komisija nije uvažila prigovore država članica koji su postojali pri donošenju Prijedloga uredbe o Europskom privatnom društvu i bili jedna od prepreka za njegovo usvajanje. Time se može izbjeći i primjena povoljnijih propisa o suodlučivanju radnika, čemu su prigovorila sindikalna udruženja. Valja ukazati da Prijedlog direktive ne sadrži nikakva pravila o suodlučivanju radnika u SUP-u.

4.3. Društveni ugovor SUP-a

Kada se radi o društvenom ugovoru SUP-a, Prijedlog direktive predviđa uvođenje jedinstvenog obrasca koji će donijeti Europska komisija provedbenim aktom.

59 U Prilogu I uz Prijedlog direktive nabrajaju se samo društva s ograničenom odgovornošću koja postoje u nacionalnim pravima država članica. Dostupno na: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_2&format=PDF, 7. siječnja 2015.

60 Vidi u European Commission, Proposal for a Directive..., str. 6.-7.

61 Čl. 9. st. 2. i 3. Prijedloga direktive.

62 Čl. 10. Prijedloga direktive.

63 Time se otvara i problem prijenosa stvarnog i registriranog sjedišta SUP-a ovisno o tome primjenjuje li se u državi članici u koju se namjerava obaviti prijenos teorija osnivanja ili teorija stvarnog sjedišta, kao i određivanja osobnog statuta za SUP.

Jedinstveni obrazac društvenog ugovora mora urediti način nastanka, poslovni udio, temeljni kapital, unutarnje ustrojstvo, računovodstvena pitanja i prestanak SUP-a. On će biti dostupan u elektroničkom obliku te će se primjenjivati u slučaju elektroničke registracije SUP-a.⁶⁴ Za sadržaj društvenog ugovora bit će mjerodavno nacionalno pravo države članice u kojoj je registrirano sjedište SUP-a, pri čemu se od država članica zahtijeva da su u društvenim ugovorima SUP-a sadržani barem bitni sastojci propisani za jedinstveni obrazac društvenog ugovora. Ovaj će se zahtjev primjenjivati u slučaju registracije SUP-a u papirnatom obliku.⁶⁵ Takvim rješenjem Europska je komisija uvažila primjedbe koje su se javile pri izradi Prijedloga uredbe o Europskom privatnom društvu.

SUP može nakon registracije izmijeniti svoj društveni ugovor elektronički ili drukčije u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom. Taj se podatak upisuje u registar trgovačkih društava u državama članicama registracije. Izmijenjeni društveni ugovor SUP-a mora obuhvaćati barem bitne sastojke predviđene u jedinstvenom obrascu društvenog ugovora SUP-a.⁶⁶

4.4. Registracija SUP-a

Ključno pitanje koje uređuje Prijedlog direktive postupak je registracije SUP-a te se predviđenim rješenjima želi omogućiti osnivanje društava-kćeri neposrednom elektroničkom registracijom u državama članicama Europske unije, uz obvezatnu primjenu jedinstvenog obrasca društvenog ugovora SUP-a i obrasca prijave za upis. Time se želi osigurati brzo i jeftino osnivanje društava-kćeri, bez potrebe osobnog prisustva osnivača u državi članici osnivanja SUP-a, a obrazac društvenog ugovora omogućava smanjenje troškova pregovaranja o njegovom sadržaju. Pritom se i dalje u državama članicama zadržava mogućnost registracije SUP-a u papirnatom obliku u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom i pravilima Prijedloga direktive.⁶⁷

Prijedlog direktive određuje koje podatke ili isprave države članice mogu zahtijevati za registraciju SUP-a.⁶⁸ Time se želi uskladiti sadržaj prijave za upis i

⁶⁴ Čl. 11. st. 2. i 3. Prijedloga direktive.

⁶⁵ Čl. 11. st. 1. Prijedloga direktive. Time se daje mogućnost osnivaču SUP-a sastaviti društveni ugovor u papirnatom obliku i prilagoditi njegov sadržaj svojim potrebama.

⁶⁶ Čl. 12. Prijedloga direktive.

⁶⁷ Ovime se žele uskladiti postojeća nacionalna pravila država članica koja omogućuju elektroničku registraciju, ali u kojima još uvijek postoje prepreke za inozemne pravne subjekte koji osnivaju društva-kćeri za prekogranično poslovanje. Vidi u European Commission, Proposal for a Directive..., str. 7., European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment..., str. 29.-30.

⁶⁸ Čl. 13. Prijedloga direktive. To su: a) tvrtku SUP-a; b) adresu registriranog sjedišta, središnje uprave i/ili glavnog mjesta poslovanja SUP-a; c) djelatnost SUP-a; d) imena, adrese i sve ostale podatke potrebne da bi se identificirao član koji je osnivač i, ako je primjenjivo, stvarni član i zastupnik koji obavlja registraciju SUP-a u ime člana; e) imena, adrese i sve ostale podatke potrebne da bi se identificirale osobe koje su ovlaštene zastupati trgovačko društvo u poslovanju s trećim stranama i u pravnim postupcima te jesu li one poslovno sposobne u smislu zakona država članica iz čl. 22. Prijedloga direktive; f) temeljni kapital SUP-a; g) nominalnu vrijednost jedinog poslovnog udjela, ako je potrebno; h) društveni ugovor SUP-a; i) ako je

popis priloga koje je potrebno dostaviti, bez obzira radi li se o registraciji SUP-a u elektroničkom ili papirnatom obliku.⁶⁹ Komisija će provedbenim aktom utvrditi obrazac prijave za upis, koji treba upotrebljavati za registraciju SUP-ova u registru trgovačkih društava država članica.

SUP se registrira u državi članici u kojoj mora imati svoje registrirano sjedište, a pravnu osobnost stječe na dan upisa u registar trgovačkih društava države članice registracije.⁷⁰ Države članice osiguravaju mogućnost potpunog završetka postupka elektroničke registracije za novoosnovane SUP-ove bez potrebe da se član koji je osnivač osobno pojavljuje pred bilo kojim tijelom u državi članici registracije.⁷¹ Time se želi omogućiti osnivačima osnivanje SUP-a bez fizičkog prisustva ili potrebe imenovanja punomoćnika za poduzimanje radnji pred nacionalnim tijelima, s obzirom na to da u svim državama članicama ne postoji mogućnost neposredne elektroničke registracije. Elektronička se komunikacija treba primjenjivati i tijekom postupka registracije te pri dostavi potvrde o registraciji. Nepostojanje neposredne elektroničke registracije osobito izaziva dodatne neizravne troškove stranim osnivačima trgovačkih društava. Države članice osiguravaju da se pri elektroničkoj registraciji primjenjuje jedinstveni obrazac za društvene ugovore i obrazac prijave za upis. Nadležno tijelo države članice izdaje potvrdu o registraciji najkasnije tri radna dana od primitka cjelovite potrebne dokumentacije. Njome se potvrđuje da je postupak registracije završen.⁷² Države članice mogu utvrditi pravila u vezi s provjerom identiteta člana koji je osnivač i bilo koje druge osobe koja obavlja registraciju u ime člana te prihvatljivosti dokumenata i ostalih podataka podnesenih tijelu za registraciju. Svaki oblik identifikacije izdane u drugoj državi članici od tijela te države ili u njihovo ime, uključujući identifikaciju izdanu elektronički, priznaje se i i prihvaća za potrebe provjere koju provodi država članica registracije.⁷³ Države članice ne uvjetuju registraciju SUP-a dobivanjem bilo kakve dozvole ili ovlaštenja. Registracija SUP-a, sve isprave podnesene tijekom postupka registracije i njihove naknadne promjene objavljuju se u relevantnom registru trgovačkih društava odmah nakon registracije.⁷⁴

4.5. Poslovni udio i temeljni kapital SUP-a

SUP ima samo jedan poslovni udio koji se ne može dijeliti. On ne može steći ili držati vlastiti poslovni udio, bilo izravno ili neizravno. Ako, u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom, na jedinom poslovnom udjelu SUP-a ima više ovlaštenika, te

primjenjivo, odluku kojom se odobrava pretvaranje društva u SUP.

69 Komisija polazi od toga da u državama članicama postoje razlike u uređenju tog pitanja kada se radi o registraciji nacionalnih oblika trgovačkih društava.

70 Čl. 14. st. 1. i 2. Prijedloga direktive.

71 Čl. 14. st. 3. Prijedloga direktive.

72 Čl. 14. st. 4. Prijedloga direktive. Nacionalna web mjesta za elektroničku registraciju uključuju poveznice s web mjestima za registraciju u ostalim državama članicama.

73 Čl. 14. st. 5. Prijedloga direktive. Ako se za potrebe identifikacije osnivača ili njegovog zastupnika države članice moraju poslužiti međusobnom administrativnom suradnjom, one primjenjuju Uredbu br. 1024/2012/EU.

74 Čl. 14. st. 6. Prijedloga direktive.

se osobe u odnosu na SUP smatraju jednim članom. U tom slučaju oni mogu prava iz poslovnog udjela ostvarivati samo preko zajedničkoga zastupnika.⁷⁵

Najniži iznos temeljnoga kapitala te način njegovog oblikovanja očuvanja drugo je značajno pitanje uređeno Prijedlogom direktive. Države su članice već ranije pristupile reformi svojih pravila o društvima s ograničenom odgovornošću, snižavajući najniži iznos temeljnoga kapitala potreban za valjano osnivanje nacionalnih društava s ograničenom odgovornošću. Predviđena rješenja su raznovrsna te je Europska komisija pokrenula postupak za izradu Prijedloga direktive.

Temeljni kapital SUP-a iznosi najmanje jedan euro.⁷⁶ Kapital SUP-a u cijelosti je upisan.⁷⁷ Države članice ne mogu određivati najveću vrijednost jedinog poslovnog udjela.⁷⁸ Ovime se omogućava fleksibilnost u određivanju iznosa temeljnoga kapitala SUP-a, koji određuje osnivač društvenim ugovorom. Njemu je najbolje poznato koliki iznos kapitala treba pribaviti trgovačko društvo, a koji će biti dostatan za pokretanje poslovnih aktivnosti. S druge strane, propisivanjem najnižeg iznosa temeljnoga kapitala od jednog eura, SUP se čini atraktivnim za mala i srednja trgovačka društva te fizičke osobe koje namjeravaju obavljati djelatnosti koje ne zahtijevaju angažiranje veće količine kapitala.⁷⁹

Države članice osiguravaju da SUP ne podliježe pravilima na temelju kojih trgovačka društva moraju dio dobiti izdvajati u zakonske rezerve. S druge strane, dopušta se da osnivač SUP-a u društvenom ugovoru predvidi da se dio dobiti izdvaja u rezerve društva. Osnivač tako ima slobodu odlučivanja o načinu korištenja dobiti SUP-a. Zakonske rezerve predstavljaju obvezatne rezerve iz dobiti trgovačkog društva, pri čemu se propisuje iznos dobiti koji se u njih izdvaja, njihova veličina i način upotrebe. Njihova je namjena pokriće gubitaka koji se mogu pojaviti u poslovanju društva, a koji se ne mogu pokriti iz zadržane dobiti, odnosno dobiti tekuće poslovne godine ili za nominalno povećanje temeljnoga kapitala društva. Uz njih postoje i fakultativne rezerve iz dobiti, čije oblikovanje ovisi o nastanku određenih okolnosti (npr. rezerve za vlastite dionice ili vlastite poslovne udjele) ili volji samih članova društva (statutarne rezerve i rezerve predviđene društvenim ugovorom, ostale rezerve). Svrha zakonskih rezervi očuvanje je financijske stabilnosti te čine dio imovine društva, čime se osiguravaju i vjerovnici društva da će naplatiti svoje tražbine. Zakonske su rezerve obvezatne za sva dionička društva u nacionalnim pravima država članica, ali to nije slučaj s društvima s ograničenom odgovornošću. Budući da su neke države

75 Čl. 15. Prijedloga direktive. Ovlaštenici bez odgode obavješćuju upravni organ SUP-a o identitetu zajedničkog zastupnika i bilo kojoj naknadnoj promjeni. Ostvarivanje njihovih prava u SUP-u obustavljeno je do takve obavijesti. Ovlaštenici na poslovnom udjelu zajednički i solidarno odgovaraju za obveze koje je preuzeo zastupnik. Identitet zastupnika unosi se u relevantan registar trgovačkih društava

76 Čl. 16. st. 1. Prijedloga uredbe. U državama članicama u kojima euro nije nacionalna valuta temeljni je kapital barem jednak jednoj jedinici valute te države članice.

77 Čl. 16. st. 2. Prijedloga direktive.

78 Čl. 16. st. 3. Prijedloga direktive.

79 Države članice zahtijevaju navođenje upisanog i uplaćenog kapitala na poslovnim papirima SUP-a (dopisima i narudžbenicama), bilo da su oni u papirnatom obliku ili na nekom drugom mediju. Ako trgovačko društvo ima svoje web stranice, ti se podatci ondje javno objavljuju (čl. 16. st. 5. Prijedloga direktive).

članice uvele podvrste društva s ograničenom odgovornošću koja se mogu osnovati s najnižim iznosom temeljnoga kapitala od jednog eura, ali su im uvele i obvezu oblikovanja zakonskih rezervi,⁸⁰ Europska je komisija odlučila ukloniti takvo rješenje u SUP-u. Time SUP dobiva na atraktivnosti pri izboru oblika trgovačkog društva koje se osniva.⁸¹

Što se tiče uloga za preuzeti poslovni udio, on se u cijelosti uplaćuje u trenutku registracije SUP-a.⁸² Pri uspostavi SUP-a taj se ulog može unijeti samo u novcu. U slučaju elektroničke registracije ulog za preuzeti poslovni udio se uplaćuje na bankovni račun SUP-a. Naknadno povećanje ili smanjenje temeljnoga kapitala SUP-a dopušteno je barem u novcu i u stvarima te pravima.⁸³ U slučaju uplate uloga u novcu, država članica registracije SUP-a prihvaća uplatu na bankovni račun banke koja posluje u Europskoj uniji kao dokaz o uplati ili povećanju temeljnog kapitala.⁸⁴

Zaštita vjerovnika SUP-a osigurava se pravilima o načinu podjele dobiti članu društva i smanjenju temeljnoga kapitala društva. Pravila o oblikovanju i očuvanju temeljnoga kapitala pružaju sigurnost vjerovnicima da će članovi društva unijeti određenu imovinu u društvo, unosom uloga za preuzete udjele u temeljnom kapitalu društva, i da će se taj kapital očuvati. Ovakav tradicionalan pristup, koji visoki temeljni kapital društva promatra kao jamstvo vjerovnicima u naplati njihovih tražbina, postupno slabi. Njegovo mjesto zauzima shvaćanje da su vjerovnici društva bolje zaštićeni pravilima koja sprječavaju povlačenje imovine iz društva u korist dioničara, a na štetu vjerovnika.⁸⁵ Ono još više dolazi do izražaja u SUP-u za čije je osnivanje predviđen niski iznos temeljnoga kapitala. Vjerovnike štite i pravila o odgovornosti članova upravnog organa prema društvu, odredbe o stečajnom postupku, a mogu zaštititi svoje interese i ugovaranjem određenih sredstava osiguranja.⁸⁶

Kod podjele dobiti SUP-a Prijedlog direktive u čl. 18. st. 2. i 3. uvodi primjenu provjere bilance društva i obvezu uprave izraditi potvrdu o solventnosti.

SUP može na temelju preporuke upravnog organa provesti podjelu dobiti jedinom članu pod uvjetom da je ona u skladu s propisanim rezultatom provjere

80 Primjerice Njemačka, Belgija i Hrvatska. U tim je državama članicama podvrsta društva s ograničenom odgovornošću s niskim kapitalom samo stadij u osnivanju trgovačkog društva, budući da se očekuje i poželjno je da to društvo poveća svoj temeljni kapital, korištenjem zakonskih rezervi, na najniži iznos temeljnog kapitala redovitih društava s ograničenom odgovornošću. Pritom je i iznos dobiti koji se mora izdvajati u zakonske rezerve vrlo visok.

81 Čl. 16. st. 4. Prijedloga direktive.

82 Čl. 17. st. 1. Prijedloga direktive.

83 Čl. 17. st. 2. Prijedloga direktive.

84 Čl. 17. st. 3. Prijedloga direktive. Prijedlog uredbe o Europskom privatnom društvu nije propisivao obvezu uplate uloga za preuzete poslovne udjele u cijelosti u trenutku registracije (čl. 19. st. 3.), a uložili su pri uspostavi Europskog privatnog društva mogli biti u novcu, stvarima i pravima (čl. 20. st. 1.).

85 To izvlačenje imovine iz društva može se ostvariti nezakonitim isplatama dividende, stjecanjem vlastitih udjela od strane društva te smanjenjem temeljnoga kapitala društva radi povrata uplata uloga članovima društva. Vidi u van den Braak, S., op. cit. 14.-15.

86 U pravu trgovačkih društava pojavljuju se i odredbe o pravu vjerovnika da traže osiguranje za naplatu svojih nedospjelih tražbina u slučaju smanjenja temeljnoga kapitala, prestanka ugovora o vođenju poslova društva ili ugovora o prijenosu dobiti, priključenja, pripajanja i spajanja, podjela i preoblikovanja trgovačkog društva.

bilance i da se time ne ugrožava solventnost društva.⁸⁷ SUP ne smije provesti podjelu dobiti jedinom članu ako je sa zadnjim danom posljednje financijske godine neto aktiva prikazana u godišnjem financijskom izvješću SUP-a bila, ili bi nakon takve podjele postala, manja od iznosa temeljnoga kapitala uvećanog za rezerve koje se ne mogu isplatiti članu u skladu s društvenim ugovorom SUP-a.⁸⁸ Ovakvim se rješenjem primjena kriterija za podjelu dobiti u dioničkim društvima proširuje i na SUP. SUP ne smije provesti podjelu dobiti jedinom članu ako ona dovodi do nemogućnosti SUP-a da podmiri svoje dugove kako budu dospijevali na naplatu nakon podjele dobiti. Uprava mora izraditi potvrdu o solventnosti u pisanom obliku.⁸⁹ Svaki je direktor osobno odgovoran za preporuku ili nalog podjele dobiti ako je taj direktor znao ili bi, s obzirom na okolnosti, trebao znati da bi podjela dobiti dovela do smanjenja vrijednosti neto aktive ispod iznosa temeljnoga kapitala uvećanog za rezerve koje se ne mogu isplatiti članu u skladu s društvenim ugovorom⁹⁰ ili bi se ugrozila solventnost SUP-a. To se primjenjuje i na jedinog člana u odnosu na svaku odluku o provedbi podjele dobiti, a koja je u nadležnosti skupštine SUP-a.⁹¹

Država članica osigurava povrat SUP-u svih podjela dobiti isplaćenih suprotno čl. 18. st. 2. ili st. 3. Prijedloga direktive, ako se ustanovi da je jedini član znao ili bi, s obzirom na okolnosti, trebao znati da bi podjela dobiti bila suprotna propisanim uvjetima podjele dobiti.⁹²

Države članice osiguravaju da su smanjenja temeljnoga kapitala SUP-a koja *de facto* dovode do podjele dobiti jedinom članu, u skladu s čl. 18. st. 2. i 3. Prijedloga direktive.⁹³

4.6. Unutarnje ustrojstvo SUP-a

Prijedlog direktive kao obvezatne organe SUP-a predviđa skupštinu i upravu. Društvenim je ugovorom moguće predvidjeti i nadzorni odbor. Takvo unutarnje ustrojstvo karakteristično je za društva s ograničenom odgovornošću, u kojima se

87 Čl. 18. st. 1. Prijedloga direktive.

88 Čl. 18. st. 2. Prijedloga direktive. Izračun se temelji na posljednjoj donesenoj bilanci stanja. Uzima se u obzir i svaka promjena temeljnoga kapitala ili dijela rezervi koja ne smije biti isplaćena članu, a do koje dolazi nakon zadnjeg datuma financijske godine.

89 Čl. 18. st. 3. Prijedloga direktive. U potvrdi o solventnosti uprava mora potvrditi da je, nakon cjelovite analize poslovanja i planova SUP-a, oblikovalo opravdano mišljenje da će SUP moći podmiriti svoje dugove kako budu dospijevali tijekom uobičajenog tijeka poslovanja u godini nakon datuma predložene raspodjele. Potvrdu o solventnosti mora potpisati uprava, a njezina preslika mora biti dostavljena jedinom članu 15 dana prije usvajanja odluke o podjeli dobiti. Ona se javno objavljuje, a ako SUP ima svoje web stranice, ti se podatci i tamo objavljuju (čl. 18. st. 4. Prijedloga direktive). Prijedlog uredbe o Europskom privatnom društvu predviđao je da se društvenim ugovorom Europskog privatnog društva može uvesti obveza uprave izraditi potvrdu o solventnosti.

90 Ili je vrijednost neto aktive bila manja od iznosa temeljnog kapitala uvećanog za rezerve koje se ne mogu isplatiti članu u skladu s društvenim ugovorom i prije podjele dobiti.

91 Čl. 18. st. 5. Prijedloga direktive.

92 Čl. 19. Prijedloga direktive.

93 Čl. 20. Prijedloga direktive.

skupština pojavljuje kao najviši organ društva. Uprava nije samostalna u vođenju poslova društva, što se očituje u opozivosti članova uprave u svako doba i mogućnosti da skupština daje upute koje su obvezujuće za upravu. Unutarnje ustrojstvo društva s ograničenom odgovornošću u manjoj je mjeri uređeno prisilnim pravilima, a osnivačima se daje veća sloboda da društvenim ugovorom urede to pitanje.

Skupštinu SUP-a čini jedini član, koji odluke donosi u pisanom obliku te mora voditi i čuvati evidenciju donesenih odluka najmanje pet godina.⁹⁴ Prijedlog direktive određuje odluke čije je donošenje u nadležnosti jedinog člana.⁹⁵ Jedini član bi morao moći donositi i druge odluke, uz one koje su predviđene Prijedlogom direktive, uključujući i delegiranje svojih ovlasti upravi SUP-a u skladu s mjerodavnim nacionalnim pravom.⁹⁶ Jedinom je članu dopušteno donošenje odluka bez sazivanja skupštine. Države članice ne uvode nikakva formalna ograničenja u odnosu na ovlasti jedinog člana da donosi odluke, uključujući ona koja se odnose na vrijeme i mjesto kad je moguće donošenje takvih odluka.⁹⁷ Time se olakšava donošenje odluka jedinog člana u pisanom obliku bez održavanja skupštine i utvrđivanja dnevnog reda, čime se potiču prekogranične aktivnosti osnivača SUP-a.⁹⁸

Poslove SUP-a vodi uprava koja se sastoji od jednog ili više direktora, a njihov broj određuje se društvenim ugovorom.⁹⁹ Uprava može obavljati sve ovlasti SUP-a koje ne obavlja jedini član ili, ako je primjenjivo, nadzorni odbor.¹⁰⁰ Za direktore se mogu imenovati fizičke osobe ili pravne osobe ako je to dopušteno mjerodavnim nacionalnim pravom.¹⁰¹ Oni se imenuju na neograničeno razdoblje, osim ako je drukčije određeno u odluci jedinog člana o imenovanju ili u društvenom ugovoru. Jedini član može postati direktor.¹⁰² Jedini član može u bilo kojem trenutku opozvati direktora donošenjem odluke.¹⁰³ Za direktora se može imenovati samo fizička osoba koja je

94 Čl. 21. st. 1. Prijedloga direktive.

95 Čl. 21. st. 2. Prijedloga direktive. Jedini član odlučuje o sljedećem: a) utvrđenju godišnjih financijskih izvješća; b) podjeli dobiti članu; c) povećanju temeljnoga kapitala; d) smanjenju temeljnoga kapitala; e) imenovanju i opozivu direktora; f) primanjima za rad direktora, ako postoje, uključujući kad je jedini član direktor; g) promjeni registriranoga sjedišta; h) imenovanju i opozivu revizora, ako je primjenjivo; i) pretvaranju SUP-a u drugi oblik trgovačkog društva; j) prestanku SUP-a te k) svim izmjenama društvenog ugovora. Jedini član ne smije delegirati odluke o utvrđenju godišnjih financijskih izvješća upravi SUP-a.

96 Nacionalna prava država članica dopuštaju proširenje ili smanjenje ovlasti skupštine društva s ograničenom odgovornošću na temelju društvenog ugovora, s time da određuju donošenje kojih odluka nije moguće delegirati drugim organima društva.

97 Čl. 21. st. 3. Prijedloga direktive.

98 European Commission, Proposal for a Directive..., str. 8.

99 Čl. 22. st. 1. i 2. Prijedloga direktive.

100 Čl. 22. st. 3. Prijedloga direktive. Nadzorni odbor je fakultativni organ koji se utemeljuje društvenim ugovorom, koji se određuju i njegove ovlasti.

101 Za fizičku osobu se traži poslovna sposobnost te da ne postoji sudska ili administrativna odluka koja predstavlja zapreku za imenovanje.

102 Čl. 22. st. 4. Prijedloga direktive.

103 Čl. 22. st. 5. Prijedloga direktive. Direktor se odmah nakon što je opozvan oduzimaju ovlasti da kao direktor djeluje u ime SUP-a. To ne utječe na sva ostala prava i obveze u okviru mjerodavnog nacionalnog prava. Donošenje odluke o opozivu direktora ima konstitutivni učinak.

poslovno sposobna prema pravu države članice registracije i ako ne postoji sudska, odnosno administrativna odluka države članice registracije koja predstavlja zapreku za imenovanje.¹⁰⁴ Svaka osoba, čije smjernice ili upute direktori obično prate, a da nije formalno imenovana, smatra se direktorom u smislu svih obveza i odgovornosti koje se primjenjuju na direktore. Osoba se ne smatra direktorom isključivo na temelju toga što uprava djeluje u skladu sa savjetima koje je dala u svojstvu stručnjaka.¹⁰⁵

Jedini član ima pravo davanja uputa upravi SUP-a. Upute jedinog člana nisu obvezujuće ni za jednog direktora ako se njima krši društveni ugovor ili mjerodavno nacionalno pravo.¹⁰⁶ Uprava SUP-a nije samostalna u vođenju poslova, a davanjem uputa se jedini član neposredno uključuje u tijek poslovanja društva. Ipak, od uputa direktori mogu i odstupiti ako bi radnjama poduzetim na temelju njih počinili kažnjive radnje ili bi nastala njihova odgovornost za štetu prema društvu ili trećim osobama.

Uprava ima ovlast zastupati SUP, uključujući sklapanje ugovora s trećim osobama i zastupanje SUP-a u sudskim i upravnim postupcima.¹⁰⁷ Ako uprava ima više direktora, oni mogu pojedinačno zastupati SUP, osim ako je društvenim ugovorom određeno skupno zastupanje. Bilo koje drugo ograničenje ovlasti direktora na zastupanje predviđeno društvenim ugovorom, odlukom jedinog člana ili odlukom uprave ne smije se isticati ni u kojem sporu s trećim osobama, čak i ako je to ograničenje objavljeno. Radnje koje poduzima uprava obvezujuće su za SUP, čak i ako nisu u okviru predmeta poslovanja SUP-a.¹⁰⁸ Uprava može ovlastiti treće osobe na zastupanje SUP-a ako je to dopušteno društvenim ugovorom. Ona ne može na treću osobu prenijeti svoju ovlast pokretanja stečajnog postupka ili likvidacije SUP-a.¹⁰⁹

Države članice osiguravaju da se u okviru njihovih nacionalnih prava od SUP-ova zahtijeva da pokrenu likvidaciju ili da se preoblikuju u drugi oblik trgovačkog društva ako SUP-ovi prestanu djelovati u skladu sa zahtjevima utvrđenima Prijedlogom direktive (prinudna likvidacija ili preoblikovanje).¹¹⁰ Ako SUP ne poduzme prikladne korake za preoblikovanje u drugi pravni oblik trgovačkog društva, nadležnom nacionalnom tijelu dodjeljuju se ovlasti potrebne za likvidaciju SUP-a.¹¹¹ Time se od država članica zahtijeva da nadziru poslovanje SUP-ova i predvide odgovarajuće

104 Čl. 22. st. 6. Prijedloga direktive. Ako je fizička osoba nepodobna za imenovanje u upravu SUP-a na temelju sudske ili administrativne odluke koju je donijela druga država članica i ako ta odluka ostane na snazi, odluka mora biti objavljena nakon registracije u skladu s čl. 13. Prijedloga direktive. Država članica registracije može, kao pitanje javne politike, odbiti registraciju SUP-a, ako je fizička osoba nepodobna za imenovanje u upravu na temelju sudske ili administrativne odluke koju je donijela druga država članica. Ako se države članice moraju poslužiti međusobnom administrativnom suradnjom, primjenjuju Uredbu 1024/2012/EU.

105 Čl. 22. st. 7. Prijedloga direktive.

106 Čl. 23. st. 1. i 2. Prijedloga direktive.

107 Čl. 24. st. 1. Prijedloga direktive.

108 Čl. 24. st. 2. Prijedloga direktive.

109 Čl. 24. st. 3. Prijedloga direktive.

110 Prijedlog direktive u čl. 28. obvezuje države članice utvrditi sankcije koje se primjenjuju za kršenje nacionalnih odredbi donesenih u skladu s Prijedlogom direktive i poduzimaju sve potrebne mjere za osiguranje njihove provedbe. Predviđene sankcije moraju biti učinkovite, razmjerne i odvraćajuće.

111 Čl. 25. st. 1. Prijedloga direktive.

postupke za prestanak ili preoblikovanje SUP-a u neki drugi nacionalni oblik trgovačkog društva radi nastavka poslovanja. SUP u svakom trenutku može odlučiti o preoblikovanju u drugi pravni oblik trgovačkog društva, pridržavajući se postupka utvrđenog mjerodavnim nacionalnim pravom (dragovoljno preoblikovanje).¹¹² SUP koji je preoblikovan u drugi pravni oblik trgovačkog društva ili je prestao postojati, bilo prinudno, bilo dragovoljno, prestaje upotrebljavati kraticu SUP.¹¹³

5. DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU S JEDNIM ČLANOM I JEDNOSTAVNO DRUŠTVO S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU U HRVATSKOM PRAVU

Hrvatski Zakon o trgovačkim društvima dopušta osnivanje dioničkih društava i društava s ograničenom odgovornošću s jednim članom.¹¹⁴ Odredbe ZTD-a usklađene su s odredbama Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom iz 2009. godine.¹¹⁵ Kada se radi o dioničkim društvima i društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom na njih se primjenjuje pravni režim koji vrijedi i za društva kapitala s više članova, uz određene posebnosti.¹¹⁶ Izmjenama i dopunama

112 Čl. 25. st. 2. Prijedloga direktive.

113 Čl. 25. st. 3. Prijedloga direktive.

114 Čl. 159. st. 2. i čl. 385. st. 1 ZTD-a, NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13.

115 Obvezu objave činjenice da je društvo kapitala postalo društvo s jednim članom/dioničarom zbog toga što sve poslovne udjele/dionice u društvu sada drži samo jedan pravni subjekt ili je osnovano od strane jednog subjekta, kao i identiteta tog jedinog člana/dioničara upisom u sudski registar propisuje čl. 189. t. 9. za dionička društva i čl. 396. st. 1. t. 8. ZTD-a za društva s ograničenom odgovornošću. Stekne li nakon osnivanja dioničkog društva jedan dioničar sve dionice društva ili ih uz njega drži još i društvo, u sudski se registar moraju upisati njegovi osobni podaci (čl. 189.a st. 1. ZTD-a). Ako nakon toga dionice stekne još neki dioničar, osim kada se po ZTD-u smatra da je riječ o stjecanju vlastitih dionica društva, dotadašnji se jedini dioničar briše iz sudskog registra (čl. 189.a st. 2. ZTD-a). Svaka odluka glavne skupštine dioničkog društva mora se navesti u zapisniku kojega sastavlja javni bilježnik (čl. 286. st. 1. ZTD-a). Ako sve poslovne udjele u društvu s ograničenom odgovornošću drži samo jedan član ili uz njega i društvo, on mora bez odgađanja po donošenju odluke o tome sastaviti zapisnik i potpisati ga (čl. 440. st. 3. ZTD-a). Odluke donesene na skupštini i one donesene pisanim putem moraju se bez odgode unijeti u posebnu knjigu odluka, pri čemu svaki član društva ima pravo uvida u tu knjigu, a može postaviti zahtjev za dostavom izvoda iz svih odluka koje su unesene u knjigu odluka (čl. 446. ZTD-a). Za obvezu da se ugovori između jedinog člana/dioničara i njegovog društva koje on zastupa sastavljaju u pisanom obliku vidi odredbe čl. 194.a ZTD-a o nastavku osnivanja dioničkog društva i čl. 441. st. 1. t. 10. ZTD-a.

116 Ako društvo s ograničenom odgovornošću osniva samo jedan osnivač, on mora prije podnošenja prijave za upis dati primjereno osiguranje za to da će dio uloga u novcu koji nije uplaćen biti uredno plaćen (čl. 394. st. 2. ZTD-a). Sjedine li se u roku od tri godine po upisu društva s ograničenom odgovornošću u sudski registar svi udjeli kod jednoga člana ili uz to i kod društva, član društva mora u roku od tri mjeseca od takvog sjedinjenja u cjelini uplatiti sve uloge u novcu ili dati društvu osiguranje za ono što još nije uplaćeno ili dio udjela prenijeti na nekog trećeg. Uprava mora registarskome sudu podnijeti prijavu za upis sjedinjenja udjela u sudski registar (čl. 398. st. 7. ZTD-a). Član društva dužan je odmah po proteku roka od tri mjeseca od takvog sjedinjenja izvijestiti registarski sud o tome koju je od propisanih mjera poduzeo i

ZTD-a iz 2012. godine uvedena je mogućnost osnivanja jednostavnih društava s ograničenom odgovornošću, koja obilježava jednostavniji postupak osnivanja ove podvrste društva s ograničenom odgovornošću te smanjenje troškova koji su potrebni za njihovo osnivanje, snižavanjem iznosa temeljnoga kapitala potrebnog za njihovo osnivanje.¹¹⁷ Ovom se podvrstom društva s ograničenom odgovornošću žele ostvariti sljedeći ciljevi: smanjiti migracija hrvatskih poduzetnika, olakšati ulazak u poduzetnički pothvat i spriječiti obavljanje neregistrirane djelatnosti. Postavljeni su ciljevi rezultat primjene pravila o slobodi poslovnog nastana na području Republike Hrvatske od 1. srpnja 2013. godine.¹¹⁸ Te oblike trgovačkih društava mogu osnivati domaći i strani pravni subjekti koji imaju namjeru trajno obavljati svoju gospodarsku djelatnost na području Republike Hrvatske.

Kada se radi o postupku registracije trgovačkih društava na području Republike Hrvatske još 2005. godine pokrenut je HITRO.HR ured, koji je omogućio elektroničku registraciju osnivanja trgovačkih društava. Usluge HITRO.HR ureda mogu se koristiti samo za osnivanje društava s ograničenom odgovornošću s temeljnim kapitalom uplaćenim u novcu ili za osnivanje jednostavnih društava s ograničenom odgovornošću.¹¹⁹ Podloga za to bile su izmjene i dopune Zakona o sudskom registru, koji je usklađen s direktivama Europske unije.¹²⁰ Budući da se za podnošenje

pružiti dokaz da je to učinio. Ne postupi li tako, registarski sud će ga pozvati da to učini u roku koji mu za to odredi. Ako član društva ne ispunji svoju propisanu obvezu ni u tome roku, a ne uloži ni osnovanu žalbu protiv rješenja kojim je pozvan da je ispunji, registarski sud će donijeti odluku o prestanku društva (čl. 398. st. 8. ZTD-a).

117 Ova je podvrsta društva s ograničenom odgovornošću uvedena u hrvatsko pravo po uzoru na njemačko jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću (njem. *Unternehmegessellschaft – UG*). Na jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću primjenjuju se posebne odredbe ZTD-a o tom društvu, ali i odredbe o tzv. redovitim društvima s ograničenom odgovornošću, za ona pitanja koja nisu uređena posebnim odredbama. Vidi u Horak, H., Dumančić, K., Šafranko, Z., „Komparativni osvrt na...“, str. 37.

118 Brnabić, Ratko, Ivančev, Mario, „Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 51, br. 2/2014., str. 449.-450., Gongeta, S., op. cit., str. 841.-842., Horak, H., Dumančić, K., Šafranko, Z., op. cit., str. 37.-38.

119 HITRO.HR ured samo posreduje između osnivača trgovačkog društva i sudskog registra, a osnivači određene radnje moraju poduzeti osobno kod javnog bilježnika (ovjera prijave za upis i nekih njezinih priloga).

120 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. Zakon o sudskom registru predviđa da se glavna knjiga vodi u elektroničkom obliku, a zbirka isprava u papirnatom ili elektroničkom obliku. Glavne knjige i zbirke isprava koje se vode u elektroničkom obliku povezuju se u jedinstvenu bazu podataka za Republiku Hrvatsku. Isprave i podatci koji se pohranjuju u zbirci isprava mogu biti i na jednom od službenih jezika Europske unije, a u glavnoj knjizi se naznačuje da postoji prijevod. Te isprave i podatci moraju biti prevedeni od ovlaštenog sudskog tumača, a u slučaju nesuglasja sadržaja isprava i podataka na hrvatskom jeziku i onih na stranom jeziku, mjerodavnom će se smatrati isprava sastavljena na hrvatskom jeziku (čl. 3. Zakona o sudskom registru). Registar je javan, a Hrvatskoj gospodarskoj komori i drugim osobama osigurat će se dostupnost podataka upisanih u glavnoj knjizi elektroničkom komunikacijskom mrežom ili putem medija za prijenos podataka, uz naknadu, a na njihov zahtjev (čl. 4. i 4.a Zakona o sudskom registru). Po pravomoćnosti rješenja o upisu u registar podatci o upisu objavljuju se bez odgode u Narodnim novinama, odnosno na internetskoj stranici na kojoj se nalazi registar (čl. 18. Zakona o sudskom registru).

elektroničke prijave za upis osnivanja trgovačkog društva traži posredovanje javnog bilježnika¹²¹ ili HITRO.HR ureda,¹²² hrvatsko pravo za sada ne pruža mogućnost neposredne elektroničke registracije. To strane osnivače izlaže neizravnim troškovima osnivanja, budući da samo osobno ili preko punomoćnika mogu poduzimati radnje koje su potrebne za elektroničku registraciju osnivanja trgovačkog društva. Stoga odredbe Prijedloga direktive o elektroničkoj registraciji SUP-a konkuriraju odredbama hrvatskoga prava.

Društvo s ograničenom odgovornošću koje ima najviše tri člana i jednog člana uprave može se osnovati na pojednostavnjeni način (jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću).¹²³ Za osnivanje jednostavnog društva s ograničenom

Upisi elektroničkim putem provode se u glavnoj knjizi registra bez donošenja rješenja o upisu, a ako je prijava za upis osnivanja društva s ograničenom odgovornošću podnesena elektronički putem sustava e-Tvrtka, upis se mora provesti u roku od 24 sata od dana primitka prijave (čl. 53. Zakona o sudskom registru).

121 Svi osnivači moraju potpisati društveni ugovor koji se sklapa u obliku javnobilježničkog akta ili privatne isprave koju potvrđuje javni bilježnik. Ako društvo osniva samo jedan osnivač, društveni ugovor zamjenjuje izjava osnivača o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću koja se daje kod javnog bilježnika (čl. 387. st. 1. i 2. ZTD). Punomoćnici osnivača moraju imati punomoć ovjerenu kod javnog bilježnika (čl. 387. st. 3. ZTD). Isto vrijedi i u pogledu obrasca zapisnika o osnivanju jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću koje sastavlja javni bilježnik (čl. 387. st. 2. ZTD).

122 Javni bilježnici mogu, u skladu sa svojim ovlastima i odredbama Zakona, komunicirati s registarskim sudom i elektroničkim putem te su ovlašteni podnositi prijave za upis u registar elektroničkim putem te izdavati izvratke, preslike i prijepise na zahtjev pravnih subjekata. Oni imaju iste ovlasti i obveze kao ovlašteni sudski službenici. (čl. 5. Zakona o sudskom registru). Osobe koje su po zakonu ovlaštene predlagati upis u registar i poduzimati druge postupovne radnje u registarskom postupku mogu te radnje poduzimati osobno ili preko punomoćnika, a osobe koje rade na poslovima HITRO.HR ureda ovlaštene su podnositi prijave radi osnivanja trgovačkih društava preko sustava e-Tvrtka, sukladno ovlastima propisanim posebnim propisima (čl. 5.a Zakona o sudskom registru). Postupak za upis u registar pokreće se pisanom prijavom s određenim zahtjevom za upis podataka ili zahtjevom za promjenu upisanih podataka, koji se predaje registarskom sudu na papiru ili elektroničkim putem (čl. 9. Zakona o sudskom registru). Prijava za upis u registar podnosi se sudu u obliku javno ovjerene isprave ili elektroničke prijave i elektroničkog podneska podnesenih sudu elektroničkim putem od javnog bilježnika ili ureda HITRO.HR. Elektronička prijava ili podnesak potpisani naprednim elektroničkim potpisom javnog bilježnika smatraju se javno ovjerenom ispravom. Elektronički, preko sustava e-Tvrtka, može se podnijeti prijava za rezervaciju imena ili naziva, a za društvo s ograničenom odgovornošću prijava za upis osnivanja ako je ulog u novcu (čl. 39. Zakona o sudskom registru). Prilozi i ostale isprave na koje se prijava poziva podnose se uz prijavu na papiru u izvorniku, ovjerenoj preslici, odnosno prijepisu, u dovoljnom broju primjeraka za sud i sudionike. Ako se prijava podnosi elektroničkim putem, na isti se način podnose i prilozi i ostali dokumenti na koje se prijava poziva, a koji moraju biti istovjetni s izvornim ispravama ili dokumentima. Izvornik prijave i priloga, odnosno njihovi prijepisi ili ovjerene preslike, dostavljaju se u roku od tri dana od dana dodjele poslovnog broja pod kojim je elektronička prijava evidentirana u registarskom upisniku (čl. 40. Zakona o sudskom registru).

123 Na dan 31. listopada 2014. godine broj registriranih jednostavnih društava s ograničenom odgovornošću iznosio je 16.484 društava, od toga 16.458 aktivnih. Broj registriranih društava s ograničenom odgovornošću iznosio je 139.124 društava, od toga 121.434 aktivnih. Broj registriranih glavnih podružnica inozemnih trgovačkih društava ili trgovaca pojedinaca iznosio je 663 podružnice, od toga 470 aktivnih. Iz navedenih statističkih podataka nije moguće utvrditi

odgovornošću moraju se koristiti obrasci zapisnika koje sastavlja javni bilježnik, a koji su prilozi ZTD-a.¹²⁴ Tvrtka jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću mora sadržavati oznaku „jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“ ili oznaku „j.d.o.o.“.¹²⁵ To znači da jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću može osnovati i samo jedna fizička ili pravna osoba. Pravilno ispunjeni obrazac predstavlja standardizirani društveni ugovor te se njime zamjenjuju i neke druge isprave koje je potrebno sastaviti pri osnivanju društva s ograničenom odgovornošću. Obrazac sadrži odredbe o tvrtki, predmetu poslovanja, članovima, visini temeljnoga kapitala i preuzimanju poslovnih udjela, sjedištu društva, trajanju društva, odredbe o troškovima osnivanja koji se podmiruju iz imovine društva i podatke o članu uprave. Osnivači jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću u obrascu samostalno određuju djelatnosti društva, iznos temeljnog kapitala, uz poštovanje zakonskih ograničenja, tvrtku i sjedište društva te imenuju člana uprave.¹²⁶ Na sva pitanja koja nisu uređena obrascem, a koja mogu biti uređena društvenim ugovorom, primjenjuju se odredbe ZTD-a. Svrha uvođenja obrasca smanjenje je troškova i brže osnivanje jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću. Primjenu obrasca društvenog ugovora predviđa i Prijedlog direktive.

Do nastanka jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću može doći samo osnivanjem *ex nihilo*. Ono ne može nastati preoblikovanjem, spajanjem ili podjelom neke druge vrste trgovačkog društva. Također, postojeće društvo s ograničenom odgovornošću ne smije smanjiti svoj temeljni kapital ispod propisanog najnižeg iznosa i na taj način se pretvoriti u jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću.¹²⁷ Prijedlog direktive predviđa nastanak SUP-a osnivanjem *ex nihilo* ili pretvaranjem postojećeg društva s ograničenom odgovornošću u SUP, čime konkurira odredbama hrvatskog prava o jednostavnom društvu s ograničenom odgovornošću.

Najniži iznos temeljnoga kapitala društva je 10,00 kuna, a najniži nominalni iznos poslovnog udjela 1,00 kuna. Temeljni kapital i poslovni udjeli u društvu moraju glasiti na pune iznose kuna.¹²⁸ Pri osnivanju svaki osnivač smije preuzeti samo jedan poslovni udio. Najniži iznos temeljnoga kapitala glavna je razlika jednostavnog društva

broj društava sa samo jednim članom, a koji su strani pravni subjekti. Vidi Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Mjesečno statističko izvješće br. 11/2014, Zagreb, 2014., str. 10.-11., dostupno na: http://www.dzs.hr/Hrv_Eng/msi/2014/msi-2014_11.pdf, 13. siječnja 2015.

124 Čl. 387. st. 2. i čl. 390.a st. 1. ZTD-a. Osim u pogledu primjene propisanih obrazaca ne mogu se dogovoriti nikakva odstupanja od odredbi ZTD-a. Popunjeni obrazac zapisnika vrijedi kao popis članova društva, popis osoba ovlaštenih da vode poslove društva, te sadrži izjavu kojom član uprave prihvaća imenovanje te potpis člana uprave koji se pohranjuje u sudski registar. U svemu ostalome na takav se zapisnik na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZTD-a o društvenom ugovoru.

125 Čl. 13. st. 2. t. 4. i čl. 390.a st. 2. ZTD-a.

126 Ograničenje da jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću mora imati samo jednog direktora vrijedi samo pri osnivanju. Nakon osnivanja, izmjenom društvenog ugovora moguće je imenovati i druge direktore, odnosno opozvati jedinog direktora i imenovati drugog. Vidi u Brnabić, R., Ivančev, M., op. cit., str. 453.-454.

127 Ibid., str. 455.-456.

128 Čl. 390.a st. 3. ZTD-a.

s ograničenom odgovornošću od društva s ograničenom odgovornošću, čiji je najniži iznos temeljnoga kapitala 20.000,00 kuna. Iznos temeljnoga kapitala jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću određuje se obrascem zapisnika i može se kretati u rasponu od 10,00 kuna do najviše 19.999,00 kuna. Takvim propisivanjem iznosa temeljnoga kapitala smanjuju se troškovi koji nastaju pri osnivanju društva.¹²⁹ Prijedlog direktive određuje da temeljni kapital SUP-a iznosi najmanje jedan euro, pri čemu države članice ne mogu određivati najveću vrijednost jedinog poslovnog udjela, što predstavlja fleksibilnije rješenje.

Ulozi za preuzete poslovne udjele uplaćuju se samo u novcu. Zabranjuju se ulozu u stvarima i pravima. Prijava za upis društva u sudski registar podnosi se nakon što su potpuno uplaćeni ulozu za sve preuzete poslovne udjele u društvu.¹³⁰ To predviđa i Prijedlog direktive.

Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću predstavlja prijelazni oblik k društvu s ograničenom odgovornošću. Od njega se očekuje da nakon osnivanja u određenom trenutku poveća svoj temeljni kapital na iznos od 20.000,00 kuna i nastavi poslovati kao društvo s ograničenom odgovornošću. Pritom ne postoji obveza da to učini ni rok unutar kojega treba povećati svoj temeljni kapital.¹³¹ Budući da ono nema temeljni kapital koji bi pružao jamstvo vjerovnicima da će naplatiti svoje tražbine, ZTD propisuje obvezu oblikovanja zakonskih rezervi u jednostavnom društvu s ograničenom odgovornošću. Društvo mora imati zakonske rezerve u koje mora unijeti četvrtinu iznosa dobiti društva iskazane u godišnjim financijskim izvješćima umanjene za iznos gubitka iz prethodne godine. Zakonske rezerve smiju se upotrijebiti: a) za povećanje temeljnoga kapitala pretvaranjem rezervi u temeljni kapital društva, b) za pokriće gubitka iskazanog za godinu za koju se podnose godišnja financijska izvješća ako nije pokriven iz dobiti prethodne godine i c) za pokriće gubitka iskazanog za prethodnu godinu ako nije pokriven iz dobiti iskazane u godišnjim financijskim izvješćima za godinu za koju se podnose.¹³² Ovakvom obvezom bitno se smanjuje sloboda članova jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću odlučivati o upotrebi dobiti društva, ali se istodobno osigurava financijska stabilnost društva te osiguravaju sredstva iz kojih je moguće povećati temeljni kapital društva.¹³³ Prijeti li društvu nesposobnost za plaćanje, mora se odmah sazvati skupština društva.¹³⁴ Prijedlog direktive određuje da SUP ne podliježe pravilima o obvezi oblikovanja zakonskih rezervi, ali je društvenim ugovorom moguće predvidjeti da se dio dobiti izdvaja u rezerve društva. Zaštita vjerovnika u SUP-u se ostvaruje pravilima o načinu podjele dobiti članu društva i smanjenju temeljnog kapitala društva (provjera bilance i potvrda o solventnosti). Time SUP konkurira jednostavnim društvima s ograničenom odgovornošću.

¹²⁹ Horak, H., Dumančić, K., Šafranko, Z., op. cit., str. 40.

¹³⁰ Čl. 390.a st. 4. ZTD-a.

¹³¹ Brnabić, R., Ivančev, M., op. cit., str. 455., Horak, H., Dumančić, K., Šafranko, Z., op. cit., str. 42.

¹³² Čl. 390.a st. 5. ZTD-a.

¹³³ Brnabić, R., Ivančev, M., op. cit., str. 458.-462., Horak, H., Dumančić, K., Šafranko, Z., op. cit., str. 41.

¹³⁴ Čl. 390.a st. 6. ZTD-a.

Poveća li jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću temeljni kapital tako da dostiže ili postaje veći od najnižeg temeljnoga kapitala od 20.000,00 kuna, na društvo se više ne primjenjuju odredbe čl. 390.a st. 3.-6. ZTD-a, s time da ono smije zadržati tvrtku s oznakom „jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću“. Na temeljni kapital društva i na poslovne udjele tada se primjenjuju odredbe čl. 390. st. 1. ZTD-a, koje se primjenjuju na društva s ograničenom odgovornošću.¹³⁵

6. ZAKLJUČAK

Polazeći od neuspjeha u usvajanju Prijedloga uredbe o statutu Europskog privatnog društva te različitih učinaka reformi nacionalnih pravila o društvima s ograničenom odgovornošću u državama članicama, Europska je komisija u travnju 2014. godine izradila Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom. U drugom dijelu Prijedloga direktive sadržane su odredbe o *Societas Unius Personae* (SUP), podvrsti društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom. SUP ne predstavlja novi nadnacionalni oblik trgovačkog društva, nego odredbe Prijedloga direktive uklanjaju prepreke za osnivanje društava-kćeri trgovačkih društava koja imaju namjeru prekogranično obavljati svoju djelatnost. Prijedlog direktive ograničava se na usklađivanje pravnih pravila o osnivanju, sadržaju društvenog ugovora, postupku registracije, poslovnim udjelima i temeljnom kapitalu te unutarnjem ustrojstvu SUP-a. Predviđa mogućnost registracije SUP-a u papirnatom i elektroničkom obliku uz primjenu obrasca društvenog ugovora i prijave za upis. Želi se osigurati mogućnost neposredne elektroničke registracije SUP-a i za strane osnivače (fizičke i pravne osobe). Pritom se ne postavljaju nikakva ograničenja u pogledu veličine trgovačkog društva koje osniva SUP niti se traži uvjet postojanja prekograničnog poslovanja osnivača SUP-a ili namjere takvog poslovanja. Što se tiče poslovnog udjela SUP ima samo jedan poslovni udio koji se ne može dijeliti, kojeg ne može steći ili držati kao vlastiti poslovni udio. Temeljni kapital SUP-a iznosi najmanje jedan euro, pri čemu države članice ne mogu određivati najveću vrijednost jedinog poslovnog udjela. Države članice osiguravaju da SUP ne mora oblikovati zakonske rezerve, ali se društvenim ugovorom može predvidjeti da se dio dobiti izdvaja u rezerve društva. Što se tiče uloga za preuzeti poslovni udio, on se u cijelosti uplaćuje u trenutku registracije, a pri uspostavi SUP-a taj se ulog može unijeti samo u novcu. Naknadno povećanje ili smanjenje temeljnoga kapitala SUP-a dopušteno je barem u novcu i u stvarima te pravima. Zaštita vjerovnika SUP-a osigurava se kroz pravila o načinu podjele dobiti članu društva i smanjenju temeljnoga kapitala društva, kada se primjenjuje provjera bilance društva te se izrađuje obvezatna potvrda o solventnosti SUP-a.

Hrvatsko pravo dopušta osnivanje društava-kćeri u pravnom obliku društva s ograničenom odgovornošću s jednim članom ili jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću. Što se tiče podnošenja elektroničke prijave za upis osnivanja trgovačkog društva traži se posredovanje javnog bilježnika ili HITRO.HR ureda, pa stoga hrvatsko pravo za sada ne pruža mogućnost neposredne elektroničke registracije. Zbog toga su

¹³⁵ Čl. 390.a st. 7. ZTD-a.

odredbe Prijedloga direktive o elektroničkoj registraciji SUP-a povoljnije za osnivače. Vezano uz jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću njegov je najniži iznos temeljnoga kapitala 10,00 kuna. No budući da je jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću prijelazni oblik k društvu s ograničenom odgovornošću, od kojega se očekuje da nakon osnivanja u određenom trenutku poveća svoj temeljni kapital na iznos od 20.000,00 kuna i nastavi poslovati kao društvo s ograničenom odgovornošću, hrvatsko pravo postavlja i gornju granicu iznosa temeljnoga kapitala. Time se smanjuju troškovi osnivanja jednostavnog društva s ograničenom odgovornošću, a osnivači ograničeno odgovaraju za obveze društva u slučaju pokretanja poslovne aktivnosti. Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću tijekom poslovanja ostvaruje dobit koju unosi u zakonske rezerve, a koje kasnije može koristiti za povećanje temeljnoga kapitala. ZTD propisuje obvezu oblikovanja zakonskih rezervi u jednostavnom društvu s ograničenom odgovornošću. Prijedlog direktive ne predviđa ograničenje najvišeg iznosa temeljnog kapitala SUP-a, niti dopušta uvođenje obveze oblikovanja zakonskih rezervi. Zbog toga su rješenja Prijedloga direktive fleksibilnija.

Ako dođe do usvajanja Prijedloga direktive, SUP će uspješno konkurirati nacionalnim oblicima trgovačkih društava pri osnivanju društava-kćeri za prekogranično poslovanje fizičkih i pravnih osoba. Predložena rješenja za SUP mogu biti putokaz i za daljnja poboljšanja nacionalne regulative država članica, osobito kada se radi o elektroničkoj registraciji i načinima zaštite vjerovnika nacionalnih društava s ograničenom odgovornošću s niskim iznosom temeljnog kapitala. S obzirom na kritike koje su se pojavile u odnosu na Prijedlog direktive, predstoji dugotrajan postupak utvrđivanja njegovog konačnog teksta s neizvjesnim ishodom.

Summary

***SOCIETAS UNIUS PERSONAE* – PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON SINGLE-MEMBER PRIVATE LIMITED LIABILITY COMPANIES**

In 2014 European Commission composed Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies. The Proposal introduced *Societas Unius Personae* (SUP). It is variety of the single-member private limited liability company. The SUP is not a new supranational form of company. Member States shall ensure direct on-line registration for incorporation of the SUP with the compulsory use of the templates of Articles of Association and application for registration. The Proposal prescribes minimum capital requirement equivalent to one euro with the introduction of balance sheet test and solvency statement to protect creditors. The aim is removal of the barriers that exist in the national laws of the Member States in the establishment of subsidiaries in order to initiate cross-border business activities of small and medium enterprises.

Key words: *Societas Unius Personae, direct on-line registration, minimum capital requirement, single-member private limited liability company, simple private limited liability company, European Union.*

Zusammenfassung

***SOCIETAS UNIUS PERSONAE* – RICHTLINIENVORSCHLAG ÜBER GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG MIT EINEM EINZIGEN GESELLSCHAFTER**

Die Europäische Kommission hat 2014 den Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter ausgearbeitet. Der Richtlinienvorschlag führt *Societas Unius Personae* (SUP), einen Subtyp der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ein. SUP stellt keine neue supranationale Handelsgesellschaftsform dar. Die Mitgliedsstaaten müssen eine direkte Online-Eintragung der SUP auf der Basis der Mustersatzung und der Registrierungsanmeldung zulassen. Der Richtlinienvorschlag schreibt den Mindestbetrag des Stammkapitals der SUP in Höhe von einem Euro vor. Zum Schutz der Gläubiger dienen der Bilanztest und die Ausstellung einer Solvenzbescheinigung vor der Gewinnausschüttung. Damit sollen Hindernisse, welche in nationalen Rechten von Mitgliedsstaaten bei der

Gründung von Tochtergesellschaften wegen grenzüberschreitender Tätigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen im EU-Ausland entstehen, beseitigt werden.

Schlüsselwörter: *Societas Unius Personae, direkte Online-Eintragung, Mindestbetrag des Stammkapitals, Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, einfache Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Europäische Union.*

Riassunto

SOCIETAS UNIUS PERSONAE – PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA CON UN UNICO SOCIO

Nel 2014 la Commissione europea ha redatto la proposta di direttiva del parlamento europeo e del Consiglio sulle società a responsabilità limitata con un unico socio. La proposta di direttiva introduce la *Societas Unius Personae* (SUP), sottocategoria di società a responsabilità limitata con un unico socio. La SUP non rappresenta una nuova forma di società commerciale sopranazionale. Agli Stati membri è richiesto di permettere la registrazione elettronica diretta della *Societas Unius Personae* mediante l'utilizzo di un modulo unico di contratto sociale e di dichiarazione per l'iscrizione. La proposta di direttiva detta l'importo minimo del capitale sociale della SUP nell'ammontare di un euro, mentre la tutela dei creditori si realizza mediante il controllo del bilancio della SUP e mediante la redazione della dichiarazione di insolvenza prima della ripartizione degli utili della SUP all'unico socio. In tale modo si vogliono marginare gli ostacoli presenti nei singoli diritti nazionali degli Stati membri all'atto della costituzione di società figlie al fine dell'avvio di affari transfrontalieri delle piccole e medie imprese.

Parole chiave: *Societas Unius Personae, registrazione elettronica diretta, importo minimo del capitale sociale, società a responsabilità limitata con un unico socio, società semplice a responsabilità limitata, Unione europea.*

NAKNADA BUDUĆE ŠTETE

Dr. sc. Jadranko Jug, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.513
Ur.: 23. veljače 2015.
Pr.: 13. ožujka 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuje problematika vezana uz naknadu štete koja nastaje u budućnosti. Za razliku od postojeće štete kod koje je šteta već nastala temeljem određenog uzroka ili štetnog događaja, kod buduće štete nastao je samo njezin uzrok, a sama šteta još nije nastala. Buduća šteta može biti neizvjesna, a može biti i potpuno izvjesno da će nastupiti u budućnosti. Posebna je dvojba o pravnoj naravi buduće štete koja će izvjesno sukcesivno nastajati u budućnosti, odnosno radi li se o povremenim potraživanjima i kada nastupa zastara takvih potraživanja. Buduća šteta može biti imovinska ili neimovinska, ali se u pravilu najviše dvojbi pojavljuje kod buduće imovinske štete za koju Zakon o obveznim odnosima propisuje mogućnost potraživanja naknade štete u obliku novčane rente. Jedno od pitanja koje se nametnulo u sudskoj praksi odnosi se na to je li moguće potraživati naknadu buduće izvjesne štete za koju je propisano da se ostvaruje u obliku novčane rente i pojedinačnim utuženjima za određena protekla razdoblja. Stoga su u radu predmet razmatranja sva pitanja koja se odnose na vrstu, pravnu narav, mogućnost ostvarenja i zastaru naknade buduće štete. Osnovna metoda u radu je analiza i istraživanje sudske prakse, odnosno odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske koje se odnose na potraživanja naknade buduće štete, a cilj i svrha rada je otklanjanje postojećih dvojbi u svezi s ostvarenjem naknade buduće štete.

Ključne riječi: *naknada štete, buduća šteta, izgubljena zarada, tuđa pomoć i njega, zastara naknade buduće štete, povremena potraživanja*

1. UVOD

Naknada štete je samo jedan od načina popravljivanja štete, iako se vrlo često smatra da je naknada štete isključiva posljedica odgovornosti za štetu povodom određenog štetnog događaja.¹ Pored naknade štete načini popravljivanja štete su i

¹ Tako i Klarić, P. i Vedriš, M.; Građansko pravo, XI. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 628. U kolokvijalnom govoru pod pojmom naknade štete također se zna podrazumijevati odgovornost za prouzročenje štete i načini popravljivanja štete. (O tome v. Crnić, I.; Zakon o obveznim odnosima, Napomene, komentari, sudska praksa i prilozi, Treće izd., Organizator, Zagreb, 2006., str. 722.).

naturalna restitucija te satisfakcija.² Predmet ovoga rada je naknada buduće štete kao specifične podvrste naknade štete kao načina popravljivanja štete koji se sastoji u novčanom ekvivalentu, odnosno naknadi u novcu. Zakon o obveznim odnosima³ spominje buduću štetu izrijekom u odnosu na neimovinsku štetu,⁴ dok to ne čini u odnosu na imovinsku štetu, već se o budućoj šteti može zaključiti iz odredbi ZOO-a o obvezi plaćanja rente.⁵

Sudovi u Republici Hrvatskoj (dalje RH) razvili su bogatu sudsku praksu u vezi s naknadom buduće štete. 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.⁶ VSRH se u svojim odlukama tako bavio pitanjima o kojoj vrsti potraživanja se radi kod naknade buduće štete, na koji način se sve može ostvarivati potraživanje naknade buduće štete, kada dopijeva potraživanje naknade štete koja će nastati u budućnosti, a slijedom toga kada nastupa zastara potraživanja takve posebne vrste štete. Sudska praksa VSRH se mijenjala u vezi s nekim navedenim pitanjima, ali su danas prihvaćena pravna stajališta koja uglavnom otklanjaju dvojbe u vezi s ostvarenjem naknade buduće štete.

U radu će se prvotno prikazati podjela i pokušati izvršiti klasifikacija i određenje buduće štete s obzirom na to radi li se o imovinskoj ili neimovinskoj budućoj šteti, s obzirom na trenutak njenog nastanka, te posebna obilježja određenih budućih šteta. Nakon definiranja pojma i podjele buduće štete navest će se mogućnosti i načini ostvarenja pojedinih vrsta budućih šteta, a posebno kada dopijeva potraživanje pojedinih vrsta buduće štete, odnosno kada nastupa zastara potraživanja naknade pojedine buduće štete. S obzirom na to da je naknada buduće štete podvrsta naknade štete općenito kao načina popravljivanja štete, uvodno će se iznijeti osnovne značajke naknade štete općenito.

Osnovni cilj i svrha rada je analiza i cjeloviti prikaz instituta naknade buduće štete te njezinog ostvarenja u sudskom postupku, kao i otklanjanje eventualno preostalih dvojbi koje se pojavljuju u sudskoj praksi. Osnovna metoda koja se koristi u radu radi ostvarenja cilja i svrhe rada je uvid u sudsku praksu, odnosno analiza odluka i sudske prakse VSRH-a i drugih sudova u RH. Svaki pravni sustav mora osigurati učinkovitu zaštitu imovine fizičkih i pravnih subjekata, kao i zaštitu njihovih neimovinskih prava, a naknada štete je najčešći način zaštite kad dođe do oštećenja nečijih imovinskih ili neimovinskih dobara i prava koje su neovlašteno prouzročili drugi subjekti. Ostvarenje naknade buduće štete dio je te zaštite, i smatramo da je to posebno značajno upravo zbog vremenskog odmaka između nastanka štetnog događaja i štetnih posljedica koje nastupaju tek u budućnosti.

2 Klarić i Vedriš, *op. cit.*, str. 628.

3 Narodne novine, broj 35/05, 41/08 i 125/11 – dalje ZOO.

4 V. čl. 1104. ZOO.

5 V. čl. 1088., 1094 i 1095. ZOO.

6 V. čl. 119. st. 1. Ustava RH (Narodne novine, broj 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, broj 28/13 – dalje ZS).

2. OPĆENITO O NAKNADI ŠTETE

ZOO je u odnosu na raniji zakon⁷ znatno bolje terminološki odredio razliku između popravljanja štete i naknade štete. Naime, naknada imovinske i neimovinske štete samo je jedan od načina popravljanja štete, te ZOO tu razliku jasno ističe.⁸ Kod popravljanja imovinske štete primarni način je uspostava prijašnjega stanja, a tek u slučaju nemogućnosti uspostave prijašnjeg stanja, odnosno ako se tako ne otklanja u potpunosti šteta, odgovorna osoba je dužna oštećeniku dati djelomično ili u potpunosti naknadu u novcu u ime naknade štete.⁹ Uspostava prijašnjeg stanja moguća je individualnom restitucijom,¹⁰ generičkom restitucijom¹¹ ili popravljanjem štete na oštećenoj stvari.¹² Popravljanje neimovinske štete po prirodi stvari nije moguće uspostavljanjem prijašnjeg stanja, te ZOO za povredu prava osobnosti predviđa kao načine popravljanja štete nenovčanu naknadu (satisfakciju)¹³ i pravičnu novčanu naknadu (satisfakciju).¹⁴ Pravična novčana naknada kod neimovinske štete (povrede prava osobnosti) ekvivalent je naknadi štete kod imovinske štete, i ukupno predstavljaju naknadu štete kao jedan od načina popravljanja štete.

2.1. Šteta

Kod definicije štete ZOO razlikuje običnu štetu, izmaklu korist i povredu prava osobnosti (neimovinsku štetu).¹⁵ Obična šteta (stvarna, pozitivna, *damnum emergens*)¹⁶

- 7 Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, broj 53/91, 73/91, 58/93, 111/93, 3/94, 107/95, 7/96, 91/96, 112/99, 129/00 i 88/01 – dalje ZOO/91).
- 8 Odsjek 7 ZOO-a nosi naziv „Popravljanje štete“, a popravljanje štete dijeli se na popravljanje imovinske (čl. 1085. – 1098. ZOO) i neimovinske štete (čl. 1099. – 1106), te je naknada štete jasno izdvojena u odnosu na druge načine popravljanja štete. U ZOO/91 Odsjek 7 je imao naslov „Naknada“, i isti se dijelio na naknadu materijalne (čl. 185. – 198. ZOO/91) i nematerijalne štete (čl. 199. – 205. ZOO/91), što je bilo terminološki pogrešno jer je i u ZOO/91 naknada štete bila samo jedan od načina popravljanja štete.
- 9 V. čl. 1085. ZOO. U čl. 1085. st. 4. ZOO-a predviđena je iznimka kada sud na zahtjev oštećenika, i u situaciji kad je moguća uspostava prijašnjeg stanja, oštećeniku može dosuditi naknadu u novcu pod uvjetom da okolnosti konkretnog slučaja ne opravdavaju uspostavu prijašnjeg stanja.
- 10 Individualna restitucija kao način popravljanja štete znači da se oštećeniku vraća ista stvar koja mu je, primjerice protupravno oduzeta (krađa slike, automobila i sl.).
- 11 Generička restitucija podrazumijeva da oštećenik umjesto uništene ili oštećene stvari dobiva drugu stvar iste vrste i kvalitete (npr. otuđenje zamjenjivih stvari).
- 12 Primjerice popravak ili promjena oštećenih dijelova neke stvari.
- 13 V. čl. 1099. ZOO-a koji kao nenovčanu naknadu predviđa objavljivanje presude ili ispravka, povlačenje izjave kojom je povreda počinjena ili bilo što drugo čime se može ostvariti svrha koja se inače postiže pravičnom novčanom naknadom. Zakon o medijima (Narodne novine, broj 59/04, 84/11 i 81/13 – dalje ZM) tako predviđa nenovčanu naknadu kod neimovinske štete u čl. 22., 40., 55. i 56.
- 14 V. čl. 1100. ZOO. Kod povrede prava osobnosti pravična novčana naknada (naknada štete) dosuđuje se samo kada to opravdavaju okolnosti slučaja i težina povrede, te nezavisno o postojanju imovinske štete ili ako je imovinske štete uopće nema.
- 15 V. čl. 1046. ZOO.
- 16 Obična šteta je umanjeње postojeće imovine oštećenika (npr. oštećenje tuđeg automobila ili neke druge stvari).

i izmakla korist (izmakli dobitak, negativna šteta, *lucrum cessans*)¹⁷ su imovinske štete koje se odražavaju na imovini oštećenika, dok je povreda prava osobnosti¹⁸ neimovinska šteta koja se ogleda u povredi subjektivnih neimovinskih prava i interesa. Daljnja podjela šteta moguća je s obzirom na način postanka, razlike od trenutka uzrokovanja i trenutka nastupanja štetnih posljedica, s obzirom na predvidivost i s obzirom na način utvrđivanja i dokazivanja.¹⁹

Kod podjele šteta s obzirom na način postanka možemo razlikovati izravne (direktne) i neizravne (indirektne) te simultane štete. Izravne štete su one koje su izravna posljedica štetnog događaja koji je djelovao direktno na određenu stvar ili dobro,²⁰ dok su neizravne štete gubitci koji se pojavljuju kao daljnja posljedica štetnog događaja na drugim stvarima i imovini oštećenika.²¹ Simultane štete su kada se jednom štetnom radnjom uzrokuju štete nekolicini oštećenika, ali se one ipak računaju kao jedna samostalna šteta.²² S obzirom na razliku od trenutka uzrokovanja ili nastanka štetnog događaja i trenutka nastupanja štetnih posljedica (štete) možemo razlikovati postojeću štetu, buduću štetu (izvjesnu) i buduću eventualnu (neizvjesnu) štetu. Postojeća šteta je ona kod koje je nastao njen uzrok, a ostvarila se i sama šteta, dok su buduće štete one kod kojih je nastupio njihov uzrok, ali njihove posljedice još nisu nastupile ili nisu još prestale. Buduća eventualna šteta je ona kod koje je njen uzrok nastupio, ali je neizvjesno nastupanje štetnih posljedica.²³

S obzirom na način utvrđivanja i dokazivanja štete razlikujemo konkretnu i apstraktnu štetu. Konkretna šteta je ona čije se postojanje i opseg mogu utvrditi izravnim dokaznim sredstvima kao što su pregled, vještačenje, svjedoci, priznanje odgovorne osobe i sl.²⁴ Apstraktna šteta je kad se njezino postojanje pretpostavlja, a visina utvrđuje unaprijed po određenim mjerilima ili u paušalnoj svoti, a ne od slučaja do slučaja kako je inače uobičajeno.²⁵

17 Izmakla korist je šteta koja se sastoji u sprječavanju povećanja imovine oštećenika. Mora se raditi o koristi koju bi izvjesno oštećenik po redovnom tijeku stvari ostvario da nije bilo štetne radnje (npr. ako je prodavatelj isporučio samo dio robe, kupac koji dalje prodaje robu bi po redovnom tijeku stvari ostvario dobitak i za neisporučenu robu).

18 U čl. 19. st. 2. ZOO-a pod pravima osobnosti podrazumijevaju se pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr. Vidljivo je da ZOO samo, primjerice navodi prava osobnosti u odnosu na koje se pruža zaštita, zbog čega nema ograničenog broja prava osobnosti, što je bitna razlika u odnosu na ZOO/91 koji je taksativno propisivao mogućnost novčane naknade za određene vidove nematerijalne štete (čl. 200 ZOO/91).

19 O toj vrsti podjele šteta v. Gorenc, V.; Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRIF, Zagreb, 1998., str. 211 i 212.

20 Npr. oštećenje ili uništenje konkretne tuđe stvari.

21 Neizravna šteta je neizravna posljedica štetnog događaja, jer nije nastala samim štetnim događajem, već temeljem drugog događaja koji je stvorio i omogućio prvi štetni događaj. Primjerice kad netko ukrade stvari iz stana jer je prije toga druga osoba razvalila vrata, pri čemu je krađa stvari iz stana neizravna šteta.

22 Npr. kad je oštećenik zadobio povrede zbog kojih je prevezen u bolnicu na liječenje, a zbog toga gubi zaradu i ima troškove osobe koja ga je pratila i pružala mu pomoć.

23 Npr. neizvjesno je hoće li ožiljak ubuduće ostati za cijeli život ili će nestati, a o čemu ovisi naknada neimovinske štete.

24 Gorenc, *op. cit.*, str. 211.

25 *Ibid.*, str. 212.

2.2. Naknada imovinske štete

Naknada imovinske štete smatra se dospjelom od trenutka nastanka štete,²⁶ što bi značilo da od tog trenutka postoji obveza odgovorne osobe na plaćanje zateznih kamata.²⁷ Međutim, sudska praksa zauzela je pravno stajalište da zatezne kamate na naknadu nenovčane štete, dosuđene prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke teku od dana donošenja prvostupanjske presude kojom je visina naknade određena. Ako je oštećenik sam otklonio štetu prije donošenja sudske odluke, zatezne kamate teku od dana kad je šteta otklonjena, odnosno od kad su učinjeni troškovi radi otklanjanja štete.²⁸ Pravna teorija zastupa stajalište da prema čl. 1086. ZOO-a oštećenik ima pravo zahtijevati isplatu naknade od trenutka nastanka štete, a štetnik (odgovorna osoba) obvezu izvršiti tu isplatu.²⁹

ZOO za naknadu imovinske štete u slučaju smrti, tjelesne ozljede ili oštećenja zdravlja određuje kao pravilo naknadu u obliku novčane rente, koja se plaća doživotno ili za određeno vrijeme.³⁰ Za rentu je karakteristično da se dosuđuje pod klauzulom *rebus sic stantibus*, odnosno podložna je povećanju, sniženju ili ukidanju.³¹ Obujam naknade štete su sve one štete koje proizlaze iz određenog štetnog događaja, te to mogu biti obična šteta, izmakla korist, svi drugi troškovi koji su učinjeni radi umanjenja štete ili ublažavanja štetnih posljedica kao i kamate na iznos naknade štete. ZOO posebno propisuje obujam naknade imovinske štete u slučaju smrti, narušenja zdravlja, tjelesne ozljede, povrede časti i širenja neistinitih navoda o nekoj osobi.³²

26 V. čl. 1086 ZOO.

27 V. čl. 29. st. 2. ZOO.

28 Takva sudska praksa prisutna je još od 1988. godine temeljem načelnog stajališta Zajedničke sjednice bivšeg Saveznog suda, republičkih vrhovnih sudova, pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda. *Ratio* takvog stajališta bila je teza da zatezne kamate imaju karakter predmnijevane štete zbog zakašnjenja u ispunjenju novčane obveze, a da se s druge strane šteta određuje prema cijenama u trenutku presuđenja (čl. 1089. st. 2. ZOO). U svezi s tim stajalištem postoji opsežna sudska praksa (v. npr. odluke VSRH broj Rev-1159/04 od 11. siječnja 2005., Rev-1071/2004 od 13. srpnja 2005., Rev-914/2005 od 13. listopada 2005., Rev-425/2007. od 10. siječnja 2008., Rev-1091/2007 od 14. studenog 2007., Rev-1729/2009 od 28. travnja 2010., Rev-2831/1994 od 22. ožujka 2005., Rev-521/1996 od 25. svibnja 2005., Rev-2122/2010 od 21. prosinca 2011., Rev-2273/2010 od 4. travnja 2010., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 28. siječnja 2015.).

29 Klarić i Vedriš *op. cit.*, str. 631. Takvo stajalište polazi od toga da je plaćanje kamata obveza dužnika koji je zakasnio s ispunjenjem novčane obveze, a naknada štete je novčana obveza, te dužnik dolazi u zakašnjenje kad ne ispunji obvezu u roku određenom za ispunjenje, a ako rok nije određen, kad ga vjerovnik pozove da ispunji obvezu (čl. 173. ZOO).

30 V. čl. 1088. ZOO. Renta je naknada štete kod koje ukupan iznos štete nije poznat u vrijeme odlučivanja o zahtjevu, i plaća se unaprijed u utvrđenim iznosima i razdobljima. ZOO propisuje i iznimke kada se umjesto rente može tražiti jedanokratni kapitalizirani iznos naknade štete (čl. 1088. st. 4. i 5. ZOO). ZOO rentu kao oblik naknade štete izrijeком predviđa za buduću štetu u vidu izgubljenog uzdržavanja, odnosno pomaganja, kao posljedicu smrti davatelja uzdržavanja (čl. 1094. ZOO), zbog izgubljene zarade, zbog trajnog povećanja potreba ili tuđe pomoći i njege te zbog uništenja ili umanjenja mogućnosti daljnjeg razvijanja i napredovanja kao posljedice nesposobnosti za rad (čl. 1095. st. 2. ZOO).

31 V. čl. 1096. ZOO.

32 V. čl. 1093. – 1097. ZOO.

Kod ugovorne odgovornosti za naknadu štete, obujam naknade imovinske štete ovisi o vrsti i stupnju krivnje.³³

Visina naknade imovinske štete podrazumijeva vrijednost štete izražene u novcu, i može biti izražena prema određenim cijenama.³⁴ ZOO kod deliktne odgovornosti predviđa načelo potpune naknade štete, što znači da oštećenik ima pravo na naknadu u onom iznosu koji je potreban da se njegovo materijalno stanje dovede u ono u kojem bi se nalazilo da nije bilo štetnog događaja.³⁵ Osnovni način utvrđenja visine štete je tržišna ili redovita cijena, a pod posebnim pretpostavkama i izvanredna i afekcijska cijena, dok se kod izmakle koristi mora raditi o dobitku koji se osnovano mogao očekivati prema redovitom tijeku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.³⁶ Osnovno pravilo kod naknade štete u svezi s obujmom i visinom naknade štete potpuna je naknada štete oštećeniku, ali ZOO također propisuje dvije iznimke.³⁷ Prva je iznimka kad je odgovorna osoba slabog imovnog stanja pa bi je isplata potpune naknade štete dovela u oskudicu,³⁸ a druga se odnosi na slučaj kad je štetnik prouzročio štetu radeći nešto korisno za oštećenika, pri tome postupajući brižljivosti kao u vlastitim poslovima.³⁹ Doprinosi oštećenika nastanku ili obujmu štete također je jedan od razloga za smanjenje naknade štete.⁴⁰

33 V. čl. 346. ZOO. Ako se radi o povredi ugovorne obveze zbog obične nepažnje, vjerovnik ima pravo samo na predvidivu štetu prema vremenu sklapanja ugovora (običnu štetu i izmaklu korist), a u slučaju povrede ugovora zbog krajnje nepažnje ima pravo na cjelokupnu štetu (čl. 346. st. 1. i 2. ZOO).

34 Klarić i Vedriš, *op. cit.*, str. 633.

35 V. čl. 1090. ZOO. Međutim, to nije uvijek tako, jer primjerice kod naknade imovinske štete zbog oštećenja automobila, pri čemu oštećenik nije mogao koristiti svoj automobil za vrijeme popravka, sudska praksa ne priznaje oštećeniku troškove najma zamjenskoga automobila.

36 V. čl. 1089. st. 2., 3. i 4. ZOO. Najčešći način određivanja visine naknade štete je sukladno prometnoj (tržnoj) vrijednosti ili cijeni, i to prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke. To je u skladu s načelom "potpune naknade" jer će oštećenik dobiti onaj iznos novca koji je dostatan da se njegova materijalna situacija dovede u ono stanje kakvo je bilo prije štetnog događaja. Određivanje visine naknade štete pomoću izvanredne cijene dolazi u obzir kada nije moguće utvrditi tržišnu cijenu (stvar se ne može više nigdje nabaviti), a afekcijska cijena, koja se utvrđuje subjektivno s obzirom na vrijednost koju je stvar imala za oštećenika, može se odrediti ako je stvar uništena ili oštećena kaznenim djelom učinjenim namjerno.

37 V. čl. 1091. ZOO.

38 Pretpostavke za sniženje visine naknade štete po tom osnovu su da šteta nije prouzročena namjerno ili iz krajnje nepažnje, da je odgovorna osoba slabog imovnog stanja i da bi je isplata potpune naknade dovela u oskudicu. Sud po službenoj dužnosti u okviru pravilne primjene materijalnog prava pazi na primjenu čl. 1091. st. 1. ZOO, pri čemu smatram da bi se takvo sniženje visine naknade štete trebalo primijeniti jedino ako se tuženik na to izričito pozove. U sudskoj praksi se rijetko primjenjuje taj institut (v. npr. odluku VSRH broj Rev-1791/1996 od 2. lipnja 1999., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 30. siječnja 2015.).

39 V. čl. 1091. st. 2. ZOO.

40 V. čl. 1092. st. 1. ZOO. Štetnik ili odgovorna osoba mogu u cijelosti biti odgovorni za nastanak štetnog događaja, ali oštećenik može nekom svojom radnjom ili propuštanjem pridonijeti da šteta nastane ili bude veća, i tada ima pravo samo na razmjerno nižu naknadu štete. U čl. 1092. st. 2. ZOO propisano je da sud može u takvim slučajevima, kad je nemoguće utvrditi koji dio štete potječe od oštećenikove radnje ili propusta, po slobodnoj ocjeni dosuditi naknadu štete

Kod ugovorne naknade štete na odgovarajući način se primjenjuju odredbe ZOO-a, o naknadi izvanugovorne štete, ako ZOO ne propisuje drukčije za naknadu ugovorne štete.⁴¹ Te se razlike odnose na mogućnost da ugovorne strane sporazumno utvrde visinu naknade štete, odnosno najviši iznos naknade,⁴² te na smanjenje naknade u određenim slučajevima.⁴³ Utvrđenje visine naknade imovinske štete moguće je na više načina. Tako se visina štete može utvrditi propisom, arbitrarno putem suda prema slobodnoj ocjeni ili prema procjeni sudskih vještaka, komisijski i sporazumom između štetnika (odgovorne osobe) i oštećenika. Sam iznos naknade štete može se odrediti u ukupnom jednokratnom iznosu ili u obliku novčane rente.

2.3. Naknada neimovinske štete

Kod neimovinske štete prema sadržaju možemo razlikovati dva načina ili oblika popravljjanja šteta. Jedan je oblik moralna ili nenovčana satisfakcija,⁴⁴ a drugi je oblik novčana satisfakcija ili pravična novčana naknada.⁴⁵ Pravična novčana naknada kod neimovinske štete ekvivalent je naknade štete kod imovinskih šteta. Tri su pretpostavke za dosuđenje pravične novčane naknade: da je došlo do povrede prava osobnosti,⁴⁶ da težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju dosuđenje pravične novčane naknade⁴⁷ i da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.⁴⁸ ZOO je proširio pravo na isplatu pravične novčane naknade u slučaju smrti ili posebno teškog invaliditeta bliske osobe na djedove, bake, unučad i roditelje za začeto, a nerođeno dijete.⁴⁹ ZOO posebno propisuje pravo na

vodeći računa o okolnostima slučaja,

41 V. čl. 349. ZOO.

42 V. čl. 345. st. 3. ZOO.

43 Do sniženja naknade kod ugovorne odgovornosti može doći ako je za vjerovnika nastao i neki dobitak, a ne samo šteta, u slučaju ako strana koja se poziva na povredu ugovora nije poduzela sve razumne mjere da bi smanjila štetu i u slučaju kad je vjerovnik ili osoba za koju on odgovara pridonio nastanku štete ili njenoj visini (čl. 346. st. 3. i 4. i čl. 347. ZOO).

44 V. čl. 1099. ZOO. U slučaju povrede prava osobnosti kao mogući oblik popravljjanja štete je moralna satisfakcija na trošak štetnika, a koja moralna satisfakcija se može sastojati u objavljivanju presude, odnosno ispravka, povlačenja izjave kojom je povreda učinjena ili bilo čega drugog čime se inače može postići svrha pravičnom novčanom naknadom. O posebnim zakonima koji reguliraju moralnu satisfakciju v. bilj. 13.

45 V. čl. 1100. ZOO.

46 Prava osobnosti iz čl. 19. ZOO navedena su primjerice, slijedom čega je u konkretnom slučaju moguće utvrditi i postojanje drugih prava osobnosti te njihovih povreda.

47 U određenom slučaju može doći do povrede prava osobnosti, ali se ipak neće dosuditi pravična novčana naknada jer je povreda neznatna te je primjerice trajala kratko ili je bila slabog intenziteta i sl.

48 Ta pretpostavka se isto odnosi na neznatne povrede oprava osobnosti, ali i na svojevrsnu komercijalizaciju i lukrativnost pravične novčane naknade.

49 V. čl. 1100. ZOO. Osim prava bračnog druga, djece i roditelja (čl. 1100. st. 1. ZOO), braće i sestara i izvanbračnog druga (čl. 1100. st. 2. ZOO), pravo na novčanu satisfakciju stekli su djedovi, bake i unučad te roditelji u slučaju gubitka začetog, a nerođenog djeteta (čl. 1100. st. i 3. ZOO). Pitanje naročito teškog invaliditeta je faktično pitanje u svakom konkretnom slučaju, pri čemu je sudska praksa snizila kriterije kada se smatra da se radi o naročito teškom invaliditetu (v. npr. odluku VSRH broj Rev-724/08 od 27. siječnja 2010., <http://sudskapraksa>).

pravičnu novčanu naknadu kao zadovoljštinu u posebnim slučajevima,⁵⁰ te određuje da tražbina naknade neimovinske štete prelazi na nasljednike ako je oštećenik podnio pisani zahtjev ili tužbu radi ostvarenja tražbine naknade neimovinske štete.⁵¹

ZOO u odnosu na dospijee pravične novčane naknade propisuje da ta obveza dospijeva danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga.⁵² U ZOO/91 nije bilo odredbe o dospelosti nematerijalne štete, a sudska praksa je zauzela stajalište da obveza naknade nematerijalne štete dospijeva danom donošenja prvostupanjske presude.⁵³ Odredba ZOO-a o dospijeu pravične novčane naknade daje pravo oštećenima da im se visina pravične novčane naknade odredi prema kriterijima u vrijeme presuđenja, a uz to im se priznaje zatezna kamata od dana podnošenja zahtjeva ili tužbe. Iznimka od navedenog jedino je u slučaju nastanka štete nakon podnošenja zahtjeva ili tužbe, kada će oštećenik imati pravo na zatezne kamate od dana nastanka štete. Kod neimovinske štete na odgovarajući način se primjenjuju odredbe o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti i sniženju naknade koje vrijede za imovinsku štetu.⁵⁴

3. NAKNADA BUDUĆE ŠTETE

ZOO uređuje samo naknadu buduće neimovinske štete,⁵⁵ dok nema odredbe koja bi izrijekom određivala naknadu buduće imovinske štete. Međutim, iz odredbi ZOO-a kojima se određuje pravo na naknadu imovinske štete u obliku rente može se zaključiti o postojanju budućih imovinskih šteta.⁵⁶ Stoga je kod naknade buduće štete

vsrh.hr/supra, očitavanje 1. veljače 2015.). Postojanje trajnije zajednice života također je faktično pitanje koje ovisi od konkretnih okolnosti slučaja (v. npr. odluke VSRH broj Rev-108/01 od 29. listopada 2003., i Rev-673/06 od 15 veljače 2007., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 1. veljače 2015.).

50 V. čl. 1102. ZOO. Radi se zapravo o podvrsti povrede prava osobnosti na tjelesno i duševno zdravlje i na slobodu, ako je prema oštećeniku prijevarom, prisilom ili zlouporabom nekog odnosa podređenosti ili zavisnosti počinjeno neko kazneno djelo protiv spolne slobode i spolnog čudoređa.

51 ZOO/91 je u čl. 204. određivao da potraživanje nematerijalne štete prelazi na nasljednike samo ako je priznato pravomoćnom odlukom ili pisanim sporazumom. Sadašnje rješenje je znatno povoljnije i pravednije za oštećenike i njihove nasljednike, posebice zbog vrlo često dugotrajnih sudskih postupaka.

52 V. čl. 1103. ZOO. Tako i u odluci VSRH broj Rev-735/10 od 8. prosinca 2010., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 1. veljače 2015.

53 V. npr. odluke VSRH broj Rev-1275/08 od 28 siječnja 2009., Rev-22372012 od 13 ožujka 2012., Rev-2757/11 od 27. ožujka 2012., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 1. veljače 2015. Kritičari takvog pravnog stajališta smatraju da se na taj način pogodovalo štetnicima, odnosno odgovornim osobama, jer one nisu bile u obvezi platiti zatezne kamate za razdoblje od saznanja za štetu, odnosno od dana kad ih je oštećena osoba pozvala na platež naknade štete ili od dana podnošenja tužbe. S druge strane *ratio* stajališta VSRH je bio da se nematerijalna šteta određuje prema kriterijima u vrijeme donošenja presude, slijedom čega je isključeno kumuliranje zatezne kamate od dana nastanka štete.

54 V. čl. 1106. i čl. 1091. i 1092. ZOO.

55 V. čl. 1104. ZOO. Slična odredba bila je u čl. 203. ZOO/91.

56 V. čl. 1094. i 1095. st. 2. ZOO.

prema ZOO-u prije svega potrebno odrediti buduću štetu i izvršiti podjelu budućih šteta.

3.1. Buduća šteta

Najraširenija definicija buduće štete je da se radi o takvoj šteti kod koje je nastao njezin uzrok, ali će štetne posljedice (šteta) nastupiti tek u budućnosti.⁵⁷ Osim podjele budućih šteta na imovinske i neimovinske, buduće štete se mogu podijeliti s obzirom na izvjesnost njihovog nastanka te trenutak njihovog nastanka.

3.1.1. Izvjesna buduća šteta

Izvjesna buduća šteta je takva šteta kod koje je njen uzrok (štetna radnja, štetni događaj) nastao u sadašnjosti, te će štetne posljedice sigurno nastupiti u budućnosti, ali se ne zna kada i u kojem opsegu. Dakle, kod takve buduće samostalne štete ne može se u vrijeme nastanka njenog uzroka ocijeniti njen obujam i visina, već će se to moći tek kada nastupe štetne posljedice.⁵⁸ Izvjesna buduća šteta dijelom je i ona šteta koja je uzrokovana u sadašnjosti i štetne posljedice su nastupile u sadašnjosti, ali će po redovnom tijeku stvari štetne posljedice (šteta) trajati i u budućnosti.⁵⁹ Kod te vrste buduće štete radi se o kontinuiranoj šteti⁶⁰ koja je nastala u sadašnjosti, ali je potpuno sigurno da će trajati ubuduće, do određenog trenutka ili događaja.⁶¹ Kontinuirana

57 Tako i Gorenc, *op. cit.* str. 203.

58 Buduća izvjesna samostalna šteta može biti imovinska i neimovinska. Kod povrede prava osobnosti prava na tjelesno i duševno zdravlje uslijed naruženosti, a radi se o ožiljku kod male djevojčice, te je utvrđeno da će trajati doživotno, zbog male dobi djeteta nemoguće je utvrditi obujam i visinu štete, jer će to biti moguće tek kada će ta osoba kao zrela žena shvatiti svoju naruženost i početi trpjeti duševne bolove (tako Gorenc, *op. cit.* str. 294). Takvo stajalište teorije može se prihvatiti kao doktrinarno pravilno, iako sudska praksa u takvim slučajevima odmah određuje i visinu pravične novčane naknade smatrajući da povreda prava osobnosti postoji kontinuirano (v. npr. odluke VSRH broj Rev-444/95 od 7. siječnja 1999., Rev-1066/01 od 16. svibnja 2002., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 4. veljače 2015.). Imovinska buduća izvjesna samostalna šteta bilo bi potraživanje razlike mirovine u odnosu na mirovinu koja bi se primala da nije bilo štetnog događaja, jer se visina takve štete može utvrditi jedino nakon odlaska u mirovinu (v. npr. Revx-452/11 od 26. listopada 2011.).

59 To može biti imovinska ili neimovinska šteta. Imovinske štete čiji je uzrok nastao u sadašnjosti, a štetne posljedice su nastale također u sadašnjosti i kontinuirano će trajati ubuduće su gubitak zarade zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rad, potreba tuđe pomoći i njege kroz određeno razdoblje ili cijeli život, gubitak uzdržavanja osobe koju je poginuli uzdržavao ili redovito pomagao, razlika u visini mirovine zbog gubitka zarade tijekom radnog vijeka i sl. Kontinuirana buduća neimovinska šteta su sve one povrede prava osobnosti čiji uzrok je nastao u sadašnjosti, kao i štetne posljedice, ali će te štetne posljedice kontinuirano trajati i ubuduće do određenog trenutka (npr. povreda prava osobnosti povredom tjelesnog i duševnog zdravlja kod čega je došlo do trajnog smanjenja životne aktivnosti u određenom postotku koje će trajati kroz cijeli život oštećenika).

60 Tako i Gorenc, *op. cit.* str. 294.

61 Izvjesna kontinuirana buduća šteta može trajati do točno određenog i poznatog trenutka u budućnosti kao što je smrt oštećenika, odlazak u mirovinu, završetak školovanja i sl., ali taj trenutak može biti i neizvjestan i može ovisiti o određenim promijenjenim okolnostima u budućnosti (npr. kod određene naknade štete u obliku rente dođe do okolnosti koje više

buduća šteta može ubuduće nastajati sukcesivno u točno određenim intervalima,⁶² a može trajati stalno u neprekinutom nizu.⁶³

3.1.2. Neizvjesna buduća šteta

Kod neizvjesnih budućih šteta nastao je njihov uzrok (štetna radnja, štetni događaj), ali je nastupanje same štete neizvjesno.⁶⁴ Kod budućih neizvjesnih šteta ona u budućnosti može, ali i ne mora nastati. Razlika između buduće samostalne izvjesne štete i neizvjesne štete, je u tome što kod ove prve je potpuno sigurno da će nastupiti, ali se ne zna unaprijed kada i u kojem opsegu, dok kod buduće neizvjesne štete se uopće ne zna hoće li šteta nastupiti. Kod buduće neizvjesne (eventualne)⁶⁵ štete nema apsolutno nikakve mogućnosti za naknadu štete, jer nedostaje šteta kao jedna od pretpostavki za naknadu štete. Kod buduće izvjesne štete njen nastanak nije upitan, već je upitan točan trenutak kada će nastati i njen opseg.⁶⁶

3.1.3. Buduća imovinska šteta

Već je navedeno da ZOO ne uređuje naknadu buduće imovinske štete,⁶⁷ slijedom čega izrijeком niti ne određuje buduće imovinske štete. Buduće imovinske štete mogu se stoga utvrditi iz odredbi ZOO-a kojima se uređuje pravo na naknadu imovinske štete plaćanjem rente doživotno ili za određeno razdoblje, a koja se plaća mjesečno unaprijed.⁶⁸ Već iz osnovnih odredbi o naknadi štete u obliku novčane rente može se zaključiti da je takav način naknade štete moguć jedino za buduće imovinske štete, a ZOO zatim i točno navodi za koje vrste imovinske štete postoji pravo na rentu.⁶⁹ Buduće imovinske štete su: izgubljeno uzdržavanje, odnosno pomaganje, izgubljena zarada, trajno povećanje potreba (tuda pomoć i njega) i nemogućnost ili umanjena mogućnost daljnjega razvijanja i napredovanja.

ne opravdavaju dosudu rente, odnosno oštećenik više ne trpi određenu štetu koju je do tada kontinuirano trpio).

62 Npr. kod gubitka zarade, mirovine ili uzdržavanja svakog mjeseca do određenog datuma.

63 Npr. kod povrede prava osobnosti duševni bolovi traju kontinuirano u svakom trenutku ubuduće.

64 Neizvjesna buduća šteta bila bi svaka imovinska i neimovinska šteta koja potječe od određene štetne radnje koja je nastala u sadašnjosti bez štetnih posljedica, ali nakon toga u budućnosti dođe do pogoršanja npr. zdravstvenog stanja u uzročnoj vezi sa štetnim događajem i nastanka štete.

65 Takav naziv koristi Gorenc, op. cit. str. 295.

66 V. bilj. 58.

67 V. *supra* str. 11.

68 ZOO u čl. 1088. st. 1. generalno određuje da se naknada štete u slučaju smrti, tjelesne ozljede ili oštećenja zdravlja naknađuju, u pravilu, u obliku novčane rente. U čl. 1088. st. 4. i 5. određene su pretpostavke kada se iznimno umjesto rente može potraživati jednokratno ukupan iznos naknade štete.

69 V. *supra* bilj. 56.

3.1.3.1. Izgubljeno uzdržavanje ili pomaganje

Izgubljeno uzdržavanje ili pomaganje buduća je imovinska šteta koja se očituje u gubitku uzdržavanja ili pomaganja koje joj je pružala poginula osoba.⁷⁰ Takvu štetu trpi i osoba koja je po zakonu imala pravo zahtijevati uzdržavanje od poginulog.⁷¹ Tu vrstu buduće imovinske štete ne trpe samo osobe koje su imale zakonsko pravo na uzdržavanje, već i one osobe koje je poginuli faktično uzdržavao ili pomagao. Stoga ZOO ne propisuje krug osoba koje mogu trpjeti tu vrstu štete, već je to faktično pitanje u svakom konkretnom slučaju. Da bi se radilo o toj vrsti štete mora biti ispunjena pretpostavka dužeg potpunog ili djelomičnog uzdržavanja ili pomaganja od strane poginulog, odnosno da oštećenik spada u krug osoba koje su imale po zakonu pravo na uzdržavanje od poginulog.⁷²

3.1.3.2. Izgubljena zarada

Izgubljena zarada je buduća imovinska šteta koja se sastoji u budućem gubitku zarade oštećenika zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rad zbog zadobivenih povreda ili narušenja zdravlja.⁷³ Štetu u vidu izgubljene zarade ZOO predviđa i u slučaju prouzročenja nečije smrti, ali tada se ne radi o budućoj imovinskoj šteti, nego o postojećoj šteti koja je već nastupila u razdoblju od štetnog događaja pa do smrti oštećenika.⁷⁴ Izgubljena zarada također nije buduća imovinska šteta u slučaju gubitka zarade za vrijeme liječenja, a nakon čega se ostvaruje naknada štete, jer se u tom slučaju radi o postojećoj šteti. Ta vrsta buduće imovinske štete sastoji se od gubitka plaće kao stalnog primanja, ali također i od gubitka drugih primanja.⁷⁵

Ova vrsta buduće imovinske štete može biti kontinuirana buduća šteta koja je nastala u sadašnjosti i izvjesno je da će trajati i ubuduće, a može biti buduća izvjesna šteta kod koje je nastao njen uzrok, ali same štetne posljedice će tek nastupiti kad bi oštećenik s obzirom na svoju dob i druge okolnosti počeo ostvarivati primanja. Ako je oštećenik zbog štetnog događaja postao potpuno radno nesposoban, te je ostvario pravo na mirovinu, njegova buduća imovinska šteta sastojat će se u razlici mirovine koju prima i primanja koja bi ostvarivao da nije bilo štetnog događaja.

70 V. čl. 1094. st. 1. ZOO

71 *Ibid.* U tom slučaju uopće nije bitno da li je do štetnog događaja pružano uzdržavanje, već se mora raditi o osobi koja temeljem zakona ima pravo na uzdržavanje od poginulog.

72 O toj vrsti štete v. odluke VSRH broj Rev-1180/2008 od 26. listopada 2011., Rev-270/06 od 10. listopada 2007., Rev-1241/07 od 16. travnja 2008., Rev-179/2004 od 18. ožujka 2004., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitanje 9. veljače 2015.

73 V. čl. 1095. ZOO.

74 V. čl. 1093. ZOO. Naknadu takve štete ostvaruju zapravo nasljednici osobe koja je smrtno stradala.

75 Ta druga primanja su npr. terenski dodatak, napojnice, dio dnevnica i terenskog dodatka, autorski honorari, rad na „crno“ i sl. O šteti u vidu izgubljene zarade kao buduće imovinske štete v. npr. odluku VSRH broj Rev-1012/07 od 6. veljače 2008., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitanje 9. veljače 2015.

3.1.3.3. Trajno povećanje potreba

Oštećenik zbog zadobivenih povreda i oštećenja zdravlja može imati trajno povećane potrebe koje se mogu očitovati na više načina. Te povećane potrebe najčešće se odnose na potrebu pojačane i specijalne prehrane u budućnosti, potrebu povećanih troškova za buduće liječenje, rehabilitaciju ili lijekove, potrebu tuđe pomoći i njege i sl.⁷⁶ Tu vrstu buduće imovinske štete trpi oštećenik kojem je takva pomoć potrebna, a ne osobe koje mu pružaju pomoć i njegu. Oštećenik trpi tu vrstu štete i onda kad su mu zbog povećanih potreba pomoć i njegu pružaju članovi obitelji besplatno.

3.1.3.4. Nemogućnost ili umanjena mogućnost daljnjeg razvijanja i napredovanja

Imovinska buduća šteta zbog uništene ili umanjene mogućnosti daljnjeg razvijanja i napredovanja očituje se u pravilu u gubitku zarade, jer oštećenik zbog zadobivenih povreda i narušenog zdravlja zbog štetne radnje nije u mogućnosti ostvariti daljnje napredovanje ili razvijanje koje bi mu omogućilo bolja primanja.⁷⁷ U pravilu se radi o budućoj izvjesnoj šteti koja će po redovnom tijeku stvari sigurno nastati u budućnosti, kad bi se po redovnom tijeku stvari ostvarile pretpostavke za napredovanje i ostvarenje većih prihoda. U svakom konkretnom slučaju, s obzirom na redovni tijek stvari prema stanju u vrijeme šetnog događaja, oštećenik treba dokazati da bi mu nastupila u budućnosti takva šteta.⁷⁸ Imovinska buduća šteta zbog uništene ili umanjene mogućnosti daljnjeg razvijanja i napredovanja vrlo je slična gubitku zarade kao posebnoj vrsti imovinske buduće štete.

3.1.4. Buduća neimovinska šteta

Buduća neimovinska šteta su štetne posljedice zbog raznih povreda prava osobnosti koje traju u budućnosti.⁷⁹ Neimovinska šteta može trajati kraće vrijeme u

76 Potreba tuđe pomoći i njege može se odnositi na potrebu medicinske i nemedicinske njege. Medicinska njega se pruža od strane stručne osobe i potrebna je svakodnevno ili u određenim intervalima obzirom na zdravstveno stanje oštećenika. Nemedicinska pomoć i njega odnosi se na sve one poslove koje uslijed zadobivenih povreda i oštećenja zdravlja ne može obavljati oštećenik u kućanstvu. . O šteti u vidu trajno povećanih potreba kao buduće imovinske štete v. npr. odluke VSRH broj Rev-995/2005 od 6. lipnja 2006., Rev-1320/08 od 13. siječnja 2009., Rev-935/2000 od 18. studenog 2003, ., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 9. veljače 2015.

77 Najčešće se radi o prekidu daljnjeg školovanja i stjecanja određenog stupnja naobrazbe, a slijedom toga i određenog zanimanja, ili se može raditi o nemogućnosti napredovanja u daljnjoj karijeri i sl., a šteta se sastoji u gubitku zarade (primanja).

78 Predvidivost napredovanja valja objektivizirati usporedbom s odgovarajućim profesijama i načinom napredovanja u tim zanimanjima, a treba uzeti u obzir prirodni tijek stvari kao što je započeti oblik školovanja, redovitost i uspjeh u školovanju, započetu profesionalnu karijeru, kao i osobne sklonosti prema određenom zanimanju i sl. (Crnić, *op.cit.* str. 838). O toj vrsti imovinske buduće štete v. npr. odluku VSRH broj Rev-2972/95 od 3. veljače 2000., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 9. veljače 2015.

79 Neimovinska šteta može biti postojeća šteta koja je nastala uslijed štetne radnje i trajala je u kontinuitetu kraće vrijeme tako da u trenutku ostvarenja naknade štete više ne egzistira (npr. povreda prava osobnosti povredom prava na tjelesno zdravlje koja se sastoji od pretrpljenih

budućnosti, a može biti i trajnija posljedica povrede prava osobnosti kroz određeno duže vremensko razdoblje ili trajno. Najčešći primjer buduće neimovinske štete su one štetne posljedice koje su nastale zbog povrede prava osobnosti na tjelesno zdravlje i koje su takvog opsega i intenziteta da su prisutne trajnije ili trajno ubuduće.⁸⁰ Neimovinska buduća šteta može biti rezultat kumulacije više povreda prava osobnosti,⁸¹ kod kojih neimovinska šteta može biti kombinacija postojeće i buduće neimovinske štete.

3.2. Naknada buduće imovinske štete

Naknadu buduće imovinske štete možemo promatrati kroz više aspekata. Jedan je aspekt s obzirom na moguće načine ostvarenja buduće imovinske štete putem suda, drugi je aspekt s obzirom na dvojbu oko vrste potraživanja, a treći je aspekt s obzirom na dospijanje i zastaru potraživanja te vrste naknade štete. Sve navedeno moguće je promatrati i pojedinačno s obzirom na pojedine vrste buduće imovinske štete, a moguće je analizirati i načine utvrđenja obujma i visine naknade štete kod pojedinih budućih imovinskih šteta. S obzirom na cilj i svrhu ovoga rada, kod razmatranja naknade buduće imovinske štete iznijet će se sve ono što je zajedničko i karakteristično za sve vrste buduće imovinske štete.

3.2.1. Načini ostvarenja buduće imovinske štete

ZOO kao način naknade imovinske buduće štete propisuje plaćanje novčane rente.⁸² Novčana renta je način naknade štete kod kojeg ukupan iznos naknade nije poznat u vrijeme odlučivanja o tužbenom zahtjevu, već su određeni iznosi koji se plaćaju periodično, u pravilu mjesečno.⁸³ Ti periodični iznosi su jednaki i fiksni, a dospijevaju u točno određenom vremenskim razmacima, te se renta može odrediti oštećeniku doživotno ili za određeno razdoblje u budućnosti. ZOO predviđa dvije iznimke kada se umjesto novčane rente može potraživati odmah jedan ukupan iznos naknade buduće imovinske štete. Prva iznimka predviđena je ako je oštećenik (vjerovnik) zatražio osiguranje od štetnika (odgovorne osobe, dužnika) za isplatu rente, i to nije neopravdano, a dužnik ne da osiguranje koje je odredio sud.⁸⁴ Druga

bolova uslijed povređivanja koji su trajali nekoliko dana). S druge strane ako je došlo do iste povrede prava osobnosti, ali s posljedicom trajnog smanjenja životne aktivnosti u određenom postotku za cijeli život oštećenika, tada će povreda prava osobnosti trajati ubuduće u kontinuitetu do smrti oštećenika.

80 Tako će primjerice kod povrede prava osobnosti povredom ugleda, časti i dostojanstva u pravilu raditi o povredama prava osobnosti gdje je oštećena osoba odmah nakon štetnog događaja u kraćem razdoblju pretrpjela duševne bolove.

81 Npr. jednom štetnom radnjom se povređuje više prava osobnosti (npr. pravo na tjelesno i duševno zdravlje ili na dostojanstvo i privatnost).

82 Tako ZOO u čl. 1094. st. 2. propisuje da se buduća imovinska šteta uslijed gubitka uzdržavanja ili pomaganja naknađuje plaćanjem novčane rente, a u čl. 1095. st. 2. isto je propisano za naknadu buduće imovinske štete uslijed gubitka zarade zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rad, trajno povećanih potreba i uništenja ili umanjivanja mogućnosti daljnjeg razvijanja ili napredovanja.

83 Tako i Crnić, *op. cit.* str. 808 i Gorenc, *op. cit.* str. 265.

84 V. čl. 1088. st. 4. ZOO.

je iznimka kada oštećenik iz ozbiljnih razloga zahtijeva od suda da mu se odmah ili kasnije isplati jedan ukupan iznos umjesto rente.⁸⁵ ZOO izrijekom predviđa i mogućnost izmjene rente, i to bilo da se poveća, snizi ili u cijelosti ukine.⁸⁶

Postavlja se pitanje može li se imovinska buduća šteta putem suda ostvarivati i u jednokratnom iznosu, odnosno sukcesivnim utuživanjem naknade štete za proteklo razdoblje i izvan iznimki koje predviđa ZOO. Sudska praksa je zauzela stajalište da se naknada buduće imovinske štete za koju je po redovnom tijeku stvari izvjesno da će sukcesivno nastajati u budućnosti može ostvarivati i sukcesivnim utuživanjem naknade za proteklo razdoblje, a ne samo u vidu rente.⁸⁷ Takvo se stajalište zasniva na tome što se dospjeli iznosi iste štete uvijek dosuđuju u jednom iznosu, a odredbe čl. 1094. st. 2. i 1095. st. 2. ZOO-a su dispozitivne naravi, slijedom čega nema zapreke da oštećenik traži dosuđivanje dospjelih iznosa štete u ime uzdržavanja, izgubljene zarade i tuđe pomoći i njege u jednokratnom iznosu. U takvom se slučaju postavlja pitanje dospelosti i zastare potraživanja naknade štete.

3.2.2. Dospelost i zastara naknade buduće imovinske štete

Opća odredba ZOO-a propisuje da obveza naknade imovinske štete dopijeva od trenutka nastanka štete, pri čemu sudska praksa razlikuje dospelost naknade novčane imovinske štete od naknade nenovčane imovinske štete.⁸⁸ Dakle, radi se o pravnom stajalištu koje se primjenjuje na sadašnju i postojeću štetu koja je već nastupila do trenutka odlučivanja o zahtjevu za naknadu štete. Međutim, kod buduće imovinske štete glavna je značajka da šteta uopće nije nastupila u vrijeme odlučivanja o zahtjevu za naknadu štete, odnosno da je eventualno nastupila i kontinuirano će trajati u budućnosti kroz određeno vrijeme ili trajno. Pitanje dospelosti naknade buduće štete

85 V. čl. 1088. st. 5. ZOO. U svezi te iznimke v. odluku VSRH broj Rev-591/97 od 29. kolovoza 2000., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 12. veljače 2015. U toj odluci se kao ozbiljan razlog za isplatu jednog ukupnog iznosa naknade štete umjesto rente prihvaća potreba oštećenika za trajno liječenje u inozemstvu da bi se spriječilo pogoršanje zdravstvenog stanja, a za što mu je zasigurno odmah potreban veliki iznos novaca. Kod naknade buduće imovinske štete u jednom ukupnom iznosu umjesto rente, potrebno je izvršiti kapitalizaciju rente, koja se određuje prema visini rente i vjerojatnom trajanju vjerovnikova života, uz odbitak odgovarajućih kamata. Da li se radi o ozbiljnim razlozima za prihvatanje takvog zahtjeva oštećenika potrebno je cijeliti u svakom konkretnom slučaju obzirom na sve okolnosti konkretnog slučaja. Ozbiljan razlog za kapitalizaciju rente bio bi i u slučaju kada oštećenik treba adaptirati i prilagoditi svoju kuću ili stan posebnim potrebama obzirom na njegovo zdravstveno stanje i sl.

86 V. čl. 1096. ZOO. Pretpostavke za izmjenu dosuđene naknade buduće imovinske štete u vidu rente su da postoji zahtjev oštećenika ili štetnika i da su se znatnije promijenile okolnosti koje je sud imao na umu pri donošenju ranije odluke. O izmjeni rente v. npr. odluke VSRH broj Rev-436/06 od 12. srpnja 2006 i Rev-811/99 od 26. rujna 2002., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 12. veljače 2015.

87 Takvo pravno stajalište datira još od 1981. godine kada je zauzet načelni stav na XVII. Zajedničkoj sjednici bivšeg Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina, a koja sjednica je održana 7. i 8. svibnja 1981. O tome v. odluke VSTH broj Revx-420/11 od 29. listopada 2013. i Revx-889/10 od 24. studenog 2011., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 12. veljače 2015.

88 O tome v. *supra* str. 6 i bilj. 28.

izuzetno je značajno za procjenu eventualnog prigovora zastare potraživanja naknade štete, ali i za tijek zateznih kamata.

Potraživanje naknade štete zastarijeva za tri godine otkad je oštećenik doznao za štetu i za osobu koja je štetu učinila (subjektivni rok), a u svakom slučaju ta tražbina zastarijeva za pet godina otkad je šteta nastala (objektivni rok).⁸⁹ Stoga je kod buduće imovinske štete potrebno utvrditi kad ista nastaje, odnosno kad je oštećenik mogao doznati za postojanje buduće imovinske štete. Problem ne predstavlja buduća neizvjesna imovinska šteta, jer kod nje šteta nije nastala i ne zna se uopće hoće li i kada nastati. Stoga kod takvih budućih imovinskih šteta rok zastare će početi teći kad u budućnosti ta šteta bude nastala.⁹⁰

Kod budućih izvjesnih i kontinuiranih imovinskih šteta (gubitak zarade, pomoć i njega, gubitak uzdržavanja i sl.) štetne posljedice su nastale i nastajat će sukcesivno i u budućnosti. Takva šteta ima uzrok u već počinjenoj i svršenoj štetnoj radnji, a i sama šteta je već nastala, s time da će potpuno izvjesno nastupati i trajati u budućnosti. U svezi s takvim budućim izvjesnim kontinuiranim štetama bilo je različitih stavova u sudskoj praksi, a koji se dijelom zastupaju i danas. Jedno od takvih stajališta smatra da se kod buduće izvjesne imovinske štete koja će kontinuirano trajati i u budućnosti, uvijek može ostvarivati naknada štete za proteklo razdoblje, računajući rokove za zastaru od dana kada je šteta nastala u budućnosti.⁹¹ Međutim, sudska praksa zauzela je drukčije pravno stajalište u svezi s budućim imovinskih šteta koje će kontinuirano trajati u budućnosti.

Ako je oštećenik saznao za štetu i učinioca, uključujući i buduću štetu koja će izvjesno sukcesivno nastajati u budućnosti, oštećenik je u istom položaju u odnosu na postojeću i buduću štetu, jer jednako zna za jednu i drugu i ima sve elemente za postavljenje zahtjeva za naknadu postojeće i buduće štete. Stoga se zastara zahtjeva za naknadu štete cijeni prema odredbi čl. 230. i 231. ZOO-a bez obzira na to zahtijeva li se naknada štete za već nastalu štetu ili za štetu za koju je po redovnom tijeku stvari izvjesno da će sukcesivno nastajati u budućnosti, kao i bez obzira na to zahtijeva li se naknada buduće štete u obliku novčane rente ili u jednokratnom iznosu.⁹² *Ratio* takvoga stajališta je u tome da se takva buduća imovinska šteta može u cijelosti sagledati zajedno sa sadašnjom štetom, zbog čega se radi o šteti za koju je oštećenik saznao, a ne o šteti za koju će tek doznati kada ona zaista i nastupi u budućnosti. Stoga rok za zastaru za takvu buduću imovinsku štetu počinje teći saznanjem za nju, a ne

89 V. čl. 230. st. 1. i 2. ZOO. Tražbina naknade štete prouzrokovane povredom ugovorne obveze zastarijeva za vrijeme određeno za zastaru te obveze (čl. 230. st. 3. ZOO), dok je privilegirani rok zastare predviđen u slučaju kada je naknada štete prouzročena kaznenim djelom (čl. 231. ZOO).

90 Zapravo nema razlika u ostvarenju naknade štete između buduće neizvjesne imovinske štete i neke samostalne štete čiji će uzrok i šteta nastati u budućnosti.

91 To bi značilo da oštećenik uvijek može ostvarivati naknadu štete na ime gubitka zarade za posljednje tri godine od dana nastanka štete.

92 Takvo pravno stajalište postoji još od 1981. godine kada je zauzet načelni stav na XVII. Zajedničkoj sjednici bivšeg Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina. Takvo pravno stajalište prisutno je i u odlukama VSRH kao npr. odluke VSRH broj Revx-420/11 od 29 listopada 2013., Revx-889/10 od 24 studenog 2011., Rev 1973/99 od 20. svibnja 2003., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 12. veljače 2015.

njezinim nastankom u budućnosti (npr. stvarnim gubitkom zarade).⁹³

U slučaju sukcesivnog utuživanja budućih šteta, tužbe moraju biti podnesene unutar rokova iz čl. 230. i 231. ZOO-a, s time da tužba prekida zastaru za sljedeće razdoblje za koje počinje teći novi zastarni rok od pravomoćnosti prethodne odluke.⁹⁴ Takvo pravno stajalište temelji se na tome da se radi o trajnoj šteti koja je već nastala i koja će trajati u budućnosti sa svim štetnim posljedicama gubitka određenih prihoda. Stoga takva šteta po prirodi stvari čini cjelinu, i svako sukcesivno utuživanje treba smatrati u smislu čl. 245. ZOO-a kao radnju oštećenika poduzetu pred sudom ne samo da se ostvari naknada za proteklo razdoblje već i da se očuva osnovno pravo iz kojeg proistječu buduća potraživanja.

3.2.2.1. Posebno o dospjlosti i zastari naknade buduće štete zbog gubitka mirovine

Zbog štetnog događaja (štetne radnje) zbog zadobivenih povreda, oštećenik gubi zaradu jer ne može više obavljati bolje plaćeni posao koji je obavljao do povređivanja. U takvom slučaju trpi buduću imovinsku štetu zbog gubitka dijela zarade.⁹⁵ U pogledu mogućnosti ostvarenja, dospjlosti i zastare naknade štete vrijedi sve ono što je rečeno za naknadu buduće izvjesne i kontinuirane imovinske štete. Postavlja se pitanje o kakvoj vrsti buduće imovinske štete se radi i kako se može ostvariti, odnosno kada ista dospijeva i zastarijeva, kada oštećenik ode u mirovinu i zahtijeva naknadu štete jer mu je mirovina manja nego što bi bila da nije bilo štetnog događaja.⁹⁶ Sudska praksa zauzela je stajalište da se u takvom slučaju radi o budućoj imovinskoj šteti koja nastaje tek pravomoćnošću rješenja o priznanju mirovine i koja se tek tada u cijelosti može sagledati, odnosno oštećenik tek tada saznaje za nju, te od tog trenutka ista dospijeva i teče zastarni rok.⁹⁷

Takvo stajalište može u praksi značiti da od štetnog događaja pa do dospijeca takve posebne vrste buduće imovinske štete može proteći i više desetaka godina, a da

93 Kritičari takvog stajališta smatraju da je takvo pravno stajalište u suprotnosti s odredbom čl. 1086 ZOO koja propisuje da se obveza naknade štete smatra dospelom od trenutka nastanka štete, pa kod buduće izvjesne imovinske štete koja kontinuirano nastaje u budućnosti ne može zastara početi teći prije same dospjlosti. S druge strane odredbe o zastari naknade štete početak zastarnog roka vežu za saznanje za štetu, a kod budućih izvjesnih kontinuiranih šteta se u cijelosti može uzeti da oštećenik može pojmiti da će i u budućnosti trpjeti štetu. Smatram da je takvo stajalište pravilno jer pruža pravnu sigurnost. U suprotnom bi oštećenik protekom objektivnog roka zastare ili čak i znatno kasnije (npr. protekom 20 i više godina od štetne radnje) mogao s uspjehom potraživati naknadu štete na ime izgubljene zarade, uzdržavanja, pomoći i njege i sl. za posljednje tri godine.

94 To je u skladu s odredbom čl. 245. ZOO o roku zastare u slučaju prekida zastare. O tome v. odluku VSRH broj Revx-889/10 od 24 studenog 2011., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 13. veljače 2015.

95 U takvim slučajevima oštećenik je u pravilu pretrpio i neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti (čl. 1100. ZOO), a i drugu imovinsku štetu (čl. 1093. ZOO)

96 To iz razloga jer mu je tijekom radnog vijeka plaća bila manja zbog djelomične nesposobnosti za rad, i zbog čega je morao obavljati posao koji je manje plaćen.

97 O tome v. odluku VSRH broj Revx-452/11 od 26 listopada 2011., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 13. veljače 2015.

uopće nije postavljen zahtjev za izgublenu zaradu ili je za isti nastupila zastara prema navedenom stajalištu o dospijecu i zastari buduće imovinske štete u ime gubitka zarade i sl. Postavlja se pitanje radi li se i kod izgubljene mirovine o budućoj izvjesnoj šteti koja će zasigurno nastati u budućnosti i za čiji nastanak oštećenik može saznati u trenutku kada počne gubiti zaradu, jer je općepoznato da u slučaju manje plaće je kasnije manja i mirovina. *Ratio* prihvaćenog stajališta sudske prakse je u tome što kod budućeg gubitka mirovine nije poznat iznos štete niti se on može približno odrediti prije odlaska u mirovinu. Kod gubitka zarade, gubitka uzdržavanja, potrebe tuđe pomoći i njege i sl. radi se o štetama koje su nastale u sadašnjosti i trajat će u budućnosti (kontinuirana buduća imovinska šteta), a kod razlike u primanjima na ime mirovine ne radi se o kontinuiranoj budućoj imovinskoj šteti, već samo o budućoj imovinskoj šteti.

3.2.3. *Naknada buduće imovinske štete i povremena potraživanja*

Jedno od pitanja koje se pojavilo u sudskoj praksi je i pitanje je li potraživanje naknade buduće imovinske štete koja nastaje sukcesivno (izgubljena zarada i sl.) povremeno potraživanje u smislu odredbe čl. 226. ZOO-a.⁹⁸ Sudska praksa je u svezi s tim pitanjem raznoliko tumačila pravnu narav naknade buduće izvjesne imovinske štete koja nastaje sukcesivno, pa je tako u dosta odluka potraživanje naknade buduće imovinske štete smatrano povremenim potraživanjem.⁹⁹ Smatramo da potraživanje naknade buduće imovinske štete koja nastaje sukcesivno u budućnosti nije povremeno potraživanje (tražbina) jer ZOO povremene tražbine posebno određuje u dijelu koji se odnosi na zastaru tražbina, a zastaru potraživanja naknade štete uređuje u tom dijelu posebnim odredbama.¹⁰⁰ Slijedom toga potraživanje u ime naknade štete općenito ne može biti povremena tražbina, iako potraživanje naknade imovinske buduće kontinuirane štete koja nastaje periodično ima obilježja povremenih tražbina.¹⁰¹ U svakom slučaju, ako bi se naknada buduće imovinske štete tretirala kao povremeno potraživanje, opet ne bi bilo mogućnosti ostvarenja buduće kontinuirane imovinske štete u slučaju prigovora zastare protekom pet godina od dospelosti najstarije neispunjene tražbine.¹⁰²

98 Povremene tražbine su one koje dospijevaju godišnje ili u kraćim razdobljima (u pravilu mjesečno). To mogu biti sporedne povremene tražbine (npr. kamate), a mogu biti povremene tražbine u kojima se iscrpljuje samo pravo (kao što je npr. uzdržavanje). Povremene tražbine su i anuiteti kojima se u jednakim unaprijed određenim povremenim iznosima otplaćuju glavnica i kamate, ali povremene tražbine nisu djelomična ispunjenja ili otplate u obrocima. Povremene tražbine zastarijevaju za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja (čl. 226. st. 1. i 2. ZOO).

99 V. odluke VSRH broj Rev-33/01 od 18. travnja 2001., Rev-1602/01 od 25. veljače 2004., Rev-33/01 od 8. lipnja 2004. i Revx-1001/12 od 12. veljače 2013., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/> supra, očitavanje 14. veljače 2015.

100 V. čl. 230. i 231. ZOO.

101 Tako i u odlukama VSRH broj Revx-154/08 od 4. ožujka 2009. i Rev-1292/10 od 15. svibnja 2012., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 14. veljače 2015.

102 V. čl. 227. ZOO o zastari samog prava kod povremenih tražbina.

3.3. *Naknada buduće neimovinske štete*

ZOO izrijekom određuje da će sud na zahtjev oštećenika dosuditi pravičnu novčanu naknadu i za buduću neimovinsku štetu, ako je izvjesno da će ona trajati i u budućnosti.¹⁰³ Dakle, ako se radi o neimovinskoj šteti čiji je uzrok nastao u vrijeme odlučivanja, te je nastala i neimovinska šteta koja će kontinuirano trajati u budućnosti, kao i ako neimovinska šteta nije nastala, ali će sigurno nastati kroz izvjesno vrijeme u budućnosti, postoje pretpostavke za dosuđenje buduće neimovinske štete. Kod naknade buduće neimovinske štete ne nailazimo na probleme i dvojbe koje su postojale ili postoje kod naknade buduće imovinske štete u svezi sa zastarom i vrstom potraživanja. Jedna od dvojbi koja se pojavljuje kod naknade buduće neimovinske štete odnosi se na način ostvarenja te vrste štete.

3.3.1. *Načini ostvarenja buduće neimovinske štete*

Za razliku od naknade buduće imovinske štete gdje je osnovni način ostvarenja te štete plaćanje novčane rente, kod naknade buduće neimovinske štete (pravične novčane naknade) osnovni način je plaćanje jednokratnog iznosa. Ta razlika prvenstveno proizlazi iz odredbi ZOO-a koji ne predviđa izrijekom plaćanje novčane rente kao načina ostvarenja naknade buduće neimovinske štete, a zatim iz same naravi neimovinske štete koja proizlazi iz određene povrede prava osobnosti. Neimovinska šteta koja će se u određenom obliku pojavljivati trajno ili trajnije, tretira se kao jedna šteta, zbog čega se naknađuje u jednokratnom iznosu uzimajući u obzir trajanje štetnih posljedica do donošenja presude kao i onih koje će trajati u budućnosti.¹⁰⁴ To znači da bi se jednokratnim iznosom novčane naknade ostvarivala i naknada buduće neimovinske štete koja još nije nastala, ali je izvjesno da će u budućnosti nastati.¹⁰⁵ Buduća imovinska šteta u pravilu nastaje u jednakim iznosima i jednakim vremenskim razmacima u budućnosti, a buduća neimovinska šteta u pravilu se procjenjuje kao jedinstvena šteta. Stoga se kod neimovinske buduće štete ne pojavljuje niti problem sukcesivnog utuživanja za proteklo razdoblje.

Sudska praksa zauzela je pravno stajalište da se naknada buduće neimovinske

103 V. čl. 1104. ZOO.

104 Tako i Crnić, *op. cit.* str. 919.

105 Kod toga treba napomenuti da neki teoretičari (v. supra bilj. 58.) kod buduće neimovinske izvjesne i samostalne štete smatraju da će takva šteta nastupiti tek kada oštećenik u budućnosti počne trpjeti duševne bolove zbog povrede prava osobnosti, jer će tek tada nastupiti štetne posljedice povrede prava osobnosti. Takvo stajalište je možda doktrinarno konzistentno, jer zaista se ponekad kod oštećenika prilikom odlučivanja o zahtjevu za naknadu buduće neimovinske izvjesne štete koja će nastupiti tek u budućnosti (npr. oštećenik je malo dijete, te će se subjektivno obujam i visina štete moći utvrditi tek nakon što odraste) ne može naknada štete odrediti prema svim kriterijima konkretnog slučaja. Međutim, ako bi takvo stajalište dovodilo do apsurdna, onda osoba koja uopće nije svjesna da trpi duševne bolove zbog povrede prava osobnosti ne bi uopće imala pravo na novčanu satisfakciju. Stoga je sudska praksa zauzela stajalište da se naknada buduće neimovinske štete uvijek može dosuditi u jednokratnom iznosu, pri čemu se visina i obujam štete određuju prema objektivnim kriterijima, ako nije moguće utvrditi sve okolnosti koje će nastati u budućnosti.

štete može u opravdanim slučajevima ostvarivati i u vidu novčane rente.¹⁰⁶ Dakle, naknada buduće neimovinske štete ostvaruje se jednokratno, a samo iznimno i u opravdanim slučajevima u obliku novčane rente. Smatramo da je takvo stajalište opravdano kod povreda prava osobnosti zbog povrede prava na život i tjelesno zdravlje, i gdje je došlo do znatnog oštećenja zdravlja i života oštećenika. Stoga, iako ZOO ne predviđa naknadu buduće neimovinske štete u obliku novčane rente, nema zapreke da se povodom zahtjeva oštećenika u iznimnim i opravdanim slučajevima dosudi i takav vid novčane satisfakcije. Kod toga treba analogijom primijeniti odredbe ZOO-a o naknadi u obliku novčane rente.¹⁰⁷

3.3.2. *Dospjelost i zastara naknade buduće neimovinske štete*

ZOO određuje da obveza pravične novčane naknade dopijeva danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga, kada obveza naknade neimovinske štete dopijeva od dana kada je šteta nastala.¹⁰⁸ Već je navedeno da se kod buduće neimovinske štete uzima da se radi o jedinstvenoj šteti s postojećom štetom i koju oštećenik u cijelosti može sagledati već pri podnošenju zahtjeva ili tužbe. Stoga se dospjelost obveze buduće neimovinske štete procjenjuje kao da se radi o postojećoj šteti u skladu s općom odredbom o dopijecu obveze pravične novčane naknade.¹⁰⁹ To se odnosi na naknadu buduće neimovinske štete u jednokratnom iznosu, a isto tako u slučaju naknade u obliku novčane rente.¹¹⁰

Zastara zahtjeva za naknadu buduće neimovinske štete koja će izvjesno nastajati ili nastati u budućnosti, cijeni se prema odredbi čl. 230. i 231. ZOO-a, odnosno od dana kada je oštećenik saznao za štetu i učinioca, bez obzira na to zahtijeva li se naknada buduće štete u obliku novčane rente ili u jednokratnom iznosu. Kao i kod naknade buduće imovinske štete *ratio* takvog stajališta je u tome da se takva buduća neimovinska šteta može u cijelosti sagledati zajedno s već nastupjelom štetom, zbog čega se radi o šteti za koju je oštećenik saznao, a ne o šteti za koju će tek doznati kada ona zaista i nastupi u budućnosti, odnosno kada će trpjeti duševne bolove zbog povrede prava osobnosti. Stoga rok za zastaru za buduću neimovinsku štetu počinje teći saznanjem za nju, a ne njenim nastankom u budućnosti. S obzirom na to da naknadu buduće neimovinske štete nije moguće zbog svoje naravi ostvarivati sukcesivnim utuživanjem za proteklo razdoblje, kod naknade buduće neimovinske štete ne dolazi do primjene pravnog stajališta o zastari potraživanja imovinske buduće štete u slučaju sukcesivnog utuživanja za proteklo razdoblje.¹¹¹

106 V. npr. odluku VSRH broj Rev-862/93 od 25 svibnja 1994., <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra>, očitavanje 14. veljače 2015.

107 U čl. 1106 ZOO određeno je da se odredbe o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti i sniženju naknade koje vrijede za imovinsku štetu, na odgovarajući način primjenjuju i na neimovinsku štetu. Vidljivo je da ZOO ne predviđa analognu primjenu čl. 1088. ZOO o naknadi u obliku novčane rente, ali za to nema nikakve zapreke jer se rado o dispozitivnim normama koje se mogu primijeniti kod svake naknade štete.

108 V. čl. 1103. ZOO. O dospjelosti naknade neimovinske štete općenito v. *supra* str. 10.

109 *Ibid.*

110 Naknada buduće neimovinske štete u obliku rente je rijetka iznimka od pravila da se buduća neimovinska šteta naknada u jednokratnim iznosom.

111 O tome v. *supra* str. 20.

4. ZAKLJUČAK

Buduća šteta je takva šteta kod koje je nastao njezin uzrok, ali štetne posljedice će nastupiti tek u budućnosti. Buduće štete se mogu podijeliti na imovinske i neimovinske, a s obzirom na izvjesnost njihova nastanka na izvjesne i neizvjesne buduće štete. Izvjesna buduća šteta može biti kontinuirana šteta, što znači da je u sadašnjosti nastupio njezin uzrok i štetne posljedice, ali će štetne posljedice po redovnom tijeku stvari trajati i u budućnosti. Kod neizvjesne buduće štete nastao je njen uzrok, ali se ne zna hoće li i kada šteta u budućnosti nastati. Buduće imovinske štete su izgubljeno uzdržavanje, gubitak zarade, trajno povećanje potreba i nemogućnost ili umanjena mogućnost daljnjeg razvijanja i napredovanja. Buduća neimovinska šteta su štetne posljedice raznih povreda prava osobnosti koje traju u budućnosti.

Načini ostvarenja naknade buduće imovinske štete su plaćanje novčane rente i isplata u jednokratnom iznosu koja se može ostvariti sukcesivnim utuživanjem naknade štete za proteklo razdoblje. Zastara potraživanja naknade buduće imovinske nastupa u općem zastarnom roku za naknadu štete, jer se takva buduća izvjesna imovinska šteta u cijelosti može sagledati u sadašnjosti. Kod sukcesivnog utuživanja naknade buduće imovinske štete također se kod prvog utuživanja primjenjuju opći zastarni rokovi za naknadu štete, s time da tužba prekida zastaru za sljedeće razdoblje za koje počinje teći novi zastarni rok od pravomoćnosti prethodne odluke. Gubitak u primanjima na ime razlike mirovine kao poseban vid izgubljene zarade, u sudskoj praksi se tretira kao buduća neizvjesna imovinska šteta koja dopijeva dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na mirovinu, od kojeg trenutka počinju teći opći zastarni rokovi za naknadu štete.

Naknada buduće neimovinske štete ostvaruje se u pravilu jednokratnom isplatom pravične novčane naknade, a samo iznimno i u opravdanim slučajevima u obliku novčane rente. Dospijeće naknade buduće neimovinske štete procjenjuje se prema općoj odredbi ZOO-a o dospijeću potraživanja naknade neimovinske štete, s obzirom na to da se uzima kako se radi o jednoj šteti zajedno s postojećom štetom, slijedom zbog čega zastara zahtjeva za naknadu buduće izvjesne neimovinske štete se cijeni prema općim odredbama o zastari naknade štete.

Summary

FUTURE DAMAGES

This paper considers the issues related to compensation for damage which will occur in the future. In contrast to existing damage, where the damage has already occurred on the basis of a specific cause or harmful event, in the case of future damage, only its cause has occurred, but the damage itself has not yet occurred. Future damage may be uncertain, but it may also be completely certain that it will occur in the future. There are particular dilemmas relating to the legal nature of future damage, which will certainly occur successively in the future, that is, whether it is a case of occasional claims or when the statute of limitations expires on such claims. Future damage may be material or non-material, but as a rule the most questions arise regarding future material damages, for which the Civil Obligations Act prescribes the possibility of claims for compensation in the form of an annuity. One of the questions which arises in case law relates to whether it is possible to claim compensation for certain future damage, for which it is prescribed that it is to be realized in the form of an annuity, and by individual actions for a specific past period of time.

Therefore this paper considers all the questions relating to the type, legal nature, possibility of realization and the statute of limitations on future damages. The basic method of this study is an analysis of and research into case law, that is, the decisions of the Supreme Court of the Republic of Croatia, relating to claims for compensation for future damage, and the aim and purpose of the paper is to resolve the existing dilemmas relating to realization of compensation for future damage.

Key words: *compensation for damage, future damage, lost earnings, nursing care and assistance, the statute of limitations on compensation for future damage, occasional claims.*

Zusammenfassung

ERSATZ KÜNFTIGEN SCHADENS

In der Arbeit wird die Problematik des Ersatzes künftigen Schadens bearbeitet. Im Unterschied zum aufgrund einer bestimmten Ursache oder eines schädigenden Ereignisses entstandenen Schaden ist beim künftigen Schaden nur seine Ursache entstanden, der Schaden selbst aber noch nicht. Künftiger Schaden kann ungewiss sein und es kann auch ungewiss sein, ob er überhaupt entstehen wird. Es gibt Zweifel über die rechtliche Natur des künftigen Schadens, beziehungsweise darüber, ob es sich beim künftigen Schaden um zeitweilige Forderungen handelt und wann solche Forderungen verjähren. Künftiger Schaden kann vermögensrechtlich oder nicht-vermögensrechtlich sein, aber die meisten Zweifel gibt es über den künftigen vermögensrechtlichen Schaden, für welchen das Obligationengesetz die Möglichkeit der Forderung des Schadenersatzes in Form einer Geldrente vorschreibt. Eine der

in der Rechtsprechung entstandenen Fragen bezieht sich darauf, ob die Forderung des Ersatzes des künftigen gewissen Schadens, welcher in Form einer Geldrente und durch einzelne Verfahren für bestimmte vergangene Zeiträume zu Stande kommt, möglich ist.

Deshalb werden in dieser Arbeit alle Fragen bezüglich der Art, Rechtsnatur, Möglichkeit der Verwirklichung und Verjährung des Ersatzes künftigen Schadens bearbeitet. Die Analyse und die Forschung der Rechtsprechung, beziehungsweise der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Republik Kroatien bezüglich der Forderungen des Ersatzes künftigen Schadens stellen die Hauptmethode der Arbeit dar. Das Ziel der Arbeit ist es, bestehende Zweifel bezüglich der Verwirklichung des Ersatzes künftigen Schadens zu beseitigen.

Schlüsselwörter: *Schadenersatz, künftiger Schaden, Lohnverlust, fremde Hilfe und Pflege, Verjährung des Ersatzes künftigen Schadens, zeitweilige Forderungen.*

Riassunto

IL RISARCIMENTO DEL DANNO FUTURO

Nel lavoro si tratta la questione del risarcimento del danno futuro. A differenza del danno esistente, il quale s'è già verificato in base ad un determinata causa ed un evento dannoso, nel caso del danno futuro s'è verificata soltanto la sua causa, mentre l'evento dannoso non è ancora avvenuto. Il danno futuro può essere incerto, come può essere anche del tutto certo che avverrà in futuro. Particolari dubbi presenta la questione della natura giuridica del danno futuro per il quale s'è certi che sorgerà in futuro; come anche se si tratti di pretese occasionali oltre all'individuazione del termine di prescrizione di tali pretese. Il danno futuro può essere patrimoniale o non patrimoniale, benché la maggiore parte dei dubbi sorga con riguardo al danno futuro patrimoniale per il quale la legge sui rapporti di obbligazione statuisce la possibilità di soddisfare la pretesa risarcitoria sotto forma di rendita pecuniaria. Uno degli interrogativi sorti nella prassi giurisprudenziale si riferisce al fatto se sia possibile avanzare una pretesa risarcitoria per un danno futuro per il quale è stabilito che verrà realizzato sotto forma di rendita pecuniaria anche mediante singole pretese per determinati periodi passati.

Per questo motivo nel lavoro sono oggetto d'indagine tutte le questioni che si riferiscono al genere, alla natura giuridica, alla possibilità di realizzazione e di prescrizione del risarcimento del danno futuro. Il metodo di base usato nel lavoro è rappresentato dall'analisi e dalla ricerca della giurisprudenza, ossia delle decisioni della Corte Suprema della Repubblica di Croazia che si riferiscono a pretese risarcitorie del danno futuro, mentre lo scopo ed il senso del lavoro è di rimuovere i dubbi esistenti con riguardo alla realizzazione del risarcimento del danno futuro.

Parole chiave: *risarcimento del danno, danno futuro, lucro cessante, altrui supporto e cura, prescrizione del risarcimento del danno futuro, pretese occasionali.*

PAKET-ARANŽMAN I POTPOMOGNUTI PUTNI ARANŽMAN

Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 338.482::061.1EU
Ur.: 23. prosinca 2014.
Pr.: 25. veljače 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U redovnoj zakonodavnoj proceduri pred Europskim parlamentom i Vijećem nalazi se i prijedlog Europske komisije za usvajanjem nove Direktive kojom bi se uređenje ugovora o organiziranju putovanja uskladilo sa suvremenim razvojem tržišta organiziranih putovanja, a posebno regulirali razni oblici kombinacija usluga putovanja koje se danas nude putnicima, pogotovo elektroničkim putem, a koji su po sadržaju pruženih usluga istovjetni ili usporedivi s uslugama putovanja koje se pružaju u klasičnom unaprijed pripremljenim paket-aranžmanom. Predmetom rada su odredbe prijedloga te direktive kojima se uređuje predmetno polje primjene buduće Direktive, odnosno novine koje u pogledu pojma „paket-aranžman“ donose prijedlog Europske komisije i amandmani Europskog parlamenta te analiza novog predloženog pojma „potpomognuti putni aranžman.“ Rad se također kritički osvrće i na metodu ciljane maksimalne harmonizacije kao novi predloženi intenzitet harmonizacije. Zaključuje se da je, unatoč dobrodošlom aktualiziranju zastarjelog teksta Direktive o paket-aranžmanima s potrebama tržišta, predloženi tekst nove Direktive opterećen tehničkim i složenim definicijama koje bi mogle dovesti do znatnih poteškoća u njihovom transponiranju u odredbe nacionalnih prava država članica.

Ključne riječi: *paket-aranžman, potpomognuti putni aranžman, dinamični paket-aranžmani, Direktiva 90/314/EEZ.*

1. UVOD

U razdoblju od više od dvadeset godina, otkada je u okviru Europske unije usvojena i državama članicama upućena Direktiva Vijeća 90/314/EEZ od 13. lipnja 1990. o putovanjima, odmorima i kružnim putovanjima u paket-aranžmanima¹ pa do danas, posebno zahvaljujući razvoju interneta, znatno se promijenio način na koji putnici pribavljaju usluge putovanja. Pored klasičnih unaprijed pripremljenih paket-aranžmana pokrivenih odredbama Direktive 90/314/EEZ, putnicima se danas na tržištu

1 Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, OJ L 158, 23.6.1990. (dalje u tekstu: Direktiva; ponegdje i: Direktiva 90/314/EEZ).

nude i brojne druge kombinacije usluga putovanja, koje su po sadržaju istovjetne ili u većoj mjeri usporedive s uslugama putovanja u unaprijed pripremljenom paket-aranžmanu, a koje ne ulaze u polje primjene Direktive. Uz to što su odredbe Direktive zastarjele i neodgovarajuće s obzirom na razvoj tržišta, one su u određenoj mjeri i neprecizne te sadržavaju pravne praznine koje opravdavaju daljnju legislativnu intervenciju u području organiziranih putovanja. Kako je Direktiva kao direktiva minimalne harmonizacije ostavila na diskreciju državama članicama Europske unije da nacionalnim pravom urede brojna pitanja iz polja primjene Direktive, postoji i znatna neujednačenost u nacionalnim zakonodavstvima u pogledu razine zaštite putnika u ugovorima o organiziranju putovanja. S obzirom na opseg izmjena koje bi trebalo učiniti u odredbama Direktive kako bi se ona uskladila s današnjim potrebama, umjesto izmjena i dopuna postojeće Direktive, Europska komisija pripremila je prijedlog nove direktive koja bi trebala zamijeniti i staviti izvan snage Direktivu 90/314/EEZ.² Komisijin prijedlog upućen je u redovnu zakonodavnu proceduru u srpnju 2013. godine, a u ožujku 2014. godine nakon prvog čitanja uz izmjene je prihvatio Europski parlament,³ te se usvajanje nove direktive očekuje tijekom 2015. godine.

U radu se analiziraju odredbe Prijedloga Direktive radi utvrđivanja novina koje on donosi u odnosu na aktualno uređenje. Rad se posebno bavi odredbama Prijedloga Direktive kojima se uređuje predmetno polje primjene nove direktive (čl. 1. – 3.), odnosno pojmovnim određenjem paket-aranžmana i potpomognutog putnog aranžmana. Radi boljeg razumijevanja novina koje Prijedlog Direktive donosi, u radu je dan opsežniji prikaz odredaba Direktive 90/314/EEZ, odredaba nacionalnih prava država članica te stajališta izraženih u presudama Europskog suda. Pri analizi odredaba nacionalnih propisa kojima su države članice transponirale odredbe Direktive 90/314/EEZ, posebno se prikazuju rješenja prihvaćena u hrvatskom i njemačkom pravu te pravu Ujedinjenog Kraljevstva.⁴

2 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o putovanjima u paket-aranžmanima i potpomognutim putnim aranžmanima, o izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2011/83/EU te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 90/314/EEZ (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC*), COM(2013) 512 final - 2013/0246 (COD), 9.7.2013., dostupno na: <http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com_2013_512_en.pdf>, 25. listopada 2014. (dalje u tekstu: Prijedlog Direktive).

3 Rezolucija Europskog parlamenta od 12. ožujka 2014. o prijedlogu Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o paket-aranžmanima i potpomognutim putnim aranžmanima, o izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2011/83/EU te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 90/314/EEZ (*European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC*), COM(2013)0512 – C7-0215/2013 – 2013/0246(COD), 12.3.2014., dostupno na: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?sessionId=536B30ED9D8D09384833E8F91F6DF1BD.node1?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P7-TA-2014-0222%200%20DOC%20XML%20V0//en>>, 25. listopada 2014. (dalje u tekstu: Rezolucija Europskog parlamenta).

4 O načinima na koji su odredbe Direktive 90/314/EEZ transponirane u nacionalna prava država

Predmetom rada nisu odredbe Prijedloga Direktiva kojima se uređuju obveze obavlještavanja i sadržaj ugovora o putovanju u paket-aranžmanu (čl. 4. – 6.), izmjene ugovora prije početka korištenja paket-aranžmana (čl. 7. – 10.), odgovornost organizatora putovanja za ispunjenje usluga putovanja uključenih u paket-aranžman (čl. 11. – 14.), te zaštita u slučaju insolventnosti (čl. 15. i 16.).⁵

Pri istraživanju usporedno su korištene službene inačice Prijedloga Direktive i Direktive 94/314/EEZ na engleskom, njemačkom i hrvatskom jeziku. Pojmovi iz navedenih izvora navode su u radu onako kako su oni prevedeni u službenoj inačici izvora na hrvatskom jeziku, s time da se u glavnom tekstu navode i izrazi upotrijebljeni u inačicama na engleskom i njemačkom jeziku, dok se na pojedine nedostatke službenog hrvatskoga prijevoda u pravilu ukazuje u bilješkama.

Rad je strukturiran u šest poglavlja. Nakon prvog uvodnog poglavlja, u drugom se poglavlju rada analizira metoda harmonizacije predložena Prijedlogom Direktive s obzirom na intenzitet željene harmonizacije, u poredbi s metodom harmonizacije koja je prihvaćena Direktivom 90/314/EEZ. S obzirom na to da u predmetno polje primjene Direktive 90/314/EEZ ulaze prema odredbi čl. 1. Direktive „paket-aranžmani prodani ili ponuđeni na prodaju na području Zajednice“, dok bi se prema čl. 2. st. 1. Prijedloga Direktive buduća direktiva trebala primjenjivati na „paket-aranžmane koje trgovci putnicima nude na prodaju ili im ih prodaju“ te na „potpomognute putne aranžmane“, u trećem poglavlju će se najprije analizirati pojam paket-aranžmana prema Direktivi 90/314/EEZ, propisima država članica donesenih u transponiranju Direktive u nacionalno pravo te stajalištima izraženim u sudskoj praksi Europskog suda, a potom u četvrtom poglavlju rada i pojam paket-aranžmana prema Prijedlogu Direktive. U

članica Europske unije, osim Republike Hrvatske, vidi opsežno u: Schulte-Nölke, H. i Meyer-Schwickerath, L., *Package Travel Directive (90/314/EEC)*, u: Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C. i Ebers, M. (ur.), *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States*, Sellier, München, 2008., str. 108. – 195. Za analizu odredaba Direktive 90/314/EEZ koje se odnose na zaštitu od insolventnosti, presuda Europskog suda u kojima su dana tumačenja tih odredaba, te detaljnu analizu rješenja prihvaćenih u nacionalnom pravima država članica pri transponiranju tih odredaba vidi i: *Report on the Implementation of Directive 90/314/EEC on Package Travel and Holiday Tours in the Domestic Legislation of EC Member States*, SEC(1999) 1800 final, 19.11.1999., dostupno na: <http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/pack_trav/pack_trav02_en.pdf>, 20. listopada 2014., str. 12. – 39. O odredbama Direktive 90/314/EEZ i načinu na koji su one transponirane u hrvatsko pravo vidi: Gorenc, V. i Pešutić, A., *Razgraničenje organizatora i posrednika putovanja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, Posebni broj/2006, str. 17. – 44.; Petrović, S., *Ugovor o organiziranju putovanja*, u: Kuzmić, M. i Šumelj, A. (ur.), *Novi Zakon o obveznim odnosima*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 185. – 207.; Petrović, S. i Tepeš, N., *Materijalnopравни i međunarodnoprivatnopravni aspekti ugovora o organiziranju putovanja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 55, br. 6/2005, str. 1497. – 1542.; Pošćić, A., *Koje novosti donosi novi ZOO glede ugovora o organiziranju putovanja*, *Pravo i porezi*, br. 5/2006, str. 42. – 49.; Radončić, Dž., *Analiza transpozicije Direktive 90/314 u zakonodavstva Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Srbije*, *Analiza Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, vol. 5, br. 8/2008, str. 235. – 264.

- 5 O tim odredbama vidi više u: Keiler, S., *Der Vorschlag für eine Richtlinie über Pauschal- und Bausteinreisen im Lichte einer möglichen Vollharmonisierung*, *Ecolex*, br. 4/2014, str. 390. – 392.

petom poglavlju bit će riječ o pojmu potpomognutih putnih aranžmana kao novini koju Prijedlog Direktive uvodi u predmetno polje primjene buduće direktive. Zaključne napomene iznesene su u posljednjem, šestom poglavlju rada.

2. PROMJENA INTENZITETA HARMONIZACIJE – OD MINIMALNE DO CILJANE MAKSIMALNE HARMONIZACIJE

Bitno je uvodno ukazati na jednu od ključnih razlika Direktive 90/314/EEZ i Prijedloga Direktive, a koja se odnosi na obveze država članica u pogledu načina transponiranja direktive u nacionalno pravo. Naime, direktive Europske unije mogu se prema intenzitetu harmonizacije podijeliti na direktive minimalne harmonizacije, direktive maksimalne harmonizacije i direktive ciljane maksimalne harmonizacije.⁶ Direktiva minimalne harmonizacije je direktiva koja državama članicama ostavlja slobodu da u nacionalnom pravu radi ostvarenja cilja direktive predvide rješenja koja mogu biti i stroža u odnosu na minimalne zahtjeve postavljene direktivom. Nasuprot tome, direktiva maksimalne harmonizacije ne dopušta državama članicama da na području koje ulazi u polje primjene direktive zadrže postojeće ili usvoje nove odredbe u nacionalnome pravu kojima bi se odstupalo od odredaba direktive. Direktive ciljane maksimalne harmonizacije ili ciljane potpune harmonizacije su one koje u pravilu državama članicama ne dopuštaju da nacionalnim pravom odstupe od odredaba direktive, ali za pojedina pitanja dopuštaju i izuzetke u vidu klauzula minimalne harmonizacije.

Direktiva 90/314/EEZ jest direktiva minimalne harmonizacije, a što izrijeком proizlazi iz odredbe čl. 8. Direktive prema kojoj države članice mogu radi zaštite potrošača u području na koje se odnosi Direktiva donijeti ili zadržati strože propise. Slične odredbe nema u tekstu Prijedloga Direktive prema kojemu će nova direktiva biti direktiva ciljane maksimalne harmonizacije.⁷ Naime, prema pripremnim materijalima koji prate Prijedlog Direktive, sve se odredbe nove direktive temelje na metodi maksimalne harmonizacije, osim odredbe čl. 12. st. 6. koja se odnosi na minimalne rokove zastare te odredaba čl. 15. i 16. koje uređuju zaštitu u slučaju insolventnosti, a koje predstavljaju klauzule minimalne harmonizacije kojima se državama članicama dopušta da nacionalnim pravom predvide i stroža rješenja.⁸ Na žalost, u samom

6 O podjelama direktiva prema intenzitetu harmonizacije vidi i u: Josipović, T., Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva, u: Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza – Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010. – Knjiga I., GTZ, Beograd, 2010., str. 291.; Mišćenić, E., Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Republike Hrvatske, vol. 4, br. 1/2013, str. 152. – 153.; Sefton-Green, R., Multiculturalism, Europhilia and harmonization: harmony or disharmony?, Utrecht Law Review, vol. 6, br. 3/2010, str. 50. – 51.

7 Slično ističu i: Schuster-Wolf, C. i Karsten, J., Entwicklungen im EU-Passagierrecht 2013-2014, Verbraucher und Recht, br. 5/2014, str. 172.

8 *Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying the document on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC*, SWD(2013) 263 final, 9.7.2013., dostupno na: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0263:FIN:EN:PDF>>, 20. listopada 2014. (dalje u tekstu: Procjena učinaka), str. 29.

tekstu Prijedloga Direktive nedostaje odredba iz koje bi izričito proizlazilo da države članice ne mogu usvojiti u nacionalnom pravu odredbe koje bi bile strože od onih koje će biti predviđene novom direktivom, pa bi analiza odredaba buduće direktive bez konzultiranja s pripremnim materijalima priloženim uz Prijedlog Direktive mogla izazvati dvojbe o željenom intenzitetu harmonizacije.⁹ Ipak, u konačnom tekstu buduće direktive vjerojatno će postojati i izričita odredba iz koje će biti razvidno da je buduća direktiva, direktiva maksimalne harmonizacije, s obzirom na to da je Europski parlament u tom smjeru predložio amandman na Prijedlog Direktive. Njime se predlaže uvrštenje u tekst buduće direktive novoga čl. 1.a prema kojemu države članice ne bi bile ovlaštene zadržati ni usvojiti u nacionalnom pravu odredbe kojima bi se odstupalo od odredaba buduće direktive, neovisno o tome jesu li takve odredbe nacionalnog prava blaže ili strože u odnosu na odredbe buduće direktive.¹⁰

3. POJAM „PAKET-ARANŽMAN“ PREMA DIREKTIVI 90/314/EEZ, NACIONALNOM PRAVU DRŽAVA ČLANICA I PRESUDAMA EUROPSKOG SUDA

Kako bi se mogle bolje razumjeti Prijedlogom Direktive predložene novine u pogledu pojma „paket-aranžmana“, potrebno je prethodno analizirati definiciju pojma „paket-aranžman“ sadržanu u aktualnoj Direktivi 90/314/EEZ, što se čini u prvom odjeljku ovog poglavlja, ali i transponiranje te definicije u odredbe nacionalnih prava država članica te tumačenja te definicije koja je dao Europski sud u svojim presudama, a što se čini u drugom i trećem odjeljku ovoga poglavlja.

3.1. Pojam „paket-aranžman“ prema Direktivi 90/314/EEZ

Odredbom čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive 90/314/EEZ, paket-aranžman (engl. *package*; njem. *Pauschalreise*) definiran je kao „unaprijed utvrđena kombinacija“ najmanje dvije pojedinačne usluge, „ako se one prodaju ili nude na prodaju po cijeni koja uključuje razne usluge koje se pružaju u vremenu dužem od dvadeset četiri sata ili uključuju smještaj i noćenje“, a riječ je o uslugama prijevoza, smještaja i „ostalim turističkim uslugama koje nisu pomoćne prijevozne ili smještajne usluge, a predstavljaju znatan dio paket-aranžmana.“

Strogim gramatičkim tumačenjem, iz navedene odredbe Direktive proizlazi da se pod pojmom paket-aranžmana podrazumijeva samo takva kombinacija usluga:

1. koja je unaprijed utvrđena (engl. *pre-arranged*; njem. *im voraus festgelegte*),
2. koja uključuje najmanje dvije različite usluge navedene u Direktivi,
3. koja uključuje usluge koje se prodaju za jednu ukupnu, paušalnu cijenu (engl. *inclusive price*; njem. *Gesamtpreis*),
4. koja uključuje usluge koje se pružaju u razdoblju dužem od dvadeset i

9 U tom smislu kritičan je prema Prijedlogu Direktive i Keiler koji je također stava da je nova direktiva po intenzitetu direktiva ciljane maksimalne harmonizacije, o čemu više vidi u: Keiler, S., op. cit. u bilj. 5, str. 388. – 389.

10 Rezolucija Europskog parlamenta (bilj. 3), amandman br. 32.

četiri sata, odnosno i kraćem razdoblju ako kombinacija uključuje uslugu smještaja s noćenjem i

5. u kojoj se ostale turističke usluge koje nisu usluge prijevoza i smještaja mogu kombinirati pod uvjetima:
 - da te usluge nisu popratne usluge uz prijevoz ili smještaj i
 - da te usluge predstavljaju znatan dio (engl. *significant proportion*; njem. *beträchtlichen Teil*) paket-aranžmana.

3.2. *Transponiranje definicije pojma „paket-aranžman“ u odredbe nacionalnih prava država članica*

Dio država članica je citiranu definiciju paket-aranžmana doslovno prenio u odgovarajuću odredbu nacionalnog prava, dok su pojedine države definiciju paket-aranžmana transponirale uz znatna odstupanja.¹¹

Odstupanja u nacionalnom pravu većinom imaju za posljedicu proširenje polja primjene Direktive, odnosno širenje definicije pojma paket-aranžmana u nacionalnom pravu u odnosu na definiciju tog pojma sadržanu u Direktivi. Pojedine države članice su izostavile uvjet da se paket-aranžmanom smatraju samo kombinacije usluga koje se pružaju u razdoblju dužem od dvadeset i četiri sata.¹² Druga vrsta čestog odstupanja odnosi se na izostavljanje uvjeta da turističke usluge različite od prijevoza ili smještaja moraju predstavljati znatan dio paket-aranžmana.¹³

Pojedine države članice unijele su u svoje nacionalno pravo definiciju paket-aranžmana koja je istovjetna onoj iz Direktive, ali su pojam paket-aranžmana dodatnim odredbama proširili ili detaljnije specificirali. Primjerice, u Ujedinjenom Kraljevstvu definicija paket-aranžmana istovjetna je onoj iz Direktive, ali je dodatno istaknuto kako činjenica da je kombinacija usluga sastavljena na zahtjev potrošača i u skladu s njegovim specifičnim zahtjevima ne znači sama po sebi da kombinacija nije unaprijed utvrđena.¹⁴

Za razliku od država članica koje izričito definiraju pojam paket-aranžmana, u njemačkom Građanskom zakoniku nema takve definicije, već se pri definiranju ugovora o putovanju navodi kako je obveza organizatora putovanja pružiti putniku ukupnost usluga putovanja, pri čemu se ne navode izričito usluge koje se mogu kombinirati.¹⁵ Donekle slično rješenju iz njemačkoga prava je i ono koje je u hrvatskom

11 Opsežno o odredbama nacionalnih prava država članica kojima se definira pojam paket-aranžmana vidi: Schulte-Nölke, H. et al., op. cit. u bilj. 4, str. 127. – 131.

12 Stoga se u austrijskom, finskom, njemačkom i poljskom pravu paket-aranžmanom smatraju i one kombinacije usluga koje se pružaju u vremenu kraćem od dvadeset i četiri sata (Schulte-Nölke, H. et al., op. cit. u bilj. 4, str. 130.).

13 Za takvo rješenje opredijelilo se litavsko, mađarsko, njemačko i poljsko pravo (ibid.). U hrvatskom pravu istovjetno rješenje proizlazi iz čl. 881. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05., 41/08. i 125/11.; dalje u tekstu: ZOO), gdje se u okviru definicije pojma paket-aranžman govori samo o „drugim turističkim uslugama“ bez navođenja da te usluge moraju predstavljati znatan dio paket-aranžmana.

14 Čl. 2. st. 1. *Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992*, SI br. 3288/92., 1648/95. i 1208/98. (dalje u tekstu: UK Package Travel Regulations).

15 § 651.a st. 1. njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* u inačici od 2. siječnja

pravu sadržano u odredbi čl. 881. st. 1. ZOO-a, koje pri definiranju primarnih obveza ugovornih strana iz ugovora o organiziranju putovanja opisuje „paket-aranžman“ kao „najmanje dvije usluge koje se sastoje od prijevoza, smještaja ili drugih turističkih usluga što čine cjelinu i koje se pružaju u vremenu dužem od 24 sata ili uključuju barem jedno noćenje“. ZOO ne govori o „unaprijed utvrđenoj“ kombinaciji usluga, ali se taj element definicije iz Direktive pojavljuje u hrvatskom pravu u definiciji pojma „paket aranžman (paušalno putovanje)“ danoj u Zakonu o pružanju usluga u turizmu.¹⁶

Hrvatsko pravo nije usamljeno u pogledu situacije da su u različitim propisima nacionalnog prava dane definicije pojma paket-aranžmana koje su međusobno neusklađene. Naime, neusklađenost definicija zamjetna je i u njemačkom¹⁷ i u austrijskom pravu.¹⁸

3.3. Tumačenje pojma „paket-aranžman“ u presudama Europskog suda

O pojedinim elementima definicije pojma paket-aranžmana imao se prilike izjasniti i Europski sud.

Prema tumačenju Europskog suda u predmetu *Rechberger*,¹⁹ da bi bilo riječ o paket-aranžmanu dovoljno je da postoji kombinacija najmanje dvije od u Direktivi navedenih usluga i da se ona prodaje ili nudi za jednu ukupnu cijenu.²⁰ Naknada koju se putnik ugovorom obvezuje platiti za takvu kombinaciju, kao i odnos visine te naknade prema vrijednosti kombinacije usluga i vrijednosti pojedinačnih usluga sadržanih u kombinaciji nisu relevantni za ocjenu je li kombinacija usluga paket-aranžman ili nije.²¹ Ni okolnost nudi li se paket-aranžman određenom potrošaču ili neodređenom broju potrošača nije odlučna za kvalifikaciju opisane kombinacije usluga kao paket-aranžmana.²²

2002., BGBl I br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 22. srpnja 2014., BGBl I br. 35/14.; dalje u tekstu: BGB).

16 Čl. 5. st. 1. al. 3. Zakona o pružanju usluga u turizmu (NN br. 68/07., 88/10., 30/14. i 89/14.; dalje u tekstu: ZPUT) glasi: „Paket aranžman (paušalno putovanje) jest unaprijed utvrđena kombinacija od najmanje dvije pojedinačne usluge koje se sastoje od prijevoza, smještaja ili drugih turističkih i ugostiteljskih usluga što čine cjelinu, a pružaju u vremenu dužem od 24 sata ili uključuju barem jedno noćenje, te se prodaju po ukupnoj unaprijed utvrđenoj (paušalnoj) cijeni.“

17 § 651.a BGB-a primjenjuje se i na one kombinacije usluga koje se pružaju u razdoblju kraćem od dvadeset i četiri sata i koje ne uključuju uslugu smještaja s noćenjem, dok se § 651.k st. 6. BGB-a primjenjuje samo na one kombinacije usluga koje se pružaju u razdoblju dužem od dvadeset i četiri sata ili kraćem pod uvjetom da uključuju uslugu smještaja s noćenjem.

18 U dva austrijska propisa definicija paket aranžmana istovjetna je onoj iz Direktive, dok treći propis sadrži definiciju pojma paket aranžmana iz koje je izostavljen uvjet o najkraćem trajanju pružanja usluga sadržanih u kombinaciji (Schulte-Nölke, H. et al., op. cit. u bilj. 4, str. 129.).

19 Presuda Europskog suda od 15. lipnja 1999., u predmetu C-140/97, Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hoffmeister i drugi protiv Republike Austrije, European Court Reports, I-03499, 1999. (dalje u tekstu: *Rechberger*).

20 *Rechberger*, § 29.

21 *Rechberger*, § 30.

22 *Rechberger*, § 31.

S obzirom na to da Direktiva predviđa samo minimalno trajanje putovanja kao element definicije paket-aranžmana, prema tumačenju Europskog suda u predmetu *AFS Finland*,²³ dužina trajanja putovanja također nije odlučni element definicije paket-aranžmana pod uvjetom da se on odnosi na putovanje duže od dvadeset i četiri sata.²⁴

Europski sud je u predmetu *AFS Finland* protumačio i što se smatra smještajem u smislu odredbe čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive. Prema stajalištu Europskog suda, sami po sebi za pojam smještaja nisu relevantni tip smještaja, trajanje smještaja, a ni okolnost je li smještaj naplatan ili besplatan. Međutim, besplatno ugošćivanje studenata u okviru programa studentske razmjene u obiteljskom domu tijekom dužeg razdoblja ne može se smatrati smještajem u smislu Direktive.²⁵

Vezano na pojam „ostalih turističkih usluga“ u smislu odredbe čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive, Europski sud je izrazio u predmetu *AFS Finland* mišljenje da se odabir obrazovne ustanove organizatora programa studentske razmjene ne može smatrati turističkom uslugom jer mu je svrha obrazovanje studenata.²⁶ Odabir obitelji kod koje će se student biti smješten tijekom boravka u inozemstvu smatra se samo popratnom uslugom pa stoga ni takva usluga ne ulazi u pojam „ostalih turističkih usluga“.²⁷ Europski sud istaknuo je i da sve i kad bi se priprema dokumentacije potrebne za boravak u drugoj državi i pripremni tečajevi prije odlaska mogli smatrati „ostalim turističkim uslugama“, relevantno pitanje je predstavljaju li oni ili ne „znatan dio“ paket-aranžmana.²⁸

U spojenim predmetima *Pammer i Hotel Alpenhof*,²⁹ Europski sud potvrdio je da i organizirana brodska krstarenja ulaze u pojam paket-aranžmana, s obzirom na to da takav tip putovanja uključuje pored prijevoza i smještaj te da uobičajeno traje duže od dvadeset i četiri sata.³⁰

Posebne nedoumice u praksi izazvao je izraz „unaprijed utvrđena kombinacija“ (engl. *pre-arranged combination*; njem. *im voraus festgelegte Verbindung*), upotrijebljen u odredbi čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive. Naime, iz toga izraza nije sasvim jasno obuhvaća li pojam paket-aranžmana samo paket-aranžmane koje je samostalno pripremio organizator putovanja prije sklapanja ugovora s putnikom ili su u taj pojam uključeni i paket-aranžmani koje je organizator putovanja pripremio na zahtjev i prema specifikacijama putnika. Kao što je već ranije navedeno,³¹ u Ujedinjenom Kraljevstvu pojam paket-aranžmana izričito je proširen i na one kombinacije usluga koje je

23 Presuda Europskog suda od 11. veljače 1999., u predmetu C-237/97, *AFS Intercultural Programs Finland ry*, European Court Reports, I-00825, 1999. (dalje u tekstu: *AFS Finland*), § 27.

24 *AFS Finland*, § 27.

25 *AFS Finland*, § 28.

26 *AFS Finland*, § 30.

27 *AFS Finland*, § 31.

28 *AFS Finland*, § 32.

29 Presuda Europskog suda od 7. prosinca 2010., u spojenim predmetima C-585/08, *Pammer protiv Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG*, i C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH protiv Olivera Hellera*, European Court Reports, I-12527, 2010. (dalje u tekstu: *Pammer i Hotel Alpenhof*).

30 *Pammer i Hotel Alpenhof*, § 45.

31 *Supra* u bilj. 14 i tekstu koji je vezan uz tu bilješku.

organizator pripremio na zahtjev i prema specifikacijama putnika, no s druge strane se tradicionalno, primjerice, u Češkoj i Njemačkoj, takve kombinacije usluga ne smatraju paket-aranžmanom.³² Sumnju je otklonio Europski sud u predmetu *Club Tour*³³ u kojemu je zauzeo stajalište da u polje primjene Direktive ulaze i paket-aranžmani koje je organizator putovanja pripremio na zahtjev i prema specifikacijama putnika ili određene skupine putnika.³⁴ Štoviše, Europski sud je istaknuo i da se izraz „unaprijed utvrđena kombinacija“ treba tumačiti na način da obuhvaća i one kombinacije usluga koje su zajednički sastavili organizator putovanja i putnik najkasnije u vrijeme sklapanja ugovora o organiziranju putovanja,³⁵ a ne nužno unaprijed, odnosno u nekom ranijem stadiju pregovora. Ekstenzivno tumačenje izraza „unaprijed utvrđena kombinacija“ koje je dao Europski sud, podvodeći pod pojam paket-aranžmana i one kombinacije usluga koje nisu sastavljene unaprijed i koje se ne nude putnicima kao finalni proizvod, učinilo je izraz „unaprijed utvrđena“ opsoletnim te se taj izraz više ne bi trebalo smatrati sastavnim elementom definicije paket-aranžmana.

Međutim, i nakon presude Europskog suda u predmetu *Club Tour*, ostalo je upitno jesu li pod pojmom paket-aranžmana obuhvaćeni tzv. dinamični paket-aranžmani,³⁶ kod kojih putnik odlučuje koje će usluge putovanja biti uključene u paket-aranžman. Dinamični paket-aranžmani dijele se prema broju trgovaca koju sudjeluju u njihovu organiziranju na *one-trader* paket-aranžmane (eng. *one-trader packages*; njem. *von einem einzigen Veranstalter angebotene individuelle Pauschalreisen*) i na *multi-trader* putne aranžmane (engl. *multi-trader travel arrangements*; njem. *Reisearrangements mehrerer Anbieter*).³⁷ Za *one-trader* paket-aranžmane karakteristično je da putnik prilagođava sadržaj putovanja svojim potrebama slobodno odabirući pri rezervaciji pojedine usluge putovanja, pri čemu se odabrane i kombinirane usluge putovanja prodaju putniku na način koji je tipičan za paket-aranžmane, odnosno kao cjelina, u okviru jednoga ugovora o organiziranju putovanja, po unaprijed utvrđenoj ukupnoj cijeni.³⁸ Za *multi-trader* putne aranžmane karakteristično je da u njihovu organiziranju sudjeluje više trgovaca, pri čemu se može raditi o *multi-trader* paket-aranžmanu (engl. *multi-trader packages*; njem. *von mehreren Veranstaltern zusammengestellte individuelle Pauschalreisen*) ili o *multi-trader* potpomognutom putnom aranžmanu (engl. *multi-trader assisted travel arrangements*; njem. *Bausteinreisen mehrerer*

32 Schulte-Nölke, H. et al., op. cit. u bilj. 4, str. 130.

33 Presuda Europskog suda od 30. travnja 2002., u predmetu C-400/00, *Club Tour*, *Viagens e Turismo SA protiv Alberta Carlosa Lobo Gonçalves Garrido*, European Court Reports, I-04051, 2002. (dalje u tekstu: *Club Tour*).

34 *Club Tour*, § 16.

35 *Club Tour*, § 20.

36 O pojmu dinamičnih paket-aranžmana (engl. *dynamic packages*; njem. *dynamische Pauschalreisen*) vidi više u studiji: *Study on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages*, London Economics, 2009., dostupno na: <<http://londoneconomics.co.uk/blog/publication/study-on-consumer-detriment-in-the-area-of-dynamic-packages/>>, 18. listopada 2014., str. 4. i 5. Dinamični paket-aranžmani nazivaju se još i kombiniranim putnim aranžmanima (engl. *combined travel arrangements*; njem. *kombinierte Reisearrangements*) ili *tailor-made* paket-aranžmanima; prema: Procjena učinaka (bilj. 8), str. 6.

37 Procjena učinaka (bilj. 8), str. 6.

38 Ibid.

Anbieter).³⁹ *Multi-trader* paket-aranžmani imaju pojedina, no ne i sva obilježja tipična za klasične paket-aranžmane, npr. usluge putovanja kombiniraju se u okviru istoga postupka rezervacije, ali se ne prodaju po ukupnoj paušalnoj cijeni ili se ne prodaju u okviru istoga ugovora.⁴⁰ Kod *multi-trader* potpomognutih putnih aranžmana riječ je o takvim kombinacijama usluga putovanja gdje jedan trgovac na ciljani način potiče nabavu usluga putovanja od drugog trgovca, bilo na jedinstvenom prodajnom mjestu bilo putem povezanih postupaka rezervacije na internetu, pri čemu se za odabrane usluge putovanja zaključuju zasebni ugovori, a tako organizirano putovanje ne sadrži elemente tipične za paket-aranžmane.⁴¹

Prema stajalištu Komisije izraženom u pripremnim materijalima priloženim uz Prijedlog Direktive, nejasno je jesu li pojmom paket-aranžmana iz odredbe čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive 90/314/EEZ obuhvaćeni i *one-trader* paket-aranžmani koji se prodaju putem interneta.⁴² Iako se presuda Europskog suda u predmetu *Club Tour* odnosila na slučaj da je ugovor o organiziranju putovanja sklopljen u poslovnicu turističke agencije, autor drži da bi u svjetlu te presude, kao i u svjetlu presuda u predmetima *Rechberger* i *AFS Finland*, i *one-trader* paket-aranžmani koji se nude putem interneta svakako ulazili u pojam paket-aranžmana u smislu Direktive. S druge strane, razvidno je da *multi-trader* paket i potpomognuti putni aranžmani ne bi bili obuhvaćeni pojmom paket-aranžmana u smislu Direktive, s obzirom na to da takvim kombinacijama usluga putovanja nedostaju sva obilježja koja su tipična za paket-aranžmane.

4. POJAM „PAKET-ARANŽMAN“ PREMA PRIJEDLOGU DIREKTIVE

Prijedlog Direktive donosi znatne promjene u pogledu pojma paket-aranžmana. Prema odredbi čl. 3. st. 2. Prijedloga Direktive, „paket-aranžman“ je „kombinacija najmanje dviju vrsta usluga putovanja u svrhu istog putovanja ili odmora“, ako takva kombinacija usluga ispunjava jedan od dva u toj odredbi navedena uvjeta:

- a. da je tu kombinaciju usluga putovanja pripremio jedan trgovac prije nego što je sklopljen ugovor o svim uslugama putovanja, uključujući i na zahtjev putnika ili u skladu s putnikovim odabirom,⁴³ ili
- b. da se ta kombinacija usluga putovanja, neovisno o tome jesu li s pojedinim pružateljima usluga putovanja sklopljeni zasebni ugovori:⁴⁴
 - i. kupuje na jednom prodajnom mjestu u okviru istoga postupka rezervacije, ili se
 - ii. nudi ili naplaćuje po jedinstvenoj ili ukupnoj cijeni, ili se
 - iii. oglašava ili prodaje pod nazivom „paket-aranžman“ ili pod sličnim nazivom, ili se

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., str. 7.

⁴² Ibid., str. 13.

⁴³ Čl. 3. st. 2. t. a) Prijedloga Direktive.

⁴⁴ Čl. 3. st. 2. t. b) Prijedloga Direktive.

- iv. sastavlja nakon sklapanja ugovora kojim je trgovac ovlastio putnika da odabere usluge putovanja između raznih vrsta usluga putovanja, ili se
- v. kupuje od različitih trgovaca putem povezanih postupaka *online* rezerviranja u kojima se ime putnika ili podaci potrebni da bi se izvršila rezervacija prenose od jednog do drugog trgovca najkasnije u vrijeme potvrde rezervacije prve usluge.

Novom definicijom paket-aranžmana, uvažavajući tumačenje Europskog suda u predmetu *Club Tour*, izrijeком su obuhvaćeni i paket-aranžmani koje je organizator putovanja pripremio na zahtjev i prema specifikacijama putnika. Iz definicije je izostavljen izraz „unaprijed utvrđena kombinacija“, pa stoga više nema dvojbe da u pojam paket-aranžmana ulaze i klasični, unaprijed pripremljeni paket-aranžmani i *one-trader* dinamični paket-aranžmani kod kojih putnik prilagođava sadržaj paket-aranžmana svojim potrebama (iznad pod a.). Od ostalih vrsta dinamičnih paket-aranžmana, novom definicijom paket-aranžmana obuhvaćeni su i *multi-trader* paket-aranžmani u čijem pripremanju sudjeluje više trgovaca (iznad pod b.), ali ne i *multi-trader* potpomognuti putni aranžmani.

Ne bi smjelo više biti ni dvojbi glede toga odnosi li se pojam paket-aranžmana samo na ugovore sklopljene u poslovnici ili i na ugovore sklopljene putem interneta, s obzirom na to da odredba t. 8. preambule Prijedloga Direktive izrijeком navodi da se istovjetna načela trebaju primjenjivati neovisno o tome je li rezervacija izvršena u poslovnici turističke agencije ili putem interneta.⁴⁵

Sastavni element definicije paket-aranžmana nije više uvjet da se usluge putovanja uključene u paket-aranžman prodaju po jednoj ukupnoj cijeni.⁴⁶ Naime, iz odredbe čl. 3. st. 2. t. a) Prijedloga Direktive, vidljivo je da je za pojam paket-aranžmana, ako ga priprema jedan trgovac, dovoljno da je riječ o kombinaciji najmanje dviju vrsta usluga putovanja radi istog putovanja te da je ta kombinacija predmet jednoga ugovora o organiziranju putovanja.

U slučaju da u pripremanju kombinacije usluga putovanja sudjeluje više trgovaca, naplaćivanje svih usluga po jednoj ukupnoj cijeni samo je jedan od pet alternativnih pokazatelja da takva kombinacija usluga jest paket-aranžman u smislu Prijedloga Direktive.⁴⁷ Ako se u slučaju *multi-trader* paket-aranžmana usluge putovanja ne bi naplaćivale po jednoj ukupnoj cijeni, to ne bi automatski značilo da takva kombinacija usluga putovanja nije paket-aranžman, već će ona to biti ako je prisutan bar jedan od preostala četiri pokazatelja. Da bi se *multi-trader* paket-aranžmane smatralo paket-aranžmanima u smislu Prijedloga Direktive, irelevantna je okolnost jesu li kombinacija usluga putovanja predmet jednog ili više zasebnih ugovora. S time u vezi

45 Prijedlog Direktive na engleskom jeziku koristi izraz *high street travel agent* sa značenjem poslovnice turističke agencije. Frazem *high street*, kao i sinonim *brick and mortar*, rabe se u engleskom jeziku kako bi se naglasilo da je riječ o transakciji koja se odvija na klasičan način, a ne elektroničkim putem. U ovom se radu u istom smislu rabi izraz „poslovnica“, a što je ujedno i izraz koji je upotrijebljen u službenom prijevodu Prijedloga Direktive na hrvatskom jeziku.

46 Suprotno, Schuster-Wolf i Karsten navode da je paušalna, odnosno ukupna cijena i dalje element definicije paket aranžmana: Schuster-Wolf, C. i Karsten, J., op. cit. u bilj. 7, str. 171.

47 U t. 10. preambule Prijedloga Direktive dodatno je pojašnjeno da pet indikatora iz odredbe čl. 3. st. 2. t. b) Prijedloga Direktive predstavljaju alternativne objektivne kriterije.

valja istaknuti i kako Prijedlog Direktive u odredbi čl. 3. st. 3. sadrži i definiciju pojma „ugovor o putovanju u paket-aranžmanu“, prema kojoj taj pojam obuhvaća i ugovor o paket-aranžmanu u cjelini i sve ugovore koji obuhvaćaju usluge putovanja uključene u kombinaciju kada je ona predmetom više različitih ugovora.

Osim naplaćivanja usluga po jedinstvenoj ili ukupnoj cijeni, drugi alternativni kriterij koji ukazuje na to da je riječ o *multi-trader* paket-aranžmanu je i okolnost da se usluge putovanja kupuju na jednom prodajnom mjestu u okviru istog postupka rezervacije. Pod „jednim prodajnim mjestom“ (engl. *single point of sale*; njem. *eine einzige Vertriebsstelle*)⁴⁸ valja razumjeti i poslovnicu turističke agencije i mrežnu stranicu kojom putnik može rezervirati usluge putovanja. U t. 10. preambule Prijedloga Direktive pojašnjeno je da bi se trebalo smatrati da se usluge putovanja nabavljaju „u okviru istog postupka rezerviranja“ (engl. *within the same booking process*; njem. *innerhalb desselben Buchungsvorgangs*) ako su one odabrane prije negoli je putnik pristao platiti za njih naknadu.⁴⁹

Kombinacija najmanje dvije različite usluge putovanja u čijem pripremanju sudjeluje više trgovaca, a koje se ne naplaćuju po ukupnoj cijeni i koje se ne pribavljaju na jednom prodajnom mjestu u okviru istog postupka rezervacije, prema trećem alternativnom kriteriju bit će paket-aranžmanom ako se takva kombinacija usluga oglašava ili prodaje pod nazivom „paket-aranžman“ ili drugim sličnim nazivom.

Četvrti alternativni kriterij koji upućuje na to da određena kombinacija usluga putovanja jest paket-aranžman je okolnost da se usluge kombiniraju nakon sklapanja ugovora kojim je trgovac ovlastio putnika da odabere usluge putovanja između različitih vrsta usluga putovanja. Ovime su pod pojmom paket-aranžmana, prema t. 18. preambule Prijedloga Direktive, obuhvaćeni i oni paket aranžmani koje se nude u obliku poklon-paketa (engl. *package travel gift box*; njem. *Reise-Geschenkbbox*), za koje je karakteristično da se odabir pojedinih usluga putovanja obavlja nakon što je ugovor o organiziranju putovanja već sklopljen.⁵⁰

Konačno, o *multi-trader* paket-aranžmanu bit će riječ, prema petom alternativnom kriteriju, i onda kada se kombinacija usluga putovanja pribavlja od više trgovaca putem povezanih postupaka rezervacije na internetu pod uvjetom da se ime putnika ili podaci koji su potrebni da bi se izvršila rezervacija prenose od jednog do drugog trgovca najkasnije u vrijeme potvrde rezervacije prve usluge. Pod podacima koji su potrebni da bi se izvršila rezervacija treba smatrati podatke o kreditnoj kartici ili druge podatke vezane uz naplatu usluga, no ne i, prema t. 18. preambule Direktive, podatke o odredištu ili terminu putovanja. Amandmanima predloženim od strane Europskog parlamenta, među podatke koji su potrebni da bi se izvršila rezervacija predlaže se primjerično navesti i kontakt detalje te podatke o putovnici.⁵¹ Istim amandmanima

48 U inačici Prijedloga Direktive na hrvatskom jeziku rabi se izraz „jedna prodajna točka.“

49 Prema predloženom amandmanu Europskog parlamenta, navedeno pojašnjenje iz t. 10. preambule Direktive trebalo bi postati sastavnim elementom odredbe čl. 3. st. 2. t. b) i) buduće direktive (Rezolucija Europskog parlamenta (bilj. 3), amandman br. 41).

50 Keiler također odredbu tumači na način da odabir usluga putovanja nakon što je ugovor o organiziranju putovanja već sklopljen ne priječi kvalifikaciju izabrane kombinacije usluga kao paket-aranžmana: Keiler, S., op. cit. u bilj. 5, str. 390.

51 Rezolucija Europskog parlamenta (bilj. 3), amandmani br. 14 i 46.

također je predloženo i produljenje relevantnog vremenskog razdoblja za prijenos tih podataka od jednog do drugog trgovca: dok Prijedlog Direktive predviđa da se prijenos treba izvršiti „najkasnije u vrijeme potvrde rezervacije prve usluge“, amandmanima Europskog parlamenta predlaže se da se prijenos podataka treba izvršiti „najkasnije dvadeset i četiri sata nakon potvrde rezervacije prve usluge.“

Sastavni element definicije paket-aranžmana nije više ni uvjet da se usluge uključene u kombinaciju moraju pružati u razdoblju dužem od dvadeset i četiri sata, odnosno da u kombinaciju mora biti uključena usluga smještaja s noćenjem ako se usluge putovanja pružaju u razdoblju kraćem od navedenog. Prema tome, u pojam paket-aranžmana prema Prijedlogu Direktive ulazi i kombinacija usluga putovanja koje se pružaju u vremenu kraćem od dvadeset i četiri sata. Međutim, iako takve kombinacije usluga putovanja jesu paket-aranžmani, u polje primjene buduće direktive prema odredbi čl. 2. st. 2. t. a) Prijedloga Direktive ulazit će samo oni paket-aranžmani kod kojih kombinacija usluga koje se pružaju u vremenu kraćem od dvadeset i četiri sata uključuje i uslugu smještaja s noćenjem, dok su kombinacije usluga bez smještaja s noćenjem isključene iz polja primjene direktive. Stoga će države članice koje su u transponiranju Direktive 90/314/EEZ pojam paket-aranžmana proširile i na kombinacije usluga putovanja koje se pružaju u razdoblju kraćem od dvadeset i četiri sata a ne uključuju smještaj s noćenjem, usvoji li se nova direktiva s tekstom kako ga je predložila Komisija, morati takve kombinacije usluga putovanja isključiti iz pojma paket-aranžmana jer će nova direktiva prema Prijedlogu Direktive biti direktiva maksimalne harmonizacije pa odstupanja nacionalnim pravom u tom pogledu neće biti moguća. Uključivanje kombinacija usluga putovanja koje se pružaju u vremenski kraćem razdoblju u pojam paket-aranžmana, pozitivno je rješenje jer trajanje usluga putovanja, prema mišljenju autora, ne bi smjelo biti kriterijem razgraničenja na pojmovnoj razini s obzirom na to da su usluge putovanja koje se pružaju u kombinaciji usluga čije je trajanje kraće od dvadeset i četiri sata, po svom sadržaju istovjetne uslugama putovanja koje se pružaju u kombinaciji usluga čije je trajanje duže od dvadeset i četiri sata. Međutim, isključivanje takvih vremenski kraćih paket-aranžmana iz polja primjene Prijedloga Direktive imat će iste učinke koje je do sada imalo izostavljanje takvih kombinacija usluga iz samog pojma paket-aranžmana prema Direktivi 90/314/EEZ, a u pogledu kojeg izostavljanja su u literaturi već upućene opravdane kritike.⁵² S obzirom na navedeno, za nadati se je da će biti prihvaćen amandman Europskog parlamenta kojim bi trebalo biti riješeno pitanje primjene odredaba buduće direktive i na kombinacije usluga putovanja koje se pružaju u razdoblju kraćem od dvadeset i četiri sata, a ne uključuju smještaj s noćenjem. Naime, iako je i Europski parlament dao potporu metodi ciljane maksimalne harmonizacije, predložio je uvrštenje nove t. 19.a preambule buduće direktive koja bi sadržavala odredbu prema kojoj bi države članice bile ovlaštene odredbe buduće direktive primijeniti i na ona područja koja ne bi ulazila u predmetno polje primjene

52 O razlozima zbog kojih bi istovjetni pravni režim trebao vrijediti i za paket-aranžmane kod kojih putovanje traje dulje od dvadeset i četiri sata i za izlete, odnosno kombinacije usluga putovanja koje se pružaju u vremenski kraćem razdoblju opširnije vidi: Gorenc, V. i Pešutić, A., op. cit. u bilj. 4, str. 31. - 33.

buduće direktive, pa tako i na paket-aranžmane koji se pružaju u razdoblju kraćem od dvadeset i četiri sata, a ne uključuju smještaj s noćenjem.⁵³

Prijedlog Direktive sadrži novine i u pogledu usluga putovanja koje se mogu kombinacijom uključiti u paket-aranžman. Prema odredbi čl. 3. st. 1. Prijedloga Direktive, pojam „usluga putovanja“ znači: prijevoz putnika, smještaj koji se ne odnosi na stanovanje, iznajmljivanje automobila ili bilo koju drugu turističku uslugu koja nije popratna usluga uz uslugu prijevoza putnika, smještaja ili iznajmljivanja automobila.

Prva novina jest ta što je iznajmljivanje automobila izrijekom navedeno kao jedna od usluga putovanja. Vodeći se istom logikom kojom se vodila i Europska komisija pri predlaganju ove novine, nužno je istaknuti da bi, pored iznajmljivanja automobila, uslugom putovanja trebalo smatrati i iznajmljivanje skutera, motocikala i drugih prijevoznih sredstava. Primjerice, čest je slučaj da se pri organiziranju putovanja koje uključuje i sportsko-rekreativne aktivnosti poput brdskog biciklizma u kombinaciju pruženih usluga uključuje i najam brdskog bicikla putniku. Poželjno bi bilo, prema mišljenju autora, radi daljnjeg usavršavanja odredaba buduće direktive, usvojiti amandman Europskog parlamenta kojim se predlaže u usluge putovanja pored iznajmljivanja automobila uvrstiti i iznajmljivanje „drugih vozila i drugih prijevoznih sredstava.“⁵⁴

Novina je i izričita odredba da se uslugom putovanja smatra samo ona usluga smještaja koja se ne odnosi na stanovanje. Ova dopuna odraz je ranije u radu opisanih stajališta Europskog suda danih u predmetu *AFS Finland* u vezi s programima razmjene studenata,⁵⁵ a u t. 16. preambule Prijedloga Direktive naglašeno je da se smještajem radi stanovanja smatra i smještaj za potrebe dugotrajnijih tečajeva stranih jezika. Europski parlament je u ovom pogledu predložio amandmane kojima bi polje primjene buduće direktive bilo šire od onoga koje proizlazi iz teksta Prijedloga Direktive. Naime, predlaže da se i usluga smještaja koja se odnosi na stanovanje smatra uslugom putovanja, ali pod uvjetom da je riječ o „smještaju koji očito služi turističkoj svrsi.“⁵⁶

U pogledu „drugih turističkih usluga“ koje nisu popratne usluge uz prijevoz, smještaj ili iznajmljivanje automobila, sastavni element definicije pojma paket-aranžmana nije više uvjet da te usluge moraju predstavljati znatan dio paket-aranžmana. Međutim, paket-aranžmani kod kojih „druga turistička usluga“ ne čini znatan dio paket aranžmana isključeni su odredbom čl. 2. st. 2. t. d) Prijedloga Direktive iz polja primjene buduće direktive. Stoga će i u ovom pogledu države članice koje su ranije u nacionalnom pravu izostavile uvjet o „znatnom dijelu“ paket-aranžmana iz definicije paket-aranžmana, a s obzirom na to da će nova direktiva biti direktiva maksimalne harmonizacije, morati ipak uvrstiti u nacionalno pravo odredbu prema kojoj se odredbe donesene u transponiranju nove direktive ne primjenjuju na paket-aranžmane kod kojih se se usluga prijevoza, smještaja ili iznajmljivanja automobila kombinira s

53 Rezolucija Europskog parlamenta (bilj. 3), amandman br. 16.

54 Ibid., amandman br. 39.

55 *Supra* u bilj. 25 i tekstu rada vezanom uz tu bilješku.

56 Rezolucija Europskog parlamenta (bilj. 3), amandmani br. 11 i 38.

nekom drugom turističkom uslugom koja ne čini znatan dio paket-aranžmana.

Kao novinu treba istaknuti i da su u t. 17. preambule Prijedloga Direktive dane smjernice o tome što se smatra znatnim dijelom paket-aranžmana. Navodi se da se turistička usluga u pravilu treba smatrati znatnim dijelom paket-aranžmana ako se na nju odnosi više od dvadeset posto ukupne cijene paket-aranžmana ili ako ona na drugi način predstavlja bitan element putovanja ili odmora.⁵⁷ U istoj točki preambule, Prijedlog Direktive kao primjere „drugih turističkih usluga“ ističe nabavu ulaznica za koncerte, sportske događaje, izlete i zabavne parkove. Prijevoz prtljage, putno osiguranje, prehrana i čišćenje u okviru smještaja smatraju se pak popratnim uslugama, pa stoga te usluge ne ulaze u pojam „drugih turističkih usluga.“⁵⁸ Kombinacija samo dviju „drugih turističkih usluga“, bez da se one kombiniraju s uslugom prijevoza, smještaja ili iznajmljivanja automobila, nije paket-aranžman u smislu Prijedloga Direktive.⁵⁹

Pored toga što su iz polja primjene buduće direktive prema Prijedlogu Direktive isključeni samostalni ugovori o pojedinačnim uslugama putovanja,⁶⁰ paket-aranžmani kojima se obuhvaća razdoblje kraće od dvadeset i četiri sata, a koji ne uključuju uslugu smještaja s noćenjem⁶¹ i paket-aranžmani kod kojih se usluga prijevoza, smještaja ili iznajmljivanja automobila kombinira s drugom turističkim uslugom koja ne čini znatan dio paket-aranžmana,⁶² iz polja primjene buduće direktive isključeni su i popratni ugovori koji se odnose na financijske usluge⁶³ (npr. ugovori o osiguranju) te paket-aranžmani koji se pribavljaju na temelju okvirnog ugovora koji je putnikov poslodavac sklopio s trgovcem specijaliziranim za organiziranje poslovnih putovanja.⁶⁴

Iako u pripremnim materijalima navodi da bi bilo korisno ukloniti svaku

57 Amandmanom Europskog parlamenta predložena je izmjena t. 17. preambule buduće direktive na način da se turistička usluga treba smatrati znatnim dijelom paket-aranžmana „ako je ona putnicima izričito oglašavana kao takva, ako jasno predstavlja razlog putovanja, ako se na nju odnosi više od dvadeset i pet posto ukupne cijene paket-aranžmana ili ako ona na drugi način predstavlja bitan element putovanja ili odmora“ (ibid., amandmani br. 13 i 36).

58 Amandmanom Europskog parlamenta predloženo je da se, pored navedenih, među popratne usluge koje ne ulaze u pojam „drugih turističkih usluga“ uvrste i usluge prijevoza od stanice do smještaja te prijevoza koji je dio organiziranog izleta (ibid., amandman br. 13). Također, prema amandmanu Europskog parlamenta paket-aranžmanom ne bi trebalo smatrati kombinaciju usluge hotelskog smještaja s nekom popratnom uslugom kao što su to, primjerice, ulaznice za mjuzikle ili *spa & wellness* usluge, ako takve usluge nisu izričito oglašavane kao znatan dio putovanja i ako takve usluge jasno ne predstavljaju bitan element putovanja (ibid., amandman br. 11).

59 Tako i: Keiler, S., op. cit. u bilj. 5, str. 389. – 390.

60 Prema čl. 2. st. 2. t. e) Prijedloga Direktive.

61 Prema čl. 2. st. 2. t. a) Prijedloga Direktive.

62 Prema čl. 2. st. 2. t. d) Prijedloga Direktive.

63 Prema čl. 2. st. 2. t. b) Prijedloga Direktive. Europski parlament predložio je amandmanom dopunu prema kojoj bi osim popratnih ugovora koji se odnose na financijske usluge iz polja primjene buduće direktive bili isključeni i popratni ugovori koji se odnose na usluge putovanja koje se pružaju dodatno, a u čijem rezerviranju nije sudjelovao organizator putovanja (Rezolucija Europskog parlamenta (br. 3), amandman br. 34).

64 Prema čl. 2. st. 2. t. c) Prijedloga Direktive.

sumnju i pojasniti da krstarenja ulaze u polje primjene nove direktive,⁶⁵ Komisija nije uvrstila izričitu odredbu o tome u tekstu Prijedloga Direktive. Izostavljanje odredbe o krstarenjima čudi, posebno s obzirom na to da je Komisija izrazila stav da nije sasvim jasno prema aktualnoj Direktivi ulaze li u pojam paket-aranžmana i drugi modaliteti prijevoza putnika koji uključuju i smještaj, poput prijevoza željeznicom s uslugom prekonoćnog smještaja u spavaćem vagonu.⁶⁶ Vodeći se stavom Europskog suda u spojenim predmetima *Pammer i Hotel Alpenhof*,⁶⁷ moglo bi se tvrditi da u pojam paket-aranžmana u smislu Prijedloga Direktive ulazi i takav tip putovanja u kojemu se usluga smještaja putniku pruža u samom prijevoznom sredstvu tijekom prijevoza. Europski parlament je u ovom pogledu uputio nekoliko amandmana kojima bi se trebalo, budu li oni prihvaćeni u konačnom tekstu buduće direktive, jasno urediti koje kombinacije usluge prijevoza s uslugom smještaja u prijevoznom sredstvu predstavljaju paket-aranžman, a koje ne. Predlaže se novom odredbom čl. 2. st. 2. t. e) buduće direktive izričito iz polja primjene direktive isključiti prijevoz putnika koji se ne pruža u kombinaciji s uslugama smještaja, iznajmljivanja automobila ili drugim turističkim uslugama koje nisu popratne usluge uz uslugu prijevoza putnika, smještaja ili iznajmljivanja automobila.⁶⁸ Ovo bi bila, po autorovom mišljenju, suvišna odredba s obzirom na to da i bez nje iz definicije pojma paket-aranžmana sadržane u Prijedlogu Direktive proizlazi da takve pojedinačne prijevozne usluge ne bi ulazile u pojam paket-aranžmana. Međutim, pozitivnim rješenjem ocjenjuje se prijedlog Europskog parlamenta za uvrštenjem nove t. 16.a preambule kojom bi se uredilo da se usluga prijevoza koja uključuje uslugu smještaja, poput prijevoza putnika trajektom sa smještajem putnika u kabini ili prijevoza putnika željeznicom sa smještajem putnika u spavaćem vagonu, treba smatrati pojedinačnom uslugom putovanja, a ne paket-aranžmanom, ako je očito da je prijevoz putnika glavna komponenta i ako se takav prijevoz ne pruža u kombinaciji s drugim uslugama putovanja.⁶⁹ S druge strane, prema amandmanu Europskog parlamenta, krstarenja i višednevna putovanja željeznicom koja uključuju i smještaj trebalo bi smatrati paket-aranžmanom, jer su kod ovih oblika putovanja u kombinaciju usluga putovanja uključene usluge prijevoza, smještaja i prehrane putnika.⁷⁰ Prema tome, kriterij razgraničenja bilo bi trajanje takvih putovanja i pružanje dodatnih usluga uz uslugu prijevoza i smještaja. Takav kriterij prihvatljiv je i po stajalištu autora. Naime, nametanje prijevoznicima obveza koje su propisane za organizatore putovanja bilo bi suviše tegotno za prijevoznike koji usluge prijevoza putnika pružaju u kraćim razdobljima i na kraćim relacijama, gdje smještaj putnika u prijevoznom sredstvu predstavlja uistinu tek popratnu uslugu, a ne i bitni element

65 Procjena učinaka (bilj. 8), str. 73. Također, Komisija je i ranije u ovom kontekstu postavljala pitanje krstarenja, primjerice, u: *Working Document on the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours*, 26.7.2007., dostupno na: <http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf>, 20. listopada 2014., str. 7.

66 Procjena učinaka (bilj. 8), str. 73.

67 *Supra* u bilj. 29 i tekstu koji je vezan uz tu bilješku.

68 Rezolucija Europskog parlamenta (bilj. 3), amandman br. 37.

69 *Ibid.*, amandman br. 12.

70 *Ibid.*, amandman br. 14.

putovanja, a k tome je odgovornost prijevoznika prema putniku u takvim slučajevima ionako uređena odgovarajućim propisima pomorskog i općeprometnog prava. S druge strane, organizatore krstarenja i sličnih višednevnih putovanja drugim prijevoznim sredstvima, zasigurno bi bilo opravdano poistovjetiti s organizatorima putovanja i propisati im iste obveze, s obzirom na to da takva putovanja po sadržaju usluga putovanja koja se u okviru njih pružaju svakako odgovaraju pojmu paket-aranžmana.

5. POJAM „POTPOMOGNUTI PUTNI ARANŽMAN“ PREMA PRIJEDLOGU DIREKTIVE

Multi-trader potpomognuti putni aranžmani, kao što je već ranije u radu pojašnjeno,⁷¹ nisu ulazili u polje primjene Direktive 94/314/EEZ, a ne smatraju se ni paket-aranžmanima u smislu odredaba Prijedloga Direktive. Nova direktiva primjenjivat će se i na potpomognute putne aranžmane, ali u znatnom manjem opsegu nego što je to slučaj s paket-aranžmanima. Naime, na potpomognute putne aranžmane će se prema odredbi čl. 2. st. 1. Prijedloga Direktive primjenjivati samo one odredbe direktive koje se tiču: zaštite u slučaju insolventnosti (čl. 15. i 16.), obavješćavanja putnika o isključivoj odgovornosti pružatelja usluga putovanja za pravilno izvršenje ugovorenih usluga (čl. 17.), odgovornosti za pogreške u rezerviranju (čl. 19.), prava na regres od odgovorne treće osobe (čl. 20.), obvezujuće naravi direktive (čl. 21. st. 1. i 2.), te uvodne (čl. 1. – 3.), opće (čl. 22. – 25.) i završne odredbe (čl. 26. – 29.). Samo na paket-aranžmane, a ne i na potpomognute putne aranžmane, primjenjivat će se prema Prijedlogu Direktive odredbe nove direktive koje se tiču: obveza obavješćavanja i obvezatnog sadržaja ugovora (čl. 4. – 6.), izmjena ugovora prije početka korištenja usluga putovanja (čl. 7. – 10.), ispunjenja usluga putovanja obuhvaćenih ugovorom (čl. 11. – 14.), obveza posrednika u slučajevima u kojima organizator ima poslovni nastan izvan Europskog gospodarskog prostora (čl. 18.) te o pravnom učinku izjava kojima organizator ograničava svoju odgovornost (čl. 21. st. 1.).

Nova direktiva se prema Prijedlogu Direktive neće primjenjivati ni na sve potpomognute putne aranžmane. Slično kao što je to slučaj s paket-aranžmanima, odredbom čl. 2. st. 2. t. a) Prijedloga Direktive iz polja primjene direktive isključeni su potpomognuti putni aranžmani kojima se obuhvaća razdoblje kraće od dvadeset i četiri sata u kojemu se putniku ne pruža usluga smještaja s noćenjem, a odredbom čl. 2. st. 2. t. c) potpomognuti putni aranžmani koji se pribavljaju na temelju okvirnog ugovora koji je putnikov poslodavac sklopio s trgovcem specijaliziranim za organiziranje poslovnih putovanja.

Pojam „potpomognuti putni aranžman“ (eng. *assisted travel arrangement*; njem. *Bausteinreise*)⁷² definiran je odredbom čl. 3. st. 5. Prijedloga Direktive kao „kombinacija najmanje dviju vrsta usluga putovanja za potrebe istog putovanja ili odmora, koje ne predstavljaju paket-aranžman, a koje za posljedicu imaju sklapanje

71 *Supra* u odjeljku 3.3.

72 Europski parlament predložio je zamjenu izraza „potpomognuti putni aranžman“ (engl. *assisted travel arrangement*) izrazom „povezani putni aranžman“ (engl. *linked travel arrangement*) (Rezolucija Europskog parlamenta, bilj. 3, amandmani br. 1 i 45).

zasebnih ugovora s pojedinačnim pružateljima usluga putovanja“ uz uvjet da kombinaciju usluga omogućava posrednik⁷³:

1. ili na temelju odvojenih postupaka rezervacije pri istom posjetu ili kontaktu s prodajnim mjestom,
2. ili putem ciljanog pribavljanja dodatnih usluga putovanja od drugog trgovca kroz povezani postupak rezervacije na internetu najkasnije u vrijeme potvrde rezervacije prve usluge.

Situacija pod 1. odnosi se i na rezervacije usluga putovanja u poslovnici i na rezervacije usluga putovanja na mrežnim stranicima.⁷⁴ Izraz „odvojeni postupci rezervacije“ znači da putnik najprije rezervira jednu uslugu putovanja i pristaje za tu uslugu platiti naknadu, a potom rezervira drugu uslugu putovanja i pristaje za nju platiti naknadu, pri čemu mu u kombiniranju usluga putovanja pomaže djelatnik poslovnice ili su putniku odvojeni postupci rezervacije dostupni na istoj mrežnoj stranici.

Situacija pod 2. odnosi se samo na rezervacije usluga putovanja izvršene putem interneta. U preambuli Prijedloga Direktive dane su smjernice za utvrđivanje koje se kombinacije usluga putovanja sastavljene putem *online* rezervacija imaju smatrati potpomognutim putnim aranžmanima. O potpomognutom putnom aranžmanu bit će riječ, primjerice, prema t. 13. preambule, ako putnik uz potvrdu rezervacije prijevoza dobije i ponudu da rezervira uslugu smještaja s poveznicom na mjesto rezervacije drugog pružatelja usluga. Razlika opisanog načina rezervacije usluga putovanja koja upućuje na to da je riječ o potpomognutom putnom aranžmanu u odnosu na ranije objašnjeni način rezervacije koji će ukazivati na to da je riječ o *multi-trader* paket-aranžmanu (povezani postupci *online* rezervacija u kojima se ime putnika ili podaci potrebni da bi se izvršila rezervacija prenose od jednog do drugog trgovca najkasnije u vrijeme potvrde rezervacije prve usluge) jest u tome što je kod potonjeg riječ o kontinuiranom postupku rezervacije kod kojeg se putniku nakon što je već unio u sustav podatke o kreditnoj kartici i druge podatke za plaćanje te potvrdio rezervaciju, nudi izbor ili između nastavka postupka rezervacije radi rezervacije neke druge usluge putovanja na istome mjestu rezervacije ili dovršetak postupka rezervacije. Kod potpomognutih putnih aranžmana, putniku se nakon što potvrdi rezervaciju prve usluge nudi samo poveznica na drugo mjesto rezervacije, odnosno mjesto rezervacije drugog pružatelja usluga putovanja, na kojemu putnik u postupku rezervacije mora ponovno unijeti podatke o imenu, kreditnoj kartici i druge potrebne podatke.

O povezanim postupcima rezervacije, a time i o potpomognutim putnim aranžmanima, može biti riječ samo ako jedan trgovac ciljano upućuje na postupak rezervacije usluga kod drugog određenog trgovca. Neće se smatrati potpomognutim putnim aranžmanima slučajevi kada jedan trgovac samo navodi poveznice kojima se putnike općenito obavještava o daljnjim uslugama putovanja koje pružaju drugi

73 Proširenje definicije pojma potpomognutog putnog aranžmana predložio je Europski parlament amandmanom kojim se predviđa uvjet da takvu kombinaciju usluga omogućava ili posrednik ili jedan od pojedinačnih pružatelja usluga putovanja (ibid., amandman br. 45).

74 To proizlazi iz odredbe t. 13. preambule Prijedloga Direktive koja glasi: „Trebaju se utvrditi posebna pravila i za prodavatelje u poslovnici i one na internetu koji putnicima prilikom pojedinačnog posjeta ili kontakta s njihovim prodajnim mjestom pomažu sklapati zasebne ugovore s pojedinačnim pružateljima usluga...“.

trgovci, kao što je to, primjerice, slučaj opisan u t. 11. preambule Prijedloga Direktive, kada hotel na svojoj mrežnoj stranici prikaže popis svih operatera koji nude usluge prijevoza do hotela.

Vidljivo je iz definicije potpomognutih putnih aranžmana da je riječ o takvim kombinacijama usluga putovanja kod kojih nije prisutno niti jedno tipično obilježje paket-aranžmana, pa je stoga po mišljenju autora opravdan predloženi „blaži“ režim za takve kombinacije putovanja, odnosno režim prema kojemu se na potpomognute putne aranžmane neće primjenjivati sva pravila koja će vrijediti za paket-aranžmane. Dobrim rješenjem ocjenjuju se odredbe čl. 17. Prijedloga Direktive prema kojima su države članice dužne propisati nacionalnim pravom obvezu trgovca koji omogućava nabavu potpomognutog putnog aranžmana da, prije nego što je putnik sklopio ugovor, putnika obavijesti o tome da su za ispunjenje usluga putovanja uključenih u potpomognuti putni aranžman isključivo odgovorni pojedini pružatelji usluga, kao i o tome da se putnik neće moći koristiti pravima koje bi prema budućoj direktivi trebali imati isključivo putnici koji putuju u paket-aranžmanu. Ove odredbe zasigurno će pomoći da se izbjegnu zabune putnika o tome koja prava imaju pri korištenju koje od mogućih kombinacija usluga putovanja i o tome prema kome ta prava mogu ostvarivati.

Međutim, za nadati se je da će, u konačnom tekstu buduće direktive kada ona bude usvojena, suviše apstraktna i kompleksna definicija pojma potpomognutih putnih aranžmana biti zamijenjena jednostavnijim rješenjem, s obzirom na to da nije izvjesno da će trenutna definicija ukloniti sve sumnje u pogledu razgraničenja potpomognutih putnih aranžmana od samostalnih ugovora o pojedinačnim uslugama putovanja, o čemu je već tekstu Prijedloga Direktive opravdano upućena kritika u literaturi.⁷⁵

6. ZAKLJUČAK

Prijedlog Direktive u pogledu predmetnog polja primjene donosi pozitivne pomake u odnosu na Direktivu 90/314/EEZ. Osim što će se proširenjem pojma paket-aranžmana uređenje organiziranih putovanja u Europskoj uniji dovesti u korak sa suvremenim razvojem tržišta organiziranih putovanja, pohvalno je i ispravljanje pojedinih nepreciznosti koje su sadržane u Direktivi 90/314/EEZ. Međutim, pojedine odredbe Prijedloga Direktive, kao što je to slučaj s novom definicijom paket-aranžmana i definicijom novog izraza „potpomognuti putni aranžman“, suviše su tehničke naravi i preopsežne, pa je za očekivati da bi moglo doći do određenih poteškoća pri transponiranju tih odredaba u nacionalna prava država članica usvoji li se buduća direktiva u tekstu u kojem je ona predložena Prijedlogom Direktive.

Potencijalno veći problem od nepreciznosti pojedinih odredaba Prijedloga Direktive je metoda harmonizacije za koju se opredijelila Europska komisija. Autor drži da odredbe o odgovornosti za ispunjenje usluga putovanja uključenih u paket-aranžman nisu prikladne za ujednačavanje nacionalnih prava metodom ciljane maksimalne harmonizacije. Jedan razlog tome stavu je što nova direktiva o paket-aranžmanima ne bi smjela, po autorovom mišljenju, dovesti do niže razine zaštite

⁷⁵ Vidi: Keiler, S., op. cit. u bilj. 5, str. 389.

putnika od one koja postoji prema sadašnjem nacionalnom pravu država članica. Do toga će prema sadašnjem tekstu Prijedloga Direktive neizbježno doći, imajući u vidu da će prema novoj direktivi u pojedinim segmentima biti uklonjene opcije koje su na raspolaganju stajale državama članicama temeljem Direktive 90/314/EEZ i koje su one pri transponiranju Direktive u nacionalno pravo i iskoristile, predviđevši u nacionalnom pravu u interesu zaštite putnika i stroža rješenja od onih predviđenih Direktivom. Drugi razlog autorovog protivljenja metodi ciljane maksimalne harmonizacije je u tome što ta metoda, zbog usvajanja pojmova i koncepata stranih nacionalnim pravima država članica, ne ostavlja državama članicama dovoljno prostora da nova rješenja ugrade u vlastiti pravni sustav na način koji bi bio usklađen s već postojećim rješenjima općeg dijela ugovornog prava. Stoga autor smatra da bi adekvatniji pristup bio da se odgovornost organizatora putovanja uredi novom direktivom većim dijelom na način kako je to predloženo Prijedlogom Direktive, ali da se promijeni metoda harmonizacije, odnosno da se konačnim tekstom nove direktive putem većeg broja klauzula minimalne harmonizacije dopusti državama članicama da u nacionalnom pravu predvide nova, odnosno i zadrže postojeća rješenja koja su za putnike povoljnija.

Summary

PACKAGE AND ASSISTED TRAVEL ARRANGEMENT

In the ordinary legislative procedure before the European Parliament and the Council, there is a proposal of the European Commission for the adoption of a new directive that would bring the regulation of the contract on organized tours into line with current market development of organized trips. The proposal is intended to regulate the various combinations of travel services that are today offered to passengers, particularly online, which are identical or comparable to the travel services provided in a classic pre-arranged package. The subject of the paper are the provisions of the proposal of the directive which govern the field of application of the proposed directive, in particular the proposed changes regarding the concept of "package" contained in the European Commission proposal and amendments of the European Parliament, as well as the analysis of the proposed new concept of "assisted travel arrangements." The paper also critically refers to the method of targeted maximum harmonization as a proposed new intensity of the harmonization. The conclusion is that, despite the welcome updating of an outdated text of the directive on package travel which is line with the current market needs, the proposed text of the new directive is burdened with technical and complex definitions that could lead to significant difficulties in their transposition into the provisions of national law of the Member States.

Key-words: *package, assisted travel arrangement, dynamic packages, Directive 90/314/EEC.*

Zusammenfassung

PAUSCHAL- UND BAUSTEINREISE

Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vor dem Europäischen Parlament und Rat wurde der Kommissionsvorschlag für die neue Richtlinie zugestellt, mit welcher die Regelung der Verträge über organisierte Reisen an die moderne Entwicklung des Marktes von organisierten Reisen angeglichen würde. Damit würden auch verschiedene Formen von Reisediensten reguliert, welche heute, insbesondere im Internet, den Kunden angeboten werden, und welche dem Inhalt nach gleich oder vergleichbar mit den im Voraus organisierten klassischen Pauschalreisen sind. Diese Arbeit bespricht die Bestimmungen des Vorschlags für diese Richtlinie, mit welchen der Anwendungsbereich der zukünftigen Richtlinie geregelt wird, sowie die vom Vorschlag der Kommission und den Änderungen des Europäischen Parlaments gebrachten Neuheiten bezüglich des Begriffs „Pauschalreise“ und die Analyse des neuen Begriffs „Bausteinreise“. Ebenfalls wird die neu vorgeschlagene Methode der gezielten maximalen Harmonisierung kritisch besprochen. Abschließend wird betont, dass sich, trotz der willkommenen Aktualisierung des veralteten Textes der Richtlinie über Pauschalreisen, der vorgeschlagene Text der neuen Richtlinie mit technischen und

komplizierten Definitionen auseinandersetzt, welche zu wesentlichen Schwierigkeiten bei ihrer Umsetzung in nationales Recht von Mitgliedsstaaten führen könnten.

Schlüsselwörter: *Pauschalreise, Bausteinreise, dynamische Pauschalreisen, Richtlinie 90/314/EWG.*

Riassunto

PACCHETTO DI VIAGGIO E SERVIZI DI VIAGGIO ASSISTITI

Nella procedura legislativa ordinaria dinanzi al Parlamento europeo ed al Consiglio si trova anche la proposta della Commissione europea per l'emanazione della nuova direttiva con la quale si adeguerebbe la disciplina del contratto di organizzazione del viaggio con lo sviluppo attuale del mercato dei viaggi organizzati. In particolare verrebbero disciplinate alcune forme di servizi combinati per i viaggi che vengono offerti ai viaggiatori, specialmente per via informatica. Tali forme risultano per contenuto dei servizi prestati uguali o simili ai servizi di viaggio che vengono offerti nel pacchetto classico previamente preparato. Oggetto del lavoro sono le disposizioni della proposta di direttiva con le quali si regola l'ambito di applicazione della futura direttiva, ovvero le novità che con riguardo alla nozione di „pacchetto“ comporta la proposta della Commissione europea e gli emendamenti del Parlamento europeo, come pure l'analisi della nuova nozione proposta di „servizi di viaggio assistiti“. Il contributo si rivolge criticamente anche al metodo volto all'armonizzazione massima quale nuova intensità di armonizzazione proposta. Si conclude come, nonostante il favore all'attualizzazione nel rispetto delle esigenze di mercato di un testo della direttiva sui pacchetti di viaggio ormai superato, il testo proposto con la nuova direttiva sia carico di definizioni tecniche e complesse che potrebbero comportare significative difficoltà nella sua trasposizione nelle disposizioni dei diritti nazionali.

Parole chiave: *pacchetto di viaggio, servizi di viaggio assistiti, pacchetto di viaggio dinamico, Direttiva 90/314/CEE.*

NEPOTPUNO IZVLAŠTENJE I UPISI U ZEMLJIŠNE KNJIGE - PROPISI I PRAKSA

Damir Kontrec, dipl. iur., sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.235(497.5)
Pr.: 11.ožujka 2015.
Ur.: 23. ožujka 2015.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Nepotpuno izvlaštenje predstavlja ograničenje prava vlasništva, pa ako se na nekretnini provede nepotpuno izvlaštenje, ustanovljavanjem služnosti ili zakupa, tada vlasnik nekretnine ima pravo na naknadu i to naknadu tržišne vrijednosti nekretnine, tj. za koliko je tržišna vrijednost nekretnine umanjena, odnosno naknadu u visini zakupnine. U provođenju velikih infrastrukturnih komunalnih projekata, kojima se obnavlja vodovodna i kanalizacijska mreža na velikom području Republike Hrvatske koriste se sredstva fondova Europske unije, pri čemu investitori nailaze na velike probleme u radu u vidu nesređenih imovinskopravnih odnosa, nesređenih evidencija o nekretninama. U radu se pokušava odgovoriti na pitanja iz prakse kojim putem da investitori krenu jer početi graditi ne mogu ako nisu riješeni imovinskopravni odnosi, pri čemu je postupak izvlaštenja jedan od najznačajnijih.

Ključne riječi: *Pravo vlasništva, ograničenje prava vlasništva, interes Republike Hrvatske, nepotpuno izvlaštenje, naknada za nepotpuno izvlaštenje, upis služnosti i zakupa u zemljišnu knjigu.*

1. UVOD

Ustav Republike Hrvatske¹ u čl. 48. propisuje da je nepovredivost prava vlasništva jedna od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske. U citiranoj odredbi izrijekom je propisano:

Jamči se pravo vlasništva.

Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru.

Strana osoba može stjecati pravo vlasništva uz uvjete određene zakonom.

Jamči se pravo nasljeđivanja.

No, osim što je pravo vlasništva ustavno pravo, pravo vlasništva štiti i Konvencija

1 Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, dalje Ustav.

za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokoli 1., 4., 6., 7., 11., 12., 13. i 14.² U čl. 1. st. 1. Protokola 1. Konvencije propisano je:

Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva, Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnim da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.³

U čl. 50. Ustava određeno je da se vlasništvo može oduzeti ili ograničiti njegovu nositelju samo ako je zakonom propisana mogućnost oduzimanja i ograničenja i ako je to oduzimanje u interesu Republike Hrvatske, s time da vlasniku za to oduzimanje i ograničenje pripada naknada u visini tržišne vrijednosti.

Zakonom o izvlaštenju i određivanju naknade⁴ danas je uređen sustav izvlaštenja, način utvrđivanja interesa Republike Hrvatske, tijela nadležna za provedbu postupka izvlaštenja, pripremne radnje i postupak izvlaštenja, način određivanja naknade za izvlaštene nekretnine, način određivanja naknada za nekretnine koje se po posebnom propisu smatraju izvlaštenima i druga pitanja s tim u svezi.^{5, 6}

Pristupanjem Republike Hrvatske Europskoj uniji otvorene su mogućnosti korištenja sredstava iz europskih fondova, pri čemu su posebno značajni projekti komunalne infrastrukture, primjerice vodovodi, kanalizacija i slično. Ti projekti u praksi zapinju u provedbi i to najčešće zbog neriješenih imovinsko-pravnih odnosa, odnosno zbog nesređenih zemljišnoknjižnih i katastarskih evidencija, ali često i zbog nedovoljne stručnosti i znanja kod rješavanja neriješenih imovinsko-pravnih odnosa, pa se rješavanje tih odnosa odabiru metode koje su dugotrajne i samim time neučinkovite. Zbog neriješenih imovinsko-pravnih odnosa i nemogućnosti da se izvrši upis služnosti u zemljišnu knjigu u nizu projekata koji su u tijeku, prijeti nemogućnost povlačenja sredstava iz europskih fondova, ali i opasnost da će Republika Hrvatska morati plaćati određene kazne zbog toga.

U ovom radu ćemo se baviti upravo problemima na koje se nailazi u praksi pri provedbi postupka nepotpunog izvlaštenja i upisa služnosti i zakupa u zemljišnu knjigu, te pokušati odgovoriti na postojeće dvojbe. No, radi cjelovitosti rada potrebno je prikazati osnovne odredbe ZION-a koje se odnose na nepotpuno izvlaštenje.

2 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10 – dalje Konvencija.

3 Zagrejski S., Zaštita prava vlasništva u postupcima izvlaštenja pred Europskim sudom za ljudska prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45., 3/2008, str. 505-523.

4 Narodne novine br. 74/14, dalje ZION.

5 Čl. 1. ZION.

6 O postupku izvlaštenja prije donošenja ZION-a – vidi Britvić Vetma, B., Pravo izvlaštenja nekretnina u Hrvatskoj – opći režim i posebni postupci, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46., 1/209., str. 201-217.

2. NEPOTPUNO IZVLAŠTENJE

2.1. Pojam nepotpunog izvlaštenja

Nepotpuno izvlaštenje predstavlja jedan od mogućih načina ograničenja pravne vlasti vlasnika u širem smislu i to na način da se prisilnim opterećivanjem vlasnikove stvari ili prava (privremeno ili trajno), na stvari ili pravu osniva neko subjektivno pravo u korist određene treće osobe, pozivom na javni ili opći interes (interes Republike Hrvatske)⁷. U svakom slučaju izvlaštenje, bilo ono potpuno ili nepotpuno, predstavlja zadiranje u prava vlasnika, pa su zbog toga i propisana ograničenja kada se takav postupak može provesti.

Prema odredbi čl. 6. ZION-a nepotpunim izvlaštenjem ograničava se pravo vlasništva na nekretnini ustanovljenjem zakupa ili ustanovljenjem služnosti. Iz toga jasno slijedi da vlasnik nekretnine u slučaju nepotpunog izvlaštenja ne prestaje biti vlasnikom te nekretnine, ali su njegova vlasnička prava zbog postojanja zakupa ili služnosti ograničena pravima trećega (korisnika izvlaštenja).

2.2. Pretpostavke i predmet nepotpunog izvlaštenja

ZION ne pravi razliku između pretpostavaka za potpuno odnosno nepotpuno izvlaštenje. Nepotpuno izvlaštenje može se provesti:

- a. samo na temelju i u granicama zakona,
- b. samo u interesu Republike Hrvatske i
- c. uz naknadu tržišne vrijednosti, odnosno naknadu za umanjenu tržišnu vrijednost nekretnine zbog zasnivanja zakupa ili služnosti.

U čl. 2. ZION-a propisano je da predmet izvlaštenja može biti nekretnina i to kada je to potrebno radi izgradnje građevine ili izvođenja radova u interesu Republike Hrvatske i to kada se ocijeni da će se korištenjem nekretnine za koju se predlaže izvlaštenje, u novoj namjeni postići veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način (st. 1.). Glede područja za koje se može koristiti izvlaštenje, u st. 2. je propisano, da se nekretnina može izvlastiti radi izgradnje građevine ili izvođenja radova gospodarske infrastrukture, groblja i drugih objekata komunalne infrastrukture, zdravstvenih, prosvjetnih, kulturnih, sportskih građevina, industrijskih, energetskih, vodnogospodarskih, prometnih i objekata elektroničkih komunikacija, građevina za potrebe hrvatskoga pravosuđa, vojske i policije, te istraživanja i eksploatacije rudnog i drugog blaga.

U čl. 2. st. 3. ZION-a širi se područje primjene postupka izvlaštenja, pa se tako određuje da se nekretnina može izvlastiti i kad je to potrebno radi izgradnje drugih građevina ili izvođenja drugih radova određenih uredbom Vlade Republike Hrvatske od državnog i područnog (regionalnog) značaja ili radi provedbe strateških projekata koje je Vlada Republike Hrvatske proglasila strateškim investicijskim projektima. U tom smislu donesen je i poseban Zakon o strateškim investicijskim projektima⁸,

7 Gavella, N. i dr., Stvarno pravo, svezak I, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 478-484, str. 363.

8 Narodne novine br. 133/13, 152/14.

koji pak otvara mogućnost da se strateškim investicijskim projektom mogu smatrati i privatni investicijski projekti, odnosno javnoprivatni investicijski projekti, koje je takvima odredila Vlada Republike Hrvatske.⁹

Time se u značajnoj mjeri širi mogućnost primjene instituta izvlaštenja, pa time i nepotpunog izvlaštenja i u slučajevima privatnih investicija. No, i kada se radi o privatnom investicijskom projektu, mora se raditi o gradnji neke građevine, te gradnja takve građevine mora biti u interesu Republike Hrvatske.

2.3. Korisnik i svrha izvlaštenja

Izvlaštenje općenito, a time i nepotpuno izvlaštenje, može se provesti u korist fizičke ili pravne osobe (korisnika izvlaštenja)¹⁰. Svrha je izvlaštenja da korisnik izvlaštenja stječe pravo koristiti nekretninu radi koje je izvlaštenje provedeno¹¹, dakle ne za nešto drugo što bi korisnik izvlaštenja htio, već za točno određenu svrhu radi koje je izvlaštenje provedeno – radi izgradnje građevine¹² ili izvođenja radova gospodarske infrastrukture, groblja i drugih objekata komunalne infrastrukture, zdravstvenih, prosvjetnih, kulturnih i sportskih građevina, industrijskih, energetskih, vodnogospodarskih, prometnih i objekata elektroničkih komunikacija, građevina za potrebe hrvatskoga pravosuđa, vojske i policije, te istraživanja i eksploatacije rudnog i drugog blaga, odnosno radi provođenja strateških investicijskih projekata propisanih posebnim zakonom.

2.4. Interes Republike Hrvatske

Već je ranije rečeno da je temeljna pretpostavka provođenja postupka izvlaštenja, pa time i nepotpunog izvlaštenja, postojanje interesa Republike Hrvatske za izgradnju građevine odnosno za izvođenje radova.

Pitanje koje se nameće samo po sebi je na koji način se utvrđuje postojanje interesa Republike Hrvatska, odnosno mora li se o tome donositi odluka.

Korisnik izvlaštenja podnosi prijedlog Vladi Republike Hrvatske da je izgradnja građevine ili izvođenje radova u interesu Republike Hrvatske, s time da razlikujemo dvije moguće situacije:

9 Čl. 2. st. 1. Zakona o strateškim investicijskim projektima glasi: Strateški projekti Republike Hrvatske mogu biti privatni investicijski projekti, javni investicijski projekti i javnoprivatni investicijski projekti iz područja gospodarstva, energetike, turizma, prometa, infrastrukture, elektroničkih komunikacija, poštanskih usluga, zaštite okoliša, komunalnog gospodarstva, poljoprivrede, šumarstva, vodnog gospodarstva, zdravstva, kulture, znanosti, obrane, pravosuđa, tehnologije i obrazovanja koji uključuje građenje građevine, a koje na temelju ovoga Zakona proglasi Vlada Republike Hrvatske.

10 Čl. 3. ZION.

11 Čl. 4. ZION.

12 Pojam građevine propisan je odredbom čl. 3. st. 1. toč. 5. Zakona o gradnji (Narodne novine, br. 153/13). Prema toj odredbi građevina je građenjem nastao i s tlom povezan sklop, izveden od svrhovito povezanih građevnih proizvoda sa ili bez instalacija, sklop s ugrađenim postrojenjem, samostalno postrojenje povezano s tlom ili sklop nastao građenjem.

1. ako je posebnim zakonom propisano da je izgradnja građevine ili izvođenje radova od interesa za Republiku Hrvatsku, tada se smatra da je interes utvrđen,
2. ako posebnim zakonom to nije propisano, u tom slučaju odluku donosi Vlada Republike Hrvatske uz prethodno mišljenje odbora Hrvatskog sabora u čijem je djelokrugu promicanje učinkovitog korištenja i uređenja prostora i odbora u čijem je djelokrugu područje usklađivanja i unapređivanja gospodarskog života¹³.

Već je rečeno da korisnik izvlaštenja mora podnijeti prijedlog za utvrđivanje interesa Republike Hrvatske. U tom prijedlogu moraju biti naznačeni korisnik izvlaštenja, građevina za koju se predlaže gradnja ili izvođenje radova (svrha izvlaštenja), vrsta izvlaštenja (potpuno i nepotpuno), nekretnine na kojima će se graditi građevina ili izvoditi radovi (koje su obuhvaćene pravomoćnom lokacijskom dozvolom¹⁴), sa zemljišnoknjižnim i katastarskim podacima, vlasnici, posjednici i drugi stvarnopravni ovlaštenici na nekretninama na kojima će se graditi građevina ili izvoditi radovi za koje se predlaže utvrđivanja interesa Republike Hrvatske, obrazloženje interesa Republike Hrvatske da se izgradnja građevine ili izvođenje radova provede upravo na nekretninama koje su obuhvaćene pravomoćnom lokacijskom dozvolom.¹⁵ Uz to se mora podnijeti i mišljenje općinskog ili gradskog vijeća i županijske skupštine odnosno Gradske skupštine Grada Zagreba na čijem se području namjerava graditi ili izvoditi radove i pravomoćna lokacijska dozvola.

2.5. Tijela za provođenje postupka izvlaštenja

ZION postupak izvlaštenja ponovno je u cijelosti vraćen u nadležnost upravnih tijela. Tako pripreme radnje radi izvlaštenja i postupak izvlaštenja provodi stvarno i mjesno nadležan ured državne uprave odnosno nadležni ured Grada Zagreba.¹⁶

13 Čl. 13. ZION.

Radi se o Odboru za gospodarstvo i Odboru za prostorno uređenje i graditeljstvo.

14 O tome za koje zahvate u prostoru se izdaje lokacijska dozvola određeno je čl. 125. Zakona o prostornom uređenju (Narodne novine, br. 153/13), koji glasi: Lokacijska dozvola se izdaje za: 1. eksploatacijsko polje, građenje rudarskih objekata i postrojenja koji su u funkciji izvođenja rudarskih radova, skladištenje ugljikovodika i trajno zbrinjavanje plinova u geološkim strukturama, 2. određivanja novih vojnih lokacija i vojnih građevina, 3. zahvate u prostoru koji se prema posebnim propisima koji uređuju gradnju ne smatraju građenjem, 4. etapno i/ili fazno građenje građevine, 5. građenje na zemljištu, odnosno građevini za koje investitor nije riješio imovinskopравne odnose ili za koje je potrebno provesti postupak izvlaštenja. Vezano uz postupak izvlaštenja bitno je naglasiti da lokacijska dozvola prestaje važiti ako se u roku od dvije godine od dana pravomoćnosti lokacijske dozvole ne podnese, između ostalog, zahtjev za donošenje rješenja o izvlaštenju.

15 Čl. 14. ZION

15

16 Čl. 16. st. 1. ZION.

U pravilu se radi o dvostupanjskom postupku, budući da se protiv prvostupanjskog rješenja može izjaviti žalba o kojoj odlučuje tijelo državne uprave nadležno za poslove pravosuđa (Ministarstvo pravosuđa), a protiv rješenja drugostupanjskog tijela može se pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom.¹⁷

Postupak izvlaštenja može biti i jednostupanjski u kojem slučaju postupak provodi Ministarstvo pravosuđa ako se izvlaštenje provodi radi izgradnje građevine ili izvođenja radova za koje je Vlada Republike Hrvatske donijela odluku o proglašenju strateškog projekta Republike Hrvatske.¹⁸

Uvažavajući potrebe hitnosti i činjenice da su Hrvatskoj potrebne investicije, odredba da protiv prvostupanjske odluke u postupku izvlaštenja nije dopuštena žalba ne čini nam se ustavnom, neovisno o činjenici da se protiv odluke Ministarstva pravosuđa može pokrenuti upravni spor.

Jednako tako vrlo je upitna sa stajališta transparentnosti i povjerenja u institucije koje provode postupak odredba prema kojoj se sredstva za rad tijela iz čl. 16. Zakona (ured državne uprave, tijelo nadležno za poslove pravosuđa) na poslovima izvlaštenja dijelom mogu financirati iz sredstava korisnika izvlaštenja. Naime, u postupku izvlaštenja uvijek postoje suprotstavljene strane, s jedne strane vlasnik nekretnine čije se prava izvlaštenje dokidaju ili ograničavaju, a s druge korisnik izvlaštenja koji za gradnju neke građevine ili izvođenje određenih radova namjerava koristiti upravo tu nekretninu vlasnika. U takvoj situaciji ako jedna od strana financira rad tijela koje provodi postupak izvlaštenja vrlo lako se može postaviti pitanje njihove objektivnosti, nepristranosti i slično.¹⁹

2.6. Pripremne radnje radi izvlaštenja

Korisnik izvlaštenja može (ali i ne mora) zahtijevati da mu se radi izrade investicijskih elaborata, podnošenja prijedloga za utvrđivanje interesa Republike Hrvatske ili podnošenja prijedloga za izvlaštenje odobri obavljanje potrebnih pripremnih radnji na određenoj nekretnini, pri čemu se pod pripremnim radovima podrazumijevaju ispitivanje zemljišta, premjeravanje i slično.²⁰

Zahtjev za obavljanje pripremnih radnji korisnik izvlaštenja dostavlja nadležnom tijelu (prvostupanjskom tijelu), koje potom ocjenjuje je li takav zahtjev osnovan ili ne. Ako korisnik izvlaštenja učini vjerojatnim da su mu takve radnje (pripremne radnje) potrebne, nadležno tijelo će mu to odobriti, s time da se kod toga treba voditi računa da se te radnje ne obavljaju u vrijeme koje je nepogodno za vlasnika nekretnine, s obzirom na kulturu zemljišta i svrhu za koju on nekretninu koristi. U svakom slučaju pod pripremnim radnjama se ne može odobriti bilo kakvo izvođenje građevinskih ili njima sličnih radova (primjerice izgradnja prilaznih putova, izgradnja nastambi za radnike i slično).

17 Čl. 17. ZION.

18 Čl. 16. st. 2. ZION.

19 O dvojzanim vezanima uz novi ZION, vidi Staničić, F., Rješavanje sukoba između privatnog i javnog interesa – što nam donosi novi Zakon o izvlaštenju i određivanju naknade, Zagrebačka pravna revija, vol. 2., no. 2, 2013.

20 Čl. 20. ZION.

O žalbi protiv rješenja donesenog o zahtjevu za odobrenje pripremnih radnji odlučuje Ministarstvo pravosuđa, s time da ta žalba ne odgađa izvršenje rješenja.²¹

I u ovom slučaju vlasnik nekretnine ima pravo na naknadu zbog toga što svoju nekretninu nije mogao koristiti, sve prema pravilima o postupku i naknadi za privremeno uzimanje u posjed susjednog zemljišta. Prema odredbi čl. 53. ZION-a naknada za privremeno uzimanje u posjed susjednog zemljišta određuje se u visini i na način kako je ZION-om propisano za naknadu u slučaju ustanovljenja zakupa.

2.7. Postupak nepotpunog izvlaštenja

Kada se govori o postupku nepotpunog izvlaštenja tada korisnik izvlaštenja mora prije podnošenja prijedloga za izvlaštenje zatražiti osiguranje dokaza u smislu pribavljanja nalaza i mišljenja ili procjene procjenitelja glede vrijednosti nekretnine na kojoj se ustanovljuje služnost.²²

Uz zahtjev za osiguranje dokaza o stanju i vrijednosti nekretnine korisnik izvlaštenja mora podnijeti i pravomoćnu lokacijsku dozvolu, s time da će ministarstvo odnosno nadležno tijelo odrediti usmenu raspravu radi određivanja vještačenja ili procjene i to bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana od dana zaprimanja urednog zahtjeva za osiguranje dokaza o stanju i vrijednosti nekretnine.

Svrha održavanja usmene rasprave je da se vlasnik nekretnine odnosno posjednik i korisnik izvlaštenja sporazumiju oko osobe vještaka ili procjenitelja, vjerojatno očekujući da neće biti prigovora na nalaz procjenitelja odnosno vještaka. U praksi se međutim događa upravo suprotno, primjerice u klasičnim građanskim predmetima, tako da i ako se stranke sporazumiju oko osobe vještaka, kada stranka primi nalaz vještaka istome prigovara ako njime nije zadovoljna. U svakom slučaju nadležno tijelo će na toj raspravi odrediti osobu vještaka odnosno procjenitelja.

Sama procjena vrijednosti vrši se na očevidu, o kojem će se obavijestiti stranku koja nije prisustvovala raspravi, s time da troškove vještačenja ili procjene snosi korisnik izvlaštenja.

Iz odredbe čl. 27. st. 5. ZION-a proizlazi bi da kako se korisniku izvlaštenja i vlasniku odnosno posjedniku nekretnine dostavlja nalaz i mišljenje vještaka ili procjena procjenitelja radi obavijesti, da tada te osobe ne bi imale mogućnost prigovarati nalazu vještaka odnosno procjeni procjenitelja. Svjesni smo činjenice da stalna mogućnost iznošenja prigovora odugovlači cijeli postupak, ali čini nam se da se navedena odredba ne bi smjela tumačiti u pravcu onemogućavanja stranaka da prigovore nalazu vještaka ili procjeni procjenitelja, jer bi time bila uskraćena njihova prava na sudjelovanje u postupku izvlaštenja.

2.8. Prijedlog za nepotpuno izvlaštenje

Prijedlog za izvlaštenje može podnijeti korisnik izvlaštenja nakon što je utvrđen interes Republike Hrvatske, po odredbama ovoga ili nekog drugog zakona. Ako je pak

21 Čl. 23. ZION.

22 Čl. 25. ZION.

interes utvrđen odlukom Vlade Republike Hrvatske, tada se prijedlog za izvlaštenje može podnijeti u roku od dvije godine od donošenja takve odluke.²³

Prijedlog za izvlaštenje mora sadržavati:

- naznaku korisnika izvlaštenja,
- naznaku nekretnine za koju se predlaže izvlaštenje, sa zemljišnoknjižnim i katastarskim podacima,
- naznaku vlasnika i posjednika nekretnine za koju se predlaže izvlaštenje i njihovo prebivalište ili sjedište, odnosno stvarnopravnih ovlaštenika na nekretnini,
- naznaku građevine ili radova čija se izgradnja predlaže odnosno čije je izvođenje radova predlaže,
- podatak o utvrđenom interesu Republike Hrvatske.

Uz to korisnik izvlaštenja mora priložiti dokaz da je prethodno s vlasnikom nekretnine pokušao sporazumno riješiti pitanje stjecanja prava vlasništva određene nekretnine, ustanovljenja služnosti odnosno ustanovljenja zakupa na određenoj nekretnini, dokaz o utvrđenom interesu Republike Hrvatske, nalaz i mišljenje vještaka ili procjenu procjenitelja o stanju i vrijednosti nekretnine za koju se predlaže izvlaštenje, dokaz da korisnik izvlaštenja ima osigurana posebna sredstva položena u banci u visini približno potrebnoj za davanje naknade za izvlaštenu nekretninu odnosno dokaz o drugoj odgovarajućoj nekretnini, dokaz da korisnik izvlaštenja ima osigurana posebna sredstva u banci u visini približno potrebnoj za snošenje svog dijela troška postupka, pravomoćnu lokacijsku dozvolu za izgradnju građevine ili izvođenje radova na nekretnini za koju se predlaže izvlaštenje, parcelacijski elaborat ako isti nije sastavni dio lokacijske dozvole.

Određenih problema u praksi može biti pri utvrđivanju katastarskih i zemljišnoknjižnih podataka, pogotovo u onim katastarskim općinama u kojima se ti podatci u značajnoj mjeri razlikuju. U svim ti slučajevima treba biti vrlo oprezan i paziti koga se utvrdi vlasnikom nekretnine (ili bolje rečeno osobu koju će se naknada za izvlaštenu nekretninu isplatiti), budući da su vrlo često katastarski podatci o nekretnini točniji i bliži stanju u naravi, a s druge strane prema odredbi čl. 10. st. 3. Zakona o zemljišnim knjigama²⁴ zemljišnoknjižni podatci o nekretnini (površina, broj, oblik, izgrađenost) su mjerodavni za pravni promet tako dugo dok se isti ne bi promijenili prijavnim listom katastra u smislu st. 4. istoga članka.

Kao dokaz da je korisnik izvlaštenja pokušao sporazumno riješiti pitanje stjecanja prava vlasništva, ustanovljenja služnosti i zakupa s vlasnikom nekretnine uzima se i pokušaj dostave pisane ponude vlasniku nekretnine. Iz toga slijedi da dostava ne mora biti niti izvršena, pogotovo ne mora biti izvršena osobnom dostavom, a da s druge dođe do izvlaštenja, bilo potpunog, bilo nepotpunog.

Ako bi se provodio postupak izvlaštenja za veći broj nekretnina (više od deset) i više vlasnika nekretnina (također više od deset) tada je korisnik dužan objaviti ponudu vlasnicima nekretnine u dnevnom tisku, putem sredstava javnog priopćavanja. Ponuda

23 Čl. 28. ZION.

24 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/12, 60/13, dalje ZZK.

mora sadržavati naznaku objekta koji se planira graditi, naznaku katastarskih čestica i katastarskih općina koje su obuhvaćene planom izvlaštenja te visinu tržišne naknade koja se nudi za stjecanja prava vlasništva, ustanovljenje služnosti ili ustanovljenje zakupa na tim nekretninama s rokovima isplate.

Kod nepotpunog izvlaštenja korisnik izvlaštenja mora uz prijedlog za izvlaštenje dostaviti i geodetski elaborat nepotpunog izvlaštenja, a iz kojeg će jasno biti vidljivo (grafički) kuda služnost prolazi, preko koje nekretnine i kojeg dijela nekretnine koja je poslužno dobro.

2.9. Zabilježba postupka izvlaštenja u zemljišnim knjigama ili drugim javnim knjigama

Kada se govori o zabilježbi kao zemljišnoknjižnom upisu, tada se zabilježbom u zemljišnu knjigu upisuju osobni odnosi ili pravne činjenice relevantne za pravni promet (čl. 70. ZZK).

Činjenica da se glede određene nekretnine ili dijela nekretnine vodi postupak nepotpunog izvlaštenja predstavlja relevantnu pravnu činjenicu za pravni promet, jer se zabilježbom publicira ta činjenica i nitko se ne može pozivati da nije znao da se postupak izvlaštenja provodi.

Tijelo koje provodi postupak izvlaštenja dužno je u roku od osam dana od dana zaprimanja urednog prijedloga za izvlaštenje nadležnom sudu dostaviti prijedlog za zabilježbu postupka izvlaštenja u zemljišnim ili drugim javnim knjigama.

U čl. 34. st. 1. ZION-a određeno je da će se na temelju urednog prijedloga za izvlaštenje, a na prijedlog tijela koje provodi postupak izvlaštenja, upisati po službenoj dužnosti zabilježba postupka izvlaštenja u zemljišnim knjigama. Čini nam se da se ovdje ne radi o provođenju zabilježbe po službenoj dužnosti, već se radi o provođenju zabilježbe na temelju prijedloga tijela koje provodi postupak izvlaštenja. Kada tog prijedloga ne bi bilo, zemljišnoknjižni sud ne bi mogao provesti nikakav upis. Upis po službenoj dužnosti značio bi da takav upis zemljišnoknjižni sud vrši samostalno, bez da mu je podnesen bilo kakav prijedlog za upis zabilježbe.

Učinak zabilježbe postupka izvlaštenja je u tome da se nekretnina koja je predmet izvlaštenja može dalje otuđiti, opteretiti, ali da takvi postupci nemaju pravnog učinka prema korisniku izvlaštenja i trećim osobama.

2.10. Rješenje o nepotpunom izvlaštenju

Iz odredbe čl. 35. ZION-a jasno proizlazi da nadležno tijelo u postupku izvlaštenja mora provesti očevid na licu mjesta (na nekretnini koja je predmet izvlaštenja), mora provesti usmenu raspravu, te na usmenoj raspravi provesti dokaze radi utvrđivanja činjenica i okolnosti potrebne za određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu. Ako se ova odredba poveže s odredbom čl. 25. ZION-a, tada nam se čini da bi tijelo nadležno za provođenje postupka izvlaštenja u dokaznom postupku trebalo izvršiti uvid u zemljišnoknjižne i katastarske podatke o nekretnini, eventualnu identifikaciju katastarske čestice i nalaz i mišljenje vještaka ili procjenu procjenitelja,

ali i primjedbe stranaka na nalaz vještaka ili procjenu procjenitelja.

Prema odredbi čl. 36. st. 1. ZION-a ako je u postupku izvlaštenja vlasništvo utvrđeno kao neprijeporno i ako se vlasnik nekretnine ne protivi izvlaštenju, tada Ministarstvo odnosno nadležno tijelo mora istodobno provesti i usmenu raspravu za sporazumno određivanje naknade za nekretninu koja je predmet izvlaštenja. No, ako se vlasništvo ne bi moglo utvrditi kao neprijeporno, tada će se donijeti rješenje o izvlaštenju kojim će se obvezati korisnik izvlaštenja da iznos utvrđene naknade za izvlaštenje položi na poseban račun.

Pitanje koje će se u praksi pojaviti na koji način će Ministarstvo odnosno nadležno tijelo utvrditi da je vlasništvo neprijeporno. Naime, je li vlasništvo neprijeporno ako je, primjerice Ivan Ivić upisan kao vlasnik u zemljišnoj knjizi, a u katastru je ta ista nekretnina upisana na Josipa Ivića kao posjednika. Pitanje je do koje mjere će tijela za provođenje postupka izvlaštenja ulaziti u pitanje utvrđivanja prava vlasništva. Ako se pak vlasništvo ne bi moglo utvrditi, postavlja se pitanje do kada će novci korisnika izvlaštenja stajati na posebnom računu i koga će se i kako pozvati da preuzme taj novac.

Što se tiče rješenja o izvlaštenju, u čl. 37. st. 1. ZION-a propisana je nadležnost za donošenje rješenja – Ministarstvo pravosuđa ili drugo nadležno tijelo. U st. 2. je propisano što treba sadržavati izrijeka rješenja kojom se prihvaća prijedlog za izvlaštenje:

- naznaku akta kojim je utvrđen interes Republike Hrvatske (zakonska odredba ili odluka Vlade Republike Hrvatske),
- naznaku korisnika izvlaštenja,
- naznaku nekretnine koja se izvlašćuje, uz navođenje zemljišnoknjižnih i katastarskih podataka,
- naznaku utvrđenog vlasnika i posjednika izvlaštene nekretnine i njegovo prebivalište ili sjedište (adresa),
- naznaku građevine ili radova radi čija se izgradnja, odnosno izvođenje radova nekretnina izvlašćuje,
- obvezu vlasnika nekretnine da je nekretninu dužan predati u posjed korisniku izvlaštenja i rok za predaju u posjed,
- obvezu korisnika izvlaštenja glede naknade za izvlaštenu nekretninu: oznaku odgovarajuće zamjene nekretnine s određivanjem roka predaje u posjed odnosno novčani iznos tržišne vrijednosti izvlaštene nekretnine, s rokom isplate koji ne može biti duži od 15 dana od pravomoćnosti rješenja o izvlaštenju ili naznaku nagodbe ako je sklopljena prema čl. 39. st. 1. istoga zakona,
- obvezu korisnika izvlaštenja na isplatu zakonske zatezne kamate²⁵, tekuću od 30 dana od dana donošenja prvostupanjskog rješenja o izvlaštenju do isplate,
- nalog za upis zabilježbe zabrane raspolaganja izvlaštenom nekretninom unutar roka od sedam godina od dana pravomoćnosti rješenja o izvlaštenju

25 Nepotrebno je navoditi zakonsku zateznu kamatu, jer je zatezna kamata uvijek zakonska i propisana je zakonom.

- u zemljišnim knjigama,
- nalog za brisanje hipoteke, služnosti i drugih stvarnih prava u zemljišnim knjigama,
- odluku o troškovima postupka, a
- kod nepotpunog izvlaštenja i naznaku dijela nekretnine na kojem se ustanovljava služnost odnosno zakup.

Iz navedene odredbe vidljivo je da rješenje o izvlaštenju u sebi sadrži nalog zemljišnoknjižnog sudu da upiše zabilježbu zabrane raspolaganja izvlaštenom nekretninom u roku od sedam godina od dana pravomoćnosti rješenja o izvlaštenju (zabrana se odnosi na korisnika izvlaštenja). To rješenje sadrži nalog za upis u zemljišnu knjigu (nalog za upis trebalo bi sadržavati svako rješenje koje donosi zemljišnoknjižni ili neki drugi sud pri određivanju zemljišnoknjižnog upisa), te sadrži nalog za brisanje hipoteke, služnosti, eventualno drugih stvarnih prava koja prestaju izvlaštenjem. Isto tako kod nepotpunog izvlaštenja sadrži i nalog zemljišnoknjižnom sudu da se zakup ili služnost upiše na točno određenom dijelu nekretnine sukladno elaboratu nepotpunog izvlaštenja. Već iz takve odredbe jasno proizlazi da ne bi bilo moguće služnost ili zakup upisati kao teret cijelih nekretnina, već je potrebno točno navesti na kojem dijelu nekretnine postoji služnost odnosno zakup. Vjerujemo da u praksi postoje slučajevi kada to nije određeno na takav način, pa se postavlja pitanje hoće li se takva rješenja moći provesti prema pravilima zemljišnoknjižnog prava.

2.11. Nagodba

Korisnik izvlaštenja i vlasnik nekretnine mogu do donošenja rješenja o izvlaštenju sklopiti nagodbu o obliku i visini naknade, te roku u kojem je korisnik izvlaštenja dužan ispuniti obvezu u svezi s naknadom.²⁶ No osim toga, do okončanja postupka izvlaštenja može se sklopiti nagodba glede pitanja stjecanja vlasništva, ustanovljenja služnosti odnosno ustanovljenja zakupa na nekretnini. U tom slučaju nagodba treba sadržavati sve što je potrebno, prema pravilima zemljišnoknjižnog prava, da se može provesti u zemljišnoj knjizi.

Ako bi nagodbom bilo u potpunosti riješeno pitanje stjecanja prava vlasništva, ustanovljenja služnosti odnosno ustanovljenja zakupa na nekretnini za koju je predloženo izvlaštenje, tada se postupak izvlaštenja neće niti provoditi, već će se isti obustaviti.

2.12. Naknada u postupku nepotpunog izvlaštenja

Već je uvodno rečeno da zadiranje u pravo vlasništva je moguće samo u interesu Republike Hrvatske i to pod uvjetom da se vlasniku da obeštećenje u visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, odnosno u visini smanjene tržišne vrijednosti nekretnine, ako se radi o nepotpunom izvlaštenju.

Pojam tržišne vrijednosti nekretnine određen je u čl. 25. st. 2. ZION-a na način da se vrijednost nekretnine koja je predmet izvlaštenja izražava u novcu na temelju

²⁶ Čl. 39. ZION.

obrazloženog nalaza i mišljenja ovlaštenog vještaka ili procjenitelja, izrađenog primjenom posebnog propisa iz područja prostornog uređenja o načinu procjene vrijednosti nekretnina, načinu prikupljanja podataka i njihovoj evaluaciji te o metodama procjene nekretnina. U čl. 63. st. 2. ZION-a određeno je da se do stupanja na snagu posebnog propisa iz područja prostornog uređenja o načinu procjene vrijednosti nekretnine²⁷, načinu prikupljanja podataka i njihovoj evaluaciji te o metodama procjene nekretnine, vrijednost nekretnine iz st. 1. čl. 25. Zakona izražava kao tržišna vrijednost nekretnine u novcu na temelju obrazloženog nalaza i mišljenja vještaka ili procjenitelja.

U čl. 50. ZION-a posebno se određuje da vlasnik nekretnine ima pravo sabrati usjeve i skupiti plodove koji su sazreli u vrijeme stupanja u posjed korisnika izvlaštenja, te da ako vlasnik nekretnine stupanjem u posjed korisnika izvlaštenja neće biti to u mogućnosti, da mu tada pripada pravo na naknadu za usjeve i plodove prema uobičajenoj veleprodajnoj cijeni tih usjeva i plodova u vrijeme stupanja u posjed korisnika izvlaštenja.

2.12.1. Naknada za ustanovljenje služnosti

Kod ustanovljenja služnosti visina naknade se određuje u iznosu za koji je ustanovljenjem služnosti umanjena tržišna vrijednost nekretnine.²⁸ Naime, ako se postavi neki vod na određenoj nekretnini, tada nekretnina, primjerice gubi na vrijednosti u smislu mogućnosti građenja, građenja na određenom dijelu nekretnine i slično. Ako bi pri ustanovljenju služnosti, primjerice postavljanja nekog voda na nekretnini, došlo do štete na nekretnini, tada korisnik izvlaštenja odgovara vlasniku nekretnine prema općim pravilima o odgovornosti za štetu.

2.13.2. Naknada za ustanovljenje zakupa

Nepotpuno izvlaštenje može se očitovati u ustanovljenju zakupa. U tom se slučaju naknada određuje u visini zakupnine koja se postiže na tržištu.²⁹ Naknada se može odrediti u jednom ukupnom iznosu za cijelo vrijeme trajanja zakupnog odnosa, ili pak u godišnjem iznosu. U slučaju zakupa vlasnik nekretnine stječe pravo na naknadu od dana kada je korisnik izvlaštenja stupio u posjed zemljišta. Isto kao i kod ustanovljenja služnosti za eventualnu štetu nastalu ustanovljenjem zakupa, korisnik izvlaštenja odgovara vlasniku nekretnine prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, dakle pod pretpostavkama za odštetnu odgovornost.

2.13. Uknjižba prava vlasništva i drugih stvarnih prava

U postupku izvlaštenja općenito, pa tako i u slučaju nepotpunog izvlaštenja

27 U međuvremenu je Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja donijelo Uredbu o procjeni vrijednosti nekretnina (Narodne novine, br. 74/2014) i Pravilnik o metodama procjene vrijednosti nekretnina (Narodne novine, br. 79/2014).

28 Čl. 51. ZION.

29 Čl. 52. ZION.

dolazi do potrebe da se u zemljišnu knjigu izvrše zemljišnoknjižni upisi određeni rješenjem o izvlaštenju. Već smo ranije naveli da će se u zemljišnu knjigu upisati zabilježba pokretanja postupka izvlaštenja, zabilježba zabrane raspolaganja izvlaštenom nekretninom unutar roka od sedam godina od dana pravomoćnosti rješenja o izvlaštenju. U zemljišnu knjigu se provodi samo rješenje o izvlaštenju, brišu se hipoteke, služnosti i druga stvarna prava koja izvlaštenjem prestaju, upisuje se služnost odnosno zakup koji je ustanovljen.

U čl. 56. ZION-a određeno je da se uknjižba prava vlasništva i drugih stvarnih prava na izvlaštenoj nekretnini, kao i na nekretnini koja je dana na ime naknade vlasniku nekretnine, upisuju u zemljišnu knjigu na zahtjev korisnika izvlaštenja ili vlasnika nekretnine na temelju pravomoćnog rješenja o izvlaštenju i dokaza o isplaćenju naknadi u iznosu određenom rješenjem o izvlaštenju odnosno dokaza o stjecanju prava vlasništva vlasnika nekretnine na drugoj odgovarajućoj nekretnini.

3. UPIS SLUŽNOSTI I ZAKUPA U ZEMLJIŠNIM KNJIGAMA

3.1. Upis služnosti

Služnosti se u zemljišnu knjigu upisuju uvijek uknjižbom ili predbilježbom³⁰, budući da se radi o knjižnim pravima. Posebna pravila glede upisa služnosti određuje čl. 33. ZZK-a³¹. Tako se prema st. 1. kod služnosti i stvarnih tereta mora upisati sadržaj i opseg prava što određenije, ali nije potrebno navoditi njihovu novčanu vrijednosti. Ako bi se željelo ograničiti izvršavanje služnosti na određene prostorne granice, tada se te granice moraju točno navesti (st. 2.). Smatra se da su granice točno određene ako su ucrtane u nacrt (geodetski) koji je priložen uz ispravu kojom se zahtijeva upis (st. 3.). Ako se osniva pravo služnosti ili stvarni teret uz ograničenje rokom ili uvjetom, to se zabilježuje zajedno s upisom sadržaja toga prava. Naknadno ograničenje već postojećeg prava također se zabilježuje (st. 4.).

Iz navedene odredbe jasno proizlazi da se služnost mora što određenije navesti i to kako po svom sadržaju – služnost postavljanja vodovodnih cijevi, cjevovoda, plinovoda, naftovoda itd., kao i po svom opsegu, koji dio nekretnine (poslužnog dobra) takva služnost zahvaća. U tu se svrhu radi i elaborat nepotpunog izvlaštenja, kako bi se točno opisao i sadržaj i opseg služnosti i odredile prostorne granice na kojima će se služnost izvršavati. Ako postoji geodetski nacrt koji se prilaže uz rješenje o nepotpunom izvlaštenju, tada nije potrebno u samom rješenju točno opisati sadržaj i opseg služnost, već se nadležno tijelo može pozvati na geodetski nacrt.

U praksi zemljišnoknjižnih sudova može se naići na rješenja kojima se služnost

30 U čl. 30. st. 2. i 3. ZZK-a propisano je: Uknjižba je upis kojim se knjižna prava stječu, prenose, ograničuju ili prestaju bez posebnoga naknadno opravdanja (st. 2.). Predbilježba je upis kojim se knjižna prava stječu, prenose, ograničuju ili prestaju pod uvjetom naknadnoga opravdanja i u opsegu u kojemu naknadno budu opravdana (st. 3.).

31 Josipović, T., Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Informator, Zagreb, 1998., str. 103-104.; isti autor, Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 161, 178-179.
Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, II. izd., Organizator, 2005., Zagreb, str. 349-424.

upisuje na cijelu nekretninu, iako je služnost ograničena na jedan dio nekretnine, iako je uz rješenje o određivanju služnosti priložen i geodetski elaborat na koji se zemljišnoknjižni sud može pozvati. Takva prakse nije pravilo i trebalo bi je mijenjati, budući da služnost mora biti što određenije upisana i sa što točnijim prostornim granicama.

Druga odredba koja se odnosi na stvarne služnosti propisana je čl. 22. st. 2. ZZK-a prema kojoj, ako je koja stvarna služnost upisana u uložak poslužnog dobra, to će se, kao i svaka promjena takva upisa, po službenoj dužnosti istodobno učiniti vidljivim i u posjedovnim gospodujućeg dobra (povlasnog dobra).

3.2. Upis zakupa

Glede upisa zakupa u zemljišnu knjigu, u čl. 31. st. 1. ZZK-a propisano je da se u zemljišnu knjigu upisuju samo pravo vlasništva i druga stvarna prava, pravo nazadkupa, prvokupa, najma, zakupa i koncesije³², te ostala prava na nekretninama za koja je to posebnim zakonom dopušteno. I pravo zakupa u zemljišnu knjigu upisuje se uknjižbom, odnosno predbilježbom, budući da je zakup kao obvezno pravo knjižno pravo. Stoga ako je rješenjem o nepotpunom izvlaštenju ustanovljeno pravo zakupa, zakupa na dijelu nekretnine, tada bi bilo potrebno točno odrediti na kojem se dijelu nekretnine zakup ustanovljuje.

4. NEPOTPUNO IZVLAŠTENJE I PROVOĐENJE INFRASTRUKTURNIH PROJEKATA (PROBLEMI U PRAKSI)

Kao što je već rečeno u provođenju velikih komunalnih infrastrukturnih projekata, koji se većim dijelom financiraju iz sredstava Europske unije, a manjim dijelom iz domaćih sredstava (proračunska sredstva, sredstva javnih trgovačkih društava i slično), investitori nailaze na velike poteškoće. Glavna prepreka bržem i učinkovitijem provođenju tih projekata predstavljaju neriješeni imovinskopравни odnosi, odnosno nesređene i neusklađene zemljišnoknjižne i katastarske evidencije.

Nema nikakve dvojbe da su obnova vodovodne ili kanalizacijske mreže projekti od interesa za Republiku Hrvatsku, pa da su zbog toga ispunjene pretpostavke da se glede tih projekata provodi i postupak nepotpunog izvlaštenja u skladu s pravilima koja su ranije opisana.

No, da bi se mogao podnijeti prijedlog za izvlaštenje korisnik izvlaštenja mora izraditi elaborat nepotpunog izvlaštenja (po ovlaštenoj osobi), a izrada tog elaborata pretpostavlja da se točno zna tko su vlasnici poslužnih nekretnina. Prvo jer je korisnik izvlaštenja dužan s tim osobama pokušati postići sporazum oko zasnivanja služnosti ili zakupa i visine naknade, a s druge strane ako takav sporazum ne bi bio postignut, tada se postupak izvlaštenja može provoditi protiv osoba koje su vlasnici nekretnina na kojima bi trebalo zasnovati služnost ili zakup.

32 Kontrec, D., Obvezna prava kao zemljišnoknjižna prava, u: *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci – Zavod za građansko pravo, Rijeka, 2014., str. 203-217.

Da bi se bolje shvatilo o kojem se opsegu posla radi, spomenut ćemo samo jedan projekt na području Hrvatskoga zagorja.³³ Naime, javni isporučitelj vodne usluge obavezan je sukladno vodno-komunalnim direktivama izgraditi sustav odvodnje otpadnih voda za dvije Aglomeracije do 30. prosinca 2018. godine.

Preduvjet da bi se mogao početi graditi novi cjevovod je da investitor ima riješene imovinskopravne odnose i to u smislu da se izvrši upis služnosti cjevovoda ili pak da se izvrši upis prava vlasništva na novoformiranim nekretninama koja će nastati nakon izvršene parcelacije (u slučaju potpunog izvlaštenja). Na tom području predviđa se da je potrebno riješiti imovinskopravne odnose za oko 5500 katastarskih čestica, pri čemu je prema analizi investitora 45 % tih nekretnina u vlasništvu osoba javnog prava (Republike Hrvatske, jedinica lokalne samouprave ili pravnih osoba u njihovu vlasništvu), a preostalih 55 % u vlasništvu fizičkih i pravnih osoba. Nadalje od nekretnina koje su upisane kao privatno vlasništvo 11 % u naravi su asfaltirana cesta (državna, lokalna, županijska ili nerazvrstana cesta – koje su sada prema Zakonu o cestama³⁴ javno dobro u općoj uporabi), a za 61 % čestica koje su u privatnom vlasništvu nesređeno je vlasničko stanje, s upisnih desetak i više suvlasnika od kojih su većina pokojni, pa je potrebno prije srediti imovinskopravne odnose.

Broj čestica za koje je potrebno prethodno srediti imovinskopravne odnose, a da bi se uopće moglo pristupiti izradi elaborata nepotpunog izvlaštenja izuzetno je velik. Pri tome, ako bi se pristupilo pojedinačnom sređivanju, parcela po parcelu, tada bi to trajalo izuzetno dugo, te se sasvim sigurno posao ne bi mogao obaviti u rokovima koji su propisani.

Čini nam se da već u samom početku treba razlikovati dvije različite situacije. Prva je ako stanje zemljišne knjige i katastra u pogledu nekretnine i njezina opisa odgovaraju, tada neovisno o stanju upisa vlasništva može se izraditi elaborat nepotpunog izvlaštenja i krenuti se u postupak nepotpunog izvlaštenja radi zasnivanja služnosti (ili zakupa). Pri tome će tijelo nadležno za vođenje postupka izvlaštenja ocijeniti je li vlasništvo prijeporno ili ne i ovisno o tome određivati naknadu, naravno pod pretpostavkom da između korisnika izvlaštenja i vlasnika (posjednika) nekretnine ne bi bila ranije postignuta nagodba. Mišljenja smo da u toj situaciji investitor ne treba prethodno sređivati zemljišnoknjižne i katastarske evidencije, odnosno da u takvim slučajevima imovinskopravni odnosi ne bi trebali biti prepreka pokretanju i dovršetku infrastrukturnog projekta.

No, potpuno je različita situacija u slučajevima kada postojeća zemljišna knjiga i postojeći katastarski operat nisu usklađeni, kada između njih postoje velike razlike i to ne samo u pogledu pitanja tko su nositelji prava na nekretninama, već prije svega glede broja, oblika, površine i izgrađenosti katastarske čestice.

U praksi su česti slučajevi da podatci o nekretnini (podatci za koje je zadužen katastar) i stanje u naravi ne odgovaraju stanju u evidencijama o nekretninama, primjerice položaj i oblik nekretnina u naravi je u potpunosti različit u odnosu na stanje u zemljišnoj knjizi i katastru. U tim slučajevima investitor mora odabrati put

33 Zahvaljujem kolegici Jasmini Ricijaš na ustupljenim podacima i ukazanim problemima u provođenju infrastrukturnih projekata.

34 Narodne novine br. 84/11, 22/13, 54/13, 148/13, 92/14, dalje ZC.

rješavanja imovinskopravnih odnosa koji mu je najbrži i najučinkovitiji, a kako bi prije svega pokušao upis služnosti riješiti dogovorno s vlasnicima nekretnina, a ako to ne bi uspio, da mu ostane dovoljno vremena da provede i sam postupak nepotpunog izvlaštenja.

Prije svega investitor mora imati na umu da je kod rješavanja imovinskopravnih odnosa, odnosno sređivanja nesređenih zemljišnoknjižnih i katastarskih evidencija potrebno uskladiti djelovanje dvije različite institucije – s jedne strane Državne geodetske uprave, koja je nadležna za katastarsku evidenciju, a s druge nadležnog zemljišnoknjižnog suda (Ministarstvo pravosuđa) koji je nadležan za zemljišnu knjigu.

Ako je stanje evidencija u tolikoj mjeri loše da evidencije o nekretninama ne prikazuju relevantno pravno stanje nekretnine, tada nam se čini da je za rješavanje imovinskopravnih odnosa najbolje odabrati postupak djelomične obnove zemljišne knjige u smislu odredbe čl. 179. st. 2. ZZK-a u vezi s čl. 198. do 199. d ZZK-a. Naime, nije potrebno provoditi postupak obnove zemljišne knjige za cijelu katastarsku općinu, već samo za dio koji bi obuhvaćala trasa (koridor) infrastrukturnog projekta. U tom postupku investitor može sa stvarno utvrđenim vlasnicima pokušati sporazumno riješiti pitanje upisa služnosti vodova ili zasnivanje zakupa, pa možda do samog postupka izvlaštenja neće niti doći.

Ako se krenulo u postupak djelomične obnove zemljišne knjige, tada bi trebalo uskladiti djelovanje nadležnog katastarskog ureda i nadležnog zemljišnoknjižnog suda, te ako je potrebno izvršiti snimanje trase infrastrukturnog projekta, s detaljnim opisom na kojim će se nekretninama trebati zasnovati služnost voda. Odluku o djelomičnoj obnovi zemljišne knjige donosi ministar pravosuđa, dok odluku o otvaranju obnovljene zemljišne knjige donosi predsjednik nadležnog zemljišnoknjižnog suda ili osoba koju on ovlasti. U tom postupku katastarsko i zemljišnoknjižno povjerenstvo trebali bi zajednički raditi i utvrditi točne vlasnike nekretnina koje su u obuhvatu djelomične obnove zemljišne knjige, te u konačnici stvarne vlasnike i upisati u tom postupku. Upravo s tim vlasnicima investitori će kasnije pregovarati o zasnivanju služnosti i određivanju naknade za ustanovljenje služnosti.

Čini nam se neophodno potrebnim da se navedena vrsta elaborata posebno propiše, a kako se u praksi ne bi događale situacije da svaki ovlašten inženjer geodezije radi na svoju ruku ili bolje rečeno da radi taj elaborat sa sadržajem i u obliku koji mu jamči da će na određeno zemljišnoknjižnom sudu na temelju tog elaborata i naravno drugih isprava doći do upisa služnosti u zemljišnu knjigu. Problem leži u tome što navedeni elaborat katastar ne potvrđuje, niti ovjerava, već zapravo taj elaborat predstavlja nacrt – skicu koju je izradio geodeta da bi se grafički prikazalo kuda ide pravac služnosti.

Određene probleme u praksi izaziva pitanje što sve treba sadržavati elaborat nepotpunog izvlaštenja. Već je rečeno da takav elaborat nije posebno propisan Pravilnikom o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima (Narodne novine, br. 86/07, 148/09), a niti bilo kojim drugim podzakonskim aktom, zbog čega je i praksa ovlaštenih inženjera potpuno različita. Tako su se u praksi pojavila pitanja od čega se sastoji naslovna stranica navedenog elaborata, tko potpisuje elaborat, je li potrebno da elaborat sadrži originalne zemljišnoknjižne izvatke ili su dostatni e-izvatci, je

li nužno da elaborat sadrži i grafički prikaz ucrtanih objekata (primjerice šahtova), treba li tekstualni dio sadržavati opis služnosti u prostoru, mora li elaborat sadržavati uvjerenje o identifikaciji nekretnina, ako se radi o različitim zemljišnoknjižnim i katastarskim oznakama ili je dovoljno da se na grafičkom dijelu upišu obje oznake, tko u tom slučaju odgovara za točnost tih podataka itd.

Ako se cijeli problem gleda s razine zemljišnoknjižnih sudova, tada je za upis služnosti bitno da ona je točno određena (što preciznije i određenije) u ugovoru kojim će se korisnik izvlaštenja i vlasnik nekretnine sporazumjeti oko zasnivanja služnosti. U tom slučaju u ugovoru mora biti navedena i dozvola za upis (*clausula intabulandi*) kojom vlasnik nekretnine dopušta upis služnosti. Kako je već ranije rečeno prema odredbi čl. 33. st.3. ZZK-a smatra se da su prostorne granice izvršavanja služnosti točno određene ako su ucrtane u nacrtu (elaboratu nepotpunog izvlaštenja) koji je priložen ispravi na temelju koje se upis zahtijeva.

Za praksu je izuzetno važno da se u elaboratu točno izvrši identifikacija zemljišnoknjižnih i katastarskih podataka o nekretnini, katastarskoj čestici, pogotovo ako postoji razlika između zemljišne knjige i katastra, a kako se ne bi događale pogreške na način da se služnost zasnjuje ili ugovori na pogrešnoj nekretnini.

Glede nekretnina koje predstavljaju ceste odnosno javne ceste čini nam se da bi situacija trebala biti, na prvi pogled, najjednostavnija. Naime, ZC-om je detaljno propisano na koji način se ceste upisuju u katastar odnosno zemljišnu knjigu, pri čemu su javne ceste u neotuđivom vlasništvu Republike Hrvatske, a nerazvrstane ceste u neotuđivom vlasništvu grada ili općine. U svakom slučaju upis cesta koje su se na dan stupanja na snagu ZC-a koristile za promet vozila po bilo kojoj osnovi i koje su bile pristupačne većem broju korisnika, upisuju se u zemljišnu knjigu u skladu s odredbama čl. 123. ZC-a (upis javnih cesta), odnosno čl. 131. ZC-a (upis nerazvrstanih cesta). U tom će slučaju investitori u dogovoru s vlasnikom ceste (Republikom Hrvatskom ili jedinicom lokalne samouprave) postići dogovor o polaganju voda u javnu cestu, odnosno o osnivanju služnosti.

No, praksa opet pokazuje sve stranputice, pa tako glede dokumentacije koju zahtijevaju javni subjekti (Hrvatske ceste d.o.o., Hrvatske autoceste d.o.o., Hrvatske vode d.o.o.) radi osnivanja služnosti na javnim cestama, odnosno javnom vodom dobru, odnosno nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske, nužno je istaknuti da nam se čini da je propisana dokumentacija tako određena da se spriječi provedba određenog projekta Primjerice na temelju čl. 16. i 16. a Zakona o vodama³⁵ i Odluke Vlade Republike Hrvatske o visini naknade najma, zakupa, služnosti i građenja na javnom vodnom dobru³⁶ propisano je da korisnik izvlaštenja za zasnivanje služnosti na javnom vodnom dobru mora podnijeti: zahtjev i dokaze i to navesti oznaku stranke, oznaku katastarske čestice koja je predmet služnosti, punomoć ovjerenu kod javnog bilježnika ako podnositelja zastupa punomoćnik, izvadak iz sudskog registra, posjedovni list za zemljište i to ne stariji od 30 dana u izvorniku, zemljišnoknjižni izvadak ne stariji od 30 dana, također u izvorniku, uvjerenje o identifikaciji čestice od Državne geodetske uprave ili Gradskog ureda za katastra Grada Zagreba, iskaz

35 Narodne novine br. 153/09, 63/11, 130/11, 56/13, 14/14.

36 Narodne novine br. 89/10, 88/11.

površine služnosti u obliku trase (koridora) služnosti, ukupnu površinu, tj. širinu i dužinu, razdoblje služnosti, važeću lokacijsku dozvolu ili drugi akt nadležnog tijela za prostorno planiranje za planirani zahvat u prostoru, važeće vodopravne uvjete, presliku katastarskog plana, geodetsku situaciju s ucrtanom trasom (koridorom) i iskaznom površinom, te točan opis voda (instalacije).

Iako nam se čini nepotrebnim da se kod izrade elaborata nepotpunog izvlaštenja zahtijeva od investitora da prilaže ovjerene zemljišnoknjižne izvratke (ovjerene pečat nadležnog suda), a ne vidimo potrebu niti za prilaganje e-izvadaka, očito je da će investitor to morati učiniti jer to od njega zahtijevaju državna poduzeća koja upravljaju javnim dobrima. Moramo postaviti pitanje što ako se promijeni vlasničko stanje nakon što se izda izvadak, jer prema gore navedenom izvadak ne smije biti stariji od 30 dana, tko će u tom slučaju biti stranka i u postupku pokušaja sporazuma korisnika izvlaštenja i vlasnika nekretnine tako i kasnije kod određivanja naknade.

Slično kao i za javno vodno dobro, propisana je dokumentacija za sklapanje ugovora o osnivanju prava služnosti ako se radi o javnoj cesti, pri čemu je takva dokumentacija propisana Odlukom o visini naknade za osnivanje prava služnosti i prava građenja na javnoj cesti Vlade Republike Hrvatske.³⁷ Ako se pak radi o osnivanju prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske, tada su uvjeti i potrebna dokumentacija propisani Zakonom o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske³⁸, Uredbom o osnivanju prava građenja i prava služnosti na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske³⁹ i Zakonom o rješavanju imovinsko-pravnih odnosa radi izgradnje infrastrukturnih građevina.⁴⁰

Sve dosada opisano ukazuje na prilično komplicirani postupak kojem je izložen korisnik izvlaštenja, pri čemu sve navedeno treba učiniti prije nego što se podnese prijedlog za izvlaštenje. Stoga nam se čini da je potrebno pojednostavniti postupak i smanjiti u značajnoj mjeri broj dokumenata koje korisnik izvlaštenja mora priložiti upraviteljima javnih dobara, a kako bi se uopće moglo razgovarati o eventualnom postizanju sporazuma glede ustanovljenja služnosti ili zakupa radi postavljanja vodova odnosno određivanja naknade.

Upravo zbog toga postupak djelomične obnove zemljišne knjige ili postupak djelomičnog osnivanja zemljišne knjige na područjima gdje zemljišne knjige ne postoje i to za koridor obuhvata služnosti, može najprije riješiti imovinskopravne odnose i utvrditi točne vlasnike nekretnina. Ako se radi o manjem broju nekretnina mogući put je korištenje pojedinačnog ispravnog postupka u skladu s odredbama čl. 200. – 200. g ZZK-a.

Nakon što se srede nesređeni imovinskopravni odnosi u postupku obnove zemljišne knjige ili pojedinačnom ispravnom postupku, korisnik izvlaštenja može pokrenuti postupak izvlaštenja, pod pretpostavkama koje su ranije navedene, prije svega da za gradnju određene građevine ili izvođenje određenih radova postoji interes Republike Hrvatske. Kod infrastrukturnih projekata kao što su vodovod, kanalizacija,

37 Narodne novine br. 87/14.

38 Narodne novine br. 94/13.

39 Narodne novine br. 10/14.

40 Narodne novine br. 80/11.

odvodnja i slično u pravilu će biti korišteno nepotpuno izvlaštenje, jer će doći do zasnivanja služnosti ili zakupa na nekretninama koje su poslužno dobro, a samo izuzetno će doći do provođenja postupka potpunog izvlaštenja.

5. UMJESTO ZAKLJUČKA

Već je rečeno da i postupak nepotpunog izvlaštenja predstavlja ograničenje prava vlasništva, pa u tom smislu kada se taj postupak provodi treba voditi računa da se ipak što manje ograničava pravo vlasništva. U trenutnoj gospodarskoj situaciji u Republici Hrvatskoj, kada su nasušno potrebne investicije, veliki infrastrukturni projekti izgradnje i obnove vodovodne, odvodne, kanalizacijske i druge mreže su prije svega projekti na kojima se može zaposliti veliki broj nezaposlenih, kojim se može pomoći građevinskom sektoru da stane na noge, pa je izuzetno važno da svi koji na bilo koji način sudjeluju u tim projektima pronađu način da postupajući u okviru postojećih propisa što prije riješe eventualno sporne situacije, a kako se zbog nespremnosti državne uprave, sudova, zakonodavca ne bi dogodilo da se ti projekti neće moći financirati iz europskih sredstava.

Upravo u tom smislu nadležna tijela moraju shvatiti da nesređeni imovinskopравни odnosi utječu na investitore i njihovu želju da investiraju u Hrvatskoj. Stoga sređivanje evidencija o nekretninama – zemljišne knjige i katastra i njihovo stalno usklađivanje sa stvarnim stanjem treba biti glavni razvojni projekt Republike Hrvatske i za to osigurati dovoljne kadrovske i materijalne kapacitete.

Summary

PARTIAL EXPROPRIATION AND ENTRIES IN LAND REGISTRIES - REGULATIONS AND PRACTICE

Partial expropriation represents a limitation on the right of ownership, so in the case when partial expropriation is carried out on a property, by the establishment of an easement or lease, then the owner of the property has a right to compensation at the market value of the property, i.e. the amount by which the market value of the property is reduced, or by compensation as a rental charge. In implementing major communal infrastructure projects for the renovation of water and sewer networks throughout Croatia, resources from the funds of the European Union are used, and investors may encounter major problems because of unclear legal property relations or, unclear records about property. This work tries to respond to questions from practice, the means by which investors can start, because they cannot begin to build if the legal property rights have not been resolved.

Key words: *legal ownership, limitations on legal ownership, interest of the Republic of Croatia, partial expropriation, compensation for partial expropriation, entry of easements and leases in land registries.*

Zusammenfassung

TEILENTEIGNUNG UND GRUNDBUCHEINTRAGUNGEN

Die Teilenteignung stellt eine Abgrenzung des Eigentumsrechts dar, so dass im Falle der Teilenteignung der Immobilie durch Feststellung der Dienstbarkeit oder Pacht der Immobilieneigentümer Anspruch auf Ersatz des dem Marktwert der Immobilie entsprechenden Betrag, bzw. auf Ersatz des dem gesunkenen Immobilienmarktwert entsprechenden Betrag oder auf Ersatz des der Pacht entsprechenden Betrag hat. Bei der Durchführung großer infrastruktureller Kommunalprojekte zur Erneuerung des Wasser- und Kanalisationsnetzes in der Republik Kroatien werden Mittel aus den EU-Fonds benutzt, wobei Investoren in ihrer Arbeit auf große Probleme bezüglich unregulierter vermögensrechtlicher Verhältnisse und unregulierten Immobilienverzeichnis stoßen. In der Arbeit wird versucht, die Frage zu beantworten, welchen Weg die Investoren gehen sollten, denn sie können ohne regulierte vermögensrechtliche Verhältnisse mit dem Bauen nicht beginnen. Dabei gilt das Enteignungsverfahren als ein der bedeutendsten vermögensrechtlichen Verhältnisse.

Schlüsselwörter: *Eigentumsrecht, Abgrenzung des Eigentumsrechts, Interesse der Republik Kroatien, Teilenteignung, Ersatz für Teilenteignung, Eintragung der Dienstbarkeit und Pacht in das Grundbuch*

Riassunto

**ESPROPRIAZIONE PARZIALE ED ISCRIZIONE NEI LIBRI
FONDIARI - LEGGI E PRASSI**

L'espropriazione parziale rappresenta una limitazione al diritto di proprietà, pertanto nel caso in cui sull'immobile si proceda ad un'espropriazione parziale, mediante la costituzione di servitù o di locazione, il proprietario dell'immobile avrà diritto ad un indennizzo stimato sulla base del valore commerciale dell'immobile, ossia per l'equivalente della diminuzione del valore dell'immobile oppure per un valore pari all'ammontare del canone. Nell'espletamento di grandi progetti comunali infrastrutturali, con i quali si rinnova la rete fognaria o idrica su un ampio territorio della Repubblica di Croazia si fruisce di fondi dell'Unione Europea; in questi casi gli investitori incontrano grandi difficoltà nella realizzazione in presenza di rapporti patrimoniali non regolati e di un'inappropriata evidenza degli immobili. Nel lavoro si cerca di rispondere alle questioni sorte nella prassi e volte a capire da dove gli investitori debbano partire per iniziare a costruire se i rapporti patrimoniali risultano non regolati; qui il procedimento di espropriazione risulta uno dei passaggi più esposti a difficoltà.

Parole chiave: *Diritto di proprietà, limitazione del diritto di proprietà, interesse della Repubblica di Croazia, espropriazione parziale, indennizzo per l'espropriazione parziale, iscrizione di servitù e locazioni nel libro fondiario.*

NEKI POSEBNI SUBJEKTI I ODNOSI PO ZAKONU O ZAŠTITI NA RADU

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, znanstveni savjetnik,
umirovljeni sveučilišni profesor,
Rijeka

UDK: 331.45(497.5)(094.5)
Ur.: 9. veljače 2015.
Pr.: 17. ožujka 2015.
Stručni rad

Sažetak

Složeni odnosi u poslovima zaštite na radu ne mogu se obaviti bez subjekata koji imaju specifičan položaj i posebna prava, obveze i odgovornosti po Zakonu o zaštiti na radu. U ovom radu piše se o: ovlašteniku poslodavca, ovlaštenoj osobi, povjereniku radnika za zaštitu na radu, specijalistu medicine rada, stručnjaku zaštite na radu i odboru za zaštitu na radu u odnosima zaštite na radu.

Ključne riječi: zaštita na radu, zakon, poslovi, subjekti i odnosi.

1. UVOD

Zakon o zaštiti na radu (dalje u tekstu: Zakon) uređuje pitanja i odnose među brojnim subjektima (izravnim i neizravnim) u zaštiti na radu. Dakako, najvažniji su poslodavac i radnik, no njihova prava, obveze i odgovornosti vezani su i na druge osobe kao što su: ovlaštenik poslodavca, ovlaštena osoba, povjerenik radnika za zaštitu na radu, specijalist medicine, stručnjak zaštite na radu i dr., o kojima se piše u ovom radu.

Svaki od navedenih subjekata ima pravo, obveze i odgovornosti ne samo po Zakonu nego i po normama brojnih drugih heteronomnih i autonomnih propisa u oblasti zaštite na radu.

U pitanju su subjekti koji se javljaju u individualnim i kolektivnim radnim odnosima zaštite na radu.

Ovim Zakonom i drugim propisima uređuje se izbor (ili imenovanje, odnosno određivanje ili ugovaranje) pojedinih subjekata, njihovih prava, obveza i odgovornosti. Neka od pitanja bitnih za rad pojedinih subjekata uređena su podzakonskim (provedbenim) propisima koje donose ovlašteni ministri.

Zaštita na radu upućuje na preventivno djelovanje (pored drugog) navedenih subjekata, što je moguće bolja suradnja s poslodavcem i s radnicima, ali i međusobno, kao i s drugim subjektima u zaštiti na radu.¹

1 Zakon o zaštiti na radu, NN br. 71/2014, 118/2014, 154/2014 (dalje u tekstu: Zakon).

2. SADRŽAJ ZAKONA

Zakon je rezultat nacionalne (državne) politike i aktivnosti na državnoj razini, kao osnova za politiku i na razini poduzeća - poslodavca. Središnje tijelo za zaštitu na radu, a za socijalni dijalog ostaje Nacionalno vijeće za zaštitu na radu.² Zadržan je institut "poslovi s posebnim uvjetima rada". Uređeni su rizici stresa na radu, uznemiravanje i nasilje na radu i u vezi s radom.

„Starim Zakonom o zaštiti na radu“ bilo je određeno da se primjenjuje 58 pravilnika kao provedbenih (podzakonskih) akata na Zakon. Riječ je o prenormiranosti, što pored ostalog, stvara pravnu nesigurnost i neažurnost, a i sukobe u primjeni i nadzoru. Sada, prema Zakonu treba donijeti samo 12 pravilnika "koji bi se odnosili na provedbu zaštite na radu, dok bi 13. pravilnik bio onaj koji se odnosi na dodjelu nagrada i priznanja u vezi sa zaštitom na radu".

Pravilnike treba grupirati u temeljne cjeline "koje obuhvaćaju pravila, mjere, postupke i aktivnosti..." o: procjeni rizika; statodinamičkim i psihofiziološkim naporima; obvezi za zapošljavanja i stručnom ispitu stručnjaka za zaštitu na radu; osposobljavanju za rad na siguran način poslodavca, ovlaštenika, radnika i povjerenika radnika zaštite na radu te o usavršavanju poslodavca i ovlaštenika; poslovima s posebnim uvjetima rada; sredstvima rada, osobnoj zaštitnoj opremi i mjestima rada, sigurnosnim znakovima te listi uređaja i strojeva s povećanim opasnostima na mjestima rada; fizikalnim, kemijskim i biološkim štetnostima, ispitivanju radnog okoliša te graničnim vrijednostima i biološkim graničnim vrijednostima; eksplozivnim atmosferama; prvoj pomoći; gradilištima, zajedničkim radilištima i ovlaštenim koordinatorima; pružanju usluga medicine rada koje poslodavac mora ugovoriti sukladno procjeni rizika i broju zaposlenih radnika; davanju ovlaštenja pravnim i fizičkim osobama za obavljanje stručnih poslova zaštite na radu.³

Područje primjene Zakona određuju odredbe čl. 4. To su "sve djelatnosti i aktivnosti u njima u kojima radnici odnosno druge osobe obavljaju poslove za poslodavca", izuzimajući aktivnosti izvan redovnih uvjeta... zbog njihovih posebnosti i neizbježne proturječnosti s odredbama ovog Zakona (vojne aktivnosti, zaštita i spašavanje, policijske aktivnosti, održavanje i uspostavljanje javnog reda i mira, te kućna posluga).

"Život, zdravlje i potpuna radna sposobnost radnika i drugih osoba dobra su od posebnog društvenog interesa u Republici Hrvatskoj (dalje u tekstu: RH). Zaštita na radu kao organizirano sustavno djelovanje radi zaštite života, zdravlja i potpune radne sposobnosti radnika i drugih osoba od javnog je interesa" (čl. 5. Zakona).

"Pojašnjavanje pojmova" (čl. 4. Zakona) ima svrhu da se odredi njihovo značenje, ovako kako se koriste "u ovom Zakonu i u provedbi ovog Zakona i propisa donesenih na temelju ovog Zakona...", pa će se "pojašnjavati" u ovom radu u dijelovima i sadržaju odredbi koje se prvenstveno odnose na pojedini pojam i odnos u kome se taj

2 Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN br. 150/2008, 155/2009, 71/2010, 139/2010, 22/2011, 84/2011, 154/2011, 12/2012, 35/2012, 70/2012, 144/2012, 82/2013, 159/2013, 22/2014, 154/2014. Odluka o osnivanju nacionalnog vijeća za zaštitu na radu, NN br. 120/2014.

3 Šokčević, Svetlana, Procjena učinka propisa, vladavina prava i odluke europskih sudova, IPROZ, Zagreb, 2012.

pojam koristi. Inače, definirano je ("pojašnjeno") 31 (tridesetjedan) pojam.

U glavi II. Zakona uređena je "Nadležnost Vlade RH" (čl. 6.) da sustavno prati stanje u zaštiti na radu... uz savjetovanje s predstavnicima poslodavca i radnika... utvrđuje, predlaže, provodi i sustavno preispituje politiku u vezi sa zaštitom zdravlja i sigurnosti radnika... te potiče usklađivanje zakonodavstva..., imenuje članove Nacionalnog vijeća za zaštitu na radu "kao savjetodavno tijelo", a osniva "ovim Zakonom Zavod za zaštitu na radu kao središnju javnu ustanovu nadležnu za stručne poslove u vezi sa sustavom, unapređivanjem i praćenjem stanja u zaštiti na radu".

2.1. Opća načela prevencije i pravila zaštite na radu

"Zaštita na radu je sustav općih načela i prevencije i pravnih pravila zaštite na radu i na njima utemeljeno organizirano djelovanje...".

Zakonom se određuje "sustav pravnih pravila zaštite na radu" (iz međunarodnih ugovora, iz ovog Zakona i podzakonskih propisa, iz posebnih zakona i podzakonskih propisa donesenih na temelju tih zakona, kolektivnih ugovora, sporazuma radničkog vijeća i poslodavca."

Poslodavac ostvaruje zaštitu na radu "primjenom osnovnih, posebnih i priznatih pravila zaštite... kao sustavno organizirano djelovanje... i kao dio organizacije rada i izvođenja radnog procesa".

Utvrđuju se ova "opća načela prevencije": izbjegavanje rizika; procjenjivanje rizika; sprječavanje rizika na njihovom izvoru; prilagodbe rada radnicima u vezi s oblikovanjem mjesta rada, izbora radne opreme te načina rada i radnih postupaka radi ublažavanja jednoličnog rada, rada s nametnutim ritmom, rada po učinku i na vrijeme, te ostalih statodinamičkih napora s ciljem smanjenja njihovog štetnog učinka na zdravlje; prilagođavanja tehničkom napretku; zamjene opasnog neopasnim i manje opasnim; planiranje prevencije povezivanjem tehnologije, organizacije rada, uvjeta rada, ljudskih odnosa i utjecaja radnog okoliša; davanja prednosti skupnim mjerama zaštite nad pojedinačnim; odgovarajuće osposobljavanje i obavješćavanje radnika i drugih osoba; besplatnosti prevencije, odnosno mjera zaštite na radu za radnike i druge osobe."

"Osnovna pravila zaštite na radu sadrže zahtjeve kojima mora udovoljavati sredstva rada kada je u uporabi..., a imaju prednost u primjeni u odnosu na posebna pravila zaštite na radu".

Ako se osnovnim pravilima ne mogu ukloniti (ili mogu djelomično) rizici za sigurnost i zdravlje radnika primjenjuju se posebna pravila zaštite na radu koja se odnose na radnike, način obavljanja poslova i radne postupke..., a sadrže zahtjeve u pogledu dobi, spola, završenog stručnog obrazovanja i drugih oblika osposobljavanja i usavršavanja za rad, zdravstvenog stanja, tjelesnog stanja, psihofizioloških i psihičkih sposobnosti, kojima radnici moraju udovoljavati pri obavljanju poslova s posebnim uvjetima rada.

„Ako u pravnom poretku RH nisu na snazi pravna pravila zaštite na radu koja bi poslodavac trebao primijeniti radi zaštite zdravlja i sigurnosti radnika i drugih osoba, onda primjenjuje priznata pravila zaštite na radu koja podrazumijevaju norme, ili

u praksi provjerene načine, pomoću kojih se otklanjaju ili smanjuju rizici na radu i kojima sprječava nastanak ozljeda na radu, profesionalnih bolesti, bolesti u vezi s radom, te ostalih štetnih posljedica za radnike i druge osobe“.

U zaštiti na radu, u praksi se često primjenjuju norme koje donose različiti donositelji, a donositelj je obavezan „dati na objavu“ tu normu u Narodnim novinama.

Precizira se *načelo in favorem laboratoris* i *primjena za radnika najpovoljnijeg prava*.⁴ Naime, „ovim zakonom i provedbenim propisima donesenima na temelju ovog Zakona propisani su minimalni zahtjevi zaštite na radu koji se ne smiju smanjivati drugim zakonom ili podzakonskim propisom“, pa „ako je neko pravo radnika iz zaštite na radu različito uređeno ugovorom o radu ili drugim općim aktom poslodavca, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, kolektivnim ugovorom ili zakonom, primjenjuje se za radnike najpovoljnije pravo“, a to je ono pravo koje im osigurava najveću razinu zaštite zdravlja i sigurnosti na radu i u vezi s radom“.

Zakon koristi pojam *druga osoba*, koja je zaštićena u odnosima zaštite na radu. To je „osoba koja se po *bilo kojoj osnovi rada nalazi na mjestu rada*, kao npr. poslovni suradnik, davatelj ili korisnik usluga i dr.“.

Mjesto rada je „svako mjesto na kojem radnici i druge osobe moraju biti ili na koje moraju ići ili na kojem imaju pristup tijekom rada zbog poslova koje obavljaju za poslodavca, kao i svaki prostor odnosno prostorija koju poslodavac koristi za obavljanje poslova i koja je pod njegovim izravnim ili neizravnim nadzorom“.

Osobe na radu izjednačene su s radnicima u pogledu prava na sigurne i zdrave radne uvjete. „Radnik je fizička osoba koja u radnom odnosu obavlja poslove za poslodavca“.

Osobe na radu su: radnik kojeg poslodavcu ustupa agencija prema Zakonu o radu;⁵ osoba koja radi prema ugovoru sa studentskim servisom ili drugom pravnom osobom ovlaštenom za privremeno zapošljavanje studenata i drugih osoba; naučnik; učenik, odnosno student na praksi; osoba na stručnom osposobljavanju za rad; osoba koja radi za vrijeme izdržavanja kazne zatvora ili odgojne mjere; volontera; osoba koja radi iako je poslodavac nije prijavio nadležnim tijelima mirovinskog i zdravstvenog osiguranja; druga osoba koja povremeno radi.⁶

2.2. Poslodavac u provođenju zaštite na radu

“Poslodavac je fizička ili pravna osoba za koju radnik, odnosno osoba na radu obavlja poslove”.⁷

U glavi IV. Zakona “Obveze poslodavaca u provođenju zaštite na radu” uređuju se ova pitanja i odnosi: opće obveze poslodavca u vezi s organiziranjem i provedbom zaštite na radu (obavješćivanje, osposobljavanje, organizacija, sredstva i prevencija

4 Zakon o zaštiti na radu, cit., čl. 15.

5 Zakon o radu, NN br. 93/2014.

6 Radni materijal „Zakon o zaštiti na radu“, op. cit., čl. 4. st. 1., t. 2., 4. i 24.; čl. 15. st. 4.; IPROZ, Zagreb, 2012.

7 Zakon, cit., čl. 3., st. 1., t. 14.

rizika); prilagođavanje radnih uvjeta; unapređivanje zaštite zdravlja i sigurnosti radnika; usklađivanje radnih postupaka; procjena rizika; mjere, pravila, postupci i aktivnosti zaštite na radu radnika koji su izloženi statodinamičkim i psihofiziološkim naporima; suradnja poslodavca na zajedničkom radilištu; opća obveza procjene rizika na radu (u pisanom ili elektroničkom obliku); odgovornost poslodavca za organiziranje i provođenje zaštite na radu (bez obzira je li zaposlio stručnjaka za zaštitu na radu ili je to ugovorio s ovlaštenim osobom za obavljanje tih poslova, a to se odnosi i na njegovu obvezu popravljivanja štete koju radnik pretrpi na radu i u vezi s radom); ugovaranje obavljanja poslova zaštite na radu (prema veličini poslodavca odnosno broja radnika koje zapošljava); mogućnost formiranja integralne službe sigurnosti ili s drugom ovlaštenom osobom.⁸

Uređuju se “poslovi zaštite na radu” koje može obavljati poslodavac, njegov ovlaštenik, stručnjak za zaštitu na radu koji djeluje samostalno ili u službi za zaštitu na radu, ovlaštena pravna osoba te ovlaštena fizička osoba...” Za obavljanje poslova zaštite na radu odgovoran je poslodavac”.⁹

Zakon uređuje: odgovornost poslodavca za ozljedu na radu, profesionalnu bolest, bolest u vezi s radom, kao i za drugu štetu koju je radnik pretrpio obavljajući poslove prema ugovoru o radu ili uputi poslodavca... smatra se da potječe od rada i *da je u vezi s radom i za nju odgovara poslodavac prema načelu objektivne odgovornosti*“ (uzrokovane štete opasnim stvarima i obavljanjem opasne djelatnosti).¹⁰

Ako poslodavac provede zaštitu na radu, a nastupi šteta „poslodavac može biti oslobođen odgovornosti ili se njegova odgovornost može ograničiti, ako je šteta nastala zbog više sile, odnosno uslijed namjere ili krajnje nepažnje radnika ili treće osobe, a radi se o događajima nastalim zbog izvanrednih i nepredviđenih okolnosti, na koje poslodavac nije mogao utjecati niti je njihove posljedice mogao izbjeći“.

„Poslodavac odgovara po načelu objektivne odgovornosti za štetu koju uzrokuje osobi u ljudskom okolišu propuštanjem ili nepotpunim izvršenjem obveza iz čl. 17. st. 7. Zakona“ (opće obveze poslodavca u vezi s organiziranjem i provedbom zaštite na radu pa i u „svakom pogledu, da rizici s mjesta rada ne prijete odnosno ne štete zdravlju i sigurnosti osoba u ljudskom okolišu“).¹¹

Propisuje se „odgovornost ovlaštene fizičke i pravne osobe i njezinog stručnjaka za zaštitu na radu“ za štetu na radu i u vezi s radom koju uzrokuje poslodavcu „koji

8 I dalje je ostala podjela na poslodavce do 49 radnika, od 50 do 249 i od 250 i više radnika. Bitna je procjena rizika (do sada procjena opasnosti zaštite na radu). „Ministar pravilnikom propisuje način i uvjete obavljanja poslova zaštite na radu kod poslodavca, ovisno o procjeni rizika, stanja zaštite na radu i broja radnika (čl. 20. st. 9. Zakona o zaštiti na radu)“.

9 Zakon, cit., čl. 21.

10 Ovlaštenik ima ovlasti temeljem zakona „u ime i za račun poslodavca“. Zakon ih „osobito“ propisuje, ali nije riječ o taksativnom normiranju.

11 Šokčević, Svjetlana, op. cit., str. 13. Autorica navodi presudu Vrhovnog suda RH, posl. br. I Kž 300/11-8 od 3. svibnja 2012. godine u kaznenom postupku protiv odgovornih fizičkih osoba Karlovačke pivovare i odgovorne pravne osobe, a odnosi se na slučaj s kraja 2007. godine, kada su nedopuštenim preinakama instalacija kod ovog poslodavca uzrokovana trovanja u ljudskom okolišu tvornice, a sa smrtnim ishodom, iako nije stradao niti jedan radnik poslodavca.

koristi njihove usluge, radniku i drugoj osobi“, kada se primjenjuju „opći propisi obveznog prava”.¹²

2.3. Osposobljavanje za rad na siguran način

Poslodavac ima obvezu osposobljavanja radnika za rad na siguran način. Radnik ne može sigurno raditi ako nije osposobljen: prije početka rada, nakon svake procjene rizika, kod promjene na radnom mjestu, kod uvođenja nove radne opreme ili njezine promjene, kod uvođenja nove tehnologije, kod upućivanja radnika na novi posao, odnosno na novo radno mjesto i kod utvrđivanja oštećenja zdravlja uzrokovanog opasnostima ili štetnostima rada, odnosno djelatnosti poslodavca. To je obveza radnika i poslodavca.¹³

„Pojačava“ se obveza osposobljavanja (način obavješćavanja radnika „o svim činjenicama i okolnostima koje utječu ili bi mogle utjecati na sigurnost i zdravlje radnika, da mu objasni i omogućiti da uvijek primjenu mjere zaštite na radu..., te da mu se s obzirom na mjesto rada i narav ili vrstu poslova koje obavlja, dade pisane upute za rad na siguran način“). Posebno je bitna „povremena provjera“ na poslovima s posebnim uvjetima rada. „Poslodavac je obavezan osposobljavanje radnika, ovlaštenika i povjerenika radnika za zaštitu na radu provoditi tijekom radnog vremena o svom trošku“.

Zabranjen je rad radnika koji nije osposobljen za rad na siguran način.¹⁴ Obvezno je osposobljavanje poslodavca, ovlaštenika i povjerenika radnika za zaštitu na radu.

2.4. Posebne obveze poslodavca u vezi s poslovima s posebnim uvjetima rada i posebno osjetljivim skupinama radnika

Već je navedena definicija poslova s posebnim uvjetima rada, a u posebnim odredbama propisuju se obveze poslodavca u vezi s poslovima s posebnim uvjetima rada: poslodavac ne smije dopustiti obavljanje tih poslova „radniku koji ne zadovoljava posebno propisane uvjete za njihovo obavljanje, odnosno kojem je specijalist medicine rada zabranio rad na tim poslovima“.

To se ostvaruje upućivanjem osobe s kojom poslodavac namjerava sklopiti ugovor o radu „na pregled specijalisti medicine rada uputnicom“ (propisanog sadržaja), a nakon početka rada na ponovni pregled po mišljenju specijaliste medicine rada ili u rokovima koje odredi posebni propis.

Poslodavac ne smije organizirati obavljanje poslova s posebnim uvjetima rada na izdvojenom mjestu rada.

Ministar nadležan za zdravlje, uz suglasnost ministra nadležnog za rad, donosi

¹² Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/2005, 41/2008 i 125/2011.

¹³ Zakon, cit., čl. 27.-30. i čl. 67.

¹⁴ Zakon, cit., čl. 28. „Ovlaštenik je radnik kojemu je poslodavac, neovisno o drugim ugovorenim poslovima, dao ovlaštenje za provedbu zaštite na radu“ (čl. 3. st. 1. t. 11). „Poslovi s posebnim uvjetima rada su poslovi koje smiju obavljati isključivo radnici za koje je na propisan način utvrđeno da udovoljavaju posebnim uvjetima za rad utvrđenim ovim Zakonom“ (čl. 3. st. 1. t. 15.).

provedbeni propis koji uređuje subjekte, radnje, rokove i odnose u vezi poslova s posebnim uvjetima rada.¹⁵

„Posebne osjetljive skupine kojima je poslodavac obavezan osigurati posebnu zaštitu na radu jesu: maloljetni radnici, trudne radnice, radnice koje su nedavno rodile, radnice koje doje, radnici oboljeli od profesionalne bolesti te radnici kod kojih je rizik od nastanka invalidnosti prema posebnim propisima o mirovinskom osiguranju“,¹⁶ pa te poslove u procjeni rizika mora naznačiti.

2.5. Sredstva rada, osobna zaštitna oprema mjesta rada

Poslodavac je obavezan „u svakom trenutku... da sredstva rada i osobna zaštitna oprema u uporabi, budu sigurni, održavani, za rad prilagođeni i u ispravnom stanju, te da se koriste sukladno pravilniku zaštite na radu, tehničkim propisima i uputama proizvođača tako da za vrijeme rada ne ugrožavaju radnike i druge osobe“. Kada se rizici ne mogu ukloniti ili u dovoljnoj mjeri ograničiti „poslodavac je obavezan osigurati odgovarajuću osobnu zaštitnu opremu i skrbiti da ju radnici koriste na propisan način pri obavljanju poslova“.¹⁷

U drugim se odredbama uređuju: obvezni pregledi sredstava rada i osobne zaštitne opreme; obvezna ispitivanja strojeva i uređaja s povećanim opasnostima; zapisnik isprava o ispitivanju; ovlasti inspektora rada u vezi s ispitivanjima; video nadzor kao sredstvo zaštite na radu i dr.

3. OVLAŠTENIK POSLODAVCA U ZAŠTITI NA RADU

„Ovlaštenik je radnik kojem je poslodavac, neovisno o drugim ugovorenim poslovima, dao ovlaštenja za provedbu zaštite na radu“ (čl. 3. st. 1. t. 11. Zakona).

Poslodavac je odgovoran za zaštitu na radu bez obzira što je obavljanje poslova zaštite na radu ugovoreno s drugim.

„Poslodavac može provođenje zaštite na radu primijeniti na svojeg ovlaštenika u pisanom obliku i o tome ga pismeno obavijestiti“ (čl. 23. Zakona).

Zakon, u odredbama čl. 24. propisuje ovlasti ovlaštenika: dopuštenje rada radnika da radi poslove tek kada je za to osposobljen; zabraniti rad osjetljivim skupinama na poslovima koji bi na njih mogli štetno utjecati, isključiti neispravnu radnu opremu; voditi propisane evidencije sa stručnjakom zaštite na radu; nadzirati rad radnika, spašavanje i evakuaciju; zabranu uzimanja alkohola za vrijeme rada.

Ovlaštenik je samostalan u obavljanju poslova („u donošenju i provođenju odluka..., u raspolaganju sredstvima koja mu je obavezan osigurati poslodavac“).

15 Zakon, cit., čl. 36. st. 6.. Propisuju se poslovi, uvjeti koje mora ispunjavati radnik (dob, spol, stručna osposobljenost, zdravstveno i fizičko stanje, psihička sposobnost), rokove provjere sposobnosti i dr.

16 Zakon, cit., čl. 37. U čl. 38. st. 1. utvrđuje se posebna zaštita na radu maloljetnih radnika prema Zakonu o radu „radi očuvanja nesmetanog duševnog i tjelesnog razvitka...“.

17 Direktiva Vijeća 89/565/EEZ od 30.11.1989. o minimalnim zahtjevima osobnih zaštitnih sredstava od strane radnika; Konvencije MOR-a br. 13 (1921.); 136 (1971.); 139 (1974.); 148 (1977.) i 162 (1986.); Direktive Vijeća: 91/322/EEZ od 29.5.1991., 801/107/EEZ; 200/54/EEZ od 16.9.2000.; 2004/37/EEZ od 29.4.2004.

Ovlaštenik se osposobljava tijekom radnog vremena o trošku poslodavca (čl. 27. st. 4. Zakona). Mora se „stručno usavršavati iz područja zaštite na radu, u skladu s procjenom rizika“ (čl. 29. Zakona). Ovlaštenik je član odbora zaštite na radu.

Ovlaštenik poslodavca dužan je obavijestiti specijalistu medicine rada o činjenicama... ako mogu „nepovoljno utjecati na zdravlje radnika“ (čl. 63. st. 8. Zakona). Ovlaštenik surađuje s radnicima.

4. OVLAŠTENNA OSOBA

„Ovlaštena osoba je pravna ili fizička osoba koju je ministarstvo nadležno za rad ovlastilo za obavljanje poslova za zaštitu na radu“ (čl. 3. st. 1. t. 12. Zakona). Ako je poslodavac ugovorio obavljanje poslova s ovlaštenom osobom „ta je osoba dužna pisanim putem odrediti jednog ili više stručnjaka zaštite na radu za obavljanje poslova zaštite na radu kod tog poslodavca“ (čl. 20. st. 6. Zakona).

Ovlaštena osoba obavlja stručne poslove zaštite na radu određene u čl. 21. Zakona. Ovlaštena osoba odgovara za štetu na radu i u vezi s radom koju uzrokuje poslodavcu, odnosno radniku, obavljanjem poslodavca zaštite na radu, ako ne postupa u skladu s odredbama „ovoga Zakona i drugih propisa... po općim propisima obveznog prava...“ (čl. 26. Zakona).

„Poslove zaštite na radu kod poslodavca mogu obavljati ovlaštene osobe“, u skladu s odredbama ovoga Zakona i drugih propisa zaštite na radu, sve na temelju ovlaštenja. „Ovlaštenje... se može dati za obavljanje pojedinog posla ili više poslova zaštite na radu“.

Posebnim pravilnikom nadležnog ministra propisuju se uvjeti rada ovlaštene osobe (čl. 82. st. 7. Zakona).

5. POVJERENIK RADNIKA ZA ZAŠTITU NA RADU

Povjerenik radnika za zaštitu na radu radnik je koji je u skladu s ovim Zakonom izabran da zastupa interese radnika na području zaštite na radu (čl. 3. st. 1. t. 16. Zakona). Povjerenik se osposobljava na trošak poslodavca tijekom radnog vremena (čl. 27. st. 4. Zakona).

„Poslodavac koji nema obvezu osnivanja odbora za zaštitu na radu, obavezan je najmanje svakih šest mjeseci pisanim putem izvijestiti povjerenika radnika za zaštitu na radu o stanju zaštite na radu i planiranim aktivnostima u narednom izvještajnom razdoblju“ (čl. 32. st. 6. Zakona), te o svakoj smrtnoj, teškoj ili skupnoj ozljedi. Na očevid poziva povjerenika radnika za zaštitu na radu (čl. 32. st. 8. Zakona).

„Poslodavac je obavezan unaprijed i pravovremeno savjetovati se s povjerenikom radnika za zaštitu na radu o činjenicama koje Zakon utvrđuje u odredbama čl. 33. st. 1.

Povjerenik je član Odbora za zaštitu na radu. Dužan je izvijestiti i specijalistu medicine rada o činjenicama koje mogu „nepovoljno utjecati na zdravlje radnika“ (čl. 63. st. 8. Zakona).

Povjerenika mogu izabrati radnici, a ako je „prema propisanim kriterijima kod poslodavca izabrano više povjerenika oni između sebe biraju svoga koordinatora“ (čl.

70. st. 4. Zakona).

Povjerenik je obavezan štititi interese radnika, a na području zaštite na radu sva prava mu određuje Zakon u odredbama čl. 71. Ta se prava mogu proširiti kolektivnim ugovorom.

U odredbama čl. 72. Zakon propisuje zaštitu djelovanja povjerenika radnika za zaštitu na radu.

6. SPECIJALIST MEDICINE RADA

Specijalist medicine rada je specijalist kojeg je izabrao poslodavac u skladu s propisima o specifičnoj zdravstvenoj zaštiti i zdravstvenom osiguranju“ (čl. 3. st. 1. t. 25. Zakona). Član je odbora za zaštitu na radu. Obavlja pregled radnika, po uputi poslodavca i utvrđuje je li ovaj sposoban za obavljanje poslova s posebnim uvjetima rada. On ocjenjuje kada radnik ponovno mora doći na kontrolni specijalistički pregled.

Specijalist medicine rada daje „ocjenu o rizicima koji bi mogli štetno utjecati na sigurnost zdravlja trudnih radnica... radnica koje su nedavno rodile...kao i na zdravlje djeteta...“ (čl. 39. Zakona). Specijalist medicine rada utvrđuje koji su radnici trajno nesposobni za obavljanje poslova s posebnim uvjetima rada... (čl. 40. Zakona).

Ocjenu zdravstvene i psihofizičke sposobnosti radnika „koji se nalazi u programu liječenja odvikavanja ili rehabilitacije od ovisnosti... daje specijalist medicine rada“ (čl. 60. st. 3. Zakona).

Izabrani specijalist medicine rada surađuje s poslodavcem, ovlaštenikom, stručnjakom zaštite na radu i radnikom o osiguranju zdravstvene zaštite... u vezi s propisima o zdravstvenoj zaštiti na radu.

„Poslodavac je obavezan izabranom specijalistu medicine rada osigurati pristup na mjestu rada, a ovaj je dužan surađivati sa svim subjektima u zaštiti na radu kod toga poslodavca, i to „potpuno profesionalno i neovisno“ (čl. 63. Zakona).

Specijalist medicine rada „obavezan je izvijestiti o svakom slučaju za koju je osnovana sumnja da se radi o profesionalnoj bolesti“ (čl. 63. st. 9. Zakona).

Isprava o ispunjavanju uvjeta koji se odnose na zdravstveno stanje, odnosno psihofizičku sposobnost izdaje specijalist medicine rada, na temelju uputnice poslodavca (čl. 64. Zakona). Radnik surađuje s specijalistom medicine rada radeći s „dužnom pozornošću“.

„Poslodavac je obavezan osigurati radnicima usluge medicine rada kako bi se osigurao nadzor primjeren opasnostima, štetnostima i naporima u svrhu očuvanja zdravlja radnika“ po ugovoru s ustanovom ili specijalistom medicine rada u privatnoj praksi, „u skladu s propisima o zdravstvenoj zaštiti i zdravstvenom osiguranju“. Specijalisti medicine rada poslodavac mora osigurati pristup u sve prostore i prostorije i druge uvjete.

U odredbama čl. 81. Zakon navodi („osobito“) poslove medicine rada: utvrđivanje i procjenu rizika od štetnosti za zdravlje na mjestu rada, praćenje svih čimbenika u prostoru koji mogu utjecati na život i rad radnika; pružanje prve pomoći i hitne medicinske pomoći na mjestu rada, praćenja zdravstvenog stanja radnika, davanje mišljenja o vrsti i težini ozljeda na radu, trajno unapređivanje prilagođenosti

rada radnicima, sudjelovanje u mjerama stručne rehabilitacije, medicine rada, higijene rada i ergonomije, poslovi u vezi s profesionalnim bolestima, suradnja s drugim subjektima i drugo, u vezi s posebnim pravilnikom nadležnog ministra.

7. STRUČNJAK ZA ZAŠTITU NA RADU

„Stručnjak zaštite na radu je radnik kojeg je poslodavac odredio za obavljanje poslova zaštite na radu i koji ispunjava propisane uvjete za obavljanje tih poslova“ (čl. 3. st. 1. t. 28. Zakona).

Poslodavac je odgovoran za organiziranje i provođenje zaštite na radu „neovisno o tome je li u tu svrhu zaposlio jednog ili više stručnjaka zaštite na radu“ (čl. 19. st. 4. Zakona).

Poslodavac koji zapošljava do 49 radnika, poslove zaštite na radu „može obavljati sam, ako ispunjava propisane uvjete ili obavljanje tih poslova ugovoriti ugovorom o radu sa stručnjakom zaštite na radu ili s ovlaštenom osobom a ako zapošljava više od 50 radnika obavezan je to ugovoriti sa stručnjakom zaštite na radu, te ako ima više od 250 radnika obavezan je sklopiti ugovor s dva ili više stručnjaka zaštite na radu koji djeluju u službi za zaštitu na radu“.

Stručnjaci zaštite na radu surađuju s radnicima, povjerenicima radnika za zaštitu na radu i ovlaštenim osobama (čl. 20. st. 8. Zakona).

Vrste i stupnjeve stručne spreme i broj stručnjaka zaštite na radu, ovisno „o rizicima, djelatnosti i broju radnika“ propisuje ministar nadležan za rad posebnim pravilnikom (čl. 20. st. 9. Zakona). Stručnjak zaštite na radu obavlja stručne poslove zaštite na radu određene u čl. 21. Zakona.

Poslodavac je dužan osigurati uvjete za rad stručnjaka zaštite na radu u skladu s odredbama čl. 22. Zakona i omogućiti mu usavršavanje i zaštitu na radu i snositi troškove tog osposobljavanja.

Stručnjak polaže stručne ispite u skladu s posebnim pravilnikom ministra nadležnog za rad (čl. 22. Zakona).

Stručnjak zaštite na radu potpisuje (s drugima) zapisnik o ocjeni sposobnosti radnika za rad na siguran način (čl. 30. st. 3. Zakona).

O rizicima i promjenama „koje bi mogle utjecati na sigurnost i zdravlje radnika poslodavac, pored drugih obavještava stručnjaka zaštite na radu (čl. 32. Zakona). Stručnjak zaštite na radu član je Odbora za zaštitu na radu i surađuje s radnicima.

8. ODBOR ZA ZAŠTITU NA RADU

„Poslodavac koji zapošljava 50 ili više radnika, obavezan je osnovati odbor zaštite na radu, kao svoje savjetodavno tijelo za unaprjeđivanje zaštite na radu, a obavezan ga je osnovati bez obzira što zapošljava i manje od 50 radnika „ako je to propisano posebnim zakonom ili drugim propisima“ (čl. 34. st. 1. i 2. Zakona).

„Odbor čine poslodavac ili njegov ovlaštenik, stručnjak zaštite na radu koji obavlja poslove zaštite na radu kod poslodavca, specijalist medicine rada izabran u skladu s posebnim propisom te povjerenik radnika za zaštitu na radu ili njihov

koordinator“ (čl. 34. st. 9. Zakona).

Poslodavac donosi odluku o imenovanju odbora, a o njegovom radu obavještava inspektora rada.

„U svrhu stalnog unapređivanja zaštite na radu, odbor planira i nadzire: primjenu pravila zaštite na radu kod poslodavca; organizaciju obavljanja poslova zaštite na radu, obavješćivanje i osposobljavanje u vezi sa zaštitom na radu, prevenciju rizika na radu i u vezi s radom, te njezine učinke na zdravlje i sigurnost radnika“ i druge poslove ako je to uređeno kolektivnim ugovorom i sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca (čl. 35. Zakona).

9. ZAKLJUČAK

9.1. Glavni subjekti zaštite na radu, po ovom Zakonu, su poslodavci, radnici, povjerenici radnika, ovlaštenici poslodavca, stručnjaci zaštite na radu, specijalisti medicine rada, trgovačka društva i ustanove koji obavljaju djelatnost zaštite na radu, tijela nadzora i dr.

“Život, zdravlje i potpuna radna sposobnost radnika i drugih osoba dobra su od posebnog društvenog interesa...”. Zaštita na radu je od javnog interesa. Tako su postavljena i opća načela prevencije i pravila zaštite na radu, kao dio organizacije rada i izvođenja radnog procesa. Naglašeno je načelo primjene za radnika najpovoljnijeg prava “koje im osigurava najveću razinu zaštite zdravlja i sigurnosti na radu i u vezi s radom.” Precizirane su posebne obveze poslodavca u vezi s poslovima s posebnim uvjetima rada i posebno osjetljivim skupinama radnika (maloljetni radnici, trudnice, radnice koje su nedavno rodile, radnice koje doje, radnici oboljeli od profesionalnih bolesti, radnici kod kojih je utvrđena profesionalna nesposobnost za rad ili neposredni rizik od nastanka invalidnosti).

9.2. Propisane su precizne obveze poslodavca koje se odnose na sredstva rada i osobnu zaštitnu opremu; obvezno ispitivanje strojeva i uređaja s povećanim opasnostima, ovlasti inspektora rada i videonadzor. To se odnosi i na obveze poslodavca u vezi s tehnologijom rada i radnim postupcima “sukladno procjeni rizika”, kao i obveze u radnom okolišu. To čini jedinstvo zaštite na radu.

9.3. Nove odredbe odnose se na stres, uznemiravanje i nasilje na radu i u vezi s radom. Preciziraju se obveze u vezi sa sigurnosnim znakovima, pisanim obavijestima i uputama. Preciziraju se obveze u zaštiti od požara, eksplozije, neposrednog i značajnog rizika, te u vezi s evakuacijom i spašavanjem; pružanjem prve pomoći; zaštitom nepušača, zabranom pijenja alkohola i uzimanjem drugih sredstava ovisnosti.

Precizirane su odredbe koje uređuju evidencije, isprave i obavijesti. To se odnosi i na zdravstvenu zaštitu na radu (“specifična zdravstvena zaštita”), kao i na obveze prema tijelima nadzora.

9.4. Obveze i prava radnika posebno se uređuju: obveze osposobljavanja za rad na siguran način; obvezan zdravstveni pregled; obveza rada dužnom potrošaču; suradnja s drugim subjektima u odnosima zaštite na radu; izbor, prava i obveze povjerenika radnika za zaštitu na radu i dr.

9.5. Posebni odnosi su u djelatnostima u vezi sa zaštitom na radu: projektiranje,

zajednička gradilišta, obrazovni programi o zaštiti na radu, poslovi sa specijalistom medicine rada; pravnim i fizičkim osobama ovlaštenim za zaštitu na radu. To se odnosi na upravni nadzor i inspekcijski nadzor.

9.6. U poslovima i odnosima zaštite na radu, u tim kolektivnim ugovorima i individualnim odnosima, javljaju se brojni subjekti koji bi trebali osigurati preventivna i druga djelovanja za sigurnost i zdravlje radnika. Pored drugih, Zakon o zaštiti na radu, posebno uređuje prava, obveze i odgovornosti ovlaštenika, poslodavca, ovlaštene osobe, povjerenika radnika za zaštitu na radu, specijaliste medicine rada, stručnjak zaštite na radu i odboru za zaštitu na radu. Bez tih (i drugih) subjekata ne može se ostvariti zaštita na radu kao sastavni dio radnog procesa kod poslodavca

Summary

SOME SUBJECTS AND RELATIONS ACCORDING TO THE ACT ABOUT SAFETY AT WORK

Complex relations in the field of safety at work could not be present without the subjects which have a specific status and specific rights, obligations and responsibilities regulated by the Occupational Health and Safety Act.

This paper deals with: employer's designated employee for the implementation of occupational health and safety activities, employees' elected representative for health and safety protection at work, occupational medicine specialist, occupational health and safety specialist and the committee for safety at work in the relations of safety at work.

Keywords: *safety at work, act, jobs, subjects and relations.*

Zusammenfassung

MANCHE BESONDERE SUBJEKTE UND VERHÄLTNISSE LAUT ARBEITSSCHUTZGESETZ

Komplexe Verhältnisse im Bereich des Arbeitsschutzes können nicht ohne laut Arbeitsschutzgesetz durch spezifische Position gekennzeichnete Subjekte mit besonderen Rechten, Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten bestehen.

In dieser Arbeit wird über den Bevollmächtigten des Arbeitgebers, die bevollmächtigte Person, den Arbeitsschutzbeauftragten, den Facharzt für Arbeitsmedizin, die Fachkraft für Arbeitssicherheit und den Arbeitsschutzausschuss bezüglich der Verhältnisse des Arbeitsschutzes geschrieben.

Schlüsselwörter: *Arbeitsschutz, Gesetz, Tätigkeiten, Subjekte und Verhältnisse.*

Riassunto

**ALCUNI SOGGETTI PARTICOLARI ED I RAPPORTI
REGOLATI DALLA LEGGE SULLA PROTEZIONE SUL
LAVORO**

I rapporti complessi nei lavori concernenti la protezione sul lavoro non si possono espletare senza i soggetti che dispongono di posizioni specifiche e diritti speciali, come pure di doveri e responsabilità in base alla legge sulla protezione sul lavoro.

Nel presente lavoro ci si occupa: del procuratore del datore di lavoro, della persona autorizzata, del rappresentante dei lavoratori per la protezione sul lavoro, dello specialista della medicina del lavoro, dell'esperto della protezione sul lavoro e del comitato per la protezione sul lavoro nei rapporti inerenti.

Parole chiave: *protezione sul lavoro, legge, lavori, soggetti e rapporto.*

AKTUALNA PITANJA OCJENE ZAKONITOSTI OPĆIH AKATA

mr. sc. Inga Vezmar Barlek, sutkinja
Visoki upravni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 342.924
Pr: 8. prosinca 2014.
Ur.: 16. veljače 2015.
Stručni rad

Sažetak

U radu se iznose neki problemi koji su se u vođenju objektivnog upravnog spora iskristalizirali kroz sudsku praksu Visokog upravnog suda Republike Hrvatske. Ukazuje se na pojedine nedorečenosti normativnog uređenja ovog spora te se predlažu moguća poboljšanja radi unaprjeđenja sudske zaštite koja se pruža u objektivnom upravnom sporu.

Ključne riječi: objektivni upravni spor; sudska praksa.

1. UVOD

O objektivnom upravnom sporu u protekle je tri godine koliko se primjenjuje novi Zakon o upravnim sporovima,¹ dosta napisano pa je normativno uređenje ovoga spora uglavnom poznato stručnoj javnosti.

Cilj ovog rada nije prikazati pozitivno zakonsko uređenje spora o ocjeni zakonitosti općih akata, nego kroz osobna razmišljanja autorice članka ukazati na pojedine probleme postojećeg uređenja i njegove primjene koji su se pojavili u sudskoj praksi. Posljedično tome ukazuje se i na moguća rješenja tih problema.

2. CILJ OBJEKTIVNOG UPRAVNOG SPORA

U praktičnom pristupu objektivnom upravnom sporu trebalo bi uvijek imati na umu njegov cilj i svrhu, kao i razloge njegovog uvođenja u pravni poredak Republike Hrvatske, jer se tek takvim pristupom u potpunosti ostvaruje kvalitetna pravna zaštita.

Cilj objektivnog upravnog spora je zaštita objektivne zakonitosti i u tom se sporu ne ispituje eventualna povreda pojedinačnih subjektivnih prava. Svrha mu je dakle ispitati je li neki općenormativni akt koji ima pravnu narav općeg akta, sukladan objektivnom pravnom poretku u cjelini, odnosno je li u suglasju s višim pravnim aktima na temelju kojih je donesen i koji su mjerodavni za regulaciju pojedinog pravnog pitanja.

¹ Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, broj 20/10. i 143/12.) je na temelju odredbe članka 92., stupio na snagu 1. siječnja 2012. Dalje u tekstu: ZUS.

Uveden je u pravni poredak novim ZUS-om nakon što je uočeno da je u pravnom poretku Republike Hrvatske postojala pravna praznina, budući da niz važećih općenormativnih akata koji nemaju pravnu narav drugih propisa, ne podliježe kontroli Ustavnog suda Republike Hrvatske² te su takvi akti ostajali izvan kontrole s aspekta objektivne zakonitosti.

O tome je već dosta napisano i o tome se raspravljalo posebice tijekom donošenja novog ZUS-a pa se u radu ova pitanja posebno ne razmatraju, nego se nastoji podsjetiti i istaknuti da je cilj i svrha ovog spora ocijeniti objektivnu zakonitost općih akata i ukloniti iz pravnog poretka akte koji su nezakoniti, a djeluju *erga omnes* jer se na temelju njih postupi i donose pojedinačni akti.

3. ODREĐENJE OPĆEG AKTA

Polazeći od određenja općeg akta kako ga je definirao Ustavni sud³ ovoj kontroli podliježu svi općenormativni akti koje donose jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koja ima javnu ovlast i pravne osobe koje obavljaju javnu službu. Kontrola statuta jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i dalje je u nadležnosti Ustavnog suda, dok međutim kontrola statuta drugih donositelja to nije.⁴

Iako se tijekom reforme upravnog sudovanja i donošenja novog ZUS-a vodila rasprava o tome jesu li svi općenormativni akti koje donose ZUS-om određeni donositelji, ujedno i opći akti ili neki imaju pravnu narav drugog propisa, navedeni pristup Ustavnog suda se s aspekta praktične primjene i pravne sigurnosti građana pokazuje korisnim, jer je vrlo jasno otklonio većinu dvojbi oko ovog pitanja, ali ne sve.

Naime, pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske⁵ bili su osporeni općenormativni akti izvršnih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, koji su objavljeni u službenim glasilima i na temelju kojih se postupi (donose pojedinačne odluke). Sud je zauzeo stajalište kako se u takvim slučajevima ne radi o općim aktima, budući da ih je donio neovlašteni donositelj, jer na temelju članka 35. točke 2. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi⁶ opće akte donose predstavnička tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave

2 Dalje u tekstu: Ustavni sud.

3 ... *Za određenje općeg akta ZUS prihvaća kao temeljno mjerilo donositelja akta (tzv. normu o nadležnosti)... Iznimka od pravila da se »drugim propisima« u smislu članka 125. alineje 2. Ustava ne smatraju eksterni i interni opći akti koje donose tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave jesu statuti jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Zbog njihove važnosti za ostvarenje Ustavom zajamčenog prava građana na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu (članak 4. stavak 1. i glava VI. Ustava), kontrola zakonitosti statuta jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave mora biti izuzeta iz nadležnosti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u smislu članka 3. stavka 2. ZUS-a i neposredno provedena u okviru kontrole ustavnosti i zakonitosti iz članka 125. alineje 2. Ustava (rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-II-5157/2005 i dr. od 5. ožujka 2012., Narodne Novine, broj 41/12.).*

4 Rješenje Ustavnog suda, broj: U-II-1957/2014 od 20. svibnja 2014.

5 Dalje u tekstu: Visoki upravni sud.

6 Narodne novine, broj: 19/13 – pročišćeni tekst. Dalje u tekstu: ZLP(R)S.

(osim ako posebnim propisom donošenje općeg akta nije stavljeno u nadležnost nekom drugom tijelu). Zahtjevi za ocjenu zakonitosti takvih akata su odbačeni pozivom na odredbu članka 85. stavka 1. točke 1. ZUS-a, uz obrazloženje da osporeni akti nisu opći akti.⁷ Dakle, prema postojećoj praksi Sud meritorno ne ocjenjuje zakonitost takvih akata i oni ostaju u pravnom poretku te proizvode pravne posljedice.

Stajalište Visokog upravnog suda utemeljeno je na ZLP(R)S, međutim prema mišljenju autorice čini se upitnim je li odbacivanjem zahtjeva za ocjenu zakonitosti takvih akata postignuta svrha objektivnog upravnog spora ili je baš zbog činjenice da je iz područja samoupravnog djelokruga jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave donio općenormativni akt neovlašteni donositelj, takav akt trebalo ukloniti iz pravnog poretka.

Do razlike u pravnom shvaćanju dovodi odabir pristupa u određenju pojma općeg akta. Formalni pristup s jedne strane – koji je prevladao u sudskoj praksi; ili s druge strane pristup koji dopuštenost zahtjeva za ocjenu zakonitosti promatra kroz materijalnopravni sadržaj akta i činjenicu da on proizvodi pravne učinke pa bi morao biti u nekom sustavu kontrole zakonitosti. U tom smislu ukazuje se i na stajalište Ustavnog suda koji ... *ističe da je Uredba, iako zbog neobjavljivanja nije ispunjavala pretpostavke ustavnosti u formalnopravnom smislu, u materijalnopravnom smislu proizvodila učinke (drugog) propisa od dana njezina donošenja (uključujući i sve izmjene i dopune).*⁸

Isto tako, uvažavajući različitost pozicije Ustavnog suda i Visokog upravnog suda u pravnom sustavu Republike Hrvatske, ali imajući na umu sličnost postupaka za ocjenu zakonitosti drugog propisa i objektivnog upravnog spora, valja napomenuti i da je Ustavni sud meritorno ocjenjivao općenormativni akt koji je donijelo izvršno tijelo (primjerice tada gradsko poglavarstvo).⁹ I Visoki upravni sud (ranije Upravni sud Republike Hrvatske) u subjektivnom upravnom sporu meritorno je odlučivao o zakonitosti pojedinačnog akta premda je donesen od nenadležnog tijela i u takvim slučajevima, zbog činjenice neovlaštenog donositelja, upućivalo se na poništavanje akta (tužba se nije odbacivala).¹⁰

Svakako u slučaju donošenja općenormativnog akta od strane neovlaštenog donositelja, takvi akti ostaju i izvan kontrole predviđene odredbama ZLP(R)S, jer je glavom X. toga zakona predviđen samo mehanizam nadzora zakonitosti općih akata predstavničkog tijela (dakle ovlaštenog donositelja).

Stoga je opravdano postaviti pitanje je li formalnim pristupom određenju općeg akta (unutar njegove definicije koju je odredio Ustavni sud) ispunjen cilj i svrha zbog koje je u hrvatski pravni poredak uveden objektivni upravni spor, jer očigledno i dalje u našem pravnom poretku egzistiraju općenormativni akti koji proizvode pravne učinke, a ne podliježu kontroli zakonitosti.

Osim toga, neovisno o razlikama između subjektivnog i objektivnog upravnog

7 Primjerice rješenje Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, poslovni broj: Usouz: 16/2013 od 29. travnja 2014.

8 Odluka Ustavnog suda, broj: U-II-296/2006 od 27. listopada 2010.

9 Odluka Ustavnog suda, broj: U-II-269/2007 i U-II-5410/2008 od 5. svibnja 2009.

10 Primjerice presuda Upravnog suda Republike Hrvatske, poslovni broj: Us-7979/1996 od 20. siječnja 2000.

spora, ovakvim stajalištem zamjećuje se odstupanje od dugogodišnje prakse Upravnog suda Republike Hrvatske (koju su nastavili prvostupanjski upravni sudovi i Visoki upravni sud) prema kojoj se pravna zaštita u subjektivnom upravnom sporu pruža i protiv akata kojima se sadržajno odlučuje o nekom pravu ili pravnom interesu stranke, premda ti akti nisu doneseni u formi upravnog akta (rješenje, odluka i sl., već primjerice u formi dopisa).¹¹

Na kraju ovoga dijela ističem i praksu Suda Europske unije¹² koji je u predmetu *ERTA* meritorno odlučivao o zakonitosti zapisnika Vijeća kojim se koordinira politika između država članica, iako se nije radilo o općenormativnom aktu donesenom u formi koja je bila predviđena odredbama osnivačkog ugovora. Sud Europske unije stao je na stajalište da ... *ima ovlast nadzirati zakonitost svih akata institucija EU, bez obzira kako se oni formalno nazivali, ukoliko oni proizvode pravne učinke*.¹³ Europski sud navodi ... (35) *Taj Zapisnik, kako se tvrdi, po svojoj formi, predmetu i sadržaju nije ni uredba, ni odluka, niti direktiva u smislu članka 189. (36) On zaista nije bio ništa više od koordinacije politika među državama članicama pod okriljem Vijeća. ... (42) Tužba za poništenje mora stoga biti dostupna u odnosu na sve mjere donesene od strane institucija za koje je zamišljeno da imaju pravne učinke, bez obzira na njihovu narav ili oblik*.¹⁴

Takav pristup Sud Europske unije ima i u odnosu na pojedinačne odluke (kao i dugogodišnja hrvatska upravnosudska praksa, što je naprijed navedeno) pa smatra kako je ocjena, podliježe li neki pravnoobvezujući akt kojim se utječe na pravnu

11 Primjerice rješenje Upravnog suda Republike Hrvatske, poslovni broj: Us-11076/2000 od 24. rujna 2003. ...*Podaci spisa ukazuju da je tužiteljica 29. rujna 1999. podnijela zahtjev za upis u Imenik ovlaštenih arhitekata, držeći da joj to pravo po prijelaznoj odredbi članka 50. Zakona o Hrvatskoj komori arhitekata i inženjera u graditeljstvu ("Narodne novine", broj 47/98) pripada kao «stečeno pravo» temeljem ranijeg znanja i iskustva. Smatra da je time što tijelo po tom zahtjevu nije provelo postupak (donijelo rješenje s odgovarajućom uputom o pravnom lijeku sukladno odredbama Zakona o općem upravnom postupku "Narodne novine", broj 53/91) uskraćeno zakonsko pravo na njenu štetu. Dopis od 8. studenog 2000. protiv kojega i podnosi tužbu smatra «stvarnim rješenjem – upravnim aktom» i koristi pravo na pokretanje upravnog spora protiv istoga...* Dakle, u konkretnom slučaju propuštanjem donošenja rješenja postupa se suprotno obvezi. Time zahtjev ostaje nezadovoljen uslijed čega stranka (tužiteljica) ne bi smjela trpjeti štetu. Kako se, međutim, sadržajno rečenim dopisom tužiteljici spori pravo na traženi upis u Imenik ovlaštenih arhitekata po rečenoj odredbi članka 50. Zakona o Hrvatskoj komori arhitekata i inženjera u graditeljstvu s uputom da eventualno pravo može ostvariti po odredbama članka 26. stavak 5. i 6. istog Zakona, nalazi se da je time ustvari zahtjev cijenjen neosnovanim. Situacija je, dakle, istovjetna onoj u kojoj bi tužiteljica bila da je donijeto rješenje kojim je zahtjev odbijen...

Međutim, u takvoj je situaciji pokretanje upravnog spora svakako preuranjeno, pa nije moguće tužbu uzeti u meritorno razmatranje...

12 Na temelju članka 263. stavka 1. Ugovora o funkcioniranju EU Sud pravde Europske unije preispituje zakonitost zakonodavnih akata, akata Vijeća, Komisije i Europske središnje banke, osim preporuka i mišljenja, akata Europskog parlamenta i Europskog vijeća koji bi mogli proizvesti pravne učinke *vis-a-vis* trećih osoba. On ocjenjuje i zakonitost akata tijela, ureda ili agencija Unije koji bi mogli proizvesti pravne učinke *vis-a-vis* trećih.

13 Čapeta, T. i Rodin, S. (2011). Osnove prava Europske unije. Zagreb: Narodne novine.

14 Presuda 22/70 Commission of the European Communities protiv Council of the European Communities - European Agreement on Road Transport (ERTA) od 31. siječnja 1971. Rodin, S., Čapeta, T. i Goldner Lang, I. (2009.), Izbor presuda Europskog suda, Zagreb: Novi informator.

poziciju sudskoj kontroli, suštinske, a ne formalne naravi, pod uvjetom da je osporeni akt (mjera) konačan, a ne donesen u nekoj pripremnoj fazi.¹⁵

4. AKTIVNA LEGITIMACIJA ZA POKRETANJE SPORA

Naš zakonodavac se odlučio dati legitimaciju za pokretanje objektivnog upravnog spora samo osobama koje mogu dokazati pojedinačni pravni interes za osporavanje zakonitosti općeg akta. Tako je definirano da podnositelj mora imati pojedinačnu odluku javnopravnog tijela koja se temelji na općem aktu kojom je došlo do povrede njegovog prava ili pravnog interesa.

Ne preispitujući pravilo o nužnosti postojanja pojedinačnog pravnog interesa, ističem kako je norma o dokazivanju takvog interesa, u pogledu donositelja pojedinačnog akta relativno jasna i ne zahtijeva posebno tumačenje. Nedvojbeno je da se mora raditi o odluci javnopravnog tijela, a ta su tijela definirana Zakonom o općem upravnom postupku kao tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javne ovlasti.¹⁶ Moglo bi se eventualno raspravljati mora li to biti prvostupanjska ili drugostupanjska odluka, no budući da ZUS u tom dijelu nema stroge odredbe, a imajući na umu sve što je ranije rečeno o svrsi i cilju objektivnog upravnog spora, smatram kako nije pogrešno dati legitimaciju svakom podnositelju koji raspolaže pojedinačnom odlukom javnopravnog tijela, bez obzira na stupanj donošenja odluke.

Budući da je člankom 3. stavkom 2. ZUS-a kao donositelj općeg akta definirana i pravna osoba koja obavlja javnu službu, a povezujući tu odredbu s primjenom ZUP-a i u postupcima koji se vode pred tim pravnim osobama, može se razmišljati o davanju aktivne legitimacije podnositeljima koji bi zahtjev temeljili na pojedinačnoj odluci tih donositelja (pružatelja javnih usluga).¹⁷

Moguće je dalje problematizirati je li bilo nužno propisati da se mora raditi o odluci javnopravnog tijela ili je bilo moguće pravni interes vezati i uz neku drugu pojedinačnu odluku, npr. sudsku presudu utemeljenu na osporavanom općem aktu. Ponavljam, u okviru postojeće norme Sud nema prostora za zauzimanje takvog

15 Presuda C-60/81 IBM protiv Komisije od 11. studenoga 1981. ... (9) *In order to ascertain whether the measures in question are acts within the meaning of Article 173 it is necessary, therefore, to look to their substance. According to the consistent case-law of the Court any measure the legal effects of which are binding on, and capable of affecting the interests of the applicant by bringing about a distinct change in his legal position is an actor decision which may be the subject of an action under Article 173 for a declaration that it is void. However, the form in which such acts or decisions are cast is in principle immaterial as regards the question whether they are open to challenge under that article.* ... Craig, P. i De Burca., G. (2011). EU law – text, cases and materials, Fifth edition. Oxford: University press.

16 Članak 1. Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine, broj 47/09.). Dalje u tekstu: ZUP.

17 Članak 3. stavak 3. ZUP-a: Ovaj se Zakon primjenjuje na odgovarajući način i u postupcima zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u predmetima u kojima pravne osobe koje obavljaju javne službe (u daljnjem tekstu: pružatelji javnih usluga), odlučuju o njihovim pravima, obvezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije propisana sudska ili druga pravna zaštita.

stajališta pa bi se kod eventualne novele ZUS-a moglo razmisliti i o ovom problemu. U praksi se naime pokazalo da podnositelji osim pojedinačnih akata javnopravnih tijela, imaju i druge pojedinačne odluke koje su donesene na temelju osporavanog općeg akta, a kojima je povrijeđeno njihovo pravo ili pravni interes.

Osim toga, a u odnosu na konkretni pojedinačni interes koji daje legitimaciju za podnošenje zahtjeva za ocjenu zakonitosti, u konkretnim sudskim predmetima našli su se i osporeni opći akti na temelju kojih stranke evidentno ne mogu ishoditi pojedinačnu odluku, a posredno se ipak odnose na njihova prava. To mogu, primjerice biti statuti pojedinih pravnih osoba: na temelju njih će se rijetko izdavati pojedinačni akti; ili akti kojima se određuje ustroj pojedinog tijela, a kojima se svakako makar i posredno može utjecati na pojedinačni slučaj. No, u konačnici u takvim slučajevima stranka može Visokom upravnom sudu podnijeti inicijativu za pokretanje ovog spora koji Sud onda može pokrenuti *ex officio*.

Na kraju ovog dijela valja podsjetiti da je reforma upravnog sudovanja započela je tijekom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji CARDS 2004 twinning projektom „Podrška učinkovitijem, djelotvornijem i modernijem upravljanju i funkcioniranju Upravnog suda Republike Hrvatske“. Tada je prvi puta (osim teorijskih rasprava koje su prethodile) u normativnom tekstu¹⁸ predloženo da Visoki upravni sud provodi i kontrolu zakonitosti općih akata. I u tom je nacrtu ova tužba bila vezana uz pojedinačni pravni interes, ali taj pravni interes nije bio vezan uz pojedinačnu odluku isključivo javnopravnog tijela.¹⁹

5. DEKLARATORNA PRESUDA?

U odnosu na vrste presuda unutar odredbi VI. dijela ZUS-a (*Ocjena zakonitosti općih akata*) nalazimo samo odredbe o presudi kojom se ukida osporavani opći akt odnosno pojedine njegove odredbe. Nema posebnih odredbi o presudi kojom se odbija zahtjev pa Visoki upravni sud pri odbijanju zahtjeva na odgovarajući način primjenjuje odredbe članka 57. ZUS-a kojima je propisano odbijanje tužbenog zahtjeva u subjektivnom upravnom sporu.

No ni odredbama o vrstama presuda u subjektivnom upravnom sporu nije predviđena mogućnost donošenja deklaratornih presuda pa ih upravni sudovi niti ne donose.

¹⁸ Nacrt Zakona o upravnosudskom postupku. Dalje u tekstu: Nacrt CARDS 2004.

¹⁹ Članak 19. Nacrta CARDS 2004 je glasio: *Tužba radi ocjene suglasnosti općih akata s Ustavom i zakonom* (1) Fizičke i pravne osobe, skupine osoba koje su povezane zajedničkim interesom te javnopravna tijela mogu podnijeti tužbu radi ocjene suglasnosti općih akata s Ustavom i zakonom koje su donijela javna tijela, a koji nisu obuhvaćeni pojmom drugi propisi iz članka 128. podstavka 2. Ustava Republike Hrvatske. (2) Ako tužbu podnosi fizička i pravna osoba, skupina osoba koje su povezane zajedničkim interesom, tužba je dopuštena samo u slučaju ako tužitelj tvrdi da je došlo do povrede njegovog prava ili pravnog interesa ili da će do takve povrede doći u bliskoj budućnosti. (3) Tužba se podnosi u roku od godine dana od dana objave općeg akta. (4) Sud može, ako je potrebno, pozvati javno tijelo koje nije stranka u postupku na podnošenje pisane izjave i predstavnika tog tijela na glavnu raspravu. (5) U ovom postupku ne primjenjuje se odredba članka 46. ovog Zakona.

Ipak, prema mišljenju autorice, u objektivnom upravnom sporu bilo bi vrijedno razmisliti o propisivanju mogućnosti donošenja presude kojom bi Visoki upravni sud imao ovlast deklarirati da je osporavani opći akt za vrijeme svojeg važenja, bio nezakonit.

Naime, prema praksi Visokog upravnog suda, ako je osporavani opći akt prestao važiti, prestaju postojati pretpostavke za vođenje upravnog spora i spor se obustavlja.²⁰ Shvaćanje je opravdano jer se po prirodi stvari ne može ukinuti akt kojeg više nema.

Međutim, pojavile su se situacije u kojima je podnositelj zahtjeva osporavao akt (ili pojedine njegove odredbe) koji je u međuvremenu prestao važiti na temelju novog akta koji sadrži odredbe identične osporavanima. U slučaju nezakonitosti odredbi novog akta, Sud ih je ukinuo *ex officio*. Dakle, zahtjev podnositelja je faktički bio opravdan, a Sud nema mogućnosti to potvrditi. Podnositelj zahtjeva ima pojedinačnu odluku utemeljenu na nezakonitom općem aktu (koji je tijekom vođenja upravnog spora postao nevažeći), čije očito nezakonite pravne posljedice ne može ni na koji način otkloniti, jer Sud nema mogućnosti ocijeniti zakonitost akta koji je prestao važiti i na temelju kojeg je donesena pojedinačna odluka niti ima ovlaštenje deklarirati da je bio nezakonit za vrijeme svojeg važenja.

Slijedi kako se ovakvo zakonsko rješenje ukazuje manjkavim posebice imajući na umu da ZUS, kao što je ranije navedeno, polazi od pojedinačnog pravnog interesa kao razloga osporavanja općeg akta te predviđa mehanizam otklanjanja posljedica nezakonite pojedinačne odluke, ako je utemeljena na nezakonitom i zbog toga ukinutom općem aktu.²¹

S tim u svezi treba napomenuti da je Nacrtom CARDS 2004 bila predviđena mogućnost donošenja deklaratorne presude. Odredbe su bile predložene u odnosu na subjektivni upravni spor te je bilo propisano da će upravni sud deklarirati nezakonitost upravnog akta koji je prestao važiti (shodno tome bila je predviđena i tužba na utvrđenje).²²

Hrvatska radna skupina za izradu novog ZUS-a, čiji je član bila i autorica, se

20 Članak 88. stavak 2. ZUS-a.

21 *Zahtjev za izmjenu pojedinačne odluke zbog ukidanja općeg akta*: Podnositelj zahtjeva iz članka 83. stavka 1. ovoga Zakona ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom javnopravnom tijelu za izmjenu pojedinačne odluke javnopravnog tijela kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes odgovarajućom primjenom odredaba o obnovi upravnog postupka u roku od tri mjeseca od dana objave presude u »Narodnim novinama« (članak 87. ZUS-a).

22 Članak 68. Nacrta CARDS 2004 je glasio: *Izreka presude kojom se odlučuje o tužbi radi utvrđenja nezakonitosti upravnog akta koji više ne proizvodi pravne učinke*: Sud će utvrditi nezakonitim upravni akt koji više ne proizvodi pravne učinke u dijelu u kojem je bio nezakonit i doveo do povrede prava ili pravnih interesa tužitelja. Članak 74. Nacrta CARDS 2004 je glasio: *Izreka presude – tužba radi ocjene suglasnosti općih akata s Ustavom i zakonom*: (1) U dijelu u kojem opći akt nije sukladan Ustavu ili zakonu, sud će taj akt ukinuti ili poništiti. Presuda se mora objaviti na isti način na koji je objavljen osporeni opći akt. (2) Na pravomoćne presude donesene na temelju općeg akta koji je poništen ili ukinut, ako drugim zakonom nije drugačije određeno, navedeno poništenje ili ukidanje nema utjecaja. Te presude više se ne mogu izvršavati. (3) Sud na prijedlog stranke može do donošenja odluke iz stavka 1. ovog članka izdati privremenu mjeru radi ako je to neophodno da bi se izbjegle teške i nepopravljive posljedice.

nakon brojnih rasprava nije odlučila za taj institut, jer se u tom trenutku nije činio potrebnim. No praksa pokazuje dobre strane novog ZUS-a kao i njegove manjkavosti koje bi se mogle doraditi.

6. OBJAVA ODLUKA

Iz važećih odredbi ZUS-a proizlazi da se objavljuju samo presude Visokog upravnog suda kojima se ukida opći akt ili pojedine njegove odredbe.²³ Ova je norma apsolutno potrebna jer takve presude po naravi stvari djeluju *erga omnes*, pa je nužno da se javnost s njima i upozna. Međutim norma je ujedno i manjkava jer ne omogućuje publiciranje i svih drugih odluka koje se donose u objektivnom upravnom sporu, a u kojima također mogu biti iznesena pravno značajna stajališta od šireg interesa. Uz to moguće je iz istih razloga razmisliti i o potrebi objave barem nekih izdvojenih mišljenja za koja bi Sud ocijenio da ih je potrebno objaviti.

Od šireg značenja, primjerice može biti stajalište Suda da neki općenormativni akt nema pravnu prirodu općeg akta, ali isto tako i stajalište da je, primjerice određeni opći akt donesen u zakonitoj proceduri. Stoga bi zbog informiranosti građana radi postizanja pravne sigurnosti bilo korisno doraditi i odredbu o objavi odluka.

Pri tom ponovno podsjećam na svrhu i cilj objektivnog upravnog spora koji je moguće potpuno postići samo cjelovitim informiranjem javnosti o sudskoj praksi. Sada radi postizanja publiciteta, Visoki upravni sud sve svoje odluke donesene u objektivnom upravnom sporu objavljuje na svojoj internetskoj stranici.

7. OTKLANJANJE PRAVNIH POSLJEDICA POJEDINAČNOG AKTA UTEMELJENOG NA OPĆEM AKTU

ZUS podnositelju zahtjeva daje mogućnost da od javnopravnog tijela zahtijeva izmjenu pojedinačne odluke utemeljene na općem aktu, kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes. To je propisano odredbom članka 87. ZUS-a, a naslov iznad te odredbe glasi: *Zahtjev za izmjenu pojedinačne odluke zbog ukidanja općeg akta*. Dakle imajući na umu sadržaj odredbe u kontekstu njezinog naslova, proizlazi kako se ova *sui generis* obnova upravnog postupka može tražiti samo ako je opći akt ukinut.²⁴

Međutim, u sudskoj je praksi zabilježeno da postoje slučajevi u kojima je opći akt ocijenjen zakonitim, no pogrešno se primjenjuje. Pogrešna primjena općeg akta nije razlog za njegovo ukidanje u objektivnom upravnom sporu, već bi trebala dovesti do poništavanja nezakonite pojedinačne odluke kojom je opći akt pogrešno primijenjen koja zaštita se ostvaruje u subjektivnom upravnom sporu.²⁵ U takvoj situaciji, Sud u objektivnom upravnom sporu može zauzeti određeno pravno stajalište koje izravno

23 Članak 86. stavak 4. ZUS-a.

24 Članak 87. ZUS-a glasi: Podnositelj zahtjeva iz članka 83. stavka 1. ovoga Zakona ima pravo podnijeti zahtjev nadležnom javnopravnom tijelu za izmjenu pojedinačne odluke javnopravnog tijela kojom je povrijeđeno njegovo pravo ili pravni interes odgovarajućom primjenom odredaba o obnovi upravnog postupka u roku od tri mjeseca od dana objave presude u »Narodnim novinama«.

25 Presuda Visokog upravnog suda poslovni broj: Usoz-341/13 od 26. studenoga 2014.

utječe na pojedinačno subjektivno pravo, no nije predviđen procesni mehanizam koji bi podnositelju zahtjeva omogućio da pozivanjem na pravno stajalište izneseno u objektivnom upravnom sporu, izazove preispitivanje zakonitosti pojedinačne odluke. Ako je u tijeku subjektivni spor radi ocjene zakonitosti takve pojedinačne odluke, za očekivati je da će se podnositelj (tužitelj/zainteresirana osoba) pozvati na stajalište Visokog upravnog suda koje mu ide u prilog. Međutim ako je, primjerice taj spor dovršen s drukčijim stajalištem prvostupanjskog suda (a žalba protiv prvostupanjske sudske odluke nije dopuštena), nema propisanog pravnog puta za otklanjanje nezakonitosti pojedinačne odluke. Stajalište Visokog upravnog suda iskazano u sporu o ocjeni zakonitosti općeg akta nije ZUS-om predviđeni razlog za obnovu spora,²⁶ niti je Zakonom o općem upravnom postupku predviđeni razlog za obnovu upravnog postupka.²⁷

Stoga bi bilo korisno razmisliti treba li doraditi i odredbe o izmjeni pojedinačne odluke nakon provedenog upravnog spora čiji je predmet bio ocjena zakonitosti općeg akta na temelju kojeg je donesena.

8. ZAKLJUČNE NAPOMENE

U ovom osvrtu izneseno je nekoliko problema objektivnog upravnog spora uočenih u sudskoj praksi, o kojima bi bilo uputno razmisliti bilo kod primjene postojećih zakonskih rješenja bilo kod njihove eventualne promjene. U pristupu se naglasak daje na potpuno postizanje cilja i svrhe objektivnog upravnog spora: ispitivanja objektivne zakonitosti općeg akta radi uklanjanja iz pravnog poretka svih nezakonitih općenormativnih akata (u dosegu donositelja određenih člankom 3. stavkom 2. ZUS-a!) kao i pravnih posljedica nezakonite pojedinačne odluke utemeljene na općem aktu čija je zakonitost bila predmetom objektivnog upravnog spora.

²⁶ Članak 76. ZUS-a.

²⁷ Članak 123. ZUP-a.

Summary

RECENT ISSUES IN THE CONTROL OF THE LEGALITY OF GENERAL ACTS

The article introduces problems regarding objective administrative litigation in case – law of the High Administrative Court of the Republic of Croatia. The author points out shortcomings of the present law and suggests possible improvements of the protection provided by the Court.

key words: *Objective administrative litigation, case – law.*

Zusammenfassung

AKTUELLE FRAGEN DER ÜBERPRÜFUNG DER RECHTMÄSSIGKEIT VON ALLGEMEINEN AKTEN

In der Arbeit werden manche Probleme bei der Durchführung der Verwaltungsstreitigkeit über die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten in der Rechtsprechung des Oberen Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien dargestellt. Er wird auf manche Unklarheiten der normativen Regelung dieser Streitigkeit hingewiesen und es werden mögliche Verbesserungen vorgeschlagen, mit dem Ziel, den in dieser Verwaltungsstreitigkeit gewährleisteten gerichtlichen Schutz zu fördern.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsstreitigkeit über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, Rechtsprechung.*

Riassunto

QUESTIONI ATTUALI SUL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ DEGLI ATTI GENERALI

Nel lavoro si riportano alcune questioni che sono emerse attraverso la giurisprudenza del Tribunale amministrativo superiore della Repubblica di Croazia. Si sottolineano alcune lacune della disciplina giuridica di tale procedimento e si suggeriscono possibili miglioramenti allo scopo di affinare la protezione giuridica offerta nella lite oggettiva amministrativa.

Parole chiave: *lite oggettiva amministrativa, giurisprudenza.*

UČINAK DRUGE NOVELE ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA NA UPRAVNI SPOR U HRVATSKOJ

Ante Galić, dipl. iur., sudac
Predsjednik Visokog upravnog suda
Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 342.9(497.5)(094.5.5.072)
Ur.: 13. veljače 2015.
Pr.: 9. ožujka 2015.
Stručni rad

Sažetak

U radu se analizira mogući učinak odredbi druge novele Zakona o upravnim sporovima, čiji je smisao bio prije svega otkloniti ograničenja zakonskih odredbi koje propisuju mogućnost korištenja žalbe. Pored toga druga novela Zakona o upravnim sporovima je unijela u upravni spor neke poboljšice koje se tiču samog postupka, preciziranja mjesne nadležnosti, prekida postupka, izuzeća, rukovođenja raspravom i odlučivanja u upravnom sporu, izvršenja te postupka ocjene zakonitosti općih akata. Ove izmjene i dopune Zakona o upravnim sporovima bi trebale imati snažan učinak na upravni spor u Hrvatskoj jer bi trebale omogućiti učinkovitiji nadzor kontrole zakonitosti rada prvostupanijskih upravnih sudova od strane više sudske instance, odnosno Visokog upravnog suda Republike Hrvatske. Novi kriteriji za podnošenje žalbe protiv odluka prvostupanijskih upravnih sudova u upravnom sporu definirani drugom novelom Zakona o upravnim sporovima bi trebali poslužiti kao mehanizam kojim će se omogućiti viša razina zaštite prava stranaka u upravnom sporu, bolji okvir za ujednačavanje sudske prakse u upravnom sudovanju te samim time i efikasniji upravni spor.

Ključne riječi: druga novela zakona, pravo na žalbu, filtriranje žalbi, kriteriji za žalbu, reformacijska odluka, ujednačavanje sudske prakse, učinkoviti žalbeni postupak, efikasan upravni spor.

1. UVODNE NAPOMENE

Prošlo je nešto više od tri godine otkako je na snagu stupio Zakon o upravnim sporovima¹ koji je u Republici Hrvatskoj prilično radikalno izmijenio sustav i pravila vođenja upravnosudskog postupka.

Da ova konstatacija o velikim promjenama nije drastična ukazuju dosezi spomenutog Zakona koji je upravni spor postavio u dva stupnja sudovanja, omogućio rješavanje sporova po sucu pojedincu, proširio predmet upravnog spora, otvorio mogućnost nadzora zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne)

¹ Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, br 20/10.).

samouprave, pravnih osoba koje imaju javne ovlasti i pravnih osoba koje obavljaju javnu službu, utvrđena su načela koja sudovi trebaju primjenjivati tijekom vođenja spora, prilagođena je uloga tužitelja i zainteresirane osobe potpunijoj zaštiti prava i pravnih interesa, uređeno je zastupanje u upravnom sporu, prvostupanjski sudovi obvezani su utvrđivati činjenično stanje i u pravilu provoditi usmenu raspravu, upravni sudovi ujedno su obvezani u pravilu donositi reformacijske (a ne kasacijske) odluke, otvorena je mogućnost pobijanja prvostupanjskih odluka u žalbenom postupku, otvorena je mogućnost sklapanja sudskih nagodbi i sl.

Ipak svaki Zakon, pa tako i ovaj tek u praksi pokazuje svoje odlike i nedostatke. Tako je Zakon već u prvoj godini primjene pokazao koliko su bile pogrešne neke pretpostavke na kojima su utemeljene glavne odrednice novog upravnog spora, a od kojih je u konačnici zavisila efikasnost postupka pred upravnim sudovima, koja se zrcali kroz mogućnost korištenja prava na žalbu odnosno preispitivanje zakonitosti odluka prvostupanjskih upravnih sudova od strane Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, dakle mogućnost „aktiviranja“ drugostupanjskog upravnog spora te novonastalu razinu zaštite prava stranaka u upravnom sporu.

Podrobnije o tim pretpostavkama zakonotvorca (koje se nisu obistinile u praksi), elaborirat ćemo u nastavku, uz opservaciju kako jedan problem u realnom životu, često puta zna producirati druge probleme, što se dogodilo i u ovom slučaju, jer je restrikcija prava na žalbu proizvela problem ujednačavanja sudske prakse u upravnom sudovanju. No umjesto konzekventnog sagledavanja svih problema koji su se pojavili u primjeni Zakona, tijekom 2012. (prva godina primjene Zakona) pristupilo se izmjenama i dopunama Zakona, u vrlo ograničenom opsegu. Naime prvom novelom Zakona o upravnim sporovima² (koju je Hrvatski sabor donio na svojoj sjednici od 12. prosinca 2012.) kao najznačajniju promjenu (pored vraćanja pravila da u upravnom sporu svaka stranka snosi svoje troškove) donosi odstupanje od prvotno prihvaćenog standarda da u upravnim sporovima u prvom stupnju, u pravilu, sudi vijeće od tri suca, prihvativši pravilo da u upravnim sporovima u prvom stupnju sudi isključivo sudac pojedinac.

Takve izmjene i dopune u bitnom su narušile arhitekturu i komplementarnost samog Zakona, jer iskustva i tradicija zemalja članica Europske unije upravo pokazuju da je suđenje u vijeću, u prvostupanjskom upravnom sporu, zapravo europski standard.

Naime, dosadašnja komparativna upravnosudska praksa pokazala je da suđenje u vijeću predstavlja svakako seriozniji koncept suđenja, što jasno potvrđuje i činjenica da se u svim zemljama u Europskoj uniji (izuzev Bugarske)³ u prvostupanjskom upravnom sporu sudi u vijeću.

Stoga se nakon ovakve prve novele Zakona o upravnim sporovima, koja je dodatno opteretila pitanje efikasnosti novog upravnog spora i istaknula pitanje razine zaštite prava stranaka u upravnom sporu, preispitivanje nekih zakonskih rješenja odnosno instituta, kao što su „filtrar za žalbu“, ukazalo kao nužnost.⁴

2 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br.: 143/12.).

3 Vidi Staničić, Frane, Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, Informator, br. 6092-6093, 2012.

4 Vidi Galić, Ante, Ratio „filtra“ za žalbu nakon donošenja prve novele Zakona o upravnim sporovima, Novosti u upravnom pravu i upravnosudskoj praksi, Zagreb, Narodne novine, lipanj

2. NUŽNOST PONOVNE ZAKONODAVNE INTERVENCIJE NAKON PRVE NOVELE ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA

Kao što smo uvodno napomenuli Zakon o upravnim sporovima je u primjeni, zbog svojih ograničenja stvorio niz problema u upravnosudskoj praksi. Uočene manjkavosti zakona se međutim nisu mogle otkloniti samim tumačenjem, nego se ukazala potreba za novom zakonodavnom intervencijom. Glavne probleme vezano uz primjenu Zakona mogli bi vezati za „filtriranje žalbi“, na način kako je to bilo propisano (ograničavanje mogućnosti na izjavljivanje žalbe) te probleme oko ujednačavanja sudske prakse.

a) Problem ograničene mogućnosti izjavljivanja žalbe

Zakon o upravnim sporovima propisao je vrlo restriktivne kondicije za podnošenje žalbe. Naime, Zakon je ograničavao odnosno potpuno isključivao mogućnost podnošenja žalbe protiv rješenja prvostupanijskih upravnih sudova⁵ (može se podnijeti samo kada je to izričito propisano zakonom).

Tako je po načelu pozitivne enumeracije, propisano da je žalbom dopušteno pobijati rješenje o odbacivanju tužbe kao neuredne, rješenje o prekidu spora, rješenje o obustavi spora, rješenje o privremenoj mjeri i rješenje o ispravku pogrešaka u presudi. Ograničavanje podnošenja žalbe protiv rješenja u praksi pokazalo se najspornijim u situacijama kada prvostupanijski sudovi rješenjem (sukladno članku 30. Zakona o upravnim sporovima) odlučuju o tome udovoljavaju li podnesene tužbe pretpostavkama za vođenje upravnog spora.

Iz statističkih podataka proizlazi da je od stupanja na snagu Zakona do stupanja na snagu druge novele Zakona (razdoblje od 1. siječnja 2012. do 30. prosinca 2014.) ovakvih

rješenja (kojima se tužba odbacuje zbog neispunjavanja pretpostavki za vođenje upravnog spora) na Upravnom sudu u Zagrebu doneseno 85 tijekom 2012., 263 tijekom 2013. i 368 tijekom 2014.

Upravni sud u Splitu donio je 21 ovakvo rješenje tijekom 2012., 31 rješenje tijekom 2013. i 68 rješenja tijekom 2014. Na Upravnom sudu u Rijeci donesena su 43 rješenja tijekom 2012., 118 rješenja tijekom 2013. i 53 rješenja tijekom 2014. Upravni sud u Osijeku donio je 62 rješenja tijekom 2012., 70 rješenja tijekom 2013. te 55 rješenja tijekom 2014.

Ako se stavi broj donesenih rješenja kojima se tužba odbacuje zbog neispunjavanja pretpostavki za vođenje upravnog spora, u odnos s ukupnim brojem riješenih predmeta za pojedinu godinu, postotak varira od najmanje 2,7 % do najviše 10,4 %, ovisno o tomu o kojem sudu se radi.

Zabrinjava spoznaja da se u navedenom razdoblju eventualna pogreška prvostupanijskog suda kod ocjene pretpostavki za vođenje upravnog spora, nije mogla

2013.

5 Žalba u upravnom sporu – vidi Đerđa Dario / Galić Ante, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51/2014, br. 2 (112).

otkloniti u žalbenom postupku (žalba nije dopuštena), bez obzira na konzekventnost takve odluke, koja je pojedincu mogla onemogućiti pristup sudu, odnosno sudsku zaštitu njegovih subjektivnih prava u upravnom sporu.

Sudska praksa prvostupanijskih upravnih sudova u protekle je tri godine također pokazala kako je bilo pretjerano očekivanje zakonodavca, da će se u prvostupanijskom upravnom sporu donositi pretežno reformacijske odluke (umjesto kasacijskih), protiv kojih će se prema uvjetima iz zakona moći podnositi žalbe tako da će „Visoki upravni sud RH u žalbenom postupku nadzirati zakonitost prvostupanijske presude samo kad je (prvostupanijski) sud presudom sam riješio upravnu stvar, a žalitelj tvrdi da je u prvostupanijskom postupku došlo do bitne povrede sudskog postupka ili da je pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao i zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Ovdje je mogućnost ulaganja žalbe uvedena samo kad je upravni sud presudom odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke. Kad je upravni sud odbijanjem tužbe potvrdio da je odluka zakonita čini se nepotrebnim, skupim, sporim i neučinkovitim voditi žalbeni postupak o istoj upravnoj stvari“.⁶

Međutim statistički pokazatelji o radu prvostupanijskih upravnih sudova ukazuju da je postotak reformacijskih odluka bio manji od očekivanog, te da zbog toga protiv velikoga dijela odluka prvostupanijskih upravnih sudova nije bilo uopće moguće podnijeti žalbu, a samim time staviti ih pod nadzor zakonitosti više sudske instance, što nedvojbeno proizlazi iz tabelarnog prikaza udjela takvih predmeta u odnosu na ukupno riješene predmete o sudovima.

Upravni sud u Zagrebu

GOD.	UKUPNO RIJEŠ.	DOPUŠ. ŽALBA	%	UKINUTO PO ŽALBI
2012.	1772	290	16,3	6
2013.	3617	560	15,4	12
2014.	3682	648	17,5	5

Upravni sud u Splitu

GOD	UKUPNO RIJEŠ.	DOPUŠ. ŽALBA	%	UKINUTO PO ŽALBI
2012.	434	73	16,8	1
2013.	1134	433	38,1	3
2014.	1882	360	19,1	2

Upravni sud u Rijeci

GOD.	UKUPNO RIJEŠ.	DOPUŠ. ŽALBA	%	UKINUTO PO ŽALBI
2012.	483	155	32	3
2013.	1129	268	23,7	3
2014.	1778	307	17,2	0

6 Obrazloženje konačnog prijedloga Zakona o upravnim sporovima sa 16. sjednice Hrvatskog sabora, Mrežna stanica <http://www.sabor.hr>

Upravni sud u Osijeku

GOD	UKUPNO RIJEŠ.	DOPUŠ. ŽALBA	%	UKINUTO PO ŽALBI
2012.	688	65	9,4	1
2013.	1562	136	8,7	15
2014.	1745	99	5,6	7

Tabelarni prikazi ukupno riješenih predmeta po sudovima s brojem predmeta u kojima je bilo dopušteno izjaviti žalbu

Ako se ukupan broj predmeta na svim prvostupanjskim sudovima, u kojima je odlučeno u sporu pune jurisdikcije i u kojima je bilo dopušteno podnijeti žalbu protiv presude (ukupno 3 394 odluka) stavi u odnos s ukupnim brojem donesenih odluka u navedenom razdoblju od tri godine (ukupno 19 906 odluka), onda vidimo da predmeti u kojima je bila žalba dopuštena participiraju u ukupnom broju riješenih predmeta sa 17 %.

Što se tiče samih žalbenih razloga koje propisuje Zakon o upravnim sporovima (bitne povrede pravila sudskog postupka, pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, pogrešna primjena materijalnog prava)⁷ Hrvatska spada u red zemalja unutar Europske unije, koje propisuju najširi okvir žalbenih razloga (npr. Italija, Grčka, Finska, Slovačka i Litva), što je svakako jedna od ključnih komponenata za ostvarenje više razine zaštite subjektivnih prava u upravnom sporu. Međutim ovako široki popis razloga ostaje samo jedan normativni dekor, jer je s druge strane sljedeća odredba istoga Zakona⁸ propisala drastično sužavanje same mogućnosti korištenja žalbe propisujući „filtrar“, prema kojem se žalba mogla podnijeti samo kada je upravni sud presudom sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke.

Ograničavanje prava na žalbu ili „filtriranje žalbi“ poznato je i propisano u pravnim sustavima drugih europskih država, tako da je u nekima široko prihvaćeno (npr. Italija, Belgija, Portugal, Estonija, Bugarska, Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska), dok se u nekim traži posebna dozvola za izjavljivanje žalbe (npr. Švedska, Finska).

Ako bi analizirali europska iskustva s reduciranjem prava na žalbu iskristalizirala bi se nepisana pravila, prema kojima se mora voditi računa o opsegu reduciranja tog prava te kriterijima na kojima se temelje ograničenja.

b) Problem ujednačavanja sudske prakse

Razdoblje od stupanja na snagu Zakona o upravnim sporovima do konca 2014., mogli bi okarakterizirati kao period u kojem je pred prvostupanjskim sudovima došlo do stvaranja prilično disperzirane sudske prakse, koju je zbog mehanizma „filtriranja žalbi“ bilo otežano ujednačavati pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, zbog naprijed navedenih razloga.

Načelo jednakog postupanja u jednakim situacijama jedno je od osnovnih načela kojeg se u svom postupanju trebaju pridržavati sudovi, jer bez poštovanja tog načela

7 Vidi čl. 66. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br.: 20/10. i 143/12.).

8 Vidi čl. 66. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima.

nije moguće u punini ostvariti načelo o jednakosti svih pred zakonom.

Samo konzistentno ujednačavanje sudske prakse ili tzv. „odlučivanje izvan suđenja“ može stvoriti transparentni sudbeni sustav u kojem je moguće predvidjeti ishod pojedinih postupaka pred sudovima, po načelu jednakog postupanja u jednakim situacijama.⁹

Takav transparentni sustav pretpostavka je za osiguranje pravne sigurnosti i ostvarenja načela o jednakosti svih pred zakonom.

Stoga je bilo neodrživo ovakvo stanje gdje se na razini prvostupajskih sudova stvara različita praksa, koju nije moguće ujednačavati zbog ograničene mogućnosti korištenja prava na žalbu (kao najefikasnijeg mehanizma za ujednačavanje sudske prakse). Novonastala situacija poprima još ozbiljniju dimenziju ako se sagleda i utjecaj upravnosudske prakse na rad javnopravnih tijela u Republici Hrvatskoj te razvoj upravnog prava uopće. Zbog svega navedenoga bilo je nužno pristupiti izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima.

3. DONOŠENJE DRUGE NOVELE ZAKONA O UPRAVNIM SPOROVIMA

Druga novela Zakona o upravnim sporovima, koju je Hrvatski sabor donio na svojoj sjednici od 12. prosinca 2014. po opsegu je puno šira i obuhvatnija od prve novele. Radnu skupinu za praćenje provedbe i primjene Zakona o upravnim sporovima osnovao je ministar pravosuđa svojim rješenjem klasa: 011-01/12-01/64, ur.broj: 514-04-13-7 od 8. veljače 2013. Zadatak radne skupine bio je detektiranje problema koji su se pokazali u primjeni Zakona o upravnim sporovima, te da predloži adekvatne mjere za prevladavanje tih problema, što uključuje i promjene postojećeg Zakona. Tijekom 2013. nisu se dogodile nikakve aktivnosti u pravcu izmjena Zakona o upravnim sporovima. Međutim početkom 2014. navedena radna skupina (pod predsjedanjem novog koordinatora) donijela je zaključak da se treba pristupiti izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima te se odmah pristupilo izradi Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, koji je proceduru prvog čitanja pred Hrvatskim saborom prošao u mjesecu srpnju 2014.

a) Cilj Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima

Izmjene i dopune Zakona o upravnim sporovima imale su za cilj otkloniti propisana ograničenja za podnošenje žalbe protiv odluka prvostupajskih upravnih sudova, kako bi se osigurao učinkoviti žalbeni postupak, a samim time i nadzor zakonitosti odluka prvostupajskih upravnih sudova te ujednačavanje sudske prakse. Isto tako ovim izmjenama i dopunama Zakona precizirane su odredbe o mjesnoj nadležnosti, prekidu postupka, izuzeću, rukovođenju raspravom, objavi presude i odlučivanju u upravnom sporu i postupku ocjene zakonitosti općih akata.¹⁰

9 Vidi Galić, Ante, Ujednačavanje prakse u upravnom sudovanju (izabrana pitanja), Zbornik 52. susreta pravnika, Opatija, 2014.

10 Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima.

Podsjećamo da je cilj Zakona o upravnim sporovima „osigurati sudsku zaštitu prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih osoba i drugih stranaka povrijeđenih pojedinačnim odlukama ili postupanjem javnopravnog tijela“. ¹¹ Ovom definicijom cilja u izvornom tekstu Zakona, nedvojbeno je zaštita subjektivnih prava stranaka (tužitelja) stavljena u prvi plan te se Zakon, s ukupnošću svojih procesnih dosega, treba usmjeriti i tumačiti u pravcu ostvarenja toga cilja. Međutim, vidjeli smo iz naprijed navedenog, da su se u praksi ukazale zapreke koje su ozbiljno ugrožavale mogućnost korištenja nekih pravnih sredstava (prava na žalbu), a zbog koje nemogućnosti uopće nije bilo moguće „aktivirati“ drugostupanjski upravni spor, odnosno kontrolu zakonitosti odluka prve instance od strane više sudske instance. Ovakva restrikcija kod korištenja prava na žalbu dodatno je stvorila institucionalnu konfuziju usmjeravajući nezadovoljne stranke da zaštitu svojih subjektivnih prava povrijeđenih u prvostupanjskom upravnom sporu traže korištenjem izvanrednog pravnog lijeka pred Vrhovnim sudom Republike Hrvatske (zahtjev za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude) ili pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (ustavna tužba). Statistički podaci ukazuju da su stranke rijetko koristili zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude jer je to pravno sredstvo do sada kroz trogodišnje razdoblje primjene Zakona podneseno protiv tri odluke Upravnog suda u Zagrebu i dvije odluke Upravnog suda u Osijeku (do sada nije odlučeno). Na temelju statističkih pokazatelja mogli bismo zaključiti da je ovaj izvanredni pravni lijek „aktiviran“ vrlo rijetko (svega pet puta) ukoliko se broj podnesenih zahtjeva stavi u odnos s ukupnim brojem donesenih odluka u promatranom razdoblju (na sva četiri prvostupanjska upravna suda tijekom 2012., 2013. i 2014. doneseno je ukupno 19 906 odluka).

Statističke podatke u svezi s ustavnim tužbama koje su podnesene protiv prvostupanjskih odluka upravnih sudova zorno prikazuju sljedeće tabele.

Upravni sud u Zagrebu

GOD.	UKUPNO PODNESENO USTAVNIH TUŽBI	UKINUTO	POTVRĐENO - ODBIJENO	RIJEŠENO NA INI NAČIN	ODBAČENO	OBUSTAVLJENO	NERIJEŠENO
2012.	118	3	0	2	101	8	4
2013.	287	4	11	3	225	2	42
2014.	182	0	5	0	93	1	83

Upravni sud u Splitu

GOD.	UKUPNO PODNESENO USTAVNIH TUŽBI	UKINUTO	POTVRĐENO - ODBIJENO	RIJEŠENO NA INI NAČIN	ODBAČENO	OBUSTAVLJENO	NERIJEŠENO
2012.	26	1	2	0	23	0	0
2013.	58	1	1	1	54	1	0
2014.	53	0	3	0	49	1	0

¹¹ Članak 2. stavak 1. Zakona o upravnim sporovima.

Upravni sud u Rijeci

GOD.	UKUPNO PODNESENO USTAVNIH TUŽBI	UKINUTO	POTVRĐENO - ODBIJENO	RIJEŠNO NA INI NAČIN	ODBAČENO	OBUSTAVLJENO	NERIJEŠENO
2012.	23	1	2	0	15	0	5
2013.	73	0	1	0	71	0	1
2014.	64	0	0	0	64	0	0

Upravni sud u Osijeku

GOD.	UKUPNO PODNESENO USTAVNIH TUŽBI	UKINUTO	POTVRĐENO - ODBIJENO	RIJEŠNO NA INI NAČIN	ODBAČENO	OBUSTAVLJENO	NERIJEŠENO
2012.	53	1	4	0	47	0	1
2013.	139	1	3	0	126	0	9
2014.	159	2	0	0	100	1	56

Tabelarni prikazi ustavnih tužbi podnesenih protiv odluka prvostupajskih upravnih sudova

Iz navedenih podataka po upravnim sudovima razvidno je da je najviše podnesenih ustavnih tužbi protiv odluka prvostupajskih upravnih sudova odbačeno dok je ukinut iznimno mali broj odluka prvostupajskih sudova u promatranom razdoblju od tri godine (sedam odluka Upravnog suda u Zagrebu, dvije odluke Upravnog suda u Splitu, jedna odluka Upravnog suda u Rijeci i četiri odluke Upravnog suda u Osijeku).

b) Otklanjanje isključivanja i ograničavanja prava na podnošenje žalbe

b.1.) Propisivanje prava na žalbu protiv rješenja kojim sud ocjenjuje pretpostavke za vođenje upravnog spora

Odredbom članka 7. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima propisano je kako se u članku 30. Zakona dodaje stavak 2. koji glasi: „(2) Protiv rješenja iz stavka 1. ovoga članka dopuštena je žalba“.

Prije druge novele Zakona uopće nije bila propisana mogućnost za izjavljivanje žalbe protiv rješenja kojim prvostupajski sud ocijeni da u konkretnom slučaju nisu ispunjene pretpostavke za vođenje upravnog spora.¹²

Iz naprijed navedenih statističkih podataka proizlazi da su svi prvostupajski sudovi u proteklom razdoblju primjene zakona od tri godine, donijeli ukupno 1 237 rješenja kojima se tužbe tužitelja odbacuju radi neispunjavanja pretpostavki za vođenje upravnog spora, što u odnosu na ukupan broj donesenih odluka u istom

12 Pretpostavke za vođenje upravnog spora izričito su propisane člankom 30. Zakonom o upravnim sporovima, a prema kojima upravni sud neće voditi upravni spor ako je tužba podnesena nepravodobno ili prijevremeno; ako se pojedinačnom odlukom, postupanjem ili upravnim ugovorom ne dira u pravo ili pravni interes tužitelja; ako protiv pojedinačne odluke, postupanja ili upravnog ugovora nije iskorišten redovni pravni lijek; ako je sudska zaštita osigurana izvan upravnog spora; ako već postoji pravomoćna odluka donesena u upravnom sporu u istoj stvari; ako je tužba podnesena protiv postupovne odluke, osim ako zakonom nije drukčije propisano; te ako je tužba podnesena u stvari koja ne može biti predmet upravnog spora

razdoblju (19 906 odluka) čini udjel od 6,2% predmeta. U ovim se situacijama nije radilo o ograničavanju, već o potpunom isključivanju prava na žalbu, čija je ustavnost vrlo upitna, budući da se Ustavom Republike Hrvatske jamči pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom, s time da pravo na žalbu može biti samo iznimno isključeno u slučajevima određenim zakonom i to samo ako je osigurana druga pravna zaštita.¹³

Prema tekstu obrazloženja Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima radi se o „najvažnijoj izmjeni“ kojom se „omogućuje pravo žalbe na sva rješenja koja se odnose na pristup sudu“. Ovim izmjenama i dopunama članka 30. Zakona popunjena je pravna praznina, te je novom odredbom u širem smislu stipulirano pravo na sudsku zaštitu, tako da će stranka koja je nezadovoljna rješenjem prvostupanjskog suda (kojim je ocijenjeno da nisu ispunjene pretpostavke za vođenje upravnog spora) moći protiv tog rješenja podnijeti žalbu Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske.

b.2.) Novi „filar za žalbu“ ili novi kriteriji za ograničavanje prava na žalbu

Odredbom članka 19. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima propisano je da se briše odredba članka 66. stavak 2. Zakona¹⁴ kojom je bilo propisano filtriranje žalbi na način da se žalba mogla podnijeti samo u situacijama kada je upravni sud presudom sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke. Isto tako odredbom članka 19. izmijenjenog i dopunjenog Zakona propisano je da se dosadašnji stavak 6. koji postaje stavak 5. mijenja i glasi: „Žalba odgađa izvršenje pobijane presude“. Naime, ranija odredba stavka 6. Zakona propisivala je da žalba ne odgađa izvršenje pobijane presude te da na prijedlog žalitelja Visoki upravni sud može odgoditi izvršenje pobijane presude. Dakle, do ove izmjene žalba po zakonu nije imala suspenzivni karakter, već je na prijedlog žalitelja Visoki upravni sud mogao odgoditi izvršenje presude.

Odredba članka 20. druge novele Zakona propisuje svakako najznačajniju izmjenu i dopunu, koja definira nove kriterije za filtriranje žalbi. Tako je odredbom članka 66a. koja se dodaje iza članka 66. propisano da „žalba nije dopuštena protiv presude kojom je pojedinačna odluka javnopravnog tijela poništena ili oglašena ništavom i predmet prvi put vraćen na ponovni postupak, ni protiv presude kojom je sud naložio donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku (stavak 1.), te da protiv dijela presude iz članka 89. stavka 4. ovog Zakona u koji je uključen sadržaj sudske nagodbe, žalba nije dopuštena (stavak 2.)“.

U obrazloženju Konačnoga prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima navodi se da je brisana odredba članka 62. stavak 2. Zakona „onemogućavala Visoki upravni sud Republike Hrvatske da ispunjava svoju zakonsku obvezu“ jer su „u najvećem broju upravnih sporova donošene presude protiv kojih žalba nije bila dopuštena, što je dovelo do raznolike i neujednačene sudske prakse, a posljedično do pravne nesigurnosti građana na ovom pravnom području“.

Ova izmjena i dopuna Zakona mogla bi imati dalekosežni utjecaj na daljnji

13 Članak 18. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br.: 85/10. – pročišćeni tekst i 5/14.).

14 Vidi članak 66. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima.

razvoj upravnog spora i upravnosudske prakse kao i na razvoj upravnog prava u Republici Hrvatskoj uopće. Ovaj liberalizirani „filar na žalbu“ ograničava mogućnost izricanja žalbe samo na situacije kada sud u upravnom sporu donese presudu kojom je pojedinačna odluka javnopravnog tijela poništena ili oglašena ništavom i predmet prvi put vraćen na ponovni postupak. Dakle bitno je u prvom slučaju da su ispunjene obje pretpostavke, tj. da „pojedinačna odluka javnopravnog tijela bude poništena ili oglašena ništavom“ i da je „predmet prvi put vraćen na ponovni postupak“.

Kumuliranje pretpostavki usmjereno je na postizanje efikasnog upravnog spora u kojem se postupanje ne bi smjelo svesti na višekratno vraćanje predmeta na relaciji prvostupanjski sud – javnopravno tijelo. Dakle ako javnopravno tijelo ne postupi u skladu s uputom i pravnim stavom suda, onda bi sud u skladu s mogućnostima koje nalaže konkretna situacija (zavisí o kakvoj pravnoj stvari se radi) trebao razmotriti je li moguće da se reformacijskom odlukom riješi upravni spor (protiv koje bi odluke opet postojala mogućnost podnošenja žalbe Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske). Ako prvostupanjski sud po drugi put vrati predmet javnopravnom tijelu na ponovni postupak, tada će se prema novim kriterijima za filtriranje žalbe, protiv takve odluke moći izjaviti žalba. Kada se žalba izjavljuje protiv presude koja se po drugi put vraća javnopravnom tijelu na ponovni postupak, tada se težište odgovornosti za ishod upravnog spora prebacuje na Visoki upravni sud Republike Hrvatske, kao najvišu sudbenu instancu u upravnom sudovanju, koji će u takvim situacijama postupati sukladno odredbama Zakona o upravnim sporovima koje propisuju njegove ovlasti pri odlučivanju o žalbi.¹⁵ Pored ovlasti suda (koje proizlaze iz odredbe članka 74. stavak 1. Zakona) da presudom odbije žalbu kao neosnovanu te potvrdi prvostupanjsku presudu (kada ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija ili oni ne utječu na donošenje drugačije presude), ovdje će doći do izražaja osobito reformacijske ovlasti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske. Naime, sukladno odredbi članka 74. stavak 2. Zakona, Visoki upravni sud Republike Hrvatske će poništiti prvostupanjsku presudu te će sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar, ako utvrdi da je upravni sud prvog stupnja počinio bitnu povredu pravila sudskog postupka, da je pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo. Dakle, ako je ispunjena bilo koja od pretpostavki iz citirane odredbe članka 74. stavak 2. Zakona, Visoki upravni sud Republike Hrvatske trebao bi reformacijskom odlukom efikasno okončati upravni spor, tako da poništi prvostupanjsku presudu, sam otkloni nedostatke i presudom riješi upravnu stvar. U obrazloženju takve presude Visoki upravni sud svakako bi trebao opservirati ranije postupanje prvostupanjskog suda odnosno javnopravnog tijela. Smatramo da bi u takvoj reformacijskoj presudi, Visoki upravni sud Republike Hrvatske također trebao utvrditi, je li prema njegovoj spoznaji prvostupanjski sud mogao i trebao u prvostupanjskom sudskom postupku

15 Odredbe članka 74. Zakona o upravnim sporovima propisuju da će Visoki upravni sud presudom odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu kad utvrdi da ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija ili da oni ne utječu na donošenje drukčije odluke (stavak 1.), te da će Visoki upravni sud poništiti prvostupanjsku presudu te će sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar ako utvrdi da je upravni sud počinio bitnu povredu pravila sudskog postupka, da je pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo (stavak 2.).

koristiti reformacijske ovlasti te sam riješiti upravnu stvar. Sve ovo bi trebalo imati za posljedicu stvaranje nove sudske prakse u upravnom sudovanju jer je za očekivati da će veća mogućnost podnošenja žalbi producirati veći broj postupaka pred višom sudskom instancom, tj. Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, koji će sada, u novoj konstelaciji u punini, moći ostvariti svoje zakonske ovlasti žalbenog suda i najvišeg suda u upravnom sudovanju zaduženog za ujednačavanje sudske prakse.

Za očekivati je da će ovim „novim“ procesnim alatom u postupanju pred upravnim sudovima biti otklonjeni najveći problemi koji su u proteklom razdoblju od početka primjene Zakona o upravnim sporovima, opterećivali upravno sudovanje u Republici Hrvatskoj. Ove bi promjene trebale za efekt imati jačanje pravne sigurnosti te veću razinu zaštite subjektivnih prava u upravnom sporu, što je kako smo to već ranije naveli, bilo definirano kao glavna odrednica i cilj Zakona o upravnim sporovima pri njegovom donošenju.

Prema statističkim podacima iz 2014. proizlazi da predmeti protiv kojih prema novim kriterijima „filtra za žalbu“, neće biti dopušteno izjavljivanje žalbe participiraju s udjelom od 16,9 % u odnosu na ukupan broj donesenih odluka.

c) Ostale značajke koje donosi druga novela Zakona o upravnim sporovima

Kao što je iz naprijed navedenog razvidno „strateški“ cilj druge novele Zakona bio je propisivanje prava na žalbu u svezi s ocjenom pretpostavki za vođenje upravnog spora odnosno određivanje novih kriterija za filtriranje žalbi protiv presuda prvostupanijskih upravnih sudova (liberalizacija „filtra za žalbu“), kako bi se osigurao širi i temeljitiji nadzor zakonitosti odluka prvostupanijskih upravnih sudova kao i viša razina zaštite prava stranaka u upravnom sporu. Međutim pored ovih „strateških“ izmjena i dopuna, ova je Novela donijela i niz drugih, istina ne tako značajnih, koje bi trebale popuniti uočene praznine, koje se tiču samog postupka te nekih važnih instituta. Tako su se precizirale odredbe o mjesnoj nadležnosti, prekidu postupka, izuzeću, rukovođenju raspravom i objavi presude, odlučivanju u upravnom sporu i postupku ocjene zakonitosti općih akata, a o kojim izmjenama i dopunama će biti riječi u nastavku.

c.1.) Odredbom članka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima propisano je da se u članku 13. Zakona iza stavka 2. dodaje novi stavak 3. koji glasi: „(3) za rješavanje u upravnim sporovima pokrenutim pod tužbama više tužitelja u istoj stvari, koji nemaju prebivalište, boravište ili sjedište na istom području, mjesno nadležan je upravni sud na području kojeg javnopravno tijelo koje je donijelo odluku u prvom stupnju ili je postupilo ima sjedište“.

U praksi je odmah nakon početka primjene Zakona o upravnim sporovima uočena ova praznina u odredbama kojima je propisana mjesna nadležnost, jer se znalo događati u praksi, da se jedna odluka javnopravnog tijela odnosila na više različitih osoba, koje imaju različito prebivalište, boravište ili sjedište.

Odredbama članka 13. Zakona o upravnim sporovima propisano je da je za rješavanje u sporu mjesno nadležan upravni sud na području kojeg tužitelj ima

prebivalište, odnosno sjedište, ako zakonom nije drukčije propisano. Ako tužitelj nema prebivalište u Republici Hrvatskoj, mjesno je nadležan sud na području kojeg tužitelj ima boravište (stavak 1.), a ako tužitelj nema prebivalište, boravište ili sjedište u Republici Hrvatskoj, mjesno je nadležan upravni sud na području kojeg javnopravno tijelo koje je donijelo odluku u prvom stupnju ili je postupilo ima sjedište (stavak 2.).¹⁶

Kako citirane odredbe članka 13. Zakona nisu pružale osnovu za rješavanje gore navedenih spornih situacija oko mjesne nadležnosti koje su u praksi prvostupanijskih sudova znale stvarati probleme, bilo je potrebno na navedeni način dopuniti spomenuti članak 13. Zakona kako bi bilo jasno koji je prvostupanijski sud mjesno nadležan za rješavanje spora, u takvim situacijama.

c.2.) Također je bilo potrebno intervenirati u odredbe članka 15. Zakona o upravnim sporovima kojima je propisan institut izuzeća, odnosno zakonski razlozi kada sudac ne može odlučivati, a niti sudjelovati u sporu. Pored neovisnosti, jedna od najznačajnijih odrednica zakonitog obavljanja sudačke dužnosti je nepristranost.

Odredbom članka 4. stavak 1. Zakona o sudovima¹⁷ propisano je da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kaznjivog djela. Značaj nepristranosti u suđenju apostrofira i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja u članku 6. (vezano uz pravo na pošteno suđenje) propisuje da radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega, svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.¹⁸

Stoga bi, eventualno postojanje bilo kakvih okolnosti, koje bi dovele u pitanje nepristranost, odnosno objektivnost u suđenju, dovelo u pitanje ostvarivanje i zakonskog, i konvencijskog prava na pošteno suđenje. Zbog toga je u svim procesnim zakonima (npr. kaznenom, parničnom) propisano da pored stranaka i sam sudac mora voditi računa, postoje li u konkretnom slučaju razlozi za njegovo izuzeće. Kako su se odredbe članka 15. Zakona o upravnim sporovima u praksi pokazale nedorečenim (jer nije bilo propisano tko odlučuje o izuzeću predsjednika suda, kada se i kako zahtjev za izuzeće podnosi te kada nije dopušten), izmjenama i dopunama Zakona su navedene praznine popunjene. Institut izuzeća uređen po uzoru na parnični postupak, iako u upravnom sporu izuzeće nije istovjetno propisano kao u parničnom jer između ova dva postupka ipak postoji *differentia specifica*.

c.3) U pogledu zastupanja, odredbom članka 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima izmijenjen je i dopunjen članak 20. stavak 3. Zakona tako da se službenoj osobi prvostupanijskog tijela čija je odluka potvrđena osporavanom odlukom drugostupanijskog tijela, daje ovlast da poduzima radnje za tuženika u sporu. Ovime se žele smanjiti troškovi postupka te smanjiti opterećenja

¹⁶ Vidi članak 13. Zakona o upravnim sporovima.

¹⁷ Vidi članak 4. Zakona o sudovima (Narodne novine, br.: 28/13.).

¹⁸ Vidi članak 6. točka 1. Konvencije 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.).

drugostupanjskih tijela.

Što se tiče zastupanja tužitelja i zainteresirane osobe, što je propisano odredbom članka 21. Zakona o upravnim sporovima,¹⁹ odredbom članka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, dodan je novi stavak 2. kojim je propisano da se „na pitanja valjanosti zastupanja koja nisu uređena ovim zakonom na odgovarajući način primjenjuju odredbe kojima je uređeno zastupanje u parničnom postupku“.

Odredbom članka 89a. Zakona o parničnom postupku²⁰ propisano je da stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, ako zakonom nije drukčije određeno (stavak 1.), osoba koja je s njome u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna (stavak 2.), srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug – ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadriparstvom (stavak 3.).

Kako je odredbom članka 33. druge novele Zakona propisano da se ova nova odredba primjenjuje na započete, a nedovršene upravne sporove, na nekim je prvostupanjskim sudovima, sukladno navedenim odredbama odlučivano o uskrati zastupanja u upravnom sporu poreznim savjetnicima, sukladno članku 90. Zakona o parničnom postupku.²¹

Naime, sukladno članku 4. stavku 3. Zakona o poreznom savjetništvu,²² porezni savjetnik u okviru ugovora iz stavka 2. ovoga članka ima ovlasti i dužnosti savjetovati svoju stranku o svim poreznim pitanjima, pomagati joj kod izrade poreznih prijava i zastupati ju u poreznim postupcima pred poreznim tijelima, sudjelovati u poreznim sporovima pred sudovima, nadzirati pravilnost vođenja poreznih i računovodstvenih evidencija koje se vode radi izrade poreznih prijava i drugih poreznih isprava.

Prema sadašnjem pravnom stajalištu upravnih sudova „sudjelovanje u poreznim sporovima pred sudovima“ koje propisuje Zakon o poreznom savjetništvu, kao *lex specialis*, ne podrazumijeva poslove zastupanja stranaka u upravnom sporu sukladno procesnim propisima (Zakon o upravnim sporovima i Zakon o parničnom postupku).

c.4) Dopunom odredbe članka 24. stavka 3. Zakona o upravnim sporovima²³ propisanom člankom 6. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, utvrđen je novi objektivni rok od pet godina za pokretanje upravnog spora.

Iz komentara Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima proizlazi kako je citiranom odredbom „utvrđen objektivni rok protekom kojeg se upravni spor više ne bi mogao pokrenuti, što se u praksi javnopravnih tijela pokazalo neophodnim radi zaštite pravnog instituta pravomoćnosti, načela pravne sigurnosti kao i radi zaštite stečenih prava stranaka u upravnom postupku, budući da postojeće odredbe koje vrlo široko definiraju tko može biti tužiteljem, bitno otežavaju, a u slučajevima da upravni spor nije pokrenut i posve onemogućavaju, nedvojbeno određivanje datuma za iskazivanje pravomoćnosti upravnog akta“.

19 Vidi članak 21. Zakona o upravnim sporovima.

20 Vidi članak 89a. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, br.: 53/91., 91/92., 112/99., 129/00., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 96/08., 84/08., 123/08., 57/11., 25/13. i 89/14.).

21 Vidi članak 90. Zakona o parničnom postupku.

22 Vidi članak 4. stavak 3. Zakona o poreznom savjetništvu (Narodne novine, br.: 127/00. i 76/13.).

23 Vidi članak 24. stavak 3. Zakona o upravnim sporovima.

c.5) Izmjene i dopune članaka 32. i 35. Zakona o upravnim sporovima odnose se na odjeljak Zakona kojim se propisuje postupanje po tužbi.

Odredbom članka 8. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima izmijenjen je članak 32. stavak 2. Zakona²⁴, tako da su produljeni rokovi za odgovor na tužbu na način da je najkraći rok od osam dana produljen na rok od 30 dana, a najduži s 30 dana produljen na 60 dana.

Naime u praksi su se ranije propisani rokovi pokazali kao kratki za postupanje jer su tužena tijela trebala prije sastavljanja odgovora na tužbu pribaviti spis od prvostupanjskog tijela, što je iziskivalo dostatno vrijeme.

Odredbom članka 9. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, izmijenjena je odredba članka 35. Zakona²⁵ radi usklađivanja sa zakonima kojima je propisana tajnost i zaštita podataka (Zakon o tajnosti podataka, Zakon o zaštiti osobnih podataka).

Tako je člankom 20. Zakona o tajnosti podataka²⁶ propisano da samo suci uz, tzv. "izjavu povjerljivosti" mogu imati uvid u klasificirane podatke, dok svi ostali službenici koji imaju pristup takvim podacima moraju biti cerificirani.

c.6) Odredbom članka 12. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima dopunjena je odredba članka 45. Zakona, na način da se uz stavak 1. iza točke 1., dodaje nova točka 2. koja glasi: „(2) kad tužitelj umre ili prestane postojati, a spor se s obzirom na narav upravne stvari može nastaviti“.

Naime, paradoksalno je da je jedan od najčešćih razloga za prekid spora (smrt ili prestanak postojanja stranke), u izvornom tekstu zakona bio izostavljen. U stavku 2. točki 1. istoga članka dodana je odredba koja omogućuje prekid postupka kada sud postavi prethodno pitanje Sudu Europske unije. Isto tako brisana je točka 3. u stavku 2. istoga članka kojom je bilo propisano da sud rješenjem „može“ prekinuti spor kad je to propisano Zakonom, iako je odredbom stavka 1. točkom 2. istoga članka izrijekom propisano da će sud rješenjem prekinuti spor kada je to propisano zakonom.²⁷

c.7) Izmjenama i dopunama članka 54. Zakona o upravnim sporovima koje su propisane člankom 14. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (kojima se propisuju pravila za održavanje reda na javnoj raspravi) propisano je kada se ročište može održati bez stranke koja je udaljena, a kada se ročište mora odgoditi. Tako će se ročište održati i bez prisutnosti, ako stranka ili zastupnik stranke bude udaljen iz sudnice, a sud će odgoditi ročište ako je to potrebno radi zaštite prava i interesa zastupane stranke u slučaju da iz sudnice, bude udaljen zakonski zastupnik fizičke osobe.

c.8) Odredbama članka 16. i 17. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima izmijenjene su odredbe Zakona, koje se odnose na objavu

24 Vidi članak 32. Zakona o upravnim sporovima.

25 Vidi članak 35. Zakona o upravnim sporovima.

26 Vidi članak 20. Zakona o tajnosti podataka (Narodne novine, br.: 79/07. i 86/12.).

27 Vidi članak 45. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br.: 20/10. i 143/12.).

i dostavu presude. Tako su izmjene propisane člankom 16. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (kojima se mijenja članak 61. Zakona²⁸) usmjerene na uređenje pravila o objavi presude po uzoru na parnični postupak, dok je odredbom članka 17. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima (kojom se mijenja članak 62. Zakona)²⁹ došlo do spajanja dviju odredbi u jednu prema kojoj se „presuda dostavlja svim strankama u sporu pisanim ili elektroničkim putem i otprema u roku od 15 dana od dana objave, a ako nije objavljena od njezina donošenja“.

c.9) U svezi s odredbama kojima se propisuje postupanje upravnog suda po žalbi intervenirano je odredbom članka 22. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima kojom je izmijenjena i dopunjena odredba članka 71. Zakona,³⁰ tako da se procedura postupanja suda po žalbi u upravnom sporu usklađuje s drugim sličnim postupcima. Sukladno tomu dostavljanje žalbe i odgovora na žalbu obveza je prvostupanskog suda, a propisana je mogućnost podnošenja žalbe protiv rješenja kojim prvostupanski sud odbacuje žalbu.

c.10) Odredbom članka 25. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima dopunjuje se članak 76. Zakona³¹ na način da se proširuju razlozi za obnovu upravnog spora.

Prema novim odredbama spor se može obnoviti ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrijebi nove dokaze na temelju kojih bi spor bio povoljnije riješen za nju da su te činjenice, odnosno dokazi bili izneseni ili upotrijebljeni u prijašnjem sudskom postupku (točka 6.), te ako zainteresiranoj osobi nije bila dana mogućnost da sudjeluje u upravnom sporu (točka 7.).

c.11) Zahtjev za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude izmijenjen je i dopunjen odredbom članka 26. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima na način da je dopunjena odredba članka 78. Zakona,³² tako da je proširena mogućnost podnošenja ovog izvanrednog pravnog sredstva i protiv rješenja (a ne samo protiv pravomoćnih presuda). Isto tako izmjenama i dopunama ovog instituta propisuje se da će sud nepravovremen zahtjev i zahtjev koji je podnijela neovlaštena osoba odbaciti rješenjem, te da se zahtjev treba dostaviti protivnoj stranci koja u propisanom roku od 30 dana može dostaviti odgovor. Također je propisano da po zahtjevu Vrhovni sud Republike Hrvatske rješava samo u njegovim granicama.

c.12) Izmjene i dopune iz odredbi članka 27., 28. i 29. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima odnosi se na dio zakona kojim je regulirano izvršenje sudskih odluka. Tako je odredbom članka 27. Zakona o izmjenama i

28 Vidi članak 61. Zakona o upravnim sporovima.

29 Vidi članak 62. Zakona o upravnim sporovima.

30 Vidi članak 71. Zakona o upravnim sporovima.

31 Vidi članak 76. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br.: 20/10. i 143/12.).

32 Vidi članak 78. Zakona o upravnim sporovima (Narodne novine, br.: 20/10. i 143/12.).

dopunama Zakona o upravnim sporovima izmijenjena odredba stavka 1. članka 80. Zakona budući da žalba ima suspenzivni karakter, pa je propisano da se može izvršiti samo pravomoćna presuda koja je postala izvršna.

Odredbom članka 28. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima mijenja se odredba članka 81. Zakona,³³ a kojim izmjenama i dopunama se želi postići objektivniji rok za izvršenje sudske odluke (60 dana od dana dostave pravomoćne presude).

Iz obrazloženja Konačnog prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima proizlazi kako je ovim izmjenama „naglašena obveznost sudske presude, više nema nepotrebnog razlikovanja između meritornih i kasacijskih presuda, precizirana je situacija kada izvršenje presude nije upravljeno prema tuženiku već prema drugom tijelu (najčešće prvostupanjskom), normirana je mogućnost iniciranja sudskog postupka za izvršenje presude, i to kako u slučajevima šutnje uprave kao i kod nepostupanja u skladu s uputama u presudi“.

Ovim odredbama propisani su i neki drugi „osigurači“ u postupku izvršenja sudske presude pa je tako određeno da se o nepoštivanju izvršavanja sudske presude obavještava tijelo nadležno za nadzor tijela koje je bilo obvezno izvršiti presudu.

Isto tako propisana je novčana kazna koju sud može izreći odgovornoj osobi u nadležnom javnopravnom tijelu koja nije postupila po sudskoj odluci te je definirano tko se smatra odgovornom osobom u nadležnom javnopravnom tijelu (čelnik nadležnog javnopravnog tijela). Ujedno je propisana mogućnost iniciranja postupka radi naknade štete koja bi nastala neizvršavanjem presude donesene u upravnom sporu.

Postupak po žalbi protiv sudskog rješenja kojim je odlučeno o zahtjevu za izvršenje propisan je kao hitan.

c.13) Odredbom članka 30. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima dopunjena je odredba članka 83. stavak 2. Zakona³⁴ na način da se omogućava Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske da pokrene postupak ocjene zakonitosti općeg akta povodom obavijesti građana ili pučkog pravobranitelja. Naime, prije ove izmjene i dopune bilo je propisano da „postupak ocjene zakonitosti općeg akta Visoki upravni sud Republike Hrvatske može pokrenuti po službenoj dužnosti ili na zahtjev suda“.

Dakle, prema rješenju iz citirane zakonske odredbe prije izmjena i dopuna, predstavnici javnosti nisu bili ovlašteni putem obavijesti ukazivati na potrebu da se ocijeni zakonitost nekog općeg akta. Otvaranjem prostora predstavnicima javnosti za ovakvu inicijativu odredba članka 83. stavak 2. Zakona usklađena je s Konvencijom o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđa u pitanjima okoliša (Aarhuškom konvencijom).

Međutim, prema dopunjenoj odredbi građani, pučki pravobranitelj ili sud mogu inicirati pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske pokretanje postupka za ocjenu zakonitosti nekog općeg akta, a o čemu u konačnici odlučuje Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

33 Vidi članak 81. Zakona o upravnim sporovima.

34 Vidi članak 83. Zakona o upravnim sporovima.

4. ZAKLJUČAK

Druga novela Zakona o upravnim sporovima imala je za cilj, kao što je to naprijed navedeno, otkloniti ograničenja i praznine koje je u primjeni pokazao Zakon o upravnim sporovima. Ključne izmjene i dopune Zakona odnose se na propisivanje prava na žalbu protiv rješenja kojim prvostupanjski sud odlučuje o postojanju pretpostavki za vođenje upravnog spora, te liberaliziranju „filtra za žalbu“ koji je ograničavao mogućnost podnošenja žalbe protiv većeg dijela odluka prvostupanjskih upravnih sudova. Smisao ovih izmjena i dopuna u konačnici je osiguranje učinkovitog žalbenog postupka u upravnom sporu te samim time osiguranje učinkovitog nadzora zakonitosti odluka prvostupanjskih upravnih sudova više sudbene instance, odnosno Visokog upravnog suda Republike Hrvatske.

Pored ovih, za upravni spor „strateških“, izmjena i dopuna druga Novela je donijela i niz drugih izmjena i dopuna koje se tiču samog postupka i nekih važnih instituta tako da su precizirane odredbe o mjesnoj nadležnosti, prekidu postupka, izuzeću, rukovođenju raspravom i objavi presude, odlučivanju u upravnom sporu i postupku ocjene zakonitosti općih akata.

Prema našoj ocjeni ove bi izmjene i dopune Zakona o upravnim sporovima trebale imati značajan učinak na daljnji razvoj upravnog spora i upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj. Liberalizacijom „filtra za žalbu“ trebala bi strankama u upravnom sporu biti omogućena viša razina zaštite njihovih subjektivnih prava odnosno viša razina pravne sigurnosti. Većim prelijevanjem predmeta, u žalbenom postupku prema Visokom upravnom sudu Republike Hrvatske, omogućit će tom sudu, kao najvišoj sudbenoj instanci u upravnom sudovanju, da učinkovito ujednačava sudsku praksu, što do sada nije bilo moguće zbog navedenih zakonskih praznina i ograničenja. Uloga i odgovornost Visokog upravnog suda Republike Hrvatske za razvoj upravnog spora i upravnosudske prakse, nakon stupanja na snagu druge novele Zakona o upravnim sporovima bit će jasnija i snažnija, nego što je to bilo do sada. Naime iz naprijed navedenih podataka razvidno je da je prema ranijim kriterijima za filtriranje žalbi, protiv prosječno 17 % donesenih odluka bilo moguće podnijeti žalbu, dok bi se prema novim liberaliziranim kriterijima žalba mogla podnositi protiv nešto više od 80 % odluka prvostupanjskih upravnih sudova. Dakle, radi se u potpuno izokrenutoj perspektivi, što predstavlja svakako veliki profesionalni izazov za suce Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, koji pored očekivane stručnosti u radu trebaju održati i dostignutu razinu ažurnosti i efikasnosti, tako da se žalbeni postupak svakako može provesti u roku manje od 180 dana.

Koliko će se obistiniti statistička predviđanja o potencijalnom broju žalbenih postupaka, teško je u ovome trenutku tvrditi jer to zavisi o nizu čimbenika o kojima bismo mogli u ovom trenutku samo nagađati (npr. godišnji priljev predmeta, kvaliteta rada javnopravnih tijela, broj upravnih sporova, kvaliteta rada prvostupanjskih sudova i sl.). Nešto konkretnije podatke o broju žalbenih postupaka u upravnom sudovanju, po novim kriterijima za filtriranje žalbi moći ćemo govoriti s odmakom vremena, kada novi pravni standardi koje donosi druga novela Zakona o upravnim sporovima zažive u praksi.

Međutim već sada možemo zasigurno ustvrditi da će novine druge novele Zakona o upravnim sporovima unaprijediti upravni spor i upravnosudsku praksu u Republici Hrvatskoj jer će doprinijeti stvaranju podloge za stabilnije pravno okruženje i jačanje pravne sigurnosti stranaka u upravnosudskom postupku.

Summary

THE EFFECT OF THE SECOND AMENDMENT OF THE ADMINISTRATIVE DISPUTE ACT TO THE ADMINISTRATIVE DISPUTE IN REPUBLIC OF CROATIA

The paper analyzes a possible impact of the provisions of the second amendment to the Administrative Disputes Act, whose purpose has primarily been the removal of restrictions of legal provisions which stipulate the possibility of making an appeal. In addition, some improvements have been introduced with the second amendment to the Administrative Disputes Act regarding the procedure, specification of the local jurisdiction, termination of the procedure, exemptions, managing judicial proceedings, decision-making in administrative disputes and the enforcement and evaluation procedure of the legality of general acts. These changes and amendments to the Administrative Disputes Act should have a powerful effect on administrative disputes in Croatia as they should enable a more effective monitoring of legality control of first instance administrative courts by the higher court instance, i.e. the High Administrative Court of the Republic of Croatia.

New criteria for filing an appeal against the decisions of first instance courts in an administrative dispute, defined by the second amendment to the Administrative Disputes Act, should serve as a mechanism to enable a higher level of protection of the parties' rights in an administrative dispute, a better framework for harmonization of court practice in the administrative adjudication and therefore a more efficient administrative dispute.

Key words: *second amendment to the law, right to appeal, filtering appeals, criteria for an appeal, reformation decision, harmonization of court practice, effective appeal process, efficient administrative dispute.*

Zusammenfassug

WIRKUNG DER ZWEITEN NOVELLE DES GESETZES ÜBER VERWALTUNGSTREITIGKEITEN AUF VERWALTUNGSTREITIGKEIT IN DER REPUBLIK KROATIEN

In der Arbeit wird die mögliche Wirkung von Bestimmungen der zweiten Novelle des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten analysiert, wessen Sinn vor allem die Beseitigung der Abgrenzungen von den die Möglichkeit der Berufung vorschreibenden Gesetzesbestimmungen war. Außerdem hat die zweite Gesetzesnovelle manche Verbesserungen in die Verwaltungsstreitigkeit bezüglich des Verfahrens selbst, der Verdeutlichung örtlicher Zuständigkeit, der Verfahrensunterbrechung, der Ablehnung, der Verhandlungsleitung und Beschlussfassung in der Verwaltungsstreitigkeit, des Vollzugs und des Verfahrens über die Rechtmäßigkeit von allgemeinen Akten eingeführt. Diese Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten sollten einen starken Einfluss auf Verwaltungsstreitigkeit in der Republik Kroatien haben, weil sie effektivere Aufsicht über die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Arbeit von erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten vonseiten höherer Gerichtsinstanz, beziehungsweise vonseiten des Oberen Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien ermöglichen sollten.

Neue in der zweiten Novelle des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten festgelegten Kriterien für die Einlegung der Berufung gegen Entscheidungen erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte in der Verwaltungsstreitigkeit sollten dazu dienen, eine höhere Ebene des Schutzes von Parteien in der Verwaltungsstreitigkeit sowie einen besseren Rahmen für die Angleichung der Verwaltungsrechtsprechung und damit auch eine effiziente Verwaltungsstreitigkeit zu ermöglichen.

Schlüsselwörter: *zweite Gesetzesnovelle, Recht auf Berufung, Filterung von Berufungen, Kriterien für die Berufung, reformatorische Entscheidung, Angleichung der Rechtsprechung, effektives Berufungsverfahren, effiziente Verwaltungsstreitigkeit.*

Riassunto

L'ESITO DELLA SECONDA NOVELLA DELLA LEGGE SUI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI SUL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO IN CROAZIA

Nel lavoro si analizza il possibile esito delle disposizioni introdotte con la seconda novella della legge sui procedimenti amministrativi, che in primo luogo voleva eliminare le limitazioni delle disposizioni normative che prevedono la possibilità di utilizzo del ricorso. Inoltre, la seconda novella della legge sui procedimenti amministrativi ha introdotto nel contenzioso amministrativo alcuni miglioramenti che concernono il procedimento in sé; la puntualizzazione della competenza territoriale, l'interruzione del procedimento, le esenzioni, la conduzione dibattimentale e decisionale nel contenzioso amministrativo, le esecuzioni ed il giudizio di legittimità degli atti generali. Queste modifiche ed integrazioni della legge sul procedimento amministrativo dovrebbero avere un importante esito sul contenzioso amministrativo in Croazia, poiché dovrebbero condurre ad una vigilanza della legittimità procedurale dei tribunali amministrativi più efficace da parte dei gradi di giudizio più alti, ovvero da parte dell'Alta corte amministrativa della Repubblica di Croazia.

I nuovi criteri per la presentazione del ricorso avverso le decisioni dei tribunali amministrativi di primo grado nel contenzioso amministrativo definiti dalla seconda novella della legge sul procedimento amministrativo dovrebbero servire quale meccanismo mediante il quale si assicurerà un livello superiore di tutela delle parti nel contenzioso amministrativo, un quadro migliore per l'equiparazione della giurisprudenza nella giustizia amministrativa e con ciò un contenzioso amministrativo più efficace.

Parole chiave: *seconda novella della legge, diritto al ricorso, filtro dei ricorsi, criteri per il ricorso, decisione riformante, uniformazione della giurisprudenza, procedimento d'impugnazione più efficace, contenzioso amministrativo efficace.*

SPORNA PITANJA NAPLATE KOMUNALNE NAKNADE I KOMUNALNOG DOPRINOSA U UPRAVNOM POSTUPKU I UPRAVNOM SPORU

Božidar Horvat, dipl. iur, sudac
Predsjednik Upravnog suda u Osijeku
Osijek

UDK: 342.9(497.5)
Ur.: 26. siječnja 2015.
Pr.: 13. veljače 2015.
Stručni rad

Sažetak

U predmetnom radu autor obrađuje sporna pitanja naplate komunalne naknade i komunalnog doprinosa u upravnom postupku i upravnom sporu i to posebno u odnosu na utvrđivanje obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, bez obzira vodi li se postupak na prijedlog stranke ili po službenoj dužnosti. Nadalje, u radu se obrađuju pitanja uvjeta za djelomično ili u potpunosti oslobađanje od plaćanja obveze komunalne naknade i komunalnog doprinosa, kao i rokova u kojima stranka može podnijeti takav prijedlog za oslobađanje, odnosno rokova u kojima javnopravno tijelo donosi Odluku na prijedlog stranke ili po službenoj dužnosti o djelomičnom ili u potpunosti oslobađanju od obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa. Isto tako, u radu se obrađuju i sudska praksa odnosno zauzeta pravna shvaćanja u odnosu na naprijed navedeno u postupcima pred upravnim sudovima koji su se vodili ili se vode u odnosu na naplatu komunalne naknade i komunalnog doprinosa, kao i pitanja zastare naplate komunalne naknade i komunalnog doprinosa.

Ključne riječi: komunalna naknada, komunalni doprinos, oslobođenje od plaćanja, rokovi, zastara

1. UVOD

Komunalna naknada i komunalni doprinos predstavljaju bitan instrument prikupljanja javnih prihoda općina i gradova kao jedinica lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj, te se prihodi od komunalne naknade i komunalnog doprinosa ubrajaju u fiskalno najizdašnije prihode općina i gradova. U trenutno važećem Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi¹ pitanje naplate komunalne naknade definirano je kao posao iz djelokruga općina i gradova kao jedinica lokalne samouprave sukladno Zakonu o komunalnom gospodarstvu. U praksi javnopravnih tijela kao i nadležnih sudova pojavili su se problemi odnosno sporna pitanja koja se odnose

1 Članak 19. stavak 1. Zakona 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., 144/12.).

na utvrđivanje i naplatu komunalne naknade i komunalnog doprinosa te posebno u odnosu na oslobođenje od plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa. Pri tome također treba uzeti u obzir da su najvažniji elementi komunalne naknade kao javnog prihoda, kako je navedeno, uređeni Zakonom o komunalnom gospodarstvu² i to u glavi IV. (Prihodi za obavljanje komunalnih djelatnosti), a komunalne djelatnosti navedene su u članku 20. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu³, dok je pravna osnova za naplatu komunalne naknade u Republici Hrvatskoj propisana odredbama članka 22.⁴ do članka 28. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

Također, na temelju ovlasti iz članka 23. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave donosi odluku o komunalnoj naknadi, odnosno opći akt kojim se pobliže utvrđuju elementi bitni za izračun komunalne naknade⁵. Odluka sadrži i rokove plaćanja, nekretnine u odnosu na koje se donosi odluka o djelomičnom ili potpunom oslobođenju plaćanja komunalne naknade, razloge oslobođenja, izvore prihoda iz kojih će se namiriti sredstva potrebna za financiranje namjenskih poslova, ako se pojedine korisnike oslobađa od plaćanja komunalne naknade. Iz navedenog proizlazi obvezatni sadržaj odluke o komunalnoj naknadi, te upravno tijelo jedinice lokalne samouprave u čijoj su nadležnosti poslovi komunalnog gospodarstva donosi rješenje o komunalnoj naknadi, kojim se utvrđuje obveza plaćanja komunalne naknade kao i visina obveze te eventualno oslobođenje od plaćanja za pojedine obveznike, a sukladno odredbama odluke o komunalnoj naknadi.

Nadalje, člankom 32. stavak 2. Zakona o komunalnom gospodarstvu propisano je da rješenje o komunalnom doprinosu donosi upravno tijelo jedinice lokalne samouprave nadležno za komunalno gospodarstvo, i to na temelju odluke o komunalnom doprinosu iz članka 31. stavak 3. Zakona o komunalnom gospodarstvu, u postupku pokrenutom po zahtjevu stranke ili po službenoj dužnosti, dok je stavkom 3. članka 32. Zakona o komunalnom gospodarstvu također izričito propisan obvezatni sadržaj rješenja o komunalnom doprinosu iz stavka 2. članka 32. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

Člankom 30. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu propisano je da se građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture za javne površine, nerazvrstane ceste, groblja i krematorije te javnu rasvjetu, financira između ostalog, i iz komunalnog doprinosa.

Prema tome, obveza plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa

2 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. i 153/13.).

3 Člankom 20. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu navedene su djelatnosti komunalne naknade te obuhvaćaju opskrbu pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, osim odvodnje atmosferskih voda, opskrbu plinom, opskrbu toplinskom energijom, prijevoz putnika u javnom prometu, održavanje čistoće u dijelu koji se odnosi na skupljanje i odvoz komunalnog otpada, odlaganje komunalnog otpada, tržnice na malo, obavljanje pogrebnih poslova i obavljanje dimnjačarskih poslova.

4 Člankom 22. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu izričito je propisano kako je komunalna naknada prihod proračuna jedinice lokalne samouprave.

5 Obvezatni sadržaj odluke o komunalnoj naknadi propisan je odredbom članka 23. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

predstavlja obvezu utvrđenu zakonom, koja nastaje pod uvjetima također propisanih zakonom, a detaljnije razrađeno činjenica zbog kojih se utvrđuje obveza plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, ili se donosi rješenje o oslobođenju, u potpunosti ili djelomice, obveze od plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, utvrđuje se općim aktom jedinica lokalne samouprave (Odluke jedinica lokalne samouprave o komunalnoj naknadi ili Odluke o socijalnoj skrbi objavljene u službenim novinama ili službenom vjesniku jedinica lokalne samouprave) koji je isto tako donesen na temelju zakonske ovlasti jedinica lokalne samouprave. Nadalje, temeljem Zakona o komunalnom gospodarstvu činjenica koja se utvrđuje kao predmet odnosno objekt komunalne naknade jest vlasništvo ili korištenje nekretnine u vezi s kojom jedinice lokalne samouprave obavljaju određene komunalne djelatnosti. Komunalna naknada plaća se za te nekretnine koje se nalaze unutar građevinskog područja naselja jedinice lokalne samouprave kao i za korištenje stambenog ili poslovnog prostora koji se nalaze izvan građevinskog područja naselja, a na kojem se obavljaju najmanje komunalne djelatnosti održavanja javnih površina, održavanje nerazvrstanih cesta i javne rasvjete i koje su opremljene najmanje pristupnom cestom, objektima za opskrbu električnom energijom i vodom prema mjesnim prilikama te čine sastavni dio infrastrukture jedinice lokalne samouprave.

Kriteriji kojima se utvrđuje iznos obveze jesu korisna površina nekretnine, lokacija nekretnine te vrsta odnosno namjena nekretnine. Odlukom predstavničkog tijela jedinica lokalne samouprave, po donošenju odluke o komunalnoj naknadi, određuje se vrijednost boda izražena u kunama, jednaka mjesečnoj visini komunalne naknade po četvornom metru korisne površine stambenog prostora u prvoj zoni jedinice lokalne samouprave.⁶

U odnosu na komunalni doprinos, Zakonom o komunalnom gospodarstvu propisano je da komunalni doprinos plaća vlasnik građevne čestice na kojoj se gradi građevina, odnosno investitor s time da obveznik komunalnog doprinosa može uz suglasnost jedinica lokalne samouprave i sam snositi troškove gradnje objekata i uređenja komunalne infrastrukture, a navedeni troškovi priznaju se u iznos komunalnog doprinosa, pod uvjetima utvrđenim pisanim ugovorom s jedinicom lokalne samouprave. Uz navedeno jedinica lokalne samouprave ne plaća komunalni doprinos kada je investitor gradnje objekta i uređaja komunalne infrastrukture. S time da predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave donosi odluku o komunalnom doprinosu kojom se obvezno utvrđuju područja zone u gradu, odnosno općini, ovisno o pogodnosti položaja određenog područja i stupnju opremljenosti objektima i uređajima komunalne infrastrukture, jediničnu vrijednost komunalnog doprinosa po vrsti objekata i uređaja komunalne infrastrukture i po pojedinim zonama, određena u kunama po m³ građevine, način i rokove plaćanja komunalnog doprinosa, opće uvjete i razloge zbog kojih se u pojedinim slučajevima može odobriti djelomično ili potpuno oslobađanje od plaćanja komunalnog doprinosa kao i izvore sredstava iz kojih će se namiriti iznos za slučaj potpunog ili djelomičnog oslobađanja od plaćanja komunalnog doprinosa.

Rješenja o komunalnoj naknadi i komunalnom doprinosu predstavljaju upravni

6 Članak 24. i 25. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

akt, u kojem se utvrđuje jesu li ispunjene naprijed navedene činjenice u odnosu na fizičku ili pravnu osobu vlasnika ili korisnika nekretnine kao obveznika komunalne naknade i komunalnog doprinosa te iznos njegove obveze na ime komunalne naknade i komunalnog doprinosa ili eventualno oslobođenje od plaćanja (privremeno, potpuno ili djelomično⁷). Pri tome treba naglasiti da temeljem Zakona o komunalnom gospodarstvu odnos između obveznika komunalne naknade i komunalnog doprinosa i tijela jedinice lokalne samouprave nadležne za utvrđivanje i naplatu komunalne naknade i komunalnog doprinosa predstavljaju pravni odnos koji nastaje temeljem zakona u slučaju ispunjenja zakonom predviđenih činjenica, te se radi o javnopravnom odnosu, dakle odnosu nastalom temeljem zakonske norme, a ne sporazuma sudionika, u kojem odnosu jedan sudionik predstavlja tijelo javne vlasti, te se naplata komunalne naknade i komunalnog doprinosa očituje u javnom interesu jedinice lokalne samouprave odnosno potrebi financiranja komunalnih djelatnosti.

Također, upravno tijelo jedinice lokalne samouprave u čijem su djelokrugu poslovi komunalnog gospodarstva dužno je voditi evidenciju o visini komunalne naknade (vrijednost boda, koeficijenta zone i koeficijenta namjene), naknade za priključenje i komunalnog doprinosa (jedinичne vrijednosti komunalnog doprinosa za pojedine zone), u jedinicama lokalne samouprave na području županije, te su predviđene novčane kazne odnosno prekršajna odgovornost za odgovorne osobe u jedinici lokalne samouprave koje utroše sredstva komunalne naknade i komunalnog doprinosa protivno njihovoj namjeni.

2. POSTUPAK UTVRĐIVANJA KOMUNALNE NAKNADE I KOMUNALNOG DOPRINOSA I NAPLATA

Kako je naprijed navedeno obveza plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa ili oslobođenje od plaćanja istih utvrđuje se rješenjem o komunalnoj naknadi odnosno komunalnom doprinosu. Postupak donošenja rješenja o komunalnoj naknadi i komunalnom doprinosu upravni je postupak sukladno članku 1. i članku 2. Zakona o općem upravnom postupku. U postupku utvrđivanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa nadležno javnopravno tijelo odnosno upravno tijelo jedinice lokalne samouprave u čijem su djelokrugu poslovi komunalnog gospodarstva primjenjuje Zakon o komunalnom gospodarstvu i opći akt predstavničkog tijela jedinica lokalne samouprave (odluka o komunalnoj naknadi) te odlučuje o pojedinačnom pravu i obvezi. U navedenom rješenju odnosno u izreci istog utvrđuje se obveza uplate točno određenog iznosa na ime komunalne naknade i komunalnog doprinosa u proračun jedinica lokalne samouprave, temeljem naprijed navedenih kriterija. Međutim rješenje se donosi i ako pravna i fizička osoba koja je prema Zakonu o komunalnom gospodarstvu obveznik komunalne naknade i komunalnog doprinosa, ima pravo na oslobođenje od plaćanja sukladno odluci o komunalnoj naknadi ili komunalnom doprinosu⁸.

7 Članak 22. stavak 7. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

8 Članak 23. stavak 3. i stavak 4. i članak 23. stavak 6. te članak 31. i članak 32. Zakona o komunalnom gospodarstvu

Prema tome, rješenje o komunalnoj naknadi i komunalnom doprinosu donosi se u upravnom postupku koji se sastoji od faze pokretanja postupka, utvrđivanja činjeničnog stanja i meritornog rješavanja sukladno odredbama o općem upravnom postupku. Postupovna pravila u postupku utvrđivanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa te eventualnog izvršenja rješenja o komunalnoj naknadi i komunalnom doprinosu propisana su Zakonom o općem upravnom postupku te je u sudskoj praksi zauzeto pravno shvaćanje⁹ da se u postupku donošenja rješenja komunalne naknade i komunalnog doprinosa primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku kao opći zakon. Iz navedenog proizlazi da nema uvjeta da se u postupku donošenja rješenja o komunalnoj naknadi i komunalnom doprinosu primjenjuje Opći porezni zakon kao specijalni propis odnosno posebni zakon koji uređuje posebni upravni postupak u svezi s utvrđivanjem i naplatom poreza i drugih javnih davanja¹⁰. Uz navedeno potrebno je naglasiti da se izvršenje rješenja o komunalnoj naknadi i komunalnom doprinosu, nakon što su ista stekla svojstva izvršnosti¹¹, provode ako stranka ne postupi sukladno izreci rješenja, odnosno kada obveznik ne ispuni svoju novčanu obvezu prema proračunu jedinice lokalne samouprave na način i u roku kako je to određeno u izreci rješenja.

3. SPORNA PITANJA U PRAKSI

Budući da je odredbom članka 3. stavak 1. točka 1. Zakona o upravnim sporovima propisano da je predmet upravnog spora ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u upravnoj stvari (upravni akt) protiv koje nije dopušteno izjaviti redoviti pravni lijek, proizlazi da u upravnom sporu u odnosu na pitanje komunalne naknade i komunalnog doprinosa, sud ocjenjuje zakonitost provedenog upravnog postupka utvrđivanja obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, kao i zakonitost prvostupanjskog i eventualno drugostupanjskog rješenja jedinice lokalne samouprave, te su se u praksi pojavila sporna pitanja koja se posebno očituju u odnosu na ispunjavanje uvjeta za oslobođenje (u potpunosti ili djelomice) od plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, nadalje pitanja koja se odnose na rok u kojem stranka može staviti prijedlog za oslobođenje od plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, kao i pitanja ništetnosti rješenja jedinice lokalne samouprave o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa te pitanje zastare plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa.

U odnosu na pitanje utvrđivanja obveze plaćanja komunalne naknade u praksi se kao sporno pitanje, pojavilo pitanje kada nadležno državno odvjetništvo osporava rješenje jedinice lokalne samouprave o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade, navodeći da Općinsko državno odvjetništvo kojemu je dodijeljena

9 Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj: Us-12075/2010-4 od 4. srpnja 2012.

10 Članak 23. stavak 5. Zakona o komunalnom gospodarstvu upućuje na primjenu propisa o prisilnoj naplati poreza na dohodak, odnosno poreza na dobit prilikom izvršenja rješenja o komunalnoj naknadi

11 Članak 133. Zakona o općem upravnom postupku

nekretnina na korištenje od strane Agencije za upravljanje državnom imovinom (sada Državni ured za upravljanje imovinom) nema obvezu plaćanja komunalne naknade, pri tome uzimajući u obzir da je Zakonom o upravljanju i raspolaganju imovinom Republike Hrvatske propisano da su Republika Hrvatska i Državni ured oslobođeni od plaćanja između ostalog i komunalne naknade u odnosu na vlasništvo i upravljanje, te raspolaganje državnom imovinom, osim ako posebnim propisom nije drugačije određeno, kao i da ostala tijela državne uprave nakon predaje državne imovine u obliku nekretnine na upravljanje Uredu prestaju biti obveznici između ostalog i plaćanja komunalne naknade u odnosu na predmetnu imovinu¹². Uz navedeno, kao sporno pitanje u konkretnom slučaju nameće se i pitanje može li državno odvjetništvo biti obveznik plaćanja komunalne naknade odnosno može li jedinica lokalne samouprave obvezati državno odvjetništvo na plaćanje iste. U odnosu na navedeno u sudskoj praksi zauzeto je pravno shvaćanje da se u slučaju dodjele nekretnine na korištenje, u konkretnom slučaju državnom odvjetništvu, isto može utvrditi kao obveznik plaćanja komunalne naknade, ako je u odluci o dodjeli na korištenje nekretnine utvrđeno da je državno odvjetništvo daljnji obveznik plaćanja i komunalne naknade. Iz navedenoga proizlazi da jedinica lokalne samouprave u tom slučaju može sukladno odredbama Zakona o komunalnom gospodarstvu donijeti rješenje kojim utvrđuje državno odvjetništvo obveznikom plaćanja komunalne naknade, budući da Zakon o upravljanju i raspolaganju imovinom Republike Hrvatske propisuje oslobađanje od obveze plaćanja Republiku Hrvatsku i Državni ured, a Uredbom o mjerilima i kriterijima dodjele na korištenje nekretnina za potrebe tijela državne uprave i drugih tijela korisnika Državnog proračuna te drugih osoba¹³, kao i Odlukom o dodjeli na korištenje nekretnine propisano je da tijelo koje je korisnik proračuna, odnosno u konkretnom slučaju državno odvjetništvo, ima obvezu plaćanja komunalne naknade sukladno Odluci o komunalnoj naknadi koju je donijelo predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave sukladno Zakonu o komunalnom gospodarstvu¹⁴.

Nadalje, kao sporno pitanje u praksi pokazalo se i pitanje roka u kojem fizička ili pravna osoba koja je obveznik plaćanja komunalne naknade može podnijeti zahtjev za smanjenjem komunalne naknade, pri tome uzimajući u obzir da je Odlukom o komunalnoj naknadi jedinice lokalne samouprave propisano, između ostalog, kako će se pravnim osobama koje se bave proizvodnom djelatnošću pod određenim uvjetima umanjiti obračunata komunalna naknada. Iz navedenog proizlazi da u takvim slučajevima prije svega u Odluci o komunalnoj naknadi jedinica lokalne samouprave, treba biti predviđena mogućnost smanjenja obveze na ime komunalne naknade, što se može smatrati i djelomičnim oslobodenjem od obveze plaćanja komunalne naknade, kao i da je propisan rok u kojem stranka može podnijeti zahtjev za smanjenje komunalne naknade, pri tome cijeneći pravnu narav prihoda komunalne naknade i namjenskog trošenja iste od strane jedinice lokalne samouprave.

Prema tome, ako je Odlukom o komunalnoj naknadi propisano ovlaštenje

12 Članak 19. stavak 1. i 2. Zakona o upravljanju i raspolaganju imovinom u vlasništvu Republike Hrvatske

13 Narodne novine br.: 127/13.

14 Presuda Upravnog suda u Osijeku poslovni broj: UsI-183/14-7 od 19. travnja 2014. godine.

obveznika plaćanja komunalne naknade da podnese zahtjev za smanjenje odnosno djelomično oslobođenje od plaćanja iste, sporno je smatra li se podnošenje zahtjeva obveznika plaćanja u bilo kojem trenutku, ako rok nije propisan navedenom Odlukom o komunalnoj naknadi, da je zahtjev podnesen u roku.

U svezi s navedenim, potrebno je naglasiti da je temeljem Zakona o komunalnom gospodarstvu predstavničko tijelo jedinica lokalne samouprave nakon donošenja Odluke o komunalnoj naknadi, ovezno za svaku kalendarsku godinu u skladu s predvidivim sredstvima i izvorima financiranja donijeti Program održavanja komunalne infrastrukture za djelatnosti iz članka 19. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

Dakle, iz navedenog proizlazi, da se zahtjev za smanjenje komunalne naknade može podnijeti tijekom tekuće godine u kojoj je utvrđena obveza plaćanja komunalne naknade, budući da se prikupljanjem komunalne naknade podmiruju potrebna sredstva za financiranje obavljanja određenih komunalnih djelatnosti, prema godišnjem programu kojeg utvrđuje predstavničko tijelo jedinica lokalne samouprave svake kalendarske godine¹⁵. Stoga je u sudskoj praksi zauzeto pravno shvaćanje da se sredstva komunalne naknade u tu svrhu mogu utvrđivati godišnje te bi se za svakog pojedinog obveznika i rješenje moglo donositi tijekom godine u okviru godišnjeg programa, iako Zakon o komunalnom gospodarstvu propisuje da rješenje o komunalnoj naknadi donosi upravno tijelo jedinice lokalne samouprave u čijem su djelokrugu poslovi komunalnog gospodarstva za kalendarsku godinu do 31. ožujka tekuće godine, ako se na osnovi odluke predstavničkog tijela mijenja njezina visina u odnosu na prethodnu godinu¹⁶. Prema tome, ako je upravno tijelo jedinice lokalne samouprave obvezniku plaćanja utvrdilo obvezu komunalne naknade za konkretnu godinu (npr. za 2013. godinu) dakle tijekom tekuće godine, upravno tijelo jedinice lokalne samouprave rješenje o obvezi plaćanja komunalne naknade može donijeti do kraja tekuće godine budući da je sukladno shvaćanju sudske prakse riječ o instruktivnom roku, odnosno upravno tijelo jedinice lokalne samouprave ima obvezu rješenja o komunalnoj naknadi za tekuću godinu donijeti tijekom te godine, upravo zbog naprijed navedene izražene namjenske svrhe trošenja sredstava prikupljenih od komunalne naknade¹⁷. Iz navedenog proizlazi da i obveznik plaćanja komunalne naknade može tijekom cijele tekuće godine u odnosu na koju je utvrđena obveza plaćanja komunalne naknade, podnijeti zahtjev za smanjenje odnosno djelomično oslobođenje od obveze plaćanja komunalne naknade.

Međutim, u praksi se pojavilo i pitanje u kojem roku obveznik plaćanja komunalne naknade može podnijeti predmetni zahtjev ako je tijekom tekuće godine (npr. tijekom 2013. godine) stupila na snagu Odluka o izmjeni i dopuni Odluke o komunalnoj naknadi jedinice lokalne samouprave, koja propisuje da se zahtjev za smanjenje komunalne naknade može podnijeti od 1. siječnja te godine (npr. 1. siječnja 2013. godine), ako su za to bili ispunjeni propisani uvjeti.

15 Članak 21. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

16 Članak 20. stavak 2. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

17 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske Us-6019/2006-7 od 31. ožujka 2010. godine; presuda Upravnog suda Republike Hrvatske Us-3643/2002-6 od 30. kolovoza 2005. godine.

U konkretnom slučaju zauzeto je pravno shvaćanje da obveznik plaćanja komunalne naknade ima pravnu mogućnost podnijeti zahtjev za smanjenje komunalne naknade za tekuću godinu prilažući podatke odnosno dostavljajući dokaze o uvjetima za smanjenje sve do kraja tekuće godine, odnosno odmah od dana stupanja na snagu Odluke o izmjeni i dopuni Odluke o komunalnoj naknadi. Odnosno ako je obveznik plaćanja komunalne naknade cijeneći naprijed navedeno, zahtjev za smanjenje komunalne naknade za konkretnu godinu (npr. 2013. godinu) podnio u 2014. godini, smatra se da je predmetni zahtjev podnesen izvan roka, cijeneći pri tome namjensku narav trošenja sredstva komunalne naknade koja je određena godišnje. U takvim se slučajevima može zauzeti pravno shvaćanje da se navedeni rok za donošenje rješenja o komunalnoj naknadi ima smatrati kao rok koji traje do kraja godine u kojoj se rješenje za tu godinu ima donijeti, slijedom čega u istom vremenskom roku i obveznik plaćanja može podnijeti zahtjev za oslobođenjem ili smanjenjem obveze plaćanja komunalne naknade. Međutim nakon proteka konkretne godine, obveznik plaćanja u narednoj godini nema mogućnost podnijeti predmetni zahtjev, iz čega proizlazi da bi se predmetni rok do kraja tekuće godine imao smatrati prekluzivnim rokom.

U praksi se kao sporno pitanje nametnulo i pitanje može li se u upravnom sporu kod ocjene zakonitosti konkretnog rješenja o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa oglasiti ništetim predmetno rješenje jedinice lokalne samouprave o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, ako sud utvrdi da predmetno rješenje nije doneseno sukladno pravilima upravnog postupka, odnosno temeljem odredbi Zakona o općem upravnom postupku, cijeneći naprijed navedeno da je postupak utvrđivanja obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa upravni postupak odnosno da konkretno rješenje o obvezi plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, a nakon provedenog upravnog postupka, predstavlja upravni akt.

Uzimajući u obzir da je Zakonom o upravnim sporovima propisano da na razloge ništetnost pojedinačne odluke i ništetnosti upravnog ugovora sud pazi po službenoj dužnosti¹⁸, u sudskoj praksi zauzeto je pravno shvaćanje da upravni sud u upravnom sporu ukoliko ocjeni da konkretno rješenje o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa (pojedinačna odluka) nije doneseno sukladno odredbama Zakona o općem upravnom postupku, može donijeti presudu kojim oglašava ništetim konkretno rješenje jedinice lokalne samouprave o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa.

Naime, Zakonom o komunalnom gospodarstvu kako je naprijed navedeno propisan je obvezatni sadržaj rješenja o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade odnosno koje sve elemente treba sadržavati rješenje o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade. Tako je propisano da rješenje obvezatno sadrži:

1. iznos sredstava komunalnog doprinosa koji je obveznik dužan platiti,
2. način i rokove plaćanja komunalnoga doprinosa,
3. prikaz načina obračuna komunalnoga doprinosa za građevinu koja se gradi,
4. popis objekata i uređaja komunalne infrastrukture koje će jedinice lokalne samouprave izgraditi u skladu s Programom gradnje objekata i uređaja

18 Članak 31. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima.

komunalne infrastrukture i

5. obvezu jedinice lokalne samouprave o razmjernom povratu sredstava u odnosu na izgrađenost objekata i uređaja komunalne infrastrukture iz točke 4. i ostvareni priliv sredstava¹⁹.

Isto tako, Zakonom o komunalnom gospodarstvu propisan je i obvezni sadržaj rješenja o utvrđivanju obveze komunalnog doprinosa, pa je tako propisano da predmetno rješenje obvezatno sadrži iznos sredstava komunalnog doprinosa koji je obveznik dužan platiti, način i rokove plaćanja komunalnog doprinosa, prikaz načina obračuna komunalnog doprinosa za građevinu koja se gradi, popis i rok izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture te obvezu povrata sredstava ako jedinica lokalne samouprave ne izvrši svoju obvezu.

S obzirom na navedeno, budući da Zakon o općem upravnom postupku propisuje da će se rješenje oglasiti ništetnim ako sadržava nepravilnost koja je po izričitoj zakonskoj odredbi razlog za ništavost rješenja²⁰, te cijeneći da Zakon o komunalnom gospodarstvu propisuje da je ništavo rješenje koje ne sadrži elemente propisane predmetnim Zakonom²¹, u upravnom sporu, a primjerice u svezi s tužbom kojom se traži poništenje rješenja o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa te meritorno rješavanje od strane suda na način da sud oslobodi od obveze plaćanja komunalne naknade ili komunalnog doprinosa obveznika plaćanja, sud može u naprijed navedenim slučajevima oglasiti ništavim rješenje o obvezi plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa ukoliko jedinica lokalne samouprave u predmetnom rješenju o utvrđivanju obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa nije utvrdila neki od obveznih elementa koje rješenje o obvezi plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa mora sadržavati (npr. rješenje ne sadrži popis objekata i uređaja komunalne infrastrukture²²).

Također, u odnosu na umanjenje obveze plaćanja komunalne naknade odnosno oslobođenje od obveze plaćanja komunalne naknade potrebno je istaknuti da se kao sporno pitanje u praksi pojavljuje i pitanje može li fizička ili pravna osoba koja je obveznik plaćanja komunalne naknade, predmetni prijedlog podnijeti jedinici lokalne samouprave ne samo u tekućoj godini u odnosu na koju se donosi rješenje o plaćanju komunalne naknade, već i godinu ili dvije kasnije. Isto tako sporno je u slučaju promijenjenih okolnosti koje utječu na visinu obveze plaćanja komunalne naknade, kada pravna ili fizička osoba u slučaju nastupanja tih promijenjenih okolnosti može podnijeti prijedlog za umanjenje ili oslobođenje obveze plaćanja komunalne naknade.

U svezi s navedenim, u sudskoj praksi zauzeto je pravno shvaćanje da u slučaju nastupanja okolnosti zbog kojih proizlazi osnova umanjenja ili oslobođenja od plaćanja komunalne naknade, pravna ili fizička osoba ne može takav prijedlog staviti protekom godinu ili dvije nakon nastupanja tih okolnosti. Naime, ukoliko predmetne okolnosti nastupe u tekućoj godini, prema shvaćanju sudske prakse, pravna ili fizička

19 Članak 24. stavak 2. i stavak 3. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

20 Članak 128. stavak 1. točka 6. Zakona o općem upravnom postupku.

21 Članak 24. stavak 4. i članak 32. stavak 5. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

22 Presuda Upravnog suda u Osijeku poslovni broj: UsI-881/13-6 od 8. studenoga 2013. godine.

osoba predmetni prijedlog dužna je podnijeti u roku od petnaest dana od činjenice nastalih promjena odnosno u svakom slučaju odmah nakon nastale promjene²³, da bi se o istom moglo odlučiti.

Iz navedenog proizlazi da se u konkretnom slučaju zahtjev koji se odnosi na obvezu plaćanja unatrag dvije ili tri godine u odnosu na godinu za koju je utvrđena obveza plaćanja komunalne naknade ne može podnositi na navedeni način, već je pravna ili fizička osoba, kako je naprijed navedeno, u obvezi odmah ili najkasnije u roku od petnaest dana od dana nastupanja promijenjenih okolnosti dužna o tome izvijestiti jedinicu lokalne samouprave, pri tome svakako uzimajući u obzir da je osnova umanjenja ili oslobođenja od obveze plaćanja komunalne naknade uslijed nastupanja predmetnih okolnosti utvrđena u Odluci o komunalnoj naknadi jedinici lokalne samouprave²⁴. Dakle, ukoliko pravna ili fizička osoba u roku, odnosno u tekućoj godini te do 31. ožujka naredne godine, podnese zahtjev za umanjenje ili oslobođenje od obveze plaćanja komunalne naknade, prema shvaćanju sudske prakse takav zahtjev bio bi podnesen u roku i nadležno tijelo jedinice lokalne samouprave u daljnjem postupku bilo bi obvezno utvrditi jesu li nastupile takove okolnosti, a koje su i utvrđene u konkretnoj Odluci o komunalnoj naknadi jedinica lokalne samouprave, da se u odnosu na pravnu ili fizičku osobu umanjí obveza plaćanja komunalne naknade ili da se ista u cijelosti oslobodi od obveze plaćanja komunalne naknade.

Nadalje, u odnosu na obvezu plaćanja komunalne naknade kao sporno pitanje u praksi može se pojaviti i pitanje zastare. Naime, nakon provedenog upravnog postupka, ukoliko pravna ili fizička osoba ne ispuni obvezu plaćanja komunalne naknade pokreće se postupak izvršenja, te izvršno rješenje o komunalnoj naknadi izvršava upravno tijelo u postupku i na način određen propisima o prisilnoj naplati poreza na dohodak, odnosno dobit²⁵.

Sukladno odredbi članka 65. Zakona o porezu na dohodak u svezi s utvrđivanjem, naplatom, povratom poreza, žalbenim postupkom, zastarom i prekršajnim postupkom primjenjuju se odredbe Općeg poreznog zakona i Prekršajnog zakona, a odredbama Općeg poreznog zakona propisano je da ako navedenim Zakonom nije drugačije uređeno, na poreznu zastaru primjenjuje se Zakon o obveznim odnosima²⁶.

Prema tome, budući da komunalna naknada predstavlja povremeno davanje, vrijeme potrebno za zastaru potraživanja, cijeneći naprijed navedeno, propisuje Zakon o obveznim odnosima na način da tražbine povremenih davanja koja dospijevaju godišnje ili u kraćim razdobljima, bilo da se radi o sporednim povremenim tražbinama, kao što je tražbina kamata, bilo da se radi o takvim povremenim tražbinama u kojima se iscrpljuje samo pravo, kao što je tražbina uzdržavanja, zastarijevaju za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja²⁷. Iz navedenog proizlazi, a sukladno i pravnom shvaćanju sudske prakse, da se u odnosu na pitanje zastare komunalne naknade

23 Članak 22. stavak 6. Zakona o komunalnom gospodarstvu.

24 Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-9983/2011-5 od 23. svibnja 2013. godine i presuda Upravnog suda u Zagrebu, poslovni broj: UsI-3539/12-11 od 16. svibnja 2013. godine.

25 Članak 20. stavak 5. Zakona o komunalnoj naknadi.

26 Članak 94. stavak 11. Općeg poreznog zakona.

27 Članak 226. stavak 1. Zakona o obveznim odnosima.

kao povremenog davanja ima primijeniti trogodišnji zastarni rok, a ne petogodišnji zastarni rok, koji je u pojedinim slučajevima utvrđivalo nadležno upravno tijelo²⁸.

U odnosu na sporna pitanja u praksi u svezi s komunalnim doprinosima zauzeto je pravno shvaćanje da kada je člankom 25. Zakona o komunalnom gospodarstvu propisano kako obveznik komunalnog doprinosa može uz suglasnost jedinice lokalne samouprave i sam snositi troškove gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture te da se istom ti troškovi priznaju u iznos komunalnog doprinosa, pod uvjetima utvrđenima pisanim ugovorom s jedinicom lokalne samouprave, potrebno je postojanje konkretnog ugovora kojim se utvrđuju naprijed navedene činjenice. Sukladno navedenom članku 25. Zakona o komunalnom gospodarstvu, odnosno, predmetnim pisanim ugovorom mora biti regulirano da je obveznik komunalnog doprinosa, uz suglasnost jedinice lokalne samouprave, sam snosio troškove gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture, koji su za predmetnu parcelu nesporno izgrađeni, s time da u takvim slučajevima nije odlučno je li obveznik plaćanja eventualno podnio zahtjev za oslobođanje od plaćanja komunalnog doprinosa, cijeneći da se radi o donošenju rješenja o komunalnom doprinosu po službenoj dužnosti, a ne o upravnom postupku pokrenutom na zahtjev stranke, a radi oslobođenja od plaćanja komunalnog doprinosa. Također u pravnoj praksi zauzeto je shvaćanje da je investitor obveznik plaćanja komunalnog doprinosa i ako je komunalna infrastruktura koja se vezuje uz njegovu parcelu u cijelosti izgrađena, jer se sredstva komunalnog doprinosa koriste za građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture na cijelom području općine odnosno grada i to sukladno Programu mjera za unapređenje stanja u prostoru (presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj: Us-12327/2006-4 od 11. ožujka 2010. godine i presuda Upravnog suda u Osijeku poslovni broj: UsI-1027/14 od 20. studenog 2014. godine).

Nadalje, kao sporno pitanje pojavilo se i pitanje je li obveznik plaćanja komunalnog doprinosa obavezan platiti komunalni doprinos iako su isti već prethodno platili prijašnji vlasnici nekretnine za koju se utvrđuje obveza plaćanja komunalnog doprinosa, a novi vlasnici podnijeli su potpuno novu projektnu dokumentaciju i novi zahtjev za izdavanje rješenja o uvjetima građenja, dok prijašnji vlasnici predmetne nekretnine, odnosno zemljišta nisu započeli s gradnjom objekta po prijašnjem rješenju o uvjetima građenja i rješenju o komunalnom doprinosu. U takvim slučajevima zauzeto je pravno shvaćanje, a primjenom odredbe članka 31. stavak 8. Zakona o komunalnom gospodarstvu, da se pri donošenju rješenja o komunalnom doprinosu utvrđuje činjenica mijenja li se novim aktom obujam građevine u odnosu na građevinu za koju je već ranije plaćen komunalni doprinos, te ako je obujam građevine jednak ili manji u odnosu na onaj za koji je već plaćen komunalni doprinos, na istoj čestici nema obveze plaćanja komunalnog doprinosa, jer bi u suprotnom troškovi izgradnje objekta i uređaja komunalne infrastrukture bili plaćani dva puta, dok sama činjenica podnošenja nove projektna dokumentacije ili novog zahtjeva za izdavanje rješenja u uvjetima građenja ne predstavlja odlučnu činjenicu za donošenje novog rješenja o obvezi plaćanja komunalnog doprinosa (presuda Upravnog suda u Osijeku poslovni broj: UsI-872/14-11 od 29. rujna 2014. godine i presuda Upravnog suda u Osijeku

28 Članak 225. Zakona o obveznim odnosima.

poslovni broj: UsI-421/14-9 od 27. svibnja 2014. godine).

U svezi sa zastarom komunalnog doprinosa u praksi je zauzeto pravno shvaćanje da se Opći porezni zakon primjenjuje tek u postupku izvršenja rješenja o komunalnom doprinosu sukladno članku 32. stavak 7. Zakona o komunalnom gospodarstvu, a ne i u postupku utvrđivanja obveze plaćanja komunalnog doprinosa. Zog toga je u upravnom postupku i u upravnom sporu neosnovano pozivanje stranke na Opći porezni zakon i Zakon o obveznim odnosima u odnosu na postupak utvrđivanja obveze plaćanja komunalnog doprinosa, budući da Zakonom o komunalnom gospodarstvu nije propisan prekluzivni rok nakon kojeg se ne bi mogla utvrditi obveza plaćanja komunalnog doprinosa koja nije bila utvrđena. Također je zauzeto pravno shvaćanje da se u svezi sa zastarom izvršenja rješenja kojim je određeno plaćanje komunalnog doprinosa primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku (presuda Upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj Us-9838/2004-4 od 1. listopada 2008. godine, presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj: Us-1045/2009-6 od 29. veljače 2012. godine i presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj: Us-6037/2010-6 od 7. studenog 2012. godine).

4. ZAKLJUČAK

Slijedom svega navedenog, u odnosu na komunalnu naknadu i komunalni doprinos može se zaključiti da komunalna naknada i komunalni doprinos predstavljaju gotovo najvažnije instrumente financiranja jedinica lokalne samouprave u Republici Hrvatskoj, ali se isto tako može postaviti i pitanje je li komunalnu naknadu i komunalni doprinos ispravnije definirati kao porez ili kao korisničku naknadu, uzimajući u obzir postupak utvrđivanja obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa, odnosno uvjete i postupak djelomičnog ili potpunog oslobođenja od obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa.

U kontekstu navedenog, potrebno je istaknuti da se u odnosu na komunalnu naknadu i komunalni doprinos postavlja i pitanje primjene Općeg poreznog zakona u odnosu na Zakon o komunalnom gospodarstvu koji propisuje postupak utvrđivanja obveze komunalne naknade i komunalnog doprinosa odnosno postupak naplate komunalne naknade i komunalnog doprinosa, cijeneći činjenicu da se komunalna naknada i komunalni doprinos mogu definirati i kao pojam „poreza“, ali isto tako i kao pojam drugog javnog davanja²⁹.

Pri tome treba uzeti u obzir i relativno malen broj odredbi Zakona o komunalnom gospodarstvu koje uređuju prava i obveze sudionika predmetnog odnosa, pri čemu Zakon o komunalnom gospodarstvu predstavlja u odnosu na pitanje komunalne naknade i komunalnog doprinosa *lex specialis* odnosno posebni propis, a u odnosu na primjenu Općeg poreznog zakona, koji bi predstavljao odnosno imao značenje općeg propisa u svezi s pitanjem komunalne naknade i komunalnog doprinosa (*lex generalis*)³⁰.

29 Članak 2. Općeg poreznog zakona

30 Vidi: Žunić Kovačević, Nataša; Gadžo, Stjepan; Komunalna naknada u RH i njezino pozicioniranje u odnosu na teoretske i normativne koncepte financijskog prava; Zbornik

Nadalje, potrebno je za istaknuti da pretpostavku za utvrđivanje komunalne naknade i komunalnog doprinosa u odnosu na obveznika plaćanja iste predstavlja donošenje Odluke o komunalnoj naknadi jedinice lokalne samouprave odnosno Odluke o komunalnom doprinosu, sukladno naprijed navedenim odredbama Zakona o komunalnom gospodarstvu. Naime jedinica lokalne samouprave samostalno utvrđuje uvjete odnosno pretpostavke za donošenje rješenja o visini komunalne naknade i komunalnog doprinosa, kao i uvjete i pretpostavke za djelomično ili u cijelosti oslobađanje obveznika od plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa.

U samoj praksi postupanja upravnih sudova odnosno u zauzimanju pravnih shvaćanja u upravnim sporovima koji su se vodili, odnosno koji se vode u odnosu na pitanje komunalne naknade i komunalnog doprinosa, proizlazi da su se kao sporna pitanja nametnuli pitanje roka u kojem jedinica lokalne samouprave ima obvezu donijeti rješenje o komunalnoj naknadi sukladno Zakonu o komunalnom gospodarstvu, kao i temeljem navedenog pitanje u kojem roku obveznik plaćanja komunalne naknade, odnosno pravna ili fizička osoba može podnijeti zahtjev za oslobođenje u potpunosti komunalne naknade ili za umanjenje odnosno djelomično oslobođenje od obveze plaćanja komunalne naknade, (pitanje prekluzivnih ili instruktivnih rokova), kao i pitanja donošenja novog rješenja o komunalnom doprinosu u slučaju podnošenja nove dokumentacije novih vlasnika, a za nekretninu za koju je već plaćen komunalni doprinos, odnosno pitanje postojanja pisanog ugovora iz kojeg proizlazi da je obveznik komunalnog doprinosa uz suglasnost jedinice lokalne samouprave sam snosio troškove gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture, koji su za predmetnu nekretninu nesporno izgrađeni, o čemu je već naprijed navedeno.

Uzimajući u obzir sve prethodno navedeno, potrebno je raspraviti, a zbog svih naprijed navedenih spornih pitanja u praksi, je li potrebno pristupiti izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu ili donošenju novog Zakona o komunalnom gospodarstvu, a u odnosu na pitanje komunalne naknade i komunalnog doprinosa kao prihoda jedinica lokalne samouprave, pri čemu bi se detaljnije razradili svi instituti koji bi se odnosili na sam upravni postupak utvrđivanja obveze plaćanja komunalne naknade i komunalnog doprinosa kao i donošenja rješenja o visini komunalne naknade i komunalnog doprinosa, te postupak izvršenja predmetnih rješenja o naplati komunalne naknade i komunalnog doprinosa, i to na način da Zakon o komunalnom gospodarstvu jedinstveno uređuje cjelokupni postupak utvrđivanja i naplate komunalne naknade i komunalnog doprinosa i to kao poseban propis (*lex specialis*).

Summary

**ACTUAL PROBLEMS OF THE COLLECTION OF THE
MUNICIPAL FEE AND MUNICIPAL CONTRIBUTION
IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND
ADMINISTRATIVE DISPUTE**

In this paper, the author deals with the issue of collecting the municipal fee and municipal contribution in the administrative procedure and administrative dispute, especially in relation to determining the obligation of municipal fee and municipal contribution payment, regardless if the procedure is conducted on motion of the party or ex officio. Furthermore, the paper discusses the requirements for a partial or complete exemption from the obligation of municipal fee and municipal contribution payment, as well as deadlines in which the party may submit a proposal for exemption, i.e. deadlines in which the public authority reaches a Decision on motion of the party or ex officio regarding the partial or full exemption from paying the municipal fee and municipal contribution. Also, the paper discusses jurisprudence i.e. court decisions in relation to the aforementioned in procedures before administrative courts which were conducted or are being conducted in relation to the payment of the municipal fee and municipal contribution, as well as questions of the statute of limitation for collecting the municipal fee and municipal contribution.

Key words: *municipal fees, municipal contributions, exemption from payment, deadlines, statute of limitation.*

Zusammenfassung

**STREITFÄLLE DER ERHEBUNG VON
KOMMUNALGEBÜHREN UND KOMMUNALBEITRÄGEN
IN DEM VERWALTUNGSVERFAHREN UND DER
VERWALTUNGSSTREITIGKEIT**

Die Arbeit bespricht die Streitfälle der Erhebung von Kommunalgebühren und Kommunalbeiträgen in dem Verwaltungsverfahren und der Verwaltungsstreitigkeit, insbesondere bezüglich der Feststellung der Verbindlichkeit von Zahlung der Kommunalgebühren und Kommunalbeiträge, ungeachtet dessen, ob das Verfahren auf Antrag der Partei oder von Amts wegen eingeleitet wird. Die Bedingungen für die teilweise oder ganze Befreiung von der Zahlung der Kommunalgebühr und des Kommunalbeitrags sowie die Fristen, in denen die Partei die Befreiung beantragen kann, beziehungsweise die Fristen, in denen die öffentlich-rechtliche Körperschaft auf Antrag der Partei oder von Amts wegen die Entscheidung trifft, dass man teilweise oder ganz von der Zahlung der Kommunalgebühr und des Kommunalbeitrags befreit wird,

werden bearbeitet. Ebenfalls wird die Rechtsprechung in Verfahren, welche bezüglich der Erhebung von Kommunalgebühren und Kommunalbeiträgen sowie bezüglich der Verjährung der Zahlung von Kommunalgebühren und Kommunalbeiträgen vor den Verwaltungsgerichten geführt worden sind oder geführt werden, bearbeitet.

Schlüsselwörter: *Kommunalgebühr, Kommunalbeitrag, Befreiung von der Zahlung, Fristen, Verjährung.*

Riassunto

QUESTIONI CONTROVERSE CIRCA IL PAGAMENTO DELL'INDENNIZZO COMUNALE E DEL CONTRIBUTO COMUNALE NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Nel presente lavoro l'autore tratta le controverse questioni del pagamento degli indennizzi comunali e del contributo comunale nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo con particolare attenzione per l'accertamento dell'obbligo di pagamento dell'indennizzo comunale e del contributo comunale, a prescindere che il procedimento abbia luogo su richiesta di parte o d'ufficio. Ancora, nel lavoro si trattano le questioni dei presupposti per l'esenzione parziale o totale dal pagamento dell'indennizzo comunale e del contributo comunale, come pure i termini nei quali la parte può presentare richiesta di esenzione, ovvero i termini nei quali l'ente pubblico decide su richiesta di parte o d'ufficio sull'esenzione parziale o totale dall'obbligo di pagamento dell'indennizzo comunale e del contributo comunale. Altresì, nel contributo si tratta della giurisprudenza, o meglio dell'interpretazione giurisprudenziale data nei sopra menzionati procedimenti dinanzi ai tribunali amministrativi conclusi o ancora pendenti e relativi al pagamento dell'indennizzo comunale e del contributo comunale, come pure le questioni della prescrizione dei pagamenti degli indennizzi comunali e del contributo comunale.

Parole chiave: *indennizzo comunale, contributo comunale, esenzione dal pagamento, termini, prescrizione.*

PRIVREMENI ZASTUPNIK U PARNIČNOM POSTUPKU

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

UDK: 347.91/95(497.5)
Ur.: 9. veljače 2015.
Pr.: 9. ožujka 2015.
Prikaz

Sažetak

Privremeni zastupnik (curator ad litem) je zakonski zastupnik kojega stranci u postupku, ako su za to ispunjene zakonom propisane pretpostavke, postavlja sud, te koji stranku zastupa samo u postupku za koji je postavljen i čije ovlasti prestaju završetkom tog postupka, odnosno pod određenim pretpostavkama i prije toga. U radu je autor, pored objašnjenja pojma i uloge privremenog zastupnika u parničnom postupku, ukazao i na pretpostavke za postavljanje privremenog zastupnika, na to kome se može postaviti privremeni zastupnik, na prava i dužnosti privremenog zastupnika i njihov prestanak, na izdavanje oglasa o postavljanju privremenog zastupnika i na troškove privremenog zastupnika, te posebno na novine koje su u ovaj institut unesene novelama ZPP-a iz 2003. i 2013. godine.

Ključne riječi: *privremeni zastupnik, parnični postupak, curator ad litem, civil procedure*

1. UVOD

Institut privremenog zastupnika u parničnom postupku uređen je odredbama čl. 84. do 86. Zakona o parničnom postupku („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**).

Privremeni zastupnik (*curator ad litem, curator ad actum*) zakonski je zastupnik kojega stranci u postupku, ako su za to ispunjene zakonom propisane pretpostavke, postavlja sud, te koji stranku zastupa samo u postupku za koji je postavljen i čije ovlasti prestaju završetkom postupka, odnosno pod određenim pretpostavkama i prije toga.¹ Privremeni zastupnik je fizička, poslovno i parnično sposobna osoba iz kategorije zakonskih zastupnika, kojeg iznimno postavlja parnični sud samo provizorno i samo za određenu parnicu i to tijekom postupka pred sudom prvog stupnja.²

Ako su za to ispunjene zakonske pretpostavke, sud je dužan postaviti privremenog

1 Vidi DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.

2 Usp. ŠUMANOVIĆ, M., *Privremeni zastupnik*, rad objavljen u zborniku „Novote u parničnom postupku“, Organizator, Zagreb, 2003., str. 138.

zastupnika stranci po službenoj dužnosti,³ ali ne bi trebalo biti zapreke da to postavi i na prijedlog stranke. **Sud odlučuje na temelju prijedloga i zahtjeva stranaka, pa će i privremenog zastupnika postaviti stranci kada su za to ispunjeni zakonski uvjeti na prijedlog protivne stranke, na kojoj je i dužnost predujmljivanja troškova koji su za to potrebni.**⁴

Postavljanje privremenog zastupnika posebna je mjera u postupku koja je utemeljena na načelima ekonomičnosti i efikasnosti u postupku.⁵ Postupak u kojem parnični sud postavlja privremenog zastupnika ima karakter incindetalnog postupka koji se interpolira u pendentni postupak.⁶

Parnični sud postavlja privremenog zastupnika rješenjem koje donosi prvostupanjski sud. U pravilu rješenje donosi sudac pojedinac (arg. ZPP, čl. 41. st. 1.), osim ako se radi o sporu koji u prvom stupnju sudi vijeće, kada rješenje o postavljanju privremenog zastupnika donosi predsjednik vijeća ako se rješenje donosi tijekom pripremanja glavne rasprave do ročišta za glavnu raspravu (arg. ZPP, čl. 278. st. 1.) ili izvan ročišta za glavnu raspravu (ZPP, čl. 312. st. 1.), odnosno vijeće kada se rješenje o postavljanju privremenog zastupnika donosi na ročištu za glavnu raspravu.⁷

U pogledu mogućnosti ulaganja pravnog lijeka u praksi prvostupanjskih sudova i u pravnoj teoriji uočene su dvojbe o tome kakav karakter ima rješenje suda o postavljanju privremenog zastupnika. Prema jednim, protiv rješenja o postavljanju privremenog zastupnika, kao i protiv rješenja kojim se odbija prijedlog tužitelja za postavljanje ovog zastupnika, nije dopuštena žalba jer se radi o rješenjima koja se odnose na upravljanje postupkom,⁸ odnosno jer se radi o otklanjanju procesne smetnje.⁹ Naime, navedeno rješenje ima karakter rješenja o upravljanju postupkom, isto nema utjecaja na odluku o glavnoj stvari, ali omogućuje da se dođe u stadij odlučivanja o glavnoj stvari, te time predstavlja odluku suda kojom se otklanjaju procesne smetnje za postupanje po tužbi tužitelja, zbog čega žalba stranke protiv takve odluke nije dopuštena.¹⁰ Postoji i drukčije mišljenje prema kojemu rješenje o postavljanju privremenog zastupnika nije rješenje o upravljanju postupkom, te je stoga sud za takvo rješenje vezan (arg. ZPP, čl. 343. st. 3.), pa kako ZPP ne određuje izrijeком da žalba protiv tog rješenja nije dopuštena, proizlazi da se protiv rješenja o postavljanju privremenog zastupnika može podnijeti posebna žalba (ZPP, čl. 378. st. 1.). Štoviše, drži se da žalbu mogu podnijeti i stranke i postavljeni privremeni

3 Vidi ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 195.

4 U tom je smislu odluka Višeg trgovinskog suda Sr., Pž- br. 2050/06 od 9. studenoga 2006. godine.

5 Tako STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo*, Niš, 2007., str. 196.

6 *Ibid.*, str. 195.

7 Vidi PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 96.

8 Tako POZNIĆ, B. – VRAŽALIĆ, M. – BAČIĆ, F., *Zakon o parničnom postupku*, Beograd, 1957., str. 72.

9 Usp. STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo*, Niš, 2007., str. 196.

10 Rješenje Okružnog suda Banjaluka broj: 011-0-Gž-07-002198 od 27. 02. 2008.

zastupnik (u svoje ime ili u ime stranke), a žalba bi bila moguća i protiv rješenja kojim se odbija prijedlog tužitelja za postavljanje privremenog zastupnika.¹¹ Protiv rješenja o postavljanju privremenog zastupnika dopuštena je žalba samog privremenog zastupnika s obzirom na to da isti zbog svoga statusa u određenoj parnici nema mogućnost pobijati pravilnost navedene odluke žalbom na odluku o glavnoj stvari.¹²

Vezano uz stadij postupka, sud može stranci postaviti privremenog zastupnika odmah nakon primitka tužbe, i prije nego što je parnica počela teći (arg. ZPP, čl. 278.), tijekom parnice ako nastupe razlozi za postavljanje privremenog zastupnika (arg. ZPP, čl. 312.), nakon zaključenja glavne rasprave, tijekom roka za podnošenje žalbe protiv prvostupanjske presude odnosno rješenja, pa čak i kad drugostupanjski sud ukine prvostupanjsku presudu i vrati stvar prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje,¹³ a sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća ovlašteni su, nakon prethodnog ispitivanja tužbe izvan ročišta (pripremnog i za glavnu raspravu), bez održavanja rasprave odlučivati o postavljanju privremenog zastupnika.¹⁴

Iako bi se, teoretski gledano, za privremenog zastupnika mogla postaviti svaka parnično sposobna osoba, u praksi se za privremenog zastupnika najčešće postavlja odvjetnik. Odvjetnik je dužan prihvatiti funkciju privremenog zastupnika, osim ako bi postojali zakonom ili posebnim propisima određeni uvjeti za uskratu pravne pomoći (vidi Zakon o odvjetništvu, NN 9/94, 117/08, 50/09, 75/09, 18/11., čl. 9.)¹⁵. Vezano uz postavljanje drugih osoba za privremenog zastupnika, sud bi prije donošenja rješenja o postavljanju za privremenog zastupnika bio dužan pribaviti njihovu suglasnost.¹⁶

- 11 Tako PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 97.
- 12 Rješenje Okružnog suda Banjaluka broj: 72 0 P 002876 09 Gz od 26.02.2010. Podatak kod BUNDALO, T., *Stranke u parničnom postupku i njihovi zastupnici u praksi Okružnog suda Banjaluka*, http://www.google.hr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CFkQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww.rs.ces.t.gov.ba%2Findex.php%2Fseminari%2Fseminari-2010%2F67-812banja-luka-aktuelna-pitanja-iz-prakse-na-podruju-okrunog-suda-banja-luka%2F202-materijal-tbundalo%2Ffile&ei=48ubVMXDCcPfywO5u4HICw&usg=AFQjCNFR_0ioF7wVkmnXoPG3t6hXE0swFA
- 13 Vidi POZNIĆ, B. – VRAŽALIĆ, M. – BAČIĆ, F., *Zakon o parničnom postupku*, Beograd, 1957., str. 71.
- 14 Tako M. DIKA, *O rješenju u parničnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 33, 1991., br. 1, (2012), str. 50.
- 15 „(1) Odvjetnik je dužan pružiti pravnu pomoć stranci koja mu se obrati, a smije je uskratiti samo zbog razloga koje propisuju zakon, statut Komore i Kodeks odvjetničke etike.
(2) Odvjetnik je dužan uskratiti pružanje pravne pomoći: ako je on ili koji drugi odvjetnik koji je radio ili radi u istom uredu u istoj stvari ili stvari koja je s njome pravno povezana zastupao protivnu stranku ili obje stranke, dao im pravni savjet ili od njih primio uputu, ako je u istoj stvari ili stvari koja je s njome pravno povezana radio kao odvjetnički vježbenik kod odvjetnika koji je zastupao protivnu stranku, ako je u istoj stvari ili stvari koja je s njome pravno povezana radio kao sudac, državni odvjetnik ili kao službena osoba u upravnom ili drugom postupku, u drugim slučajevima predviđenim zakonom, statutom Komore i Kodeksom odvjetničke etike.“
- 16 Usp. PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 96. Vidi odluku ŽS u Zagrebu, Gž- 4802/97. od 27. siječnja 1998., ING Pregled sudske prakse, 1998-8-16. „Ne može se postaviti za privremenog zastupnika osoba koja nije dala pristanak da bude postavljena za privremenog zastupnika i dok se ne ispitaju i druge

U poredbenom pravu postoje rješenja prema kojima je izbor osobe privremenog zastupnika uređen na način da se on postavlja po redoslijedu s popisa odvjetnika koji sudu dostavlja nadležna odvjetnička komora, a sud je dužan poštivati redoslijed s popisa kada postavlja privremenog zastupnika. Na taj je način omogućena kvalitetna zaštita interesa stranke kojoj se postavlja privremeni zastupnik, a usto se znatno ubrzava postupak oko postavljanja privremenog zastupnika jer se u sudu već nalazi popis odvjetnika.¹⁷ Navedeni se popis objavljuju na internet stranici i oglasnoj ploči suda i nadležne odvjetničke komore.¹⁸ Skloni smo predložiti da se u nekoj od budućih reformi našeg parničnog postupka propiše također da se privremeni zastupnik postavlja po redoslijedu s popisa odvjetnika koji sudu dostavlja Hrvatska odvjetnička komora (nadležni zbor), a sud bi bio dužan poštivati redoslijed s popisa kada postavlja privremenog zastupnika. Na taj bi se način zajamčilo i osiguralo da stranke zastupa kvalificirani (privremeni) zastupnik, osigurala bi se objektivnost i transparentnost kod određivanja i postavljanja privremenog zastupnika, kao i ravnomjerna opterećenost odvjetnika koji bi obavljali funkciju privremenog zastupnika.

Privremeni zastupnici razlikuju se od zakonskih zastupnika koji se postavljaju na temelju zakona ili odlukom organa skrbi, a ne odlukom suda kao privremeni zastupnik. Od zakonskog zastupnika razlikuje se i po tome što njegova funkcija nije stalna i što su njegova ovlaštenja vezana samo uz određenu parnicu. Zakonskog zastupnika (skrbnika) stranci u pravilu postavlja organ skrbi. Upravo stoga sud samo iznimno i supsidijarno, uz ispunjenje određenih pretpostavki, smije stranci postaviti privremenog zastupnika. Mogućnost postavljanja privremenih zastupnika je supsidijarna jer sud samo supstituira u hitnim slučajevima organ skrbi, a primarna je zadaća upravo organa skrbi osigurati zaštitu prava i interesa subjekata koji to nisu u stanju sami učiniti.¹⁹

U parnici se privremeni zastupnik može postaviti samo ako je osoba tuženika poznata, odnosno po imenu određena, ali ne ako su kao tuženici označene nepoznate osobe, jer takve osobe i ne mogu imati položaj tuženika u parnici.²⁰

okolnosti, tj. hoće li osoba koja se postavlja za privremenog zastupnika imati mogućnost da pravilno zastupa interese svoga štićenika“. VSSr., GŽ- 3567/78., podatak kod JANKOVIĆ, M. – KARAMARKOVIĆ, H. – JANKOVIĆ, Ž. – PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1990., str. 126.

17 Vidi STANKOVIĆ, G., *Gradansko procesno pravo*, prva sveska, Parnično procesno pravo, Niš, 2007.

18 „Ako se u toku postupka pred prvostepenim sudom pokaže da bi redovan postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika tuženom trajao dugo, pa bi zbog toga mogle da nastanu štetne posljedice za jednu ili obe stranke, sud će tuženom da postavi privremenog zastupnika po redosledu sa spiska advokata koji sudu dostavlja nadležna advokatska komora. Spisak se objavljuje na internet stranici i oglasnoj tabli nadležne advokatske komore i suda. Prilikom postavljanja privremenog zastupnika, sud je dužan da poštuje redosled sa spiska“. Zakon o parničnom postupku republike Srbije, (Sl. glasnik RS, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014.), čl. 81. st. 1.

19 Tako DIKA, M., *Privremeni zastupnik pravne osobe*, Privreda i pravo, vol. 32, 1993., broj 1-2, str. 60.

20 Odluka ŽS u Splitu, GŽ- 3861/99. od 29. 11. 2002. (neobjavljena), podatak kod PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 95.

Privremeni zastupnik ne bi se mogao postaviti ni umrloj osobi, jer se protiv nje ne može voditi postupak. Iznimno bi se privremeni zastupnik mogao postaviti osobi za koju je neizvjesno je li živa. Takvom privremenom zastupniku ovlasti bi prestale ako bi se stranka ili njezin punomoćnik pojavili pred sudom ili kad bi centar za socijalnu skrb obavijestio sud da joj je postavio staratelja (arg. ZPP, čl. 85. st. 2.), odnosno proglašenjem takve osobe umrlom.²¹

Privremeni bi zastupnik mogao biti postavljen i umješaču uz odgovarajuću primjenu pravila o postavljanju takvog zastupnika stranci.²² Odredbe ZPP-a o stranačkoj i parničnoj sposobnosti te zastupanju stranaka na odgovarajući se način primjenjuju i na umješača (arg. ZPP, čl. 209.), pa bi sud, kada su ispunjene pretpostavke propisane odredbama čl. 84. ZPP-a, mogao i umješaču postaviti privremenog zastupnika.²³

Kako se pri postavljanju privremenog zastupnika vodi računa o istim okolnostima prema kojima se postavlja i zakonski zastupnik, ne bi trebalo biti zapreka da organ skrbi istu osobu postavi i za zakonskog zastupnika, tim prije što je ta osoba kao sudionik u postupku upoznata sa stanjem postupka i odgovorna je za ranije poduzete radnje.²⁴

Privremeni zastupnik stranke u parničnom postupku ne može imati zamjenu (iako i kada je privremeni zastupnik odvjetnik) jer ima status zakonskog zastupnika, a ne punomoćnika stranke kojoj je postavljen.²⁵

Pasivno ponašanje privremenog zastupnika i nepoduzimanje parničnih radnji u korist stranke čije interese zastupa predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka i povredu prava na pravično suđenje. Ako bi sud tuženiku u parnici postavio privremenog zastupnika iako za to nisu bile ispunjene zakonske pretpostavke, onemogućio bi mu da raspravlja pred sudom i time bi bio ostvaren razlog za ponavljanje

21 Usp. PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 998. Suprotno, postavljanje privremenog zastupnika tuženiku dolazi u obzir kada tužitelj, nakon što tijekom parnice tuženik umre, ne može utvrditi tko su tuženikovi nasljednici (VSH, Gž- 1488/99 od 16. 10. 1979., PSP 16/199.).

22 Vidi DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.

23 Tako PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 95.

24 Usp. JANKOVIĆ, M. – KARAMARKOVIĆ, H. – JANKOVIĆ, Ž. – PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1990., str. 128.

25 "Ispitujući prvostupanjsku presudu, postupak koji je prethodio donošenju iste, navode žalbe I. i II.-tuženika, ovaj sud u odnosu na I.- tuženika ne nalazi da je sud prvog stupnja počinio bitnu povredu iz odredbe članka 354. stavak 2. točka 10. Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91., 91/92., 112/99., u nastavku ZPP-a) jer II.-tuženik i tužitelj nisu uredno zastupani, na koje povrede ovaj sud, kao drugostupanjski pazi po službenoj dužnosti. Kako je sud prvog stupnja u odnosu na II.-tuženika, kome je postavljen privremeni zastupnik sukladno odredbi članka 84. stavak 2. točka 4. ZPP-a, održao i zaključio glavnu raspravu sa zamjenikom privremenog zastupnika, koja je zamjena u suprotnosti s odredbom članka 85. stavak 1. ZPP-a, jer privremeni zastupnik u postupku ima status zakonskog zastupnika, nastupa osobno, te nema mogućnosti zamjene iako je privremeni zastupnik odvjetnik, nema mjesta primjeni odredbe članka 95. stavak 2. ZPP-a." Županijski sud u Vukovaru, broj: Gž-664/03-3 od 4. rujna 2003., Županijski sud u Vukovaru – Izbor odluka, 2004., str. 20.

pravomoćno završenog postupka iz čl. 421. st. 1. t. 2. ZPP-a.²⁶

2. POSTAVLJANJE PRIVREMENOG ZASTUPNIKA TUŽENIKU

2.1. Pretpostavke za postavljanje privremenog zastupnika

2.1.1. Pretpostavke za određivanje privremenog zastupnika utvrđene su odredbama čl. 84. ZPP-a.

Ako bi se tijekom postupka pred prvostupanjskim sudom pokazalo²⁷ da bi, prema ocjeni suda, redovan postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika tuženiku trajao dugo, tako da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogle nastati štetne posljedice, sud je dužan tuženiku postaviti privremenog zastupnika (ZPP, čl. 84. st. 1.).

Da bi sud smio tuženiku postaviti privremenog zastupnika, trebaju kumulativno biti ispunjene sljedeće pretpostavke:

a) Parnični postupak treba biti pokrenut jer je postavljanje privremenog zastupnika radnja suda u parničnom postupku, pa potencijalni tužitelj ne bi mogao prije podnošenja tužbe tražiti od suda da potencijalnom tuženiku postavi privremenog zastupnika kako bi ga putem njega mogao tužiti.²⁸ Nema zapreke da tužitelj već u tužbi podnese prijedlog sudu da tuženiku postavi privremenog zastupnika.

b) Mora postojati neki od zakonom (primjerice) navedenih slučajeva u kojemu je sud dužan postaviti privremenog zastupnika (arg. iz st. 1. i 2.), ili moraju biti ispunjeni opći uvjeti za to da se nekome postavi zakonski zastupnik, odnosno skrbnik (za posebne slučajeve), što znači da se tuženik iz drugih razloga pored onih, primjerice navedenih ne može sam brinuti o svojim pravima i interesima. Postojanje općih uvjeta za postavljanje zakonskog zastupnika kao pretpostavka za postavljanje privremenog zastupnika nije izričito predviđena u FZPP-u, ali se podrazumijeva iz okolnosti da je nadležnost suda za postavljanje privremenog zastupnika supsidijarna (st. 1.), odnosno da na nju upućuju kazuistični naznačeni slučajevi u kojima je sud osobito dužan postaviti privremenog zastupnika.²⁹

c) Sud treba ocijeniti da bi redovni postupak postavljanja zakonskog zastupnika tuženiku dugo trajao. Bila bi dovoljna vjerojatnost takvoga zaključka.³⁰ Prvostupanjski sud nije dužan tuženiku postaviti privremenog zastupnika ako tužitelj ničim ne dokazuje niti čini vjerojatnim postojanje pretpostavki iz čl. 84. ZPP-a.³¹

d) Kad sud ocijeni da bi zbog toga (čekanja na to da se u redovnom postupku postavi

26 Odluka ŽS u Bjelovaru, Gž- 1528/04. od 29. studenoga 2004., IO VSH, 2/04-312.

27 Izraz „pokaže“ upotrebljen u ovom članku treba shvatiti u smislu „učini vjerojatnim“. ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar zakona o parničnom postupku*, sv. 1., Zagreb, 1957., str. 195.

28 Vidi DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. Knjiga, Zagreb, 2008., str. 199.

29 Tako DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.-172. i TRIVA, S. – BELAJEC, V. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 324.

30 Usp. TRIVA, S. – BELAJEC, V. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 258.

31 Odluka ŽS u Rijeci, Gž- 2065/02. od 4. prosinca 2002., IO VSH, 2/02-168.

privremeni zastupnik) za jednu ili obje stranke (dakle, ne samo za tuženika) mogle nastati štetne posljedice.³² Između odsustva zakonskog zastupnika i mogućnosti nastupanja štetnih posljedica treba postojati veza uzroka i posljedice.³³ Opasnost nastupanja štetnih posljedica trebalo bi u svakom konkretnom slučaju učiniti vjerojatnom.³⁴ Dakle, sama tvrdnja stranke da bi zbog žurnog nepostavljanja privremenog zastupnika za jednu ili obje stranke mogle nastati štetne posljedice, nije sama po sebi dovoljna, nego bi opasnost nastupanja štetnih posljedica trebalo u svakom konkretnom slučaju učiniti vjerojatnom. Primjerice, ako su predmet spora alati i oprema koji su nužni za obavljanje djelatnosti kojom se bavi stranka i ostvaruje prihode za svoje uzdržavanje i uzdržavanje obitelji,³⁵ odnosno to bi bili slučajevi zakonskog uzdržavanja koji zahtijevaju hitno postupanje suda u uvjetima kad tužitelj nema sredstava za život, a na drugoj strani postoji imovina iz koje se uzdržavanje može naplatiti.³⁶ Pri tome je svejedno je li i na čiji je zahtjev prethodno pokrenut redoviti postupak postavljanja zakonskog zastupnika parnično nesposobnom tuženiku, kao i to kojoj od stranaka prijeti opasnost od štetnih posljedica ako se postupak ne bi mogao nastaviti odmah, jer još nisu ispunjene procesne pretpostavke koje se tiču zastupanja.³⁷

2.1.2. Za razliku od st. 1. koji ima karakter načelne odredbe, u st. 2. čl. 84. ZPP-a primjerice se, a ne taksativno, navode neki karakteristični slučajevi u kojima bi stranci bilo posebno nužno postaviti privremenog zastupnika, pa je postavljanje privremenog zastupnika svakako moguće i u nekim drugim opravdanim slučajevima koji nisu navedeni u st. 2. čl. 84. ZPP-a.³⁸ Primjerice, postavljanje privremenog zastupnika bilo bi moguće i kad tuženik ima zakonskog zastupnika, ali je on spriječen u obavljanju zastupanja. Sud bi također mogao tuženiku postaviti privremenog zastupnika i u svim izrijeком navedenim slučajevima u Obiteljskom zakonu u kojima je centar za socijalnu skrb dužan imenovati posebnog skrbnika, svakako uz uvjet da se može opravdano pretpostaviti da bi redovni postupak imenovanja skrbnika dugo trajao i da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogle nastupiti štetne posljedice.³⁹ Nabrojavanje slučajeva u točkama 1. do 5. ima "usmjeravajući značaj za sudsku praksu

32 Vidi DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.

33 Tako ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar zakona o parničnom postupku*, sv. 1., Zagreb, 1957., str. 195.

34 Usp. DIKA, M., *Privremeni zastupnik pravne osobe*, Privreda i pravo, vol. 32, 1993., broj 1-2, str. 61.

35 Vidi JANKOVIĆ, M. – KARAMARKOVIĆ, H. – JANKOVIĆ, Ž. – PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1990., str. 125.

36 Tako KULENOVIĆ, Z. – MIKULIĆ, S. – MILIŠIĆ VELIČKOVSKI, S. – STANIŠIĆ, J. – VUČINA, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Mostar, 2011., str. 518.

37 Usp. ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar zakona o parničnom postupku*, sv. 1., Zagreb, 1957., str. 195.

38 Tako VUKOVIĆ, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku sa registrom pojmova i obrascima*, Beograd, 2004., str. 44.

39 Vidi DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. Knjiga, Zagreb, 2008., str. 201.

i za izgradnju kriterija⁴⁰.

Kada su ispunjeni uvjeti iz st. 1. čl. 84. ZPP-a, sud će postaviti tuženiku privremenog zastupnika osobito u sljedećim slučajevima:

a) ako tuženik nije parnično sposoban, a nema zakonskog zastupnika

Taj bi se slučaj odnosio na situaciju kada je tužba podnesena protiv parnično nesposobnog tuženika bez zakonskog zastupnika, ali i na situaciju u kojoj bi tuženik tek naknadno, tijekom postupka, izgubio parničnu sposobnost, odnosno ostao bez zakonskog zastupnika.⁴¹ Kako bi u situaciju u kojoj je tuženik tek naknadno, tijekom postupka, izgubio tu sposobnost, odnosno ostao bez zakonskog zastupnika, po sili zakona došlo do prekida postupka, tužitelj bi trebao predložiti sudu imenovanje privremenog zastupnika zbog toga da on preuzme vođenje postupka za tuženika kako bi se postupak mogao nastaviti.⁴² To će, primjerice, biti u slučaju kad se kao tuženik pojavljuje maloljetno dijete, a nema roditelja, odnosno staratelja, ili ako je tuženik tijekom parnice izgubio parničnu sposobnost, a nema zakonskog zastupnika, ili kada zakonski zastupnik parnično nesposobnog tuženika umre ili mu prestane ovlaštenje za zastupanje i sl.⁴³

b) ako postoje suprotni interesi tuženika i njegova zakonskog zastupnika

Radilo bi se o slučaju u kojemu bi tuženiku trebalo postaviti, tzv. kolizijskog zastupnika u konkretnoj parnici. Primjerice, ako se pojavi spor u ostavinskom postupku u kojemu su pozvani na nasljedstvo i parnično nesposobna stranka i njezin zakonski zastupnik,⁴⁴ odnosno ako se vodi spor između maloljetne osobe i njezinih roditelja, između skrbnika i njegova skrbnika. Dovoljno je utvrditi kako postoje suprotni interesi da sud uopće ne bi trebao ulaziti u ocjenu hoće li zakonski zastupnik u konkretnom sporu postupati suprotno interesima tuženika.⁴⁵ Ako bi sud postavio privremenog zastupnika unatoč saznanju i protivljenju privremenog zastupnika zbog toga što su njegovi interesi u suprotnosti s interesima osobe kojoj se postavlja za privremenog zastupnika, počinio bi bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 1., a u svezi s čl. 84. ZPP-a.⁴⁶

c) ako obje stranke imaju istoga zakonskog zastupnika

Primjerice, ako se vodi parnica između stranki koje imaju istog staratelja, odnosno kada se spor vodi između maloljetnih osoba koje ostvaruju roditeljsku skrb ili između štićenika koji imaju istog skrbnika. U tom bi slučaju, zbog sukoba interesa u kojem se našao zakonski zastupnik, privremenog zastupnika trebalo postaviti

40 Tako JANKOVIĆ, M. – KARAMARKOVIĆ, H. – JANKOVIĆ, Ž. – PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1990., str. 125.

41 Usp. DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.-172.

42 Vidi DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. Knjiga, Zagreb, 2008., str. 200.

43 Tako KULENOVIĆ, Z. – MIKULIĆ, S. – MILIŠIĆ VELIČKOVSKI, S. – STANIŠIĆ, J. – VUČINA, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Mostar, 2011., str. 519.

44 Usp. KAMHI, S., *Građanski sudski postupak*, Sarajevo, 1961., str. 236.

45 Vidi JANKOVIĆ, M. – KARAMARKOVIĆ, H. – JANKOVIĆ, Ž. – PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1990., str. 125.

46 Odluka ŽS u Bjelovaru, GŽ- 60/00. od 27. siječnja 2000., IO VSH, 1/01-172.

objema strankama. Ako bi se, pak, privremeni zastupnik postavio samo jednoj od njih, takav zakonski zastupnik bi i dalje, osim za konkretnu parnicu, zadržao svojstvo zakonskog zastupnika i stranke kojoj je postavljen privremeni zastupnik te bi i dalje bio u interesno konfliktnoj situaciji.⁴⁷ Dakle, cilj koji se želi postići bio bi da svaku od stranaka zastupa objektivni zastupnik.

d) ako je boravište tuženika nepoznato,⁴⁸ a tuženik nema punomoćnika

Smisao ove odredbe o postavljanju privremenog zastupnika jest da ta osoba, kao zastupnik osobe nepoznatog boravišta, pravilno štiti prava i interese osobe koju zastupa i da za takvo zastupanje ima mogućnosti.⁴⁹ Tužba se ne smije odbaciti zato što se nije mogla saznati tuženikova adresa.⁵⁰ Privremeni bi zastupnik mogao u ovom slučaju biti postavljen i parnično sposobnom tuženiku. *A contrario*, do primjene ove odredbe ne bi moglo doći ako tuženik ima punomoćnika (ovlaštenog za poduzimanje svih radnji u postupku). Međutim, ako tuženik čije je boravište nepoznato ima punomoćnika ovlaštenog za poduzimanje samo određenih parničnih radnji, koji nije na taj način u pravnoj mogućnosti u potpunosti, cjelovito štititi interese svog vlastodavca (tuženika nepoznatog boravišta), tada ima mjesta primjeni ove odredbe unatoč tome što tuženik ima (takvog) punomoćnika.⁵¹

e) ako se tuženik ili njegov zakonski zastupnik, koji nemaju punomoćnika u Republici Hrvatskoj, nalaze u inozemstvu, a dostava se nije mogla obaviti

Razlika između ovog slučaja i prethodnog (slučaja kad je boravište tuženika nepoznato, a tuženik nema punomoćnika) bila bi u tome što se u prethodnom ne zna gdje se tuženik nalazi, a u ovom se zna, ali se dostava nije uspjela obaviti. Privremeni zastupnik bi se u ovom slučaju mogao postaviti i parnično sposobnom tuženiku. Do primjene ove odredbe ne bi trebalo doći ako se parnično nesposobni tuženik nalazi u

47 Tako DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. Knjiga, Zagreb, 2008., str. 200.

48 Osobom nepoznata boravišta treba smatrati onu osobu koja se za vrijeme od najmanje tri mjeseca ne može naći u mjestu svoga prebivališta odnosno boravišta i na prijavljenoj adresi i kojoj se unatoč raspitivanju kod njezine rodbine odnosno onog kruga ljudi koji je bio u najbližem doticaju s tom osobom ili pak raspitivanja kod nadležnog tijela koje vodi evidenciju o prebivalištu, boravištu i promjeni adrese građana, ne može utvrditi boravište. Za tuženika koji je pravna osoba treba uzeti da je njegovo sjedište nepoznato ako mu se dostava ne može obaviti na adresu navedenu u tužbi odnosno na adresu sjedišta upisanog u upisnik. PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 98. Nepoznato boravište tuženika podrazumijeva da je njegovo boravište nepoznato i u zemlji i u inozemstvu, a da je sud do tih podataka došao detaljnom provjerom. KULENOVIĆ, Z. – MIKULIĆ, S. – MILIŠIĆ VELIČKOVSKI, S. – STANIŠIĆ, J. – VUČINA, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Mostar, 2011., str. 519.

49 Odluka Kantonalnog suda u Bihaću, broj: 001-0-Gž-06-000 od 26. 01. 2006. godine - Domaća i strana sudska praksa, broj 2006/14, str. 61. i 62.

50 Odluka VSH, Rev-658/83., NZp. 24/84-134). Usp. i TRIVA, S. – BELAJEC, V. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 324. i DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. Knjiga, Zagreb, 2008., str. 201.

51 Usp. ZUGLIA, S. – TRIVA, S., *Komentar zakona o parničnom postupku*, sv. 1., Zagreb, 1957., str. 197.

inozemstvu, a njegov zakonski zastupnik u Hrvatskoj. Postoji mišljenje da se postavljanju privremenog zastupnika u ovom slučaju može pristupiti odmah, ne pokušavajući dostavu u inozemstvu, ako je očigledno da takva dostava neće uspjeti.⁵²

Uzimajući u obzir zakonske pretpostavke za postavljanje privremenog zastupnika, proizlazi da se ovaj zastupnik može postaviti i parnično sposobnoj stranci, kako bi se zaštitili njezini interesi ako nije u prilici poduzimati parnične radnje, ali i da bi se zaštitili interesi tužitelja, a osobito da bi se osiguralo okončanje postupka u razumnom roku.⁵³

3. OBAVIJEST O POSTAVLJANJU PRIVREMENOG ZASTUPNIKA

Prema odredbi st. 2. čl. 84. ZPP-a, o postavljanju privremenog zastupnika sud bi bez odgode trebao obavijestiti centar za socijalnu skrb, a i stranke kada je to moguće. Tu bi obavijest sud mogao obaviti dostavom rješenja ili dopisom u kojemu bi bili naznačeni bitni elementi toga rješenja. Iako to u odredbi čl. 84. st. 2. ZPP-a nije izrijekom navedeno, sud bi rješenje o postavljanju privremenog zastupnika svakako trebao dostaviti i privremenom zastupniku, koji bi tek od dostave rješenja bio dužan postupati u skladu sa svojom dužnošću.⁵⁴

4. POSTAVLJANJE PRIVREMENOG ZASTUPNIKA PRAVNOJ OSOBI

Problem privremenog zastupnika pravnih osoba aktualiziran je u hrvatskoj pravnoj praksi raspadom bivše Jugoslavije te bitnim otežavanjem pa i prekidom pravnog prometa između država nastalih na njezinom području, što je u prvi plan dovelo i pitanje može li se, u sporovima između pravnih osoba sa sjedištem na području različitih država, pravnim osobama čije je sjedište na područjima zahvaćenim operacijama postaviti barem staratelj za poseban slučaj (privremeni zastupnik).⁵⁵ U tom je smislu odredbama čl. 42. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Narodne novine“, broj 117/03) dopunjena odredba čl. 84. st. 4. ZPP-a, čime je sankcionirana praksa da se i pravnim osobama može postaviti privremeni zastupnik. Naime, iz do tada važećih zakonskih odredaba⁵⁶ nije bilo jasno može li

52 Vidi ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2004., str. 284.

53 Usp. POZNIĆ, B. – RAKIĆ VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, 16. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010., str. 161.

54 Tako i opširnije o tome kod DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.-172.

55 Vidi DIKA, M., *Privremeni zastupnik pravne osobe*, Privreda i pravo, vol. 32, 1993., broj 1-2, str. 56.

56 Odredbe kojima se uređivao institut privremenoga zastupnika predviđale su da se on može postaviti samo tuženiku (arg. ZPP, čl. 84. st. 1.).

se i pravnoj osobi postaviti privremeni zastupnik. Praksa⁵⁷ i teorija⁵⁸ su se pozitivno izjasnile o toj mogućnosti. Novela ZPP-a time je ispravila nedostatak do tada važećeg uređenja,⁵⁹ jer je izrijeком uređeno da se privremeni zastupnik može postaviti i pravnoj osobi pod istim uvjetima kao i fizičkim osobama. Drugim riječima, prema odredbi st. 4. čl. 84. ZPP-a, sud može privremenog zastupnika postaviti i pravnoj osobi, primjenjujući na odgovarajući način odredbe čl. 84. ZPP-a, neovisno o tome je li ona u procesnoj ulozi tužitelja ili tuženika.

Privremeni zastupnik ne postavlja se pravnoj osobi zbog toga što ona nema parničnu sposobnost (jer je pravne osobe imaju), nego zbog okolnosti koje onemogućuju aktivno sudjelovanje takvih stranaka u postupku i njihovu komunikaciju sa sudom.⁶⁰ S obzirom na to da organ skrbništva zakonskog zastupnika postavlja fizičkim osobama, postavljanje privremenog zastupnika pravnoj osobi bio bi jedini način za to da se zaštite njegova prava i interesi u sudskom postupku.⁶¹

57 Starija sudska praksa zauzimala je stajalište da se privremeni zastupnik ne može postaviti pravnoj osobi (vidi odluku Okružnog suda u Dubrovniku, Gž- 330/77 od 17. svibnja 1977., PSP- 15/238.). Međutim, u novije vrijeme, a posebno radi zaštite prava pravnih osoba koje su morale voditi sporove protiv pravnih osoba s područja drugih država pravnih sljednica bivše SFRJ, sudska praksa je zauzimala stajalište da se i pravnim osobama, pod istim uvjetima kao i fizičkim osobama, može postaviti privremeni zastupnik (vidi odluke ŽS u Zagrebu, Gž-306/97 od 24. ožujka 1998., IO VSH, 2/98-93.; VTSH, Pž- 2828/94 od 6. rujna 1994., Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova, 3/89.). U tom smislu su bili i zaključci sjednica odjela ili sa sastanaka sudova koji su raspravljali o tom pitanju („U slučaju različitih statusnih tužbi u sumnji da postoji sukob interesa između interesa statutarog zastupnika i interesa društva, člana društva ili povezanog društva sud će u tom slučaju društvu ili povezanom društvu postaviti privremenog zastupnika shodno članu 79. Zakona o parničnom postupku“. *Zaključak utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda Sr. od 5. i 25. oktobra i 7. i 14. novembra 2006. godine*; „Privremeni zastupnik može se postaviti tuženiku fizičkoj, ali, budući da ZPP u tom pogledu ne postavlja nikakva ograničenja, i pravnoj osobi“. *Zaključak XIV. redovnog sastanka viših privrednih sudova u Dorjanu, 27-29. 5. 1981, usp. JANKOVIĆ, Komentar, str. 127; VTSH, Pž-2828/94. od 6. 9. 1994, ZRHTS 3/89.*). U susjednim državama, koje još uvijek nisu reformirali odredbe svojih parničnih postupnika na način da, kao Republika Hrvatska, izrijeком propišu da se privremeni zastupnik, uz ispunjenje zakonskih pretpostavki, može postaviti i pravnim osobama, sudska praksa je po tom pitanju još uvijek neujednačena („U privrednim sporovima može se tuženoj samostalnoj radnji, kojom upravlja njen vlasnik, postaviti privremeni zastupnik“. VS FBiH, Pž-33/97. od 6. 5. 1997. godine - Bilten sudske prakse VS FBiH, broj 1997/1, odluka broj 13.; „Preduzeću, kao tuženoj stranci, ne može se postaviti privremeni zastupnik. Sud može postaviti privremenog zastupnika samo onom licu kome bi to mogao učiniti organ starateljstva“. VS FBiH, Pž-28/97. od 6. 5. 1997. godine - Bilten sudske prakse VS FBiH, broj 1997/1, odluka broj 14.).

58 Iako se teorija građanskog procesnog prava nije eksplicitno pozabavila problemom privremenog zastupnika pravnih osoba, u tekstovima koji su općenito tretirali institut privremenog zastupnika u parničnom postupku primjena tog instituta nije se ograničavala izričito ili implicitno na fizičke osobe. DIKA, M., *Privremeni zastupnik pravne osobe*, Privreda i pravo, vol. 32, 1993., broj 1-2, str. 58.

59 Vidi *Obrazloženje uz Konačni prijedlog ZIDZPP2003.*, str. 13. uz članak 42.

60 Tako KEČA, R., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010., str. 101.

61 Usp. DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.

5. POSTAVLJANJE PRIVREMENOG ZASTUPNIKA TUŽITELJU

Prije Novele ZPP-a iz 2003. sud je privremenog zastupnika mogao postaviti samo tuženiku.⁶² Takvo se rješenje objašnjavalo okolnošću da bi se tužitelj, kao aktivna stranka u parnici, mogao sam pobrinuti da mu se postavi zakonski zastupnik,⁶³ a da je tuženik pasivna stranka od koje ne treba očekivati nikakav aktivitet koji omogućuje parničenje, jer to, u krajnjoj liniji, odgovara tužitelju.⁶⁴ Moglo bi se primijetiti da to objašnjenje nije vodilo računa o tome kako nesposobni tužitelj u pravilu neće moći inicirati postupak da mu se postavi zakonski zastupnik, o tome da tek tijekom postupka može nastati i u svezi s tužiteljem razlog zbog kojega mu treba postaviti zakonskog zastupnika, primjerice zato jer tužitelj našao u situaciji da se ne može sam brinuti o svojim pravima i interesima u konkretnoj parnici (odsječenost od suda zbog rata i sl.), kao i o tome da bi i redovni postupak u kojemu bi njemu trebalo postaviti zastupnika mogao dugo trajati i da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogle nastati štetne posljedice.⁶⁵

Dvojbe su razriješene odredbama čl. 42. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Narodne novine“, broj 117/03) kojima je dopunjena odredba čl. 84. st. 5. ZPP-a, čime se je otvorila mogućnost da se privremeni zastupnik postavi i tužitelju kad se tijekom postupka za to ostvare razlozi.⁶⁶ Naime, ocijenjeno je da se nakon pokretanja postupka i tužitelj može naći u situaciji u kojoj neće biti u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima u konkretnoj parnici, te da će ponekad postavljanje privremenog zastupnika tužitelju biti i u interesu tuženika koji bi na taj način eventualno mogao postići okončanje parnice u svoju korist.⁶⁷ Tako je odredbom st. 5. čl. 84. ZPP-a propisano da bi sud trebao postaviti privremenoga zastupnika i tužitelju ako se tijekom postupka nakon podnošenja tužbe i u odnosu na tužitelja ostvare razlozi zbog kojih je prema odredbama čl. 84. ZPP-a moguće tuženiku postaviti privremenoga zastupnika. I u ovom slučaju odluka nije prepuštena diskreciji suda, jer zakonska formulacija – „sud će“ – ukazuje na dužnost suda da po službenoj dužnosti imenuje privremenog zastupnika i tužitelju.⁶⁸ Sud ne bi mogao

62 U tom je smislu bila i sudska praksa: Prema FZPP-u privremenog zastupnika sud može postaviti samo tuženiku (VSH, Rev-1132/84. od 13. 6. 1985, PSP 28/82.). Privremeni zastupnik u parnici može se postaviti samo tuženiku, a ne i tužitelju. Odluka Okružni sud u Bjelovaru, GŽ- 637/78. od 10. svibnja 1978. i VSH, Rev- 1132/1984. od 13. srpnja 1985. podatak kod JANKOVIĆ, M. – KARAMARKOVIĆ, H. – JANKOVIĆ, Ž. – PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, treće dopunjeno izdanje, Beograd, 1990., str. 126.

63 Vidi TRIVA, S. – BELAJEC, V. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 258.

64 Tako ŠUMANOVIĆ, M., *Privremeni zastupnik*, rad objavljen u zborniku „Novote u parničnom postupku“, Organizator, Zagreb, 2003., str. 138.

65 Usp. DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 170.

66 Vidi *Obrazloženje* uz Konačni prijedlog ZIDZPP2003., str. 13. uz članak 42.

67 Tako TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, sedmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 324.

68 Usp. ŠUMANOVIĆ, M., *Privremeni zastupnik*, rad objavljen u zborniku „Novote u parničnom postupku“, Organizator, Zagreb, 2003., str. 140.

postaviti privremenog zastupnika osobi koja tek namjerava tužiti, jer, ako je razlog za postavljanje privremenog zastupnika nastao prije podnošenja tužbe sudu, skrbnika *ad litem* mogao bi postaviti samo centar za socijalnu skrb.⁶⁹

6. PRAVA I DUŽNOSTI PRIVREMENOG ZASTUPNIKA

Prava i dužnosti privremenog zastupnika te trajanje njegove funkcije utvrđeni su odredbama čl. 85. ZPP-a, kojima je, što se tiče prava i dužnosti privremenog zastupnika, propisano da privremeni zastupnik ima u postupku za koji je postavljen sva prava i dužnosti koje ima zakonski zastupnik, pa i u pogledu ovlaštenja za poduzimanje parničnih radnji.

Zakonski zastupnik je osoba koja parnično nesposobnu stranku ili stranku koja iz drugih razloga nije u stanju brinuti se o svojim pravima i interesima u parnici zastupa neovisno o njezinoj volji, izvodeći svoje ovlaštenje za zastupanje iz zakona ili odluke nadležnoga organa. Zakonski zastupnik poduzima radnje u postupku u ime i za račun zastupane stranke. Zakonski zastupnik može biti samo fizička osoba, stranački i parnično sposobna.⁷⁰ Kao i zakonski zastupnik i privremeni je zastupnik u načelu ovlašten u ime (i za račun) stranke poduzimati sve radnje u postupku (neposredno zastupanje) (arg. ZPP, čl. 81. st. 1. u svezi s čl. 85. st. 1.). To je načelno ovlaštenje ipak ograničeno: analogno zakonskom zastupniku i privremenom je zastupniku za poduzimanje određenih radnji potrebno posebno ovlaštenje nadležnog organa ako je to propisano drugim propisom. Te su radnje naznačene na dva načina: prvo, njihovim eksplicitnim navođenjem (podnošenje i povlačenje tužbe, priznanje i odricanje od tužbenog zahtjeva, zaključenje sudske nagodbe) i, drugo, korištenjem opće upućujuće formule (i druge radnje za koje je to određeno – primjerice, odustanak ili odricanje od pravnog lijeka). Posebni propisi iz kojih se može posredno izvesti zaključak o tome da za poduzimanje određenih radnji u određenim postupcima zakonski, pa time i privremeni zastupnik treba imati posebno ovlaštenje zapravo su propisi obiteljskog prava koji utvrđuju slučajeve u kojima zakonski, pa time i privremeni zastupnik može poduzimati određene radnje u upravljanju imovinom zastupanih osoba samo uz odobrenje nadležnog organa (v. ZPP, čl. 81. st. 2.). Budući da prema navedenim odredbama obiteljskog prava zakonski, pa time i privremeni zastupnik mora imati posebno ovlaštenje samo za poduzimanje nekih radnji u vezi s upravljanjem imovinom zastupanih osoba, u nekim će mu parnicama za poduzimanje određenih radnji (podnošenje i povlačenje tužbe, disponiranje predmetom spora i dr.) biti potrebno takvo ovlaštenje (u sporovima o otuđenju i opterećenju imovine zastupanika), a u drugima ne (sporovi u vezi s redovnim poslovanjem i upravljanjem imovinom zastupanika).⁷¹

Dok (stalni) zakonski zastupnik može voditi sve parnice zastupanog, privremeni zastupnik može poduzimati parnične radnje u ime i za račun zastupanog samo u

69 Vidi DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. Knjiga, Zagreb, 2008., str. 202.

70 Tako DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 162.

71 Tako i podrobnije kod DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 162.-163.

jednoj parnici i to određeno vrijeme dok se stranka, odnosno njezin punomoćnik ne pojave pred sudom ili dok organ skrbi ne obavijesti sud da je postavio skrbnika. S druge strane razvidno je da privremeni zastupnik nije voljni zastupnik kao što je to punomoćnik stranke.

7. PRESTANAK PRAVA I DUŽNOSTI PRIVREMENOG ZASTUPANJA

Specifičnost statusa privremenog zastupnika jest u tome da su njegova ovlaštenja ograničena na postupak za koji je postavljen. Prava i dužnosti privremeni zastupnik vrši sve dok se stranka ili njezin punomoćnik ne pojavi pred sudom odnosno dok centar za socijalnu skrb ne obavijesti sud da je postavio skrbnika (ZPP, čl. 85. st. 2.).

Dakle, privremeni zastupnik može zastupati stranku sve dok se sama (parnično sposobna) stranka ne "pojavi" pred sudom,⁷² ili dok to ne učini njezin punomoćnik ili zakonski zastupnik kojega je tuženik imao od ranije. Time što bi se stranka, njezin punomoćnik ili zakonski zastupnik "pojavi" pred sudom, oni bi preuzeli vođenje parnice. U tim slučajevima ne bi dolazilo do prekida postupka jer bi se on preuzimanjem odmah nastavljao. Međutim, u slučaju u kojemu bi organ skrbništva „obavijestio” sud da je postavio skrbnika dolazilo bi do prekida postupka po sili zakona zato što bi dostavom te obavijesti sudu prestajalo ovlaštenje privremenog zastupnika za zastupanje. Tako prekinuti postupak nastavljao bi se tek nakon što bi skrbnik preuzeo postupak ili kad bi ga sud na prijedlog protivne stranke pozvao da to učini.⁷³

Od trenutka kad se stranka kojoj je bio postavljen privremeni zastupnik pojavi pred sudom, dostavljanje treba obaviti njoj osobno, a ne zakonskom zastupniku koji joj je bio postavljen.⁷⁴ Zbog toga rok za žalbu u takvom slučaju treba računati od dostave presude stranci, koju joj je trebalo dostaviti osobno, a ne njezinu privremenom zastupniku.⁷⁵

Kako prava i dužnosti privremenog zastupnika prestaju danom nastupanja jednog od događaja iz čl. 85. st. 2. ZPP-a (kad se stranka ili njezin punomoćnik pojavi pred sudom, odnosno kad centar za socijalnu skrb obavijesti sud da je postavio staratelja), za prestanak funkcije privremenog zastupnika nije mjerodavan trenutak kada je privremeni zastupnik saznao za navedene činjenice.⁷⁶

72 Postoji mišljenje da se kada pripremno ročište i glavna rasprava nisu zakazani, stranka ne mora osobno pojaviti pred sudom, već bi bilo dostatno da se prijavi podneskom, ali bi takvo prijavljivanje moglo imati pravni učinak samo ako bi se stranka ili njezin punomoćnik kasnije osobno pojavili pred sudom na pripremnom ročištu ili glavnoj raspravi.

73 Tako i opširnije o tome kod DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 172.-173.

74 Odlukla VSH, Gzz-145/02. od 20. 11. 2002., Informator, broj 5202. od 14. siječnja 2004. Tako i opširnije o tome kod DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 172.-173.

75 Odluka VSH, Gzz- 145/02., INF-N, 5202/04. kod DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Zagreb, 2008., str. 205.

76 Usp. POZNIĆ, B. – VRAŽALIĆ, M. – BAČIĆ, F., *Zakon o parničnom postupku*, Beograd,

Osim u slučajevima navedenim u st. 2. čl. 85. ZPP-a (kad se stranka ili njezin punomoćnik pojave pred sudom ili kad centar za socijalnu skrb obavijesti sud da je postavio skrbnika), uloga privremenog zastupnika u postupku može prestati i na drugi način, primjerice u situacijama koje dovode do prestanka razloga zbog kojih je postavljen privremeni zastupnik.⁷⁷ Kako se privremeni zastupnik postavlja stranci s obzirom na određeni postupak, njegove bi ovlasti prestajale okončanjem postupka, ako ih ne izgubi i prije toga. Nadalje, ako sud ustanovi da privremeni zastupnik ne pokazuje potrebnu pažnju u zastupanju, odnosno ako bi zbog propuštanja privremenog zastupnika mogla nastati šteta za stranku koju zastupa, sud bi trebao zastati s postupkom i predložiti da se odredi drugi privremeni zastupnik (arg. ZPP, čl. 81. st. 3.).⁷⁸ Privremeni zastupnik ne bi se, pak, mogao osloboditi dužnosti zastupanja stranke ako obavijesti sud gdje se tuženik nalazi, jer je za prestanak njegove funkcije potrebno da se stranka ili njezin punomoćnik stvarno pojave pred sudom.

8. OGLAS O POSTAVLJANJU PRIVREMENOG ZASTUPNIKA

8.1. Razlozi i način izdavanja oglasa

Odredbom čl. 86. st. 1. ZPP-a propisano je u kojim je slučajevima sud dužan objaviti oglas o postavljanju privremenog zastupnika te gdje ga mora objaviti. Što se tiče dužnosti suda za objavljivanje oglasa o postavljanju privremenog zastupnika, kada je privremeni zastupnik postavljen stranci iz razloga navedenih u čl. 84. st. 2. toč. 4. i 5. ZPP-a (ako je boravište tuženika nepoznato, a tuženik nema punomoćnika te ako se tuženik ili njegov zakonski zastupnik, koji nemaju punomoćnika u Republici Hrvatskoj, nalaze u inozemstvu, a dostava se nije mogla obaviti), sud je, sukladno odredbi čl. 86. st. 1. ZPP-a, dužan izdati oglas koji se treba objaviti u »Narodnim novinama« i na oglasnoj ploči suda, a prema potrebi i na drugi prikladan način.

Cilj je izdavanja oglasa u tome da se obavijesti stranku kako bi se osobno ili njezin punomoćnik pojavili pred sudom kod kojeg je postupak pokrenut. Objavljivanje oglasa pretpostavka je i za mogućnost raspravljanja s postavljenim privremenim zastupnikom. Okolnost da je u tom postupku isključena javnost ne bi trebala utjecati na objavljivanje oglasa o postavljanju privremenog zastupnika jer je cilj izdavanja takvog oglasa prije svega u tome da se stranka obavijesti o postavljanju privremenog zastupnika, a za nju postupak i nije tajan.⁷⁹

1957., str. 72.

77 Vidi KULENOVIĆ, Z. – MIKULIĆ, S. – MILIŠIĆ VELIČKOVSKI, S. – STANIŠIĆ, J. – VUČINA, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Mostar, 2011., str. 520.

78 S obzirom na dužnost suda da kontrolira savjesnost rada privremenog zastupnika stranke, sud bi bio ovlašten odbiti donošenje presude zbog ogluhe odnosno presude zbog izostanka i kad bi inače bilo moguće donijeti takve presude (vidi TRIVA; str. 257.), jer se propuštanje privremenog zastupnika da podnese odgovor na tužbu ili da ospori tužbeni zahtjev opravdano može tumačiti, ne kao izraz promišljene dispozicije koja odgovara interesima zastupanja, nego kao nedostatak potrebne pažnje u zastupanju. PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 100.

79 Tako UDE, L. – BETETTO, N. – GALIĆ, A. – RIJAVEC, V. – WEDAM LUKIĆ, D. – ZOBEC,

S obzirom na ovlasti koje ima privremeni zastupnik, odnosno da njegove parnične radnje mogu za stranku imati dalekosežne posljedice, sud se ne bi uvijek trebao zadovoljiti samo izdavanjem oglasa u „Narodnim novinama“ i na oglasnoj ploči suda, držeći kako je time ispunio svoju zakonsku dužnost, nego bi trebao pokušati obavijestiti stranku o postavljanju privremenog zastupnika i na neki „drugi prikladan način“, primjerice izdavanjem oglasa u dnevnom tisku, pribijanjem oglasa na zadnjoj poznatoj adresi stranke, uručivanjem obavijesti njezinim poznatim srodnicima i sl., a troškove koji bi time nastali bila bi dužna predumjeti suprotna stranka.⁸⁰

Zbog hitnosti oglas bi trebalo izdati istovremeno kad se donese odluka o postavljanju privremenog zastupnika. Nakon donošenja odluke o postavljanju privremenog zastupnika i izdavanju oglasa, zastaje se s postupkom dok se oglas ne objavi.

U ZPP-u nema posebne odredbe o tome tko u ovom slučaju snosi troškove objavljivanja oglasa o postavljanju privremenog zastupnika, a skloni smo podržati stajalište da bi u tom slučaju trebalo analogno primijeniti odredbe čl. 153. st. 2. i 4. ZPP-a, odnosno da bi iznos potreban za podmirenje troškova objavljivanja oglasa trebao položiti tužitelj ako se radi o objavljivanju oglasa o postavljanju privremenog zastupnika tuženiku, a ako se radi o oglasu o postavljanju privremenog zastupnika tužitelju, to bi trebao napraviti tuženik. Samo iznimno, ako stranke ne bi položile zatraženi iznos, sud bi mogao odrediti da se trošak za objavljivanje oglasa predumi iz sredstava suda.⁸¹

8.2. Sadržaj oglasa

Odredbom čl. 86. st. 2. ZPP-a propisan je sadržaj oglasa o postavljanju privremenog zastupnika na način da je određeno kako treba sadržavati: naznaku suda koji je postavio privremenog zastupnika, zakonsku osnovu, ime stranke kojoj se postavlja zastupnik, predmet spora, ime zastupnika i njegov osobni identifikacijski broj, prebivalište, odnosno i boravište te upozorenje da će zastupnik zastupati stranku u postupku sve dok se stranka ili njezin punomoćnik ne pojavi pred sudom odnosno dok centar za socijalnu skrb ne obavijesti sud da je postavio staratelja. Odredbom čl. 10. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2013. („Narodne novine“, broj 25/13), izmijenjen je sadržaj oglasa o postavljanju privremenog zastupnika na način da više nije potrebno navesti njegovo zanimanje,⁸² već osobni identifikacijski broj, kao stalnu i glavnu identifikacijsku oznaku osobe, te se, ovisno o tome ima li boravište ili ne, navodi prebivalište, odnosno boravište.⁸³

Izvornik oglasa trebao bi se nalaziti u omotu spisa sporne stvari, a na njemu bi

J., *Pravdni postupak – zakon s komentarjem*, 1. knjiga, Ljubljana, 2010., str. 360.

80 *Ibid.*, str. 359.

81 Usp. PRANČIĆ, V., *Privremeni zastupnik u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, god. IV., 2004., broj 6, str. 96.

82 Iako zakonodavac nije izrijekom objasnio zbog čega u oglasu o postavljanju privremenog zastupnika više nije potrebno navesti njegovo zanimanje, za pretpostaviti je da je to zbog toga što se navedenom izmjenom privremeni zastupnik može uspješno individualizirati osobnim identifikacijskim brojem, kao stalnom i glavnom identifikacijskom oznakom osobe, te što se u praksi za privremenog zastupnika ionako, u pravilu, postavlja odvjetnik.

83 Vidi *Obrazloženje* uz Konačni prijedlog ZIDZPP2013., str. 24. – uz čl. 10.

se trebali zabilježiti broj „Narodnih novina“ i datum objavljivanja oglasa, kao i datum stavljanja oglasa na oglasnu ploču suda, s time da se objavljuje ovjereni prijepis izvornika oglasa.⁸⁴

Povreda odredaba o oglašavanju predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka.

9. TROŠKOVI PRIVREMENOG ZASTUPNIKA

ZPP ne propisuje izrijekom pravo, visinu i način isplate naknade za rad privremenog zastupnika, pa ni onoga postavljenog stranci u osobi odvjetnika. Stoga je donekle dvojbeno pripada li odvjetniku kao privremenom zastupniku pravo na nagradu po odvjetničkoj tarifi. Prema stajalištu sudske prakse, „odvjetniku kao privremenom zastupniku ne pripada pravo na nagradu po odvjetničkoj tarifi, već se u pogledu njegova prava na naknadu primjenjuju propisi o naknadi troškova tijela skrbništva“ u smislu odredaba Obiteljskog zakona (v. čl. 189. st. 2.), odnosno ima pravo na naknadu prema Pravilniku o visini iznosa i načinu isplate naknade za skrbnika („Narodne novine“, broj 05/14.).⁸⁵ U tom smislu naknada za obavljanje pravnih poslova privremenog zastupnika koji je odvjetnik određuje se u iznosu 50 % nagrade za rad koja bi mu pripadala sukladno Odvjetničkoj tarifi, a isplaćuje se jednokratno po obavljenom poslu (arg. Pravilnik, čl. 3.).⁸⁶ Ujedno bi mu eventualno pripadalo

84 Tako DIKA, M. - ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 173.

85 Odluka ŽS u Bjelovaru, Gž-1630/97. od 29. 1. 1997, ING PSP 1998-8-31. Vidi i odluku VSH, Rev- 988/98. od 22. svibnja 2001., IO VSH, 2/01-175.

86 Držimo da bi moglo biti zanimljivo pravno shvaćanje o toj problematici usvojeno na Panelu za ujednačavanje sudske prakse iz građanske oblasti na kojem su sudjelovali predstavnici Suda Bosne i Hercegovine, Vrhovnog suda Federacije BiH, Vrhovnog suda Republike Srpske i Apelacionog suda Brčko Distrikta BiH, održanom u Sarajevu 30. siječnja 2014. godine, u prostorijama Visokog sudske i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine. Tada je **usaglašeno pravno shvaćanje prema kojemu** „privremeni zastupnik ima pravo na naknadu troškova u vezi sa zastupanjem tuženog čije je boravište nepoznato, kao i da traži da tužilac prethodno ove troškove predujmi i da mu ih naknadi. O tom zahtjevu nadležan je da odlučuje sud koji je odredio privremenog zastupnika. Ovaj izdatak tužilac može ostvariti prema tuženom kao dio svojih ukupnih parničnih troškova, srazmjerno uspjehu u sporu“. Obrazloženo je kako „institut privremenog zastupnika u parničnom postupku ima svrhu u ostvarenju načela zaštite subjektivnih prava zagarantovanih najvišim pravnim aktima. Međutim, da bi se zaštitili i interesi protivne strane (kojoj se privremeni zastupnik postavlja), a kod toga da privremeni zastupnik u principu može biti svako lice koje prema važećem procesnom zakonu u parničnom postupku može biti i punomoćnik, pitanje naknade troškova privremenog zastupnika treba riješiti shodnom primjenom odredaba Zakona o parničnom postupku koje propisuju troškove obezbjeđenja dokaza. Prema tome, troškove vezano za zastupanje tuženog po privremenom zastupniku, na prijedlog privremenog zastupnika prethodno snosi tužilac, a o zahtjevu privremenog zastupnika za naknadu troškova odlučuje sud koji ga je i postavio. Ako je privremeni zastupnik tuženom postavljen iz reda advokata, isti ima pravo na naknadu prouzrokovanih troškova na ime zastupanja tuženog prema mjerodavnoj advokatskoj tarifi i troškovi koje je tužilac prethodno snosio vezano za zastupanje tuženog po privremenom zastupniku, ulaze u ukupne parnične troškove tužioca, a o tome da li će ih u konačnom snositi tuženi, koga je zastupao privremeni zastupnik, odluku donosi sud, saglasno uspjehu stranaka u sporu“. <http://www.pravosudje.ba/>

pravo na naknadu izgubljene dobiti. S druge strane, sud može odlučiti da privremeni zastupnik stranke nadoknadi protivnoj stranci troškove koje joj je prouzročio svojom krivnjom (arg. ZPP, čl. 156. st. 2.). Predujam za pokriće troškova postavljanja i rada privremenog zastupnika te objavljivanja oglasa o njegovu postavljanju bio bi dužan predujmiti tužitelj,⁸⁷ jer je to u njegovom interesu.

10. UMJESTO ZAKLJUČKA

Osim u odredbama ZPP-a kojima se općenito uređuje institut privremenog zastupnika (vidi ZPP, čl. 84.-86.), ovaj se institut pojavljuje i u nekim drugim odredbama ZPP-a. Drugim riječima, to se odnosi na neke posebne slučajeve privremenog zastupnika kao što su: zastupnik za primanje pismena, privremeni zastupnik nasljednicima umrle stranke u parnicama o neprenosivim pravima te privremeni zastupnik u postupku osiguranja dokaza.

10.1. Zastupnik za primanje pismena

Uvjeti i način imenovanja zastupnika stranaka (tuženika) za primanje pismena propisani su odredbama čl. 146. ZPP-a. ZPP pravi razliku između punomoćnika za primanje pismena i zastupnika za primanje pismena na način da punomoćnika za primanje pismena imenuje stranka, a zastupnika za primanje pismena postavlja sud. U praksi bi trebalo obratiti pozornost i na razliku između zastupnika za primanje pismena i privremenog zastupnika iz čl. 84. ZPP-a kojega također stranci postavlja sud. Naime, ovlaštenje zastupnika za primanje pismena odnosi se samo na primitak pismena za stranku i/ili zakonskog zastupnika i obavijest stranke o tome,⁸⁸ i po tome se on razlikuje od privremenog (zakonskog) zastupnika koji je ovlašten poduzimati i druge parnične radnje jer u postupku u kojemu je postavljen ima sva prava i dužnosti zakonskog zastupnika (arg. ZPP, čl. 85. st. 1.).⁸⁹ Sud je u parničnom postupku dužan, uz ispunjenje određenih pretpostavki, u dva slučaja postaviti zastupnika za primanje pismena (*curator ad actum*): kad se tuženik ili njegov zastupnik nalazi u inozemstvu, te u slučaju suparničarstva.⁹⁰ Tako će sud tuženika ili njegova zastupnika koji se nalaze u inozemstvu, a tuženik nema punomoćnika u Republici Hrvatskoj, već prigodom dostave prvoga pismena pozvati da u primjerenom roku postave punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj, uz upozorenje da će u suprotnom sud tuženiku na njegov trošak postaviti zastupnika za primanje pismena i putem toga zastupnika obavijestiti tuženika odnosno njegova zastupnika o tom postavljenju

vstv/faces/vijesti.jsp?id=51598

87 Tako DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Zagreb, 2008., str. 204.

88 Zastupnik za primanje pismena ovlašten je primiti pismena i o tome obavijestiti stranku, a nije ovlašten poduzimati parnične radnje u ime stranke, pa, primjerice, ni podnijeti žalbu protiv prvostupanjske presude (PSH, Pž- 3072/90. od 26. studenoga 1991., Praxis 1/190.).

89 Vidi ČIŽMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2009., str. 744.-745.

90 Usp. DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Zagreb, 2008., str. 202.

(ZPP, čl. 146. st. 2.). Sud zastupnika za primanje pismena postavlja iz reda odvjetnika ili javnih bilježnika, pa tako funkciju zastupnika za primanje pismena imaju treći kojima se umjesto stranke može predati pismeno.⁹¹ Takav bi zastupnik imao pravni položaj privremenog zastupnika, ali samo s ovlaštenjem da za tuženika prima pismena i s dužnošću da ih prosljeđuje. Sud može određenu osobu imenovati zastupnikom za primanje pismena samo ako je ta osoba suglasna s imenovanjem.⁹² Sredstva za pokriće troškova postavljanja i rada zastupnika tuženika za primanje pismena dužan je predujmiti tužitelj na temelju rješenja suda protiv kojega nije dopuštena posebna žalba. Ako tužitelj ne predujmi ta sredstva u roku koji je sud odredio u svom rješenju, sud bi trebao tužbu odbaciti (ZPP, čl. 146. st. 5.).

10.2. Privremeni zastupnik nasljednika umrle stranke

Postupak se obustavlja kad umre ili prestane postojati stranka u postupku o pravima koja ne prelaze na njezine nasljednike, odnosno pravne sljednike, a rješenje o obustavi postupka sud bi trebao dostaviti protivnoj stranci te nasljednicima, odnosno pravnim sljednicima stranke nakon što oni budu utvrđeni. Ako ocijeni da bi ostavinski postupak mogao duže trajati, sud bi, na prijedlog protivne stranke ili po službenoj dužnosti, trebao (u parnicama o neprenosivim pravima) nasljednicima umrle stranke postaviti privremenog zastupnika (ZPP, čl. 215b. st. 3.). S tim bi se zastupnikom postupak nastavio i njemu bi se, umjesto nasljednicima umrle stranke, trebalo dostaviti rješenje o obustavi postupka.

10.3. Privremeni zastupnik u postupku osiguranja dokaza

Privremeni zastupnik može se postaviti protivnoj stranci i u postupku osiguranja dokaza. Protivniku koji je nepoznat ili je nepoznato njegovo boravište sud može⁹³ radi sudjelovanja na ročištu za izvođenje dokaza postaviti privremenog zastupnika, a o tom postavljanju nije potrebno izdati oglas (ZPP, čl. 275. st. 4.). Načelo saslušanja stranaka tražilo bi da se protivniku privremeni zastupnik postavlja uvijek onda kad on sam ne može sudjelovati u postupku. Treba uzeti kako okolnost da se dokazi osiguravaju bez prisustva protivne stranke sama po sebi opravdavala postavljanje privremenog zastupnika, neovisno o općim pretpostavkama za postavljanje takvoga zastupnika tuženiku u parničnom postupku. Time se ublažavaju štetne posljedice prouzročene nuždom da se zanemari poštivanje načela saslušanja stranaka.⁹⁴

91 Tako TRIVA, S. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 325.

92 Odluka VTSH, Pž-5647/04. od 22. kolovoza 2006., Informator broj 5593. od 13. listopada 2007.

93 Iako se u odredbi čl. 275. st. 4. ZPP-a navodi da sud „može“ postaviti protivnoj stranci privremenog zastupnika radi sudjelovanja na ročištu za izvođenje dokaza, treba uzeti da bi on to, radi osiguranja kontradiktornosti, bio dužan učiniti. DIKA, M., *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Zagreb, 2008., str. 202.

94 Usp. TRIVA, S. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 508.

Summary

CURATOR AD LITEM IN CIVIL PROCEEDINGS

The curator ad litem is the legal representative of which party to the proceedings, if they realized the legal conditions, the court shall appoint, and that party is represented in the procedure for which is set and whose powers shall cease upon completion of this procedure, or under certain conditions and before that. In this paper the author, in addition to explanations of the concept and role of the curator ad litem in civil proceedings, pointed out the prerequisites for setting up a curator ad litem, to which it can be set curator ad litem, the rights and duties of a curator ad litem and their termination of duties, the issuance of the notice set curator ad litem and the costs of curator ad litem, and in particular the new regulations that are in this institute entered novels of the Civil Procedure Act in 2003 and 2013.

Keywords: *curator ad litem, civil procedure.*

Zusammenfassung

VERFAHRENSPFLEGER IM ZIVILPROZESS

Der Verfahrenspfleger (*curator ad litem*) ist der gesetzliche Vertreter, welcher das Gericht der Verfahrenspartei, falls die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, bestellt, und welcher die Partei nur im Verfahren, für welches er bestellt wurde, vertritt. Seine Befugnisse enden mit dem Ende dieses Verfahrens, beziehungsweise unter manchen Umständen auch früher.

Neben der Erklärung des Begriffs und der Rolle des Verfahrenspflegers im Zivilprozess weist die Arbeit auf die Voraussetzungen für die Bestellung des Verfahrenspflegers, auf die zur Bestellung des Verfahrenspflegers berechtigten Parteien, auf die Rechte und Verpflichtungen des Verfahrenspflegers und deren Aufhören, auf die Bekanntmachung der Bestellung des Verfahrenspflegers, auf die Kosten des Verfahrenspflegers, und insbesondere auf die durch die Novellen der kroatischen ZPO aus 2003 und 2013 entstandenen Änderungen hin.

Schlüsselwörter: *Verfahrenspfleger, Zivilprozess, curator ad litem, civil procedure.*

Riassunto

IL RAPPRESENTANTE PROVVISORIO NEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO

Il rappresentante provvisorio (*curator ad litem*) è un rappresentante legale che, ove siano soddisfatti i presupposti per ciò, il tribunale nomina per le parti nel contezioso. Costui rappresenta la parte soltanto nel procedimento per il quale viene nominato ed i suoi poteri cessano al termine di detto procedimento od, in presenza di certe circostanze, anche prima di ciò.

Nel contributo l'autore, oltre alla spiegazione della nozione e del ruolo rivestito dal rappresentante provvisorio nel procedimento contenzioso, indica anche i presupposti per la nomina del rappresentante provvisorio, quali soggetti siano rappresentati, i diritti ed i doveri del rappresentante provvisorio e la sua cessazione. Ancora, illustra le modalità di pubblicità della nomina del rappresentante provvisorio ed i costi del rappresentante provvisorio, con particolare attenzione per le novità introdotte con le novelle della legge sulla procedura civile del 2003 e 2013.

Parole chiave: *rappresentante provvisorio, procedimento contenzioso, curator ad litem, procedura civile.*

Članci u Zborniku
(Articles, Aufsätze, Articoli)

VJERODOSTOJNO TUMAČENJE ZAKONA

Dr. sc. Teodor Antić, glavni tajnik
Ustavni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.9
Ur.: 27. ožujka 2014.
Pr.: 5. ožujka 2015.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Vjerodostojno tumačenje zakona pravni je institut kojim zakonodavac u slučaju pogrešnog ili različitog tumačenja određene zakonske odredbe u praksi, radi pravilnog tumačenja i jedinstvene primjene, utvrđuje njezino autentično značenje aktom koji ima snagu zakona. Njegova inherentna obilježja su retroaktivnost i učinak na pendentne postupke. Zbog tih obilježja i njihovog odnosa prema načelima vladavine prava, pravne sigurnosti i diobe vlasti, vjerodostojno tumačenje podložno je ozbiljnoj kritici pravne teorije i prakse. Autor analizira institut vjerodostojnog tumačenja kroz povijesno-komparativnu perspektivu, normativno uređenje u Republici Hrvatskoj, praksu Hrvatskog sabora i stajališta teoretičara koji ga osporavaju ili zagovaraju. Na temelju toga iznosi vlastiti zaključak o tome da bi kvalitetnijim postupcima pripreme i donošenja zakona institut vjerodostojnog tumačenja mogao postati nepotrebnim. Ako ga se ipak zadrži u pravnom poretku, nužno bi bilo nad njim provoditi bitno djelotvorniji ustavni nadzor.

Ključne riječi: tumačenje zakona, vjerodostojno tumačenje, retroaktivnost, Hrvatski sabor.

1. UVOD - OPĆENITO O TUMAČENJU ZAKONA

Tumačenje (interpretacija) zakona je neminovnost. Ona proizlazi iz neizbježnog stupnja neodređenosti zakona. Gotovo je nemoguće naći zakon čije se odredbe mogu primijeniti na konkretan slučaj, a da se pritom ne javi potreba za njihovim tumačenjem. Različiti su razlozi tome. Neki od njih objektivne su naravi: nesavršenost jezika, neodređenost i višeznačnost pojmova, visok stupanj apstrakcije i generalizacije u formuliranju norme i sl. Drugi su sasvim subjektivne prirode: brzina u postupku izrade i donošenja zakona, nedovoljno znanje i vještine osoba koje sudjeluju u postupku njegove izrade i donošenja i dr. No i bez obzira na navedene razloge, radi dinamike života i potrebe uvažavanja stalnih promjena u društvu, pravi smisao zakona ne može do kraja biti određen samim njegovim tekstom.¹

¹ Tako Triva i Dika ističu da se „suvremeni zakonski tekstovi u pravilu i ne redigiraju tako da sadrže konkretan i neposredan odgovor na sva pitanja koja sudska praksa može postaviti.

Svi ovi razlozi dovode do toga da se tekst zakona ili pojedinih njegovih odredbi može različito shvatiti te se nameće potreba za traženjem pravog smisla pojedinih riječi u zakonskoj odredbi ili čitave odredbe. Neodređenost zakonskih odredbi zahtijeva da se onima koji moraju primijeniti zakon mora dati određena sloboda njegova tumačenja.²

Pravna teorija uglavnom je složna po pitanju određivanja pojma tumačenja pravnih normi. Prema Viskoviću riječ je o duhovnoj djelatnosti koja otkriva moguća značenja pravnih odredaba i u njima hipoteze, traženja, određenja delikata i sankcije te odlučuje koje od tih značenja je najbolje.³ Slično tome Vrban navodi da tumačenje u pravu predstavlja pronalaženje smisla pravnih izraza, iskaza, poruka i tekstova.⁴

Tumačenjem zakona daje se riječima upotrijebljenim u njegovim odredbama ono značenje koje odgovara cjelokupnom i pravom smislu zakona, a koji proizlazi iz ciljeva tog zakona i vrijednosti koje su ugrađene u njega. Svaki je zakon, naime, sredstvo za postizanje određenih društvenih ciljeva te se stoga može ispravno tumačiti samo s obzirom na odnos prema tom cilju. To znači da je za tumačenje potrebno utvrditi smisao i sadržaj norme, ono što je *ratio legis*, cilj zakona. U tom smislu ispravno tumačenje je ono koje optimalno ostvaruje smisao zakonskog propisa.⁵ Pritom je moguće da to u nekom konkretnom slučaju znači odstupanje od striktno gramatičke i logičke interpretacije odnosno od značenja koje pojedini izrazi u svakodnevnom životu redovito imaju.⁶

Raskošno bogatstvo životnih manifestacija isključuje mogućnost da se takvom metodom ostvare pozitivni rezultati. Ma koliko precizan i detaljan, zakon će još uvijek, imaginativno zaostajući za stvarnošću, ostati nemoćan u nastojanju da pruži gotove recepte za sve slučajeve.“ Triva, S. i Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 47.

- 2 Naime, kako ističe Rodin, „Pravo, uključujući i ustav, živi kroz interpretaciju - određenje značenja pravnih normi. ... pravo nije određeno tekстом nego značenjem pravne norme ...“ te je „... jednom definirano, podložno stalnoj reinterpretaciji kroz pravni i politički diskurs.“ Rodin, S., Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi, Zagreb, Politička misao, vol. 42, 3/2005., str. 42 i 44.
- 3 Visković, N., Teorija države i prava, Zagreb, Birotehnika, 2001., str. 243. Pritom Harašić ističe kako Visković slijedi osnovno stajalište integralne filozofije prava - zalaganje za cjelovito objašnjenje prava, te u svakoj pravnoj pojavi vidi spoj društvenih odnosa, vrijednosti i normi, koji čine sastojke (elemente) prava, a ujedno su i izvori prava: društveni odnosi su materijalni izvor prava, pravne vrijednosti su vrijednosni (ili etički) izvori prava, dok su pravne norme formalni izvori prava. Harašić, Ž., Viskovićeva teorija tumačenja u pravu, Split, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 48, 1/2011., str. 58-59.
- 4 Vrban, D., Uvod u državu i pravo, Zagreb, Birotehnika, 1998., str. 80.
- 5 Kelsen ističe kako se podrazumijeva da je „stvarno značenje zakonske norme“ ono značenje koje odgovara volji zakonodavca. Pritom međutim izražava dvojbu postoji li uopće nešto što je „volja zakonodavca“, uzimajući u obzir složenu proceduru donošenja zakona i različite utjecaje (političke, društvene, interesne i dr.) koji u tom procesu oblikuju njegov sadržaj, odnosno tekst. Kelsen, H., The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems, Preface on Interpretation, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000., str. xiv.
- 6 U tom smislu Triva i Dika ističu da „... i teoretičari i praktičari bit će prigodom interpretacije pravnih propisa - kako iskustvo pokazuje - nužno upućeni na solucije koje zakonski tekst verbalno ne omogućuje, idući čak i dotle da se određenim izrazima prida drukčiji sadržaj od onoga koji bi proizlazio iz njihove gramatičke i logičke interpretacije, a naročito iz načina na

Tumačenje zakona ipak ima određena pravila i granice. U tumačenju zakona svakako je potrebno poći od njegova teksta i pritom ga što više poštovati, a što manje se od njega udaljavati. Od zakonske riječi moguće je odstupiti samo ako postoje očiti razlozi koji ukazuju da predmetni tekst ne odaje pravi smisao odredbe. Pritom granice tumačenja koje se nikako ne smiju prijeći određene su načelom zakonitosti. U tom smislu zabranjeno je svako tumačenje kojim se izigrava smisao i funkcija ovog načela, a to je pravna sigurnost.⁷

Pravo na tumačenje zakona dakle nije diskrecija. Prema Hayeku tumačenje ima zadaću otkrivanja duha čitavog sustava važećih pravnih pravila i pronalaženja onoga što nesavršen tekst ili oprez zakonodavca nije izričito izrazio, a što bi se trebalo i moglo izraziti kao opće pravilo. Dokaz da pravo na tumačenje nije diskrecija je to što se ono može podvrgnuti nadzoru nekog drugog tijela, najčešće sudova.⁸ U sustavima temeljenim na načelu vladavine prava moguće je u odgovarajućem postupku dokazivati da je određeno tumačenje zakona ispravno ili neispravno.

Iako je tumačenje zakona usmjereno prema postojećem tekstu, ono ima kreativni karakter. Kad nadležni subjekt (sud, upravno tijelo i dr.) primjenjujući zakon izabere jedno od više mogućih tumačenja mjerodavne norme, tada ono na određeni način također stvara pravo. Prema Kelsenu tumačenje zakona nije pitanje spoznaje odnosno nalaženja nečeg što postoji u zakonu, već je to pitanje volje odnosno stvaranja prava. Sudac naime također stvara pravo kao i zakonodavac. Razlika u njihovoj aktivnosti samo je kvantitativna s obzirom na to da zakonodavac kod donošenja zakona ima puno veću slobodu nego što je ima sudac kad primjenjuje zakon. Međutim, i on pri tumačenju zakona ima određenu slobodu, jer nije ograničen samo na poznavanje mjerodavnih odredbi zakona već i drugih normi koje utječu na odlučivanje kao što su norme morala, pravde, socijalnih vrijednosti i slične.⁹ U tom smislu Kelsen se nikako ne slaže s čisto školskim pristupom tumačenju zakona prema kojem zakonske norme imaju samo jedno pravo značenje. Kad se pri tumačenju koriste i neki vanjski standardi (morala, pravde, političke ideologije i dr.), uvodi se nešto što nije dio pozitivnog prava, a što u konkretnom slučaju treba opravdati odstupanje od školskog tumačenja usredotočenog isključivo na zakonski tekst.¹⁰

Vezano uz taj aspekt, Gavella upozorava na čestu fluidnost granice između tumačenja postojećih normi i kreiranja novih te na opasnost njezina prekoračenja.

koji se odnosni izraz inače u pravu upotrebljava.“ Pritom smatraju da s obzirom na tendencije razvoja pravnog sustava i probleme vezane za ugradnju novih modela u postojeći pravni sustav „... ostati - kod takvih pretpostavaka - u granicama striktnog tumačenja, pa negirati pravilnost određenih stavova samo zbog toga što nemaju oslonca u zakonskom tekstu, vodilo bi sprečavanju ostvarenja osnovnih zakonodavnih intencija i deformaciji procesnih institucija“ te da je tumač zakona „... dužan imati u vidu osnovnu funkciju zakona, koji treba tumačiti u skladu s općom zakonitošću, ciljevima posebne pravne norme i cjelokupnog pravnog sistema, osjećajem pravičnosti i razboritosti.“ Triva, S. i Dika, M., op. cit., str. 46.

7 Bačić, F., Kazneno pravo opći dio, Zagreb, Informator, 1995., str. 77-78.

8 Hayek, F. A., Politički ideal vladavine prava, Zagreb, Školska knjiga, 1994., str. 53.

9 Kelsen, H., Pure Theory of Law, Los Angeles - London, University of California Press, 1978., str. 353.

10 Kammerhofer, J., Uncertainty in International Law - A Kelsenian Perspective, London i New York, Routledge, 2011., str. 106.

Ističe naime kako sudska praksa postaje izvorom prava ako sud pogrešno protumači zakonsku normu i u nekom konkretnom slučaju vjerujući da primjenjuje zakonsku normu, zapravo primjeni svoju, a ona ponavljanjem kroz sudske prakse zauzme mjesto norme koju je postavio zakonodavac.¹¹

Tijekom povijesti pravna praksa uobličila je brojna interpretativna pravila koja je pravna znanost po srodnosti grupirala u nekoliko metoda tumačenja od kojih se redovito ističu jezična, logička, sustavna, ciljna (teleološka), komparativna i povijesna metoda.¹² Izbor odgovarajuće metode ovisi o okolnostima slučaja. Pritom proces može obuhvaćati više različitih metoda odnosno može se sastojati od više međuovisnih interpretativnih postupaka.¹³

Tumačenja zakona razlikuju se i s obzirom na subjekt koji daje tumačenje i slijedom toga njegovu obveznost.

Znanstvena (doktrinarna) tumačenja pravnih normi izuzetno su značajna, jer svojom stručnošću i uvjerljivošću mogu znatno utjecati na subjekte koji donose i one koji primjenjuju propise. Ta tumačenja, međutim nemaju obvezujuću snagu ni za koga.

S druge strane, tumačenja koja daju subjekti koji obnašaju neki oblik pravne vlasti i čije je tumačenje normativnih odredbi dio njihove djelatnosti (parlament, vlada, tijela državne uprave, sudovi, regulatorne agencije) obvezujuća su. Pritom obvezujuća snaga njihovih tumačenja ovisi o njihovom položaju na hijerarhijskoj ljestvici. U tom okviru razlikuju se apstraktno tumačenje normativnih odredbi (traženje značenja normi koje nije vezano za njihovu primjenu na konkretne pravne odnose) koje je obvezujuće za apstraktno određene odnosno neimenovane adresate i konkretno tumačenje normativnih odredbi (traženje značenja normi radi njihove primjene na konkretne pravne odnose) koje je obvezujuće za stranke u određenom (sudskom, upravnom ili drugom) pravnom postupku.

Posebna vrsta tumačenja u okviru ove druge grupe je, tzv. autentično ili vjerodostojno tumačenje. Riječ je o tumačenju pravnih normi koje daje njihov donositelj. Ta vrsta tumačenja otvara niz dvojbi i izaziva prijepore među pravnim teoretičarima i praktičarima. Rasprava o pravnoj naravi i učincima instituta vjerodostojnog tumačenja te opravdanosti njegova postojanja postala je (ponovo) aktualna povodom najava da će Hrvatski sabor donijeti autentično tumačenje Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije (*Narodne novine*, broj 91/10, 81/13 i 124/13) kojim će utvrditi („dokazati“) da je

11 Gavella, N., *Stvarno pravo*, Zagreb, Informator, 1998., str. 38.

12 Prve spoznaje o tumačenju prava javljaju se još u antičko doba, osobito u rimskoj jurisprudenciji. Međutim, utemeljene i cjelovite doktrine tumačenja prava vezuju se za F. K. von Savignya (1779.-1861.) koji je postavio kanone tumačenja prava i kao legitimne metode tumačenja utvrdio gramatičko, logičko, sistematsko i povijesno tumačenje, dok je prema ciljnom, tj. teleološkom tumačenju bio skeptičan, smatrajući da cilj zakona tumač može samo pridodati, a ne i naći. Tumačenje prava, u: *Pravni leksikon*, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007., str. 1638.

13 Više o metodama tumačenja zakona v. Visković, N., op. cit., str. 246-260., Bačić, F., op. cit., str. 78-85., i Pavlović, M., *Tumačenje pravnih pravila (propisa)*, Zagreb, Informator, 1. dio, br. 5281/2004., str. 13-14., 2. dio, br. 5284/2004., str. 15-18. i 3. dio, br. 5285-5286/2004., str. 13-14.

Županijski sud u Zagrebu u tzv. slučaju Perković (postupak radi izvršenja europskog uhiđenog naloga i izručenja Republici Njemačkoj) „prekršio zakon“.¹⁴ To je razlog zbog kojeg se u ovom radu detaljnije bavimo tim institutom.

2. VJERODOSTOJNO TUMAČENJE ZAKONA

Vjerodostojnim ili autentičnim tumačenjem zakona uobičajeno se smatra tumačenje koje daje njegov tvorac odnosno zakonodavac, dakle tumačenje u kojem se stvaralac i tumač poklapaju.¹⁵ Kad zakonodavno tijelo samo uoči da se u praksi odnosno primjeni neka odredba zakona pogrešno ili različito tumači ili kad ga na to upozori neki drugi subjekt, tada radi pravilnog tumačenja i jedinstvene primjene zakona može utvrditi njezino vjerodostojno odnosno autentično tumačenje i donijeti ga kao poseban akt. Ono se objavljuje jednako kao i sam zakon, smatra se integralnim njegovim dijelom i obvezno je za sve subjekte, a vrijedi od kada i sam zakon odnosno ima povratno (retroaktivno) djelovanje.

Pritom o odnosu na sam pojam vjerodostojnog tumačenja koji se za taj institut koristi u hrvatskom pravnom sustavu, Giunio primjećuje da bi u hrvatskom prijevodu izraza „autentično tumačenje“, umjesto izraza „vjerodostojno tumačenje“ bolje bilo koristiti izraz „izvorno tumačenje“, jer ta dva izraza u hrvatskom jeziku, iako su vrlo bliski i u određenom kontekstu mogu djelovati kao istoznačnice, ipak nisu uvijek sinonimi. U tom smislu tumačenje zakona doista je izvorno ako dolazi od zakonodavca. Međutim, vjerodostojnost tumačenja je *questio facti* odnosno pitanje individualne ocjene pa tako i sudsko tumačenje zakona također može biti vjerodostojno, iako nije izvorno.¹⁶

S obzirom na to da se u hrvatskoj pravnoj praksi koristi izraz vjerodostojno tumačenje, u ovom radu koristi se dalje taj izraz u značenju autentičnog tumačenja.

Prema Giuniju logika vjerodostojnog tumačenja podrazumijeva da zakonodavac, nakon što je utvrdio da u praksi kod subjekata koji primjenjuju određeni zakon stalno postoji nesnalaženje odnosno raznolika primjena, njima adresira svoju obvezujuću interpretaciju. Stoga su za davanje vjerodostojnog tumačenja nužna dva uvjeta: a) raznolikost prakse (pri čemu ne postoji više tijelo koje tu praksu može ujednačiti) i b) postojanje subjekta koji primjenjuje normu, a koji je različit od interpretatora (jer je besmisleno da interpretator sam sebi posebnim aktom interpretira propis, budući da on to tumačenje ionako obavlja kad sam primjenjuje propis).¹⁷

14 „Sabor će donijeti autentično tumačenje Zakona o pravosudnoj suradnji kojim će pokazati da Turudić ne poštuje taj zakon“, Jutarnji list od 9. siječnja 2014., str. 3, „Saborska većina može «presuditi» da Perković nije smio biti izručen“, Večernji list od 27. siječnja 2014., str. 2.

15 Autentično tumačenje, u: Pravni leksikon ..., op. cit., str. 52. Kelsen, međutim, zastupa nešto drukčiju koncepciju: on pod autentičnim tumačenjem („*authentic interpretation*“) ne smatra samo tumačenje zakonodavca već i tumačenje provedbenog tijela („*law-applying organ*“) koje primjenjujući zakon donosi odluke i njima također stvara pravo kroz sudsku praksu. To se odnosi na konačne odluke („*final judgment*“) koje se više ne mogu poništiti, posebno odluke najviših sudskih tijela („*courts of last resort*“). Kelsen, H., op. cit., str. 354-355.

16 Giunio, M. A., Vjerodostojno tumačenje kojim Hrvatski sabor tumači zakon, Zagreb, Informator, br. 5743/2009., str. 1.

17 Ibid., str. 2.

Osnovno obilježje vjerodostojnog tumačenja zakona jest dakle da ga donosi isto tijelo koje je donijelo zakon. Zbog toga je u pravnoj praksi općeprihvaćeno stajalište da ono ima jednaku pravnu snagu kao i zakon, iako se ne donosi po istom postupku.¹⁸ Po svojoj naravi vjerodostojno tumačenje tumači zakonsku odredbu od trenutka njezina stupanja na snagu, odnosno ima povratni učinak (*ex tunc*).

Institut vjerodostojnog tumačenja s retroaktivnim učincima nije karakterističan za sve pravne sustave. Ima sustava koji ga uopće ne poznaju (primjerice u Njemačkoj i SAD-u), sustava u kojima je njegova primjena ograničena (primjerice Belgija i Italija) te sustava u kojima više ili manje normalno koristi. Prema Rodinu, u toj zadnjoj grupi riječ je uglavnom o postkomunističkim zemljama te o nedemokratskom ili preddemokratskom pravnom okružju poput sustava kanonskog prava.¹⁹

Zbog svojih temeljnih obilježja te mogućih i stvarnih učinaka u pravnom sustavu, institut vjerodostojnog tumačenja podvrgnut je ozbiljnoj kritici dijela pravne teorije. Da bi se objektivno ocijenila potreba i opravdanost njegova postojanja te prihvatljivost u hrvatskom pravnom sustavu, potrebno je poći od povijesnih i komparativnih okolnosti u kojima je nastajao i u kojima se primjenjuje, analizirati njegovu primjenu u praksi Hrvatskog sabora te razmotriti razloge zbog kojih se osporava ili zagovara.

2.1. Povijesno-komparativna perspektiva²⁰

Povijesno gledajući vjerodostojno tumačenje zakona proizlazi iz srednjovjekovnog shvaćanja zakonodavca kao konačnog i jedinog autoritativnog tumača zakona. U tom smislu zakonodavna vlast je privilegirana i ujedno dominantna grana vlasti koja kontrolira ostale dvije grane - izvršnu i sudbenu vlast.

Prema Schottu u postglosatorskom razdoblju mogu se razlikovati četiri vrste tumačenja prava: 1) tumačenje vladara (*Princeps*) koje je autentično tumačenje u užem smislu, odnosi se na zakone i počiva na pravilu *Eius est interpretari leges, cuius est condere*, 2) tumačenje na temelju običaja (*Consuetudo*) koje počiva na pravilu *Optima est legum interpretis consuetudo*, 3) tumačenje suca (*Judex*) i 4) tumačenje znanstvenika (*Doctores et Magistri*). Sva ta tumačenja procjenjuju se kroz tri obilježja: općenitost (generalnost), obveznost i formu (pisano odnosno nepisano). U tom smislu jedino autentično tumačenje vladara ispunjava sva tri kriterija (jer je *generalis, necessaria et in scriptis redigenda*). Prema Schottu autentično tumačenje

18 U tom smislu Udruga pravnika u gospodarstvu Zagreb, u svojem prijedlogu Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 2004. godine za ocjenu ustavnosti Vjerodostojnog tumačenja Zakona o zateznim kamatama (Nar. nov. 58/04), vjerodostojno tumačenje označava kao „zakon *sui generis*“ odnosno „parazakon“. Prema: Giunio, M., Prijedlog za ocjenu zakonitosti i ustavnosti vjerodostojnog tumačenja članka 3. stavka 1. Zakona o zateznim kamatama (Nar. nov., br. 28/96), Zagreb, Informator, br. 5242/2004., str. 8.

19 Rodin, S., Demokratsko-pluralistička kritika instituta tzv. vjerodostojnog tumačenja, Zagreb, Informator, br. 5337-5338/2005., str. 2.

20 U redosljednu izlaganja ovog poglavlja oslanjali smo se na uvodno izlaganje S. Rodina na 104. tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika Grada Zagreba, održanoj u Zagrebu 14. travnja 2005., Zagreb, Bilten Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika Grada Zagreba, br. 33/2005., str. 92-93. <www.pravo.unizg.hr/_download/repository/godišnjaci/Copy_of_4-godišnjak-2005.pdf>, pristup: 1. veljače 2014.

zapravo predstavlja svojevrzni „servis za popravke“ („*repair shop*“) zakona.²¹

Na vjerodostojno tumačenje zakona kao isključivo pravo vrhovnog vladara nailazimo kod Hobbesa. On ističe: „Svi zakoni, pisani ili nepisani, trebaju tumačenje. ... Pisani pak zakoni, ako su kratki, lako se tumače pogrešno, zbog različitih značenja jedne ili više riječi. Ako su pak dugi, onda su nejasniji zbog značenja više riječi, tako da se ni jedan pisani zakon, izložen u mnogo ili malo riječi, ne može razumjeti bez savršenog razumijevanja svršnih uzroka zbog kojih je donesen, a spoznaja tih svršnih uzroka leži u zakonodavcu. Za njega, dakle, u zakonu ne može postojati nikakav nerazrješiv čvor, bilo zato što će pohvatati njegove krajeve, pomoću kojih će ga razvezati, ili pak zato što će sam načiniti kraj po svojoj volji, to jest, po svojoj zakonodavnoj moći (kao što je Aleksandar učinio mačem na gordijskom čvoru), a to ne može ni jedan drugi tumač“. Stoga zaključuje da „...ono u čemu se sastoji narav zakona, to nije slovo, već namjera ili značenje, to jest, istinsko tumačenje zakona (koje je smisao zakonodavca). Zbog toga, tumačenje svih zakona ovisi o ovlasti vrhovnog vladara, a tumači mogu biti samo i jedino oni koje imenuje vrhovni vladar (prema kojemu podanik jedino duguje poslušnost). Inače, lukavošću nekog tumača zakon može poprimiti smisao protivan smislu vrhovne vlasti, a time tumač postaje zakonodavac.“²²

Takvo shvaćanje nalazimo i kod Rousseaua koji ističe da je cilj zakona uvijek opći, pod čime smatra „...da zakon razmatra podanike sve zajedno i djelanja apstraktno, nikada nekog čovjeka kao pojedinca ili neko pojedinačno djelanje.“ U tom smislu zakon treba biti izraz općenite volje (*volonté générale*) koja pazi samo na opći interes, a ne volje svih (*volonté de tous*) koja pazi na privatni interes i samo je zbroj zasebnih pojedinačnih volja.²³

Koncepcija o isključivom pravu zakonodavca na tumačenje zakona svoju krajnost doživjela je u Francuskoj u jednom od zakona koji je bio donesen ubrzo nakon revolucije 1789. u kojem se sudovima zabranjuje njegovo tumačenje te se oni obvezuju da zastanu s postupkom i zatraže autentično tumačenje kad god je neka njegova odredba nejasna ili postoji pravna praznina. Taj je zakon međutim ubrzo ukinut zbog zatranosti zahtjevima za autentično tumačenje i konfuzije koje je zbog toga nastala.²⁴

Na tim se shvaćanjima kasnije gradila jedna od dominantnih dogmi komunističkih režima o narodnoj skupštini kao instrumentu diktature proletarijata i komunističke partije kao njegove avangarde koja kontrolira zakonodavni postupak kao i druga tijela jedinstvenog sustava državne vlasti. Tako Lenjin odbacuje sindikalni pokret i ističe ulogu partije kao interpreta volje radničke klase i zastupnika njezinog interesa.²⁵

21 Prema: Gergen, T. i Ehm, M., Report on the 34th Conference of German Legal Historians in Würzburg, German Law Journal, vol. 4, 3/2003., str. 282, <www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No03/PDF_Vol_04_No_03_281-293_Legal_Culture_Gergen_Ehm.pdf>, pristup: 2. veljače 2014.

22 Hobbes, T., Levijatan, Zagreb, Naklada Jesenski i Turk, 2013., str. 187-188.

23 Rousseau, J. J., Društveni ugovor, Zagreb, Školska knjiga, 1978., str. 109 i 115.

24 Autentično tumačenje, u: Pravni leksikon ..., op. cit., str. 52.

25 U tom smislu ističe kako stajalište prema kojem „radnici trebaju voditi samo ekonomsku borbu, prepuštajući politiku inteligentima u savezu s liberalima ... svodi se već direktno na priznanje

U kasnijem razvitku Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika (SSSR) ta je koncepcija izražena u ustavnim odredbama o ovlastima Vrhovnog sovjeta i njegova Prezidija kao instrumenata diktature proletarijata.²⁶ Prema Ustavu SSSR-a iz 1936. Vrhovni sovjet (državni parlament) najviše je tijelo državne vlasti i isključivo je nadležan za donošenje zakona (članak 30.). Pritom, međutim, Prezidijum Vrhovnog sovjeta ima izričitu ovlast tumačenja važećih zakona (članak 49. točka b.).²⁷ Tu ovlast Prezidijum ima i prema Ustavu SSSR-a iz 1977. (članak 121. točka 5.).²⁸

Taj su uzor slijedile i druge tadašnje države sovjetskog bloka kao i Federativna Narodna Republika Jugoslavija (FNRJ) odnosno Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija (SFRJ).

Prema Ustavu FNRJ iz 1946. zakonodavnu vlast izvršava isključivo Narodna skupština kao vrhovni organ državne vlasti (članci 50. i 51.). Ona bira Prezidijum Narodne skupštine (članak 73.) koji između ostalih poslova daje obvezna tumačenja saveznih zakona (članak 74. stavak 1. al. 5.).²⁹

Ustavom SFRJ iz 1963. najviši organ vlasti u okviru prava i dužnosti federacije je Savezna skupština (članak 163. stavak 1.). Osim što donosi zakone, ona između ostaloga daje i autentična tumačenja saveznih zakona (članak 164. stavak 1. točka 2.).³⁰ Sa savezne razine isto je rješenje preuzeto u ustave socijalističkih republika (SR). Tako je Ustavom SR Hrvatske iz 1963. bilo propisano da Sabor kao osnovni nositelj prava i dužnosti republike neposredno i isključivo, između ostaloga, donosi zakone i daje autentično tumačenje republičkih zakona (članak 170 stavak 1. točka 2.).³¹

Prema sljedećem Ustavu SFRJ iz 1974. prava i dužnosti Skupštine SFRJ izvršavaju Savezno vijeće i Vijeće Republika i pokrajina (članak 284.). Oba vijeća između ostalih poslova donose savezne zakone iz svoje nadležnosti te daju njihova autentična tumačenja (članak 285. točka 3. i članak 286. stavak 2. točka 2.).³² I tada su socijalističke republike preuzele isto rješenje u svoje ustave. Ustavom SR Hrvatske iz 1974. bilo je propisano da Sabor između ostaloga donosi zakone i daje autentično tumačenje republičkih zakona (članak 350. točka 2.).³³

da je ruski proletarijat nepunoljetan i na potpuno negiranje socijaldemokratskog programa. ... Pomagati politički razvitak i političko organiziranje radničke klase - naš je glavni i osnovni zadatak.“ Lenjin, V. I., Što da se radi?, Sarajevo, Svetlost, 1973., str. 193-194.

26 Rodin, S., op. cit., str. 1.

27 Ustav SSSR-a iz 1936., <www.departments.bucknel.edu/russian/const/36cons02.html>, pristup: 10. veljače 2014.

28 Ustav SSSR-a iz 1977., <www.departments.bucknel.edu/russian/const/77cons05.html>, pristup: 10. veljače 2014.

29 Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Sl. l. FNRJ br. 10/46. Stefanović ističe kako je ta „... nadležnost Prezidijuma nesumnjivo od velikog značenja, naročito s obzirom na činjenicu, da su tumačenja saveznih zakona, koja izdaje Prezidijum, obavezna za sve državne organe. Ta tumačenja može ukinuti odnosno izmijeniti samo Narodna skupština donošenjem novog zakona.“ Stefanović, J., Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, 1950., str. 587.

30 Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1963., Sl. l. SFRJ br. 14/63.

31 Ustav Socijalističke Republike Hrvatske iz 1963., NN br. 15/63.

32 Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974., Sl. l. SFRJ br. 9/74.

33 Ustav Socijalističke Republike Hrvatske iz 1974., NN br. 8/74.

U državama nastalim od bivših jugoslavenskih republika nakon raspada SFRJ-a institut vjerodostojnog tumačenja zadržan je, ali ne u njihovim ustavima, već na razini poslovnika njihovih parlamenata. Tako je postupak za donošenje vjerodostojnog tumačenja u Republici Sloveniji uređen Poslovníkom Državnog zbora (članci 149. - 152.)³⁴, a u Republici Srbiji Poslovníkom Narodne skupštine (članci 194. i 195.)³⁵. U Crnoj Gori postupak za davanje vjerodostojnog tumačenja bio je uređen Poslovníkom Skupštine iz 2006. (članci 157. -159.)³⁶, ali su te odredbe njegovim izmjenama i dopunama iz 2010. brisane.³⁷ Izuzetak je Republika Makedonija u kojoj je Ustavom izrijekom propisano da Skupština (*Sobranie*) između ostalih poslova, donosi zakone i daje autentična tumačenja zakona (članak 68. stavak 1. al. 2.).³⁸ Postupak za davanje vjerodostojnog tumačenja uređen je Poslovníkom Skupštine (članci 175. i 176.)³⁹.

No, kao što je ranije navedeno, osim u postkomunističkim državama institut vjerodostojnog tumačenja danas postoji i u nekim drugim sustavima i državama.

Tako on postoji u kanonskom pravu. Zakonik kanonskog prava Rimokatoličke Crkve (*Codex Iuris Canonici, CIC*) propisuje da zakone vjerodostojno tumači zakonodavac i onaj komu je on povjerio vlast vjerodostojnog tumačenja te da ono ima istu snagu kao i sam zakon i mora se proglasiti. Pritom, ako samo pojašnjava „sigurne riječi zakona“, vrijedi unatrag, dok ako sužava ili proširuje zakon ili razjašnjava dvojbe, ne djeluje unatrag (Kan. 16).⁴⁰ Iste odredbe ima i Zakonik kanona istočnih crkava (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium, CCEO*) s dodatkom da tumačenje sadržano u sudskom pravorijeku ili u upravnom aktu donesenom u konkretnom slučaju, nema snagu zakona te obvezuje samo stranke toga postupka i utječe samo na sporno pitanje koje se u tom postupku rješavalo (Kan. 1498).⁴¹

Vjerodostojno tumačenje poznaje i pravo nekih suvremenih demokratskih država kao što su primjerice Italija i Belgija. U pravnoj literaturi pritom se ističe da je u tim državama pravo zakonodavca da tumači zakone ograničeno zabranom retroaktivnosti i zabranom zadiranja u pravosudnu funkciju i pendentne postupke.⁴² Ta ograničenja odnosno zabrane međutim nisu izrijekom utvrđeni ustavom niti zakonom

34 Poslovník Državnog zbora (PoDZ-1), <www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=POSL34>, pristup: 15. veljače 2014.

35 Poslovník Narodne skupštine Republike Srbije, <[www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina/vazna-dokumenta/poslovník-\(precisceni-tekst\)/uvodna-odredba.1330.html](http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina/vazna-dokumenta/poslovník-(precisceni-tekst)/uvodna-odredba.1330.html)>, pristup: 15. veljače 2014.

36 Poslovník Skupštine Republike Crne Gore, Službeni list RCG br. 51/06, <www.sluzbenilist.me/SluzbeniListDetalji.aspx?tag={BC1ABC33-314A-498D-A932-F2C742E79E3B}>, pristup: 15. veljače 2014.

37 Odluka o izmjenama i dopunama Poslovnika Skupštine Crne Gore, Službeni list CG br. 80/10, <www.sluzbenilist.me/SluzbeniListDetalji.aspx?tag={7206242C-AF79-409A-845F-4B1583FBCB79}>, pristup: 15. veljače 2014.

38 Ustav Republike Makedonije, <www.sobranie.mk/?ItemID=A431BEE83F63594B8FE11DA66C97BEAF>, pristup: 15. veljače 2014.

39 Delovnik na Sobranieto na Republika Makedonija, <www.sobranie.mk/?ItemID=D91A6EAF530663408D05718B941BF9A7>, pristup: 15. veljače 2014.

40 Zakonik Kanonskog prava, Zagreb, Glas Koncila, 1996., str. 11.

41 Zakonik kanona istočnih crkava, <www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_constitutions...>, pristup: 20. veljače 2014.

42 Usp. Rodin, S., op. cit., str. 2 i Diskurs..., cit., str. 53.

već proizlaze iz određenih ustavnih načela i ustavnosudske prakse. U tom smislu, iako je ustavnosudska praksa vezana uz to pitanje dugotrajna i stabilna, u svakom se pojedinom predmetu s obzirom na konkretne okolnosti slučaja ocjenjuje jesu li davanjem vjerodostojnog tumačenja povrijeđene ustavne odredbe.

U Italiji vjerodostojno tumačenje provodi se donošenjem, tzv. interpretativnih zakona koje donosi Parlament. Prema stajalištu Državnog vijeća Italije, da bi se tumačenje propisa i njegovo retroaktivno djelovanje moglo smatrati ustavno prihvatljivim, ono mora sadržavati isključivo obrazloženje doseg primjene njegovih odredbi bez njihovog nadopunjavanja kao i bez davanja tumačenja koje bi hermeneutički bilo moguće, ali do kojeg se ne može doći iz značenja koje mu se inače redovito pripisuje. Retroaktivno djelovanje autentičnog tumačenja zakona mora biti u okvirima poštovanja načela povjerenja subjekata u pravnu sigurnost, s posljedicom da se tumačenje odnosno interpretativno rješenje koje nije predvidljivo s obzirom na ono uvriježeno, u praksi smatra ustavno nezakonitim.⁴³

U dugogodišnjoj praksi talijanski Ustavni sud utvrdio je određena stajališta u vezi s autentičnim tumačenjem i interpretativnim zakonima. Prema tim stajalištima za normu koja proizlazi iz takvog interpretativnog zakona ne može se reći da je neustavna ako odredbi koja se tumači daje smisao koji je u njoj već sadržan i koji se priznaje kao jedan od mogućih tumačenja izvornog teksta. U tom slučaju interpretativni zakon zapravo ima za cilj razjasniti situaciju objektivne nesigurnosti normativnog akta („*situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo*“) zbog neriješene jurisprudencijske rasprave („*un dibattito giurisprudenziale irrisolto*“) ili pak uspostave tumačenja koja najviše odgovara izvornoj volji zakonodavca („*ristabilire un'interpretazione piu aderente alla originaria volonta del legislatore*“), radi zaštite pravne sigurnosti i jednakosti građana odnosno načela prioriteta ustavnih interesa.⁴⁴

Pored tih obilježja Ustavni sud je utvrdio i neka opća ograničenja retroaktivnog djelovanja svih zakona pa tako i onih interpretativnih: 1) poštovanje opće načela razumnosti odnosno razložnosti (*il rispetto del principio generale di ragionevolezza*), koje se ogleda u zabrani uvođenja neopravdane nejednakosti u postupanju, 2) zaštita legitimnih očekivanja subjekata (*la tutela dell'affidamento legittimamente*) kao ukorijenjenog načela pravne države, 3) dosljednost i sigurnost pravnog poretka (*la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico*) i 4) poštovanje ustavnih zadaća odnosno nadležnosti sudbene vlasti (*il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario*).⁴⁵

U Belgiji postoje tri tipa pravnih akata sa zakonskom snagom: federalni zakoni (*loi/wet*) te općinski i regionalni dekreti (*décret/decreet*). Mogućnost davanja vjerodostojnog tumačenja (*interpretation par voie d'autorité/authentieke uitlegging*)⁴⁶

43 Consiglio di Stato, Decisione 21 dicembre 2009, n. 8513, <www.altalex.com/index.php?idnot=48684>, pristup: 25. veljače 2014.

44 La Corte Costituzionale, Sentenza 2 aprile 2012, n.78, Considerato in diritto, 12., <www.corteconstituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=78>, pristup: 25. veljače 2014.

45 La Corte Costituzionale, Sentenza 4 luglio 2013, n.170, Considerato in diritto, 4.3., <www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=9654>, pristup: 25. veljače 2014.

46 Vezano za tumačenje zakonskog teksta u Belgiji postoji i dodatni problem koji proizlazi

utvrđena je Ustavom kojim je izrijekom propisano da se vjerodostojno tumačenje zakona može dati samo zakonom (članak 84.) odnosno dekreta samo dekretom (članak 133.).⁴⁷ Riječ je dakle o tumačenju putem interpretativnog zakona, odnosno dekreta.⁴⁸ Koji se zakoni smatraju interpretativnim utvrđeno je kroz praksu belgijskog Ustavnog suda. Prema njegovom početnom stajalištu interpretativni zakon definirao se kao zakon koji retroaktivno tumači i objašnjava drugi zakon odnosno neke njegove odredbe (Odluka br. 37/1993 od 23. svibnja 1993., B.3.2). Nakon toga Ustavni sud dao je novu definiciju prema kojoj je riječ o zakonu koji u tumačeni propis odnosno odredbu ugrađuje značenje koje je u njega odnosno nju, sukladno legislativi, trebalo biti ugrađeno već u trenutku usvajanja zakona (Odluka br. 189/2002 od 19. prosinca 2012., B.12.1). Konačno, prema najnovijoj definiciji interpretativni zakon je onaj koji usklađuje zakon odnosno njegove odredbe sa značenjem koje je mu je zakonodavac želio dati prigodom donošenja i koje mu se razumno može pridati (Odluka br. 102/2006 od 21. lipnja 2006., B.5.2).⁴⁹

Iz prakse Ustavnog suda Belgije mogu se izvesti četiri osnovna obilježja interpretativnog zakona: 1) interpretativne norme po svojoj su naravi retroaktivne: one djeluju od dana od kada su počela djelovati pravna pravila koja tumače, 2) određenje nekog zakona interpretativnim samo po sebi donositelju zakona ne daje ovlaštenje da zaobide temeljno načelo neretroaktivnosti, 3) retroaktivnost interpretativnog zakona može se opravdati ako izvorna norma koja se tumači nikako ne može biti shvaćena na način drukčiji od onog koje je dano u interpretativnom zakonu, 4) u svim ostalim slučajevima primjenjuju se ista ograničenja kao za sve druge, „obične“ zakone odnosno norme koje imaju retroaktivno djelovanje. Iz toga se može zaključiti da je nadzor Ustavnog suda u odnosu na ocjenu opravdanosti retroaktivnog učinka zakona zapravo jednak bez obzira smatra li ga njegov donositelj interpretativnim ili ne.⁵⁰

U postupku ocjenjivanja ustavnosti retroaktivnog djelovanja Ustavni sud najprije ispituje je li zakon stvarno interpretativan (pa je stoga retroaktivan *per definitionem*) ili je riječ o „običnom“ zakonu s retroaktivnim djelovanjem. Ako utvrdi ovo drugo, tada zakon mora proći ispit ustavnosti. Neretroaktivnost proizlazi iz načela pravne sigurnosti koje Ustavni sud štiti putem, tzv. testa jednakosti i nediskriminacije. U tom smislu kad se zbog retroaktivnog učinka zakona određenoj kategoriji osoba uskraćuju pravna jamstva koja su inače pružaju svima, takvo postupanje mora biti opravdano

iz korištenja tri službena jezika: francuskog, danskog i njemačkog, od kojih se prva dva koriste za autentični tekst propisa. Gambaro, A., Interpretation of Multilingual Legislative Texts, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11, 3/2007, str. 6-7., <www.ejcl.org/113/article113-4.pdf>, pristup: 28. veljače 2014.

47 Ustav Belgije, <www.const-court.be/en/common/home.html>, pristup: 27. veljače 2014.

48 Radi jednostavnosti u daljnjem tekstu govorimo samo o zakonu, ali se isto odnosi i na dekret.

49 Fayen, S., The Regional Interpretative Decree: in search for a right answer, Social Science Research Network, 2010., str. 6-7., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1742367, pristup: 28. veljače 2014.

50 Popelier, P., Interpretatieve wetten moeten interpreteren, prema: Peeters, B. i Puncher, E., Questionnaire „Retroactivity and tax legislation“ Belgium, <www.eatlp.org/uploads/public/Belgium%20Retroactive%20tax%20legislation%20EATLP%202010.PDF>, pristup: 28. veljače 2014.

iznimnim okolnostima ili osobito važnim razlozima od javnog interesa.⁵¹

Grčka također poznaje institut vjerodostojnog tumačenja. Njezinim Ustavom propisano je da je vjerodostojno tumačenje zakona u ovlasti zakonodavca te da zakon koji nije potpuno interpretativan stupa na snagu tek nakon njegove objave (članak 77.).⁵² Iz takve stipulacije, *argumentum a contrario*, proizlazi da interpretativni zakon ima retroaktivni učinak.

Grčki parlament pokušao je ovlast za donošenje interpretativnog zakona iskoristiti za intervenciju u sudske postupke i utjecaj na njegove ishode. Takvo postupanje bilo je predmetom razmatranja pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu. U predmetu Grčke Rafinerije Stran protiv Grčke razmatran je zakon koji je donesen za vrijeme trajanja sudskog postupka za utvrđivanje valjanosti ugovora potpisanog između podnositelja tužbe i bivšeg vojnog režima, a kojim su svi ugovori sklopljeni u tom razdoblju proglašeni ništavim i kojim se onemogućuje pokretanje postupaka za naknadu štete zbog proglašenja ništavosti ugovora (Zakon br. 1701/1987, članak 12. kojim se daje tumačenje članka 2. stavka 1. Zakona br. 141/1975). Svojom presudom Europski sud je utvrdio da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (točka 50.), ocijenivši da je time Država djelotvorno uklonila nadležnost sudova za odlučivanje o valjanosti arbitražnih odluka i spriječila svako odgovarajuće sudsko ispitivanje predmeta spora. Ona je zakonodavnom radnjom riješila slučaj u kojem je bila stranka. Takvim „pravnim izvrtanjem“ odnosno „pravnim trikom“ („*legislative legerdemain*“) nastala je prekomjerna „nejednakost oružja“ („*inequality of arms*“) u tom postupku (točka 42.).⁵³

2.2. Važeće normativno uređenje u Republici Hrvatskoj

Vjerodostojno tumačenje zakona u Hrvatskoj normativno je uređeno Poslovníkom Hrvatskoga sabora (NN br. 81/13, u daljnjem tekstu: Poslovník).

U osnovnim odredbama (Poglavlje I.) devetog dijela (Akti Sabora) Poslovníka člankom 119. propisano je da Sabor, na temelju prava i ovlaštenja utvrđenih Ustavom Republike Hrvatske i Poslovníkom, donosi Ustav, ustavne zakone, zakonike, zakone, državni proračun, odluke, deklaracije, rezolucije, povelje, preporuke i zaključke te daje vjerodostojna tumačenja pojedinih odredaba zakona (članak 159.).

51 Fayen, S., op. cit., str. 10-11.

52 Ustav Grčke, <www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c...pdf>, pristup: 28. veljače 2014.

53 Europski sud za ljudska prava, presuda od 9. prosinca 1994. u predmetu *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, application no. 13427/87, <<http://echr.ketse.com/doc/13427.87-en-19941209/view/>>, pristup: 1. ožujka 2014. Riječ je o predmetu koji se u pravnoj literaturi često citira, jer su u njemu zauzeta pravna stajališta Europskog suda o neprihvatljivosti mijesanja zakonodavca u djelovanje sudbene vlasti bitno utjecala na daljnji razvitak načela postupovne poštenosti u konvencijskom pravu. Primjerice v.: Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 980-981. i 1101-1102.; Leutenbach, G., The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2013., str. 138.; Paulsson, J., Denial of Justice in International Law, New York, Cambridge University Press, 2005., str. 148.

Postupak pripreme i davanja vjerodostojnog tumačenja zakona uređen je u Poglavlju III. Vjerodostojno tumačenje zakona, istog dijela Poslovnika, člancima 208. – 210.

Prema tim odredbama prijedlog za davanje vjerodostojnog tumačenja zakona može podnijeti ovlašteni predlagatelj zakona.⁵⁴ Na postupak za davanje vjerodostojnog tumačenja na odgovarajući način primjenjuju se odredbe Poslovnika o postupku donošenja zakona.

Prijedlog za davanje vjerodostojnog tumačenja mora sadržavati naziv zakona, naznaku odredbe za koju se traži tumačenje i razloge zbog kojih se ono traži, izvore potrebnih sredstava te prijedlog teksta vjerodostojnog tumačenja.

Prijedlog se podnosi predsjedniku Sabora koji ga radi ocjene njegove osnovanosti upućuje Odboru za zakonodavstvo, matičnom radnom tijelu (ovisno o području kojem zakon pripada) i Vladi RH (ako ona sama nije podnositelj prijedloga).

Matično radno tijelo i Vlada dužni su dostaviti svoja mišljenja Odboru za zakonodavstvo u roku od 30 dana. Ako u tom roku matično radno tijelo i Vlada RH ne dostave mišljenja, smatra se da su suglasni s prijedlogom.

Nakon što pribavi navedena mišljenja, odnosno nakon isteka navedenog roka u kojem mišljenje nije dano, Odbor za zakonodavstvo ocjenjuje je li prijedlog za davanje vjerodostojnog tumačenja zakona osnovan. O svom stajalištu u roku od 30 dana izvješćuje Sabor. Pritom, ako utvrdi da je prijedlog osnovan, Odbor za zakonodavstvo uz izvješće podnosi i prijedlog teksta vjerodostojnog tumačenja. Ako pak ocijeni da prijedlog za davanje vjerodostojnog tumačenja nije osnovan, o tome također izvješćuje Sabor koji na temelju tog izvješća donosi odluku.

O prijedlogu za vjerodostojno tumačenje Sabor raspravlja u jednom čitanju.

2.3. *Praksa Hrvatskoga sabora*

Od stjecanja samostalnosti Republike Hrvatske Sabor je proveo 26 postupaka povodom prijedloga za davanje vjerodostojnog tumačenja odredbi različitih zakona. Od toga je u 15 postupaka donio vjerodostojno tumačenje, dok je u 11 postupaka donio odluku o nedavanju vjerodostojnog tumačenja.

Sabor je donio sljedeća vjerodostojna tumačenja⁵⁵:

1. članka 24. Zakona o privatizaciji, (NN br. 16/98),
2. članka 1. Uredbe o potraživanjima prema poduzećima i drugim pravnim osobama s područja Republike Hrvatske oslobođenim akcijama „Bljesak“ i „Oluja“, (NN br. 23/99),
3. članka 14. Zakona o statusu prognanika i izbjeglica, (NN br. 29/99),
4. članaka 2., 7. i 8. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, (NN br. 121/99),
5. članka 6. stavka 5. i članka 27. stavka 2. Zakona o izboru članova

54 Pravo predlagati zakone ima svaki zastupnik, klubovi zastupnika i radna tijela Sabora te Vlada Republike Hrvatske (članak 85. Ustava RH, NN br. 85/10 - pročišćeni tekst i 5/14; članak 172. stavak 1. Poslovnika).

55 U zagradama se navodi broj Narodnih novina u kojima je objavljeno vjerodostojno tumačenje.

- predstavničkih tijela jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne uprave i samouprave, (NN br. 64/00),
6. članka 12. stavka 3. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski državni sabor, (NN br. 109/00),
 7. članka 2. stavka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sustavu državne uprave, (NN br. 127/00),
 8. članka 31. stavka 1., članka 46. stavaka 1. i 2., članka 53 stavka 4. i članka 90. stavka 1. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, (NN br. 60/01),
 9. članka 130. Zakona o visokim učilištima, (NN br. 78/03),
 10. članka 50. stavka 3. Zakona o sudovima, (NN br. 101/03),
 11. članka 3. stavka 1. Zakona o zateznim kamatama, (NN br. 58/04),
 12. članka 23. u svezi s člankom 1. Zakona o izmjenama Krivičnog zakona Republike Hrvatske, (NN br. 175/04),
 13. članka 13. stavka 1. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor, (NN br. 20/09),
 14. članka 44. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, (NN br. 18/13) i
 15. članka 120. stavaka 2. i 4. Zakona o socijalnoj skrbi, (NN br. 46/13).

Sva vjerodostojna tumačenja objavljena su u Narodnim novinama. Tekst vjerodostojnog tumačenja smatra se sastavnim dijelom teksta tumačenog zakona te se broj Narodnih novina u kojima je ono objavljeno navodi uz njegov naziv jednako kao i njegove izmjene, dopune i ispravci.

S obzirom na to da se vjerodostojno tumačenje zakona smatra njegovim integralnim dijelom i obvezno je za sve subjekte, ono je podložno nadzoru njegove ustavnosti jednako kao i zakon. Pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) bilo je predloženo pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom u deset slučajeva. Ustavni sud niti u jednom od tih predmeta nije odlučivao meritorno, već je zbog prestanka važenja zakona na koji se vjerodostojno tumačenje odnosilo osam predmeta okončano odbačajem prijedloga, a dva obustavom postupka.⁵⁶ U tom smislu nema objektivne mjerodavne ocjene je li se Hrvatski sabor pri davanju vjerodostojnih tumačenja dosljedno kretao u granicama rješavanja dvojbi o značenju pojedinih zakonskih odredbi ili je možda nekim od njih te granice prekoračio i izmijenio ili dopunio odredbe zakona na koje se tumačenje odnosilo.

Ipak, vezano uz to pitanje treba spomenuti neka vrlo dvojbeni vjerodostojna tumačenja.

Prvo je vjerodostojno tumačenje članka 14. Zakona o statusu prognanika i izbjeglica, (objavljeno u NN br. 29/99). Tim tumačenjem Hrvatski sabor utvrdio je pravno stajalište o činjeničnom pitanju i na taj način zapravo je intervenirao u područje sudbene vlasti rješavajući pojedinačne pravne slučajeve.⁵⁷

Drugo je vjerodostojno tumačenje članka 6. stavka 5. i članka 27. stavka 2. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne samouprave i jedinica

⁵⁶ Izvor: pismohrana Ustavnog suda, stanje na dan 5. ožujka 2014.

⁵⁷ Više v. Rodin, S., op. cit., str. 2.

lokalne uprave i samouprave (objavljeno u NN br. 64/00). Iako je Vlada RH na traženje Hrvatskoga sabora prethodno dala obrazloženo mišljenje da nema dvojbi u tumačenju predmetnih odredbi te stoga niti razloga za davanje vjerodostojnog tumačenja, Hrvatski sabor donio je vjerodostojno tumačenje koje je sadržajno drukčije od teksta odredbe koja se tumačila kao i od mišljenja Vlade.⁵⁸

Treće je vjerodostojno tumačenje članka 31. stavka 1., članka 46. stavaka 1. i 2., članka 53. stavka 4. i članka 90. stavka 1. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (objavljeno u NN br. 60/01). Hrvatski sabor je i u tom slučaju, suprotno mišljenju tadašnjeg resornog Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave donio tumačenje kojim je izmijenio predmetne odredbe Zakona.⁵⁹ U odnosu na to vjerodostojno tumačenje nije ni bilo prijedloga niti zahtjeva za ocjenu suglasnosti s Ustavom.

Četvrto je vjerodostojno tumačenje članka 3. stavka 1. Zakona o zateznim kamatama. (objavljeno u NN br. 58/04). U jednom od prijedloga za pokretanje postupka ocjene njegove ustavnosti i zakonitosti, uz formalne razloge osporavanja navode se i određeni sadržajni razlozi te se između ostaloga ističe da se njime propisuje „... nova, dosada u hrvatskom pravnom sustavu nepostojeća norma, a toj se novoj normi (u cijelosti), oblačeći je u ruho tumačenja, neustavno daje – snaga retroaktivne primjene ... »vjerodostojno tumačenje« dade instrukciju koja je, uz to što u biti znači novu normu, logički neprihvatljiva i stručno pogrešna“.⁶⁰

Između vjerodostojnih tumačenja zakona zanimljivo je i ono koje se odnosi na članak 23. u svezi s člankom 1. Zakona o izmjenama Krivičnog zakona Republike Hrvatske (NN br. 91/92.), a kojeg je donio na sjednici 8. prosinca 2004. i objavljeno je u NN br. 175/04. Naime, njime je Sabor dao tumačenje Zakona koji je trenutku donošenja tumačenja bio nevažeći, jer je čak šest godina prije toga u cijelosti bio stavljen izvan snage. U postupku pred Ustavnim sudom prijedlozi za ocjenu ustavnosti vjerodostojnog tumačenja odbačeni su uz obrazloženje da Ustavni sud u postupku apstraktne kontrole nije nadležan odlučivati o ustavnosti zakona koji su prestali važiti, uključujući i vjerodostojna tumačenja tih zakona koja su donesena nakon prestanka njihova važenja te da eventualnu povredu ustavnih prava u sudskim postupcima zbog učinka vjerodostojnog tumačenja Ustavni sud ispituje samo u postupku pokrenutom

58 Mišljenje Vlade RH, klasa: 015-01/96-02/01, ur. broj: 5030109-00-2, od 25. svibnja 2000. To je mišljenje bilo doneseno sukladno prethodnim mišljenjima Ureda za zakonodavstvo Vlade RH (klasa: 015-01/96-02/01, ur. broj: 50501-00-333 od 18. svibnja 2000.) i tadašnjeg resornog Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave (klasa: 00-01/00-01/11, ur. broj: 503-00-2, od 24. svibnja 2000.). Isto Ministarstvo je u kasnijem ustavnosudskom postupku ocjene ustavnosti vjerodostojnog tumačenja izrazilo mišljenje da su njime u biti izmijenjene odredbe Zakona i to s povratnim djelovanjem, iako različitog tumačenja i primjene pa stoga ni razloga za njegovo donošenje nije ni bilo (klasa: 023-01/01-01/60, ur. broj: 431-01-2 od 1. ožujka 2001.). Ustavnosudski postupak obustavljen je rješenjem U-I-1242/2000 od 3. svibnja 2001. zbog prestanka važenja predmetnog zakona, a time i njegova vjerodostojnog tumačenja. Više v. Antić, T., Primjena Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 35.

59 Mišljenje Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave (klasa: 023-01/01-01/0237, ur. broj: 514-11-01-01, od 31. svibnja 2001.). Više ibid., str. 56.

60 Giunio, M., op. cit., str. 8.

ustavnom tužbom u odnosu na konkretan sudski postupak.⁶¹

Zanimljivo je i to da je u odnosu na Zakon o izborima zastupnika u Hrvatski sabor u tri navrata bilo zatraženo davanje vjerodostojnog tumačenja pojedinih njegovih odredbi i to 2000., 2003. i 2009. godine. Dva puta Hrvatski sabor dao je vjerodostojno tumačenje, a jednom je donio odluku o nedavanju vjerodostojnog tumačenja.⁶²

2.4. Vjerodostojna tumačenja drugih propisa

Mogućnost davanja vjerodostojnog tumačenja odnosi se samo na zakone.

Naime, kao što je već prethodno navedeno, vjerodostojno tumačenje po svojoj naravi proizvodi pravne učinke od dana stupanja na snagu propisa koji se tumači, što znači da ima povratno djelovanje. S druge strane, Ustavom RH propisano je da zakoni i drugi propisi državnih tijela i tijela koja imaju javne ovlasti ne mogu imati povratno djelovanje te da iz posebno opravdanih razloga samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje.⁶³

Iz tog proizlazi da se za sve druge propise osim zakona ne mogu davati vjerodostojna tumačenja odnosno da donositelji podzakonskih propisa nisu ovlašteni za njihovo davanje.

Vezano za to pitanje pred Ustavnim sudom bili su pokrenuti određeni postupci ocjene ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata koje su donosila predstavnička tijela jedinica lokalne samouprave, a koji se mogu podijeliti u dvije grupe.

U prvoj grupi je nekoliko predmeta ocjene odredbi statuta jedinica lokalne samouprave kojima je bilo propisano da njihova predstavnička tijela između ostalih poslova daju autentična tumačenja statuta i drugih općih akata koje donose. Svi su ti predmeti okončani prije donošenja meritorne odluke obustavom postupka zbog povlačenja prijedloga, jer su sporne odredbe u međuvremenu bile izmijenjene ili su prestale važiti.

Drugu grupu čine predmeti ocjene ustavnosti i zakonitosti konkretnih vjerodostojnih tumačenja koje su dala predstavnička tijela jedinica lokalne samouprave. Pred ustavnim sudom bilo je predloženo pokretanje jedanaest postupaka, a svi su se odnosili na vjerodostojna tumačenja iste vrste akata – prostorne planove. Od toga devet postupaka okončano je obustavom postupka zbog povlačenja prijedloga, a u dva predmeta donesena je meritorna odluka.⁶⁴

U prvom predmetu Ustavni sud je poništio Vjerodostojno tumačenje Odluke o donošenju izmjena i dopuna Provedbenog urbanističkog plana. Međutim, u obrazloženju Odluke Ustavnog suda kao razlog za poništenje nije navedeno da predstavničko tijelo uopće nije ovlašteno davati vjerodostojna tumačenja svojih akata, već da u konkretnom slučaju nije proveden zakonom propisani postupak za stavljanje izvan snage odnosno izmjenu prostornog plana te da u njemu nisu sudjelovali subjekti

61 Ustavni sud, rješenja U-I-4933/2004 i U-I-63/2005 od 2. veljače 2010. (NN br. 25/10) te U-I-586/2012 od 14. veljače 2012. (pismohrana Ustavnog suda).

62 Opširnije v. Giunio, M. A., *Vjerodostojno ...*, cit., str. 2.

63 Članak 90. Ustava RH, NN br. 85/10 - pročišćeni tekst i 5/14.

64 Izvor: pismohrana Ustavnog suda.

čije sudjelovanje propisuje mjerodavni Zakon pa da je zbog toga osporeni akt u suprotnosti s člankom 5. Ustava.⁶⁵

Drugi predmet također je okončan poništenjem Vjerodostojnog tumačenja Prostornog plana s istim obrazloženjem da nije bio proveden zakonom propisani postupak za izmjenu i dopunu plana, njegovo stavljanje izvan snage te da u njemu nisu sudjelovali subjekti čije sudjelovanje propisuje mjerodavni zakon. Tek nakon toga, gotovo usputno, u obrazloženju se ističe i to da donositelji podzakonskih propisa nisu ovlašteni donositi vjerodostojna tumačenja propisa te da dokumenti prostornog uređenja imaju snagu i pravnu narav podzakonskog propisa pa po sili Ustava ne mogu imati povratno djelovanje te ih stoga nije dopušteno ni vjerodostojno tumačiti.⁶⁶

Jedno je vjerodostojno tumačenje podzakonskog propisa ipak izmaklo nadzoru ustavnosti i zakonitosti. Riječ je o Vjerodostojnom tumačenju koje je 2000. godine donio Upravni odbor Fonda za naknadu oduzete imovine i objavljeno je u NN br. 119/00, a odnosi se na članak 5. Odluke o davanju ovlasti jedinicama lokalne samouprave i Gradu Zagrebu za sklapanje ugovora o prodaji nacionaliziranih i konfisciranih stanova (NN br. 97/98). Ustavni sud nije nikada pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom i zakonom tog vjerodostojnog tumačenja, jer za to nije zaprimio prijedlog ili zahtjev, a niti je sam to učinio po službenoj dužnosti.

2.5. Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja

Poslovníkom Hrvatskoga sabora propisano je da povodom izvješća Odbora za zakonodavstvo kojim on ocjenjuje da prijedlog za davanje vjerodostojnog tumačenja nije osnovan, Hrvatski sabor donosi odluku. Pritom njegovim odredbama nisu određeni ni forma, ni sadržaj, a niti učinci te odluke.

U praksi Hrvatski sabor u tim slučajevima donosio je odluke koje su u izreci glasile: „Ne daje se vjerodostojno tumačenje članka ... Zakona o ...“ i koje su bez iznimke sadržale kraće ili duže obrazloženje te bile objavljene u „Narodnim novinama“.

Hrvatski sabor donio je ukupno jedanaest odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja i to⁶⁷:

1. članka 30. stavka 1. točke 3. i stavka 2. te članka 41. stavka 1. Zakona o duhanu, (NN br. 22/02),
2. članka 50. stavka 5. i članka 67. stavka 1. točke 3. Zakona o šumama, (NN br. 22/02),
3. članka 3. stavka 1. točke 11. i stavka 12. Zakona o komunalnom gospodarstvu, (NN br. 150/02),
4. članka 84. stavka 1. točke 5. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, (NN br. 106/03),

65 Ustavni sud, odluka i rješenje U-II-1362/2005 i U-VIII-3569/2005 od 12. listopada 2005., NN br. 125/05, točka 6.

66 Ustavni sud, odluka U-II-3438/2005 od 16. svibnja 2007., NN br. 58/07, točke 6. i 7.

67 U zagradama se navodi broj Narodnih novina u kojima je objavljena odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja.

5. članka 4. u vezi s člancima 15. i 16. Zakona o izborima zastupnika u Hrvatski sabor, (NN br. 167/03),
6. članka 19. Zakona o političkim strankama, članka 1. Zakona o izmjeni Zakona o političkim strankama, članka 2. Zakona o izmjenama Zakona o političkim strankama i članka 6. Zakona o izmjenama Zakona o političkim strankama, (NN br. 28/06),
7. članka 9.c u vezi s člankom 9.a stavkom 4. Zakona o izboru članova predstavničkih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, (NN br. 28/06),
8. članka 3. stavka 2. Zakona o privatizaciji Hrvatskih telekomunikacija d.d., (NN br. 28/06),
9. članka 41. stavka 1. i članka 42. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, (NN br. 90/10),
10. članka 15. stavka 2. Zakona o ravnopravnosti spolova, (NN br. 138/12) i
11. članka 98. stavka 1. točke 6. Zakona o cestama, (NN br. 18/13).

Iako je riječ o aktu koji Hrvatski sabor donosi ako utvrdi da nema potrebe za davanjem vjerodostojnog tumačenja, jer za to ne postoji neki od razloga, dakle prije svega nejasnoća odnosno dvojba u tumačenju ili primjeni zakona odnosno pojedine njegove odredbe ili eventualno pravna praznina koju treba popuniti, u obrazloženju odluka on se gotovo redovito upuštao u tumačenje predmetnih zakonskih odredbi. Štoviše, pojedina obrazloženja sadrže vrlo detaljno i konkretno tumačenje, što je zapravo izravno u suprotnosti s izriječkom koja kaže da se tumačenje „ne daje“.

Poseban slučaj predstavlja odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja članka 3. stavka 1. točke 11. i stavka 12. Zakona o komunalnom gospodarstvu (objavljena u NN br. 150/02). Naime, u obrazloženju te odluke Hrvatski sabor je zapravo dao tumačenje predmetne odredbe i to suprotno mišljenjima resornog ministarstva i Ureda za zakonodavstvo Vlade RH kao i samom zakonskom tekstu.⁶⁸ Nakon objave Odluke o nedavanju vjerodostojnog tumačenja resorno ministarstvo izdalo je službeno mišljenje u kojem je izrazilo stajalište „... da ga obrazloženje iz predmetne Odluke ne obvezuje, te da Ministarstvo i dalje ostaje kod svog mišljenja koje temelji na odredbama Zakona o komunalnom gospodarstvu.“⁶⁹

U praksi su pojedine odluke o nedavanju vjerodostojnog tumačenja zbog svog sadržaja, umjesto razjašnjenja u primjeni odredbi kojih se tumačenje tražilo, još više produbile nejasnoće i dvojbe.

U svakom slučaju riječ je o aktu čije mjesto u hijerarhiji pravnih propisa nije definirano. Što se tiče učinaka takve odluke na primjenu zakonske odredbe za koju se tražilo tumačenje, ona može djelovati samo snagom svoje uvjerljivosti, ali se na nju ne bi moglo formalno pozivati, jer ona po svojoj pravnoj naravi ne može imati

68 Mišljenje Ureda za zakonodavstvo Vlade RH (klasa: 564-02/03-01/01, ur. broj: 50501-03-2 od 9. siječnja 2003.); mišljenje Uprave za kapitalnu infrastrukturu i komunalno gospodarstvo Ministarstva za javne radove, obnovu i graditeljstvo (klasa: 564-02/02-01/10, ur. broj: 516-07-03-50, od 16. siječnja 2003.).

69 Mišljenje Uprave za kapitalnu infrastrukturu i komunalno gospodarstvo Ministarstva za javne radove, obnovu i graditeljstvo (klasa: 363-01/03-01/01, ur. broj: 516-07-03-2, od 21. siječnja 2003.).

snagu obveznog apstraktnog i generalnog pravnog pravila te u tom smislu ne može biti formalni izvor prava.⁷⁰

2.6. Razlozi protiv i u prilog instituta vjerodostojnog tumačenja

Kao što je uvodno navedeno, institut vjerodostojnog tumačenja otvara niz dvojbi i izaziva prijepore među pravnim teoretičarima i praktičarima, a koji uglavnom proizlaze iz postupka njegova donošenja i njegovih učinaka.

Na prvi pogled u davanju vjerodostojnog tumačenja ne bi trebalo biti ništa spornog. Što je logičnije od toga da pravnu normu koja se u primjeni pokazala nedovoljno jasna objasni njezin donositelj? Tko može bolje od njega znati što se pri donošenju zakona smatralo da će se njime postići i koje se značenje sukladno tome htjelo dati njegovim normama? U tom smislu zakonodavcu se ne može uskratiti pravo da naknadno razjasni zakon koji je donio i protumači njegovo značenje. Problem međutim nastaje onog trenutka, kako to navodi Valković, kad se postavi pitanje pravne snage vjerodostojnog tumačenja odnosno obvezuje li ono, koga i od kada?⁷¹

Kritike instituta vjerodostojnog tumačenja polaze od ustavnih načela diobe vlasti i vladavine prava. Pritom se ističe da Ustav RH ne sadržava pravnu osnovu koja bi Hrvatskom saboru dala ovlast za davanje vjerodostojnog tumačenja već da je to pravo on dodijelio sâm sebi svojim Poslovníkom (Rodin, Giunio, Valković). Međutim, tumačenje zakona inherentno je u sudbenoj nadležnosti. Budući da vjerodostojno tumačenje ide za nametanjem interpretacije zakonodavca kao jedine ispravne, na taj se način sudovima uskraćuje mogućnost da interpretiraju zakone što je sama bit sudačke funkcije u demokratskom pluralističkom društvu (Rodin, Giunio).⁷²

Osim toga, ističe se kako je institut vjerodostojnog tumačenja suprotan Ustavu RH, jer je riječ o aktu koji mijenja sadržaj zakona, a ne donosi se u zakonodavnom postupku, već u postupku koji ne osigurava minimalne uvjete demokratskog pluralizma reducirajući zakonodavni postupak na stvarno odlučivanje u Odboru za zakonodavstvo i samo formalno potvrđivanje odluke u plenumu. Na taj se način značenje zakona mijenja u skladu s političkom voljom trenutne saborske većine, u biti voljom političke vrhuške, a bez bitnih procesnih jamstava legitimiteta zakonodavnog postupka.⁷³

Sljedeća kritika odnosi se na retroaktivni učinak vjerodostojnog tumačenja. Pritom se ističe kako vjerodostojno tumačenje mijenja učinke zakona u odnosu na postojeće pravne odnose što je suprotno ustavnoj zabrani retroaktivnosti zakona.

70 Antić, T., Odluka o nedavanju vjerodostojnog tumačenja - novi izvor prava?, Sarajevo, Sveske za javno pravo, god. 4., 11/2013, str. 47-49.

71 Valković, Lj., Vjerodostojno (autentično) tumačenje zakona, Zagreb, Informator, br. 5317/2005., str. 12.

72 Rodin, S., op. cit., str. 3; Giunio, M. A., op. cit., str. 1.; Valković, Lj., op. cit., str. 11.

73 Rodin, S., loc. cit. Pritom on analogijom dalje proširuje taj kontekst i na interpretacije koje daje Vrhovni sud RH na odjelskim sjednicama. Smatra naime da se tu javlja problem bitnih procesnih jamstava stranaka, budući da stranke nemaju mogućnosti utjecati na formiranje shvaćanja Vrhovnog suda, a odluka odjela primjenjuje na sve predmete o kojima će taj sud odlučivati. Bilten, op. cit., str. 106-107.

Time se stvara pravna nesigurnost i narušava vladavina prava.

Konačno, vjerodostojno tumačenje osporava se i s obzirom na utjecaj na sudske predmete koji su u tijeku, ističući kako iz prakse Europskog suda za ljudska prava nedvosmisleno proizlazi zabrana intervencije u pendentne sudske postupke. U tom smislu vjerodostojno tumačenje suprotno je Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kao i temeljnim načelima pravnog poretka Europske unije.⁷⁴

Navedenim zamjerkama vjerodostojnom tumačenju mogla bi se dodati i još jedna. Naime, stajalište da se vjerodostojnim tumačenjem određenoj odredbi zakona samo daje značenje koje je zakonodavac želio dati u trenutku njegova donošenja privlačno je i prihvatljivo, ali je to ipak samo vrlo dvojbeni fikcija. Može li to vrijediti i u slučaju kad vjerodostojno tumačenje daje zakonodavno tijelo koje je izabrano nakon donošenja zakona čije se tumačenje daje. Što ako se u tom novom sazivu zakonodavnog tijela koje daje vjerodostojno tumačenje politička slika u odnosu na prethodni saziv promijenila pa je prijašnja parlamentarna manjina odnosno oporba koja možda bila protiv donošenja zakona, u novom sazivu postala većina i kao takva došla u situaciju da daje vjerodostojno tumačenje zakona? Može li se u tom slučaju objektivno govoriti o naknadnom iskazivanju volje koja je postojala pri donošenju zakona. Može li takvo tumačenje zaista biti u pravom smislu vjerodostojno?

Zbog svih tih razloga kritičari vjerodostojnog tumačenja u velikoj mjeri slažu se da taj institut treba ukloniti iz pravnog poretka ili barem bitno ograničiti pretpostavke za njegovo korištenje.

S druge strane pojedini pravni stručnjaci nisu tako strogi u ocjeni vjerodostojnog tumačenja. Iako ni oni taj institut ne zagovaraju bezrezervno, upozoravaju da se pitanjima koja se za njega vežu ne smije pristupati jednostrano, nego je potrebno razmotriti sve aspekte i sva postojeća pravna stajališta, i protiv i za. Tek na taj način stvorile bi se pretpostavke za pravilnu valorizaciju vjerodostojnog tumačenja u hrvatskom ustavnopravnom poretku.

Tako se Potočnjak slaže da se zaista može postaviti pitanje zadire li zakonodavna vlast davanjem vjerodostojnog tumačenja u ovlasti sudbene vlasti. Međutim, ističe slučajeve iz prakse u kojima su upravo sudovi tražili da se određene dvojbe riješe donošenjem vjerodostojnog tumačenja zakona, nastojeći teret svoje odgovornosti prebaciti na zakonodavca odnosno tražeći pribežište u stavu politike.⁷⁵

Slično tome i Omejec smatra da je prije načelne rasprave o institutu vjerodostojnog tumačenja i njegovoj prihvatljivosti u hrvatskom ustavnopravnom poretku potrebno proučiti svu građu koja se odnosi na njega. Pritom smatra da nema osnove za zaključak da su države koje imaju institut vjerodostojnog tumačenja, pojedine čak i u svom ustavu, preuzele ga u svoje suvremene demokratske poretke nekritički i pogrešno, jer nisu znale za njegovu totalitarnu narav o kojoj govore njegovi kritičari. Također ističe talijansku pravnu znanost, parlamentarnu praksu i bogatu jurisprudenciju Ustavnog suda, osobito vrlo dobro obrazložena pravna stajališta koja ističu da vjerodostojno tumačenje zakona nema nikakav utjecaj na načela diobe vlasti te samostalnosti i

74 Rodin, S., loc. cit.

75 Bilten, op. cit., str. 103-104.

neovisnosti sudstva.⁷⁶

Osim pravne teorije, o vjerodostojnom tumačenju raspravljao je i Ustavni sud. Prijedlogom za pokretanje ustavnosudskog postupka bila je osporena ustavnost odredaba Poslovnika Hrvatskoga sabora koje uređuju postupak vjerodostojnog tumačenja upravo iz razloga zbog kojih ga osporavaju i ranije navedeni pravni teoretičari. Ustavni sud donio je rješenje kojom nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka, odnosno drugim riječima, ocijenio je da osporene odredbe Poslovnika nisu nesuglasne Ustavu. Obrazlažući zbog čega nije prihvatio razloge iz kojih se osporavala ustavnost osporenih odredbi, Ustavni sud ujedno je izrazio svoja stajališta o pravno-teorijskim pitanjima vezanim uz institut vjerodostojnog tumačenja.

U vezi s pitanjem ustavne ovlasti Hrvatskog sabora za donošenje vjerodostojnog tumačenja Ustavni sud smatra da je vjerodostojno tumačenje zakona sadržajno samo dio ostvarivanja zakonodavne vlasti Hrvatskoga sabora. Hrvatski sabor je, uz ostalo, i nositelj zakonodavne vlasti u Republici Hrvatskoj, što ustavnopravno podrazumijeva da, raspolazući cjelinom svih ovlasti koje po naravi čine zakonodavnu vlast, Sabor ima, u granicama Ustava, ovlast da sam u tom okviru određuje koje zakonodavne akte i u kojem obliku će donositi. Prema stajalištu Ustavnog suda nedvojbeno je da je akt kojim se daje vjerodostojno tumačenje zakona zapravo zakon u punom i pravom smislu te riječi (interpretativni zakon). Prema tome, Ustavni sud zaključuje da odredbe o vjerodostojnom tumačenju zakona u Poslovniku ne predstavljaju neustavno širenje nadležnosti Hrvatskog sabora.

Ustavni sud također smatra da tvrdnja kako davanje vjerodostojnog tumačenja narušava ustavno načelo diobe vlasti ustavnopravno nije neutemeljena. Naime, akt o vjerodostojnom tumačenju zakona također je zakon (interpretativni). Stoga je po naravi stvari taj institut posve sukladan načelu diobe vlasti, bez obzira kakva se ustavnopravna interpretacija tog načela prihvati. Prema Ustavnom sudu vjerodostojnim tumačenjem zakona Hrvatski sabor kao zakonodavac tumači apstraktno - za sve slučajeve iste vrste - određene zakonske odredbe, dok sud, kad tumači zakon u primjeni, tumači ga pojedinačno vezano na rješavanje konkretnog slučaja. Prema tome riječ je o dva potpuno različita ustavna područja ostvarivanja vlasti, pa nema govora o tome da bi zakonodavac vjerodostojnim tumačenjem zakona ulazio u područje sudbene vlasti i time ju ograničavao.

Kad je riječ o pitanju retroaktivnosti vjerodostojnog tumačenja zakona, Ustavni sud smatra da je načelno govoreći njegovo povratno djelovanje prividno, budući da on samo utvrđuje koje od značenja oko kojih postoji pravna dvojba treba dati određenoj ili određenim odredbama zakona koji je na snazi i koji nema povratno djelovanje pa sukladno tome takvo djelovanje nema ni akt o njegovom vjerodostojnom tumačenju. Osim toga, prema Ustavu pojedine zakonske odredbe iz posebno opravdanih razloga mogu imati povratno djelovanje, pa bi, čak i kad bi se prihvatila tvrdnja o retroaktivnosti vjerodostojnog tumačenja zakona, ono u svim slučajevima, a to je u pravilu, kad se odnosi ne na čitav zakon već na pojedine njegove odredbe, ne bi bilo nesuglasno Ustavu.

Prema stajalištu Ustavnog suda nedvojbeno je da se sadržajno vjerodostojnim

76 Bilten, op. cit., str. 100-102 i 105-106.

tumačenjem zauzima stajalište o tumačenju određene ili određenih zakonskih odredbi od trenutka kad je on stupio na snagu. No, zakonsko tumačenje koji čini sadržaj vjerodostojnog tumačenja ne može se primijeniti na slučajeve koji su pravomoćno riješeni prije stupanja na snagu vjerodostojnog tumačenja. Ono se može odnositi samo na slučajeve čije je rješavanje u tijeku, odnosno na slučajeve koji će biti rješavani nakon stupanja na snagu vjerodostojnog tumačenja zakona.

Na kraju Ustavni sud smatra da institut vjerodostojnog tumačenja zakona, sukladno njegovom normativnom sadržaju, da bi bio u skladu s Ustavom, mora ostati u granicama zakonskog tumačenja (interpretativni zakon), odnosno zakonskog odgovora na pravnu dvojbu koje značenje dati određenoj ili određenim zakonskim odredbama. Aktom kojim se daje vjerodostojno tumačenje zakona ne smije se mijenjati niti sadržajno nadopunjavati odredbe zakona na koje se odnosi vjerodostojno tumačenje. U tom slučaju Hrvatski sabor sukladno sadržaju zakonodavne vlasti kojom raspolaže mora donijeti, po Ustavom i Poslovnikom predviđenom postupku, zakon o izmjenama i dopunama zakona koji želi mijenjati ili dopuniti ili u cijelosti novi zakon.⁷⁷

Dakle, Ustavni sud je svojim rješenjem, barem za neko vrijeme, razriješio dvojbu je li institut vjerodostojnog tumačenja u suglasnosti s Ustavom ili nije. Ujedno je u načelu odredio i granice njegova sadržaja. No time su pitanja vezana uz taj institut riješena samo na formalnoj razini. I dalje je ostalo neriješeno pitanje retroaktivnog djelovanja koje u kombinaciji s utjecajem na postupke u tijeku ostaje najozbiljniji problem.

Naime, kao što mu je inherentna retroaktivnost, vjerodostojnom tumačenju jednako tako inherentan je i utjecaj na tekuće postupke. Praktično je gotovo nemoguće zamisliti traženje i davanje vjerodostojnog tumačenja, a da istodobno nije u tijeku neki postupak vezan uz primjenu zakonske odredbe čije se tumačenje traži. Kad se postupak završi, nitko (ni stranke niti tijelo koje vodi postupak) nije zainteresiran tražiti vjerodostojno tumačenje, jer ono za njih više nema značenja. U tom smislu postupak za davanje vjerodostojnog tumačenja u praksi podrazumijeva istodobno postojanje nekog drugog postupka u kojem se treba primijeniti zakonska odredba čije se tumačenje traži.

S obzirom na to, parlamentarna većina može zaobilaženjem redovitog zakonodavnog postupka i davanjem vjerodostojnog tumačenja zakona pokušati ostvariti konkretne političke interese pa čak i intervencijom u područje sudbene vlasti rješavajući pojedinačne pravne slučajeve. Nema dvojbe da bi takvo postupanje bilo suprotno načelima diobe vlasti, vladavine prava i pravne sigurnosti. Praksa Hrvatskog sabora na žalost pokazuje da nije sasvim imun na takva iskušenja (v. supra u poglavlju 2.5.).

Za isključivanje takve mogućnosti kao i ostalih mogućih zloupotreba instituta vjerodostojnog tumačenja moguća su dva rješenja.

Prije svega vjerodostojno tumačenje moguće je učiniti potpuno nepotrebnim kvalitetnom stručnom pripremom prijedloga zakona i odgovarajućom raspravom u postupku njegova donošenja. Naime prijedlozi zakona osim samog zakonskog teksta sadrže i dio koji se odnosi na ocjenu stanja te željene ciljeve i očekivane rezultate

⁷⁷ Ustavni sud, Rješenje U-I-2488/2004 od 24. listopada 2007., NN br. 133/07, točke 5.-7.

odnosno posljedice koje će proisteći njegovim donošenjem kao i obrazloženje predloženih zakonskih odredbi. Upravo ti dijelovi mogu biti izuzetno vrijedni i važni za tumačenje teksta zakona u cjelini kao i svake pojedine njegove odredbe. Iz njih bi svi zainteresirani subjekti, uključujući i sudove, u slučaju dvojbe trebali moći pronaći namjeru zakonodavca, što bi im u primjeni zakona pomoglo u tumačenju njegovih odredbi. Ti su materijali trajno dostupni na internetskoj stranici Hrvatskoga sabora. Na žalost, treba konstatirati da se u većini slučajeva izradi tih dijelova prijedloga zakona, a osobito obrazloženju pojedinih odredbi, pristupa nezainteresirano i površno, uglavnom samo radi zadovoljenja forme i ne služe gotovo ničem drugom.⁷⁸ Takvu praksu svakako treba mijenjati, čak i bez obzira na problem vjerodostojnog tumačenja.⁷⁹

Druga mogućnost je uspostaviti djelotvoran postupak nadzora nad donošenjem vjerodostojnog tumačenja. Instrumenti za to već postoje: zahtjev i prijedlog za pokretanje postupka ocjene suglasnosti s Ustavom pred Ustavnim sudom na temelju Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN broj 49/02 - pročišćeni tekst). U tom postupku Ustavni sud bi trebao primjenom odgovarajućih testova (ustavnosti, razmjernosti, diskriminacije, nužnosti i dr.)⁸⁰ ispitati je li Hrvatski sabor danim vjerodostojnim tumačenjem ostao u granicama zakonskog tumačenja, odnosno davanja odgovora na pravnu dvojbu koje značenje treba dati određenoj zakonskoj odredbi ili je tu granicu prekoračio te na temelju toga odlučiti je li ono u skladu s Ustavom pa ako utvrdi da nije, ukinuti ga. Međutim, da bi taj nadzorni postupak bio djelotvoran, treba mijenjati ustavnosudsku praksu. Naime, s obzirom na učinke vjerodostojnog tumačenja, ustavnosudski postupak trebao bi biti hitan. Ustavni sud trebao bi odmah uzeti u razmatranje takav predmet i donijeti svoju odluku u najkraćem mogućem roku, što sada nije praksa, a rezultat je da od svih do sada pokrenutih

78 Kao primjer može se navesti Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama (P.Z.E. 864) koji je bio razmatran na 23. sjednici 6. saziva Hrvatskoga sabora u srpnju 2011. Izvorni tekst Zakona o elektroničkim komunikacijama (NN broj 73/08) ima ukupno 135 članaka. Navedeni Prijedlog izmjena i dopuna sadrži ukupno 118 članaka, dakle gotovo isto kao i izvorni tekst, što znači da se on mijenja skoro u cijelosti. No u dijelu Prijedloga izmjena i dopuna koji govori o ocjeni stanja, pitanjima koja se njime trebaju urediti i posljedicama koje će njegovim donošenjem nastati navode se samo opće fraze o usklađivanju s mjerodavnom pravnom stečevinom Europske unije, institucionalnom jačanju, osiguranju neovisnosti i samostalnosti regulatornog tijela, jačanju jedinstvenog tržišta, povećanju konkurentnosti i slično, bez ikakvih konkretnih pojašnjenja, tumačenja i usmjerenja koja bi se mogla koristiti u primjeni zakona. U obrazloženju Prijedloga daje se samo usporedni prikaz podudaranja njegovih odredbi s propisima Europske unije, ponovno bez ikakvih objašnjenja korisnih za njihovu konkretnu primjenu. Hrvatski sabor, Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkim komunikacijama, s Konačnim prijedlogom zakona (P.Z.E. 864), <www.sabor.hr/Default.aspx?art=40364>, pristup: 15. ožujka 2014.

79 Čini se da u tom pravcu ipak ima pomaka. Primjerice Prijedlog zakona o lokalnim izborima (P.Z. 185) koji je bio razmatran na 6. sjednici 7. saziva Hrvatskoga sabora u listopadu 2012., u dijelu o ocjeni stanja kao i u obrazloženju članaka detaljno i precizno pojašnjava značenje pojedinih odredbi, osobito onih rješenja koja su nova u odnosu na prethodna ili se od njih bitno razlikuju. Hrvatski sabor, Prijedlog zakona o lokalnim izborima (P.Z. 185), <www.sabor.hr/Default.aspx?art=50555>, pristup: 15. ožujka 2014.

80 O sadržaju pojedinih testova opširnije v. Omejec, J., op. cit., str. 1253-1267. i 1332-1338.

ustavnosudskih postupaka niti jedan nije završen meritornom odlukom.

3. ZAKLJUČAK

Vjerodostojno tumačenje pravni je institut kojem je inherentan retroaktivni učinak i utjecaj na različite postupke koji su u tijeku pa tako i pendentne sudske postupke. Zbog toga je podvrgnut ozbiljnoj kritici dijela pravne teorije. Pritom je s pravnog aspekta manje važno pitanje ima li on preddemokratsko i/ili boljševičko podrijetlo te duguje li svoju opstojnost u suvremenim pravnim poredcima takvim ideološkim opredjeljenjima. Puno je važnije naći odgovor na pitanje kako kontrolirati njegovo korištenje i onemogućiti mogućnost zloupotrebe na način kojim će se zaštititi ustavna načela diobe vlasti, vladavine prava i pravne sigurnosti, a koja zbog njegovih učinaka mogu biti ugrožena ili povrijeđena. Dva su načelna odgovora na to pitanje: ukloniti ga potpuno iz pravnog poretka ili osigurati njegov djelotvoran ustavnosudski nadzor. Postoji naravno i treća, u hrvatskoj realnosti, na žalost, možda najizglednija mogućnost - ništa ne mijenjati. To međutim znači da svi problemi i dvojbe vezane uz institut vjerodostojnog tumačenja ostaju i dalje aktualni, što za pravni poredak nikako nije dobro.

Summary

AN AUTHENTIC INTERPRETATION OF LAWS

Authentic interpretation of laws is a legal institute whereby a legislator gives the authentic meaning to a specific legal norm in case of its incorrect or diversified interpretation in practice. It has the same legal force as the law. Retroactivity and influence on pending cases are its inherent characteristics. Due to these characteristics and their relation to the principles of the rule of law, legal certainty and separation of powers, it is subjected to severe criticism not only by legal theory but also legal practice. The author analyses the institute of authentic interpretation from historical and comparative point of view and through the Croatian normative regulation, practice of the Croatian Parliament and academic debate, including opinions in favour as well as against it. On these grounds the author concludes that higher quality of law making procedure could make the authentic interpretation dispensable. On the other hand, should this institute be kept in the legal order it is essential to receive more effective constitutional control.

Key words: *interpretation of laws, authentic interpretation, retroactivity, the Croatian Parliament.*

Zusammenfassung

UNBEDENKLICHE GESETZESAUSLEGUNG

Unbedenkliche Gesetzesauslegung ist ein Rechtsinstitut, mit welchem der Gesetzgeber im Falle falscher oder unterschiedlicher Auslegung einer Gesetzesbestimmung in Praxis und wegen derer richtiger Auslegung und einheitlicher Anwendung ihre authentische Bedeutung durch die als Gesetz gültige Akte feststellt. Hauptmerkmale dieses Instituts sind Retroaktivität und pendente Verfahren. Wegen dieser Merkmale und ihrem Verhältnis gegenüber den Grundsätzen von Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit und Gewaltenteilung wird unbedenkliche Gesetzesauslegung scharfer Kritik der Rechtstheorie und Rechtspraxis ausgesetzt. Das Institut unbedenklicher Gesetzesauslegung wird in der Arbeit durch historisch-komparative Perspektive, normative Regelung in der Republik Kroatien, Praxis des Kroatischen Sabor und die Stellungnahmen von Theoretikern, die das Institut entweder befürworten oder bestreiten, dargestellt. Aufgrund dessen wird abschließend betont, dass das Institut nicht mehr nötig wäre, wenn man die Vorbereitung und Erlassung von Gesetzen auf ein höheres Qualitätsniveau bringen würde. Andererseits, falls man das Institut in der Rechtsordnung behalten würde, müsste man wirksamere Verfassungskontrolle über das Institut ausüben.

Schlüsselwörter: *Gesetzesauslegung, unbedenkliche Auslegung, Retroaktivität, Kroatischer Sabor.*

Riassunto

L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DELLA LEGGE

L'interpretazione autentica delle legge è un istituto giuridico mediante il quale il legislatore in caso di interpretazione errata o divergente di una determinata disposizione di legge nella prassi, al fine di una corretta interpretazione e di un'applicazione unitaria, accerta il suo significato autentico con un atto avente forza di legge. Le sue caratteristiche insite sono la retroattività e l'efficacia sui procedimenti pendenti. Per via di queste caratteristiche ed in ragione del loro rapporto con i principi dello stato di diritto, della certezza del diritto e della ripartizione dei poteri, l'interpretazione autentica è soggetta a serie critiche sia da parte della dottrina, che della giurisprudenza. L'autore analizza l'istituto dell'interpretazione autentica attraverso una prospettiva storico comparata, attraverso la disciplina normativa nella Repubblica di Croazia, attraverso la prassi del parlamento croato ed attraverso gli orientamenti dei teorici che sono contrari o a favore dello stesso. In base a ciò espone le proprie conclusioni circa il fatto che con procedimenti legislativi maggiormente attenti alla qualità l'istituto dell'interpretazione autentica potrebbe divenire inutile. Se, tuttavia, lo si volesse mantenere nell'ordinamento giuridico, sarebbe senz'altro necessario provvedere ad una vigilanza costituzionale più efficace.

Parole chiave: *interpretazione della legge, interpretazione autentica, retroattività, Parlamento croato.*

NEKA PITANJA U REGULACIJI RADNOPRAVNOG STATUSA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Silvio Čović, dipl. iur., sudac
Predsjednik upravnog suda u Splitu
Dr. sc. Damir Juras, dipl. iur.,
Ministarstvo unutarnjih poslova, Split
Mr. sc. Domagoj Vučkov, dipl. iur.
Predsjednik Općinskog suda u Crikvenici

UDK: 331.104
Ur.: 8. srpnja 2014.
Pr.: 27. veljače 2015.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Autori u radu, cijeneći posebnosti službeničkog odnosa i analizirajući upravno-sudsku praksu u radno-službeničkim predmetima, daju prikaz i analizu temeljnih zakonodavnih rješenja u dijelu odgovornosti za povrede službene dužnosti i cjelokupnoj zaštiti prava državnih službenika, te daju i konkretne prijedloge za poboljšanje postojeće pravne regulative. Zaključak je autora da je potrebno zadržati službeničke sudove i Visoki službenički sud jer su se ta tijela iskazala učinkovitošću i zakonitošću svojih odluka. Isto tako, potrebno je zadržati i Odbor za državnu službu kao neovisno i stručno tijelo čiju zakonitost odluka potvrđuje i upravno-sudska praksa, ali ga je potrebno kadrovski ekipirati i osloboditi ga od rješavanja predmeta radi isplate materijalnih prava prema Kolektivnom ugovoru za državne službenike i namještenike.

Ključne riječi: državna služba, državni službenik, Odbor za državnu službu, povreda službene dužnosti, službenički sud

1. UVOD

U okviru razmatranja radno-pravnog statusa državnih službenika, interes autora je ograničen na odgovornost za povredu službene dužnosti¹ i pravnu zaštitu prava koja proizlaze iz državne službe te, s tim u vezi, pitanje svrhovitosti postojanja neovisnih državnih tijela: Odbora za državnu službu, službeničkih sudova i Višeg službeničkog suda.

2. SLUŽBENIČKI STATUS

Zbog značaja državnih službenika za funkcioniranje državne službe, ali i radi zaštite državnih službenika od arbitrarnog postupanja države kao poslodavca, prava,

¹ U pravnoj teoriji i zakonodavstvu, pa i u ovom radu, kao sinonimi se koriste izrazi: disciplinska odgovornost i odgovornost za povredu službene dužnosti.

obveze i odgovornosti državnih službenika uređuju se zakonom i podzakonskim aktima i one čine službenički status.²

2.1. Službenički odnos

U hrvatskom pravu službenički odnos je radno-pravni odnos u kojem je država jedan, a državni službenik drugi subjekt (čl. 1. Zakona o državnim službenicima³). Sagledavajući bitna obilježja službeničkog odnosa u Republici Hrvatskoj, Potočnjak zaključuje da je to „radni odnos, pa pri njegovom pravnom uređenju i tumačenju propisa kojima se taj odnos uređuje treba voditi računa o takvoj naravi tog odnosa. Međutim, to ne znači da je taj pravni odnos u svemu jednak pravnom odnosu između radnika i poslodavca u gospodarstvu. U slučaju službeničkog odnosa postoji čitav niz posebnosti koje proizlaze iz činjenice da je posloprimac državni službenik države, te da on u obavljanju svojih poslova često u odnosima s građanima nastupa kao nositelj ovlasti državne vlasti. Stoga, pri razmatranju službeničkog odnosa polazimo od shvaćanja da je riječ o radnom odnosu posebne vrste.”⁴ Dodatna specifičnost tog odnosa je da država kao poslodavac, dakle jedna strana u radnom odnosu, uređuje pravila tog odnosa odnosno uređuje prava, obveze i odgovornosti državnog službenika, a to nije slučaj s drugim poslodavcima. Dakle država je i normotvorac i poslodavac.⁵

2.2. Europski upravni standardi

Potreba za definiranjem europskih upravnih standarda javila se 1990-ih kod podnošenja molbi za članstvo u Europskoj uniji (dalje: EU) zemalja srednje i istočne Europe, a budući da je neodgovarajuća kvaliteta njihove javne uprave dovodila u pitanje mogućnost zemalja kandidatkinja da učinkovito i u potpunosti ispune obveze iz potencijalnog članstva u EU-a.⁶ Ni primarno ni sekundarno zakonodavstvo EU-a ne sadržava odredbe koje bi zemljama članicama nametale pravne obveze u svezi s uređenjem službeničkih odnosa, no zbog potrebe osposobljavanja državnih uprava zemalja kandidatkinja za primjenu i provođenje obveza koje proizlaze iz

2 “Prava, obveze i odgovornosti državnih službenika uređuju se zakonom i na temelju zakona donesenim propisima i one u svojoj ukupnosti čine službenički status.”, Borković I., *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999., str. 107.

3 Zakon o državnim službenicima (dalje: ZDS), NN 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13.

4 Potočnjak, Ž., *Radni odnosi državnih službenika*, u Potočnjak, Željko i dr., *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb, 2007., str. 806.

5 „Razlika između zaposlenih u javnom i privatnom sektoru ogleda se i u tome što se rad zaposlenih u javnom sektoru plaća iz javnih sredstava, i što je država zaposlenima u javnom sektoru istovremeno i poslodavac i zakonodavac. Država je ovdje poslodavac koji u svako doba može jednostrano promijeniti propise, time i odnose između sebe, kao poslodavca, i zaposlenih.“, Jovanović, Z. i dr., *Prava i dužnosti državnih službenika u Republici Srbiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LVI, Niš, 2010., str. 227.

6 Kriterije za pridruživanje Europskoj uniji postavilo je Europsko vijeće u Kopenhagenu i Madridu. Vidi kriterije na http://ec.europa.eu/comm/enlargement/towards_EU_membership/criteria_en.htm.

pravne stečevine EU-a,⁷ europske institucije odredile su upravnu reformu kao jedan od kriterija za članstvo⁸, definirajući standarde koje trebaju dostići javne uprave tranzicijskih zemalja.⁹ Jedna od najvažnijih zadaća upravnih reformi bila je uspostava moderne, profesionalne, neovisne i kvalitetne državne službe.

Vijeće Europe nije eksplicitno odredilo upravna načela koja moraju prihvatiti zemlje kandidatkinje, pa je to učinila SIGMA¹⁰, tumačeći pristupne kriterije u smislu skupa upravnih standarda, utemeljenih na načelima upravnog prava u zemljama članicama, koji se zbog djelovanja Europskog suda primjenjuju u EU i vode svakodnevno ponašanje upravnih službenika.

SIGMA je u Dokumentu broj 27,¹¹ kao glavne europske upravne standarde navela: 1. vladavinu prava, u smislu pravne sigurnosti i predvidivosti upravnog djelovanja; 2. otvorenost i transparentnost postupanja javne uprave; 3. odgovornost javne uprave zakonodavnim i sudskim tijelima, te hijerarhijsku odgovornost; 4. učinkovitost u korištenju javnih prihoda i učinkovitost u postizanju ciljeva javnih politika.

U istom dokumentu razrađena su osnovna načela moderne javne službe: 1.

7 Sintagmom "*Acquis communautaire*" označava se cjelokupni sustav unutrašnje regulative i propisa EU-a. On obuhvaća sva područja unutarnjeg uređenja EU-a. Svaka zemlja koja želi postati članicom EU-a mora svoj sustav i propise potpuno prilagoditi onima koja vrijede u Uniji. Proces prilagođavanja traje između tri i sedam godina, AGENDA 2000, Za snažniju i širu Europsku uniju, Europski pokret Hrvatska, Zagreb, 1998., str. 167.

8 "... nije dovoljno da država kandidat postigne postojeći prosječni nivo administrativnih kapaciteta sadašnjih članica EU. Za njih je neophodno da dostignu budući prosječni nivo država članica. Drugim riječima, država kandidat mora popuniti jaz između svojih postojećih administrativnih kapaciteta i prosječnih administrativnih kapaciteta država članica EU u trenutku kada se država kandidat bude zaista pridruživala Uniji. Neće biti dovoljno da se država kandidat poredi sa "najgorom" zemljom koja je već članica EU. Poređenje se mora vršiti između zemlje kandidata i prosjeka za sve države članice u Uniji.", Cardona F., Integriranje nacionalnih administracija u Europski administrativni prostor, Konferencija o reformi javne uprave i europskim integracijama, SIGMA, Budva, 2009., str. 5. i 6.

9 O europskim upravnim standardima i hrvatskom službeničkom pravu vidi: Musa A., Europski standardi službeničkog prava i Zakon o državnim službenicima iz 2005., Hrvatska javna uprava, broj 4/2006, Novi Informator, Zagreb, 2006., str. 91. do 131. O ocjeni stanja javne uprave u Republici Hrvatskoj prema ocjeni Europske komisije, pobliže: Lalić, G., Stanje javne uprave prema izvještaju Europske komisije o napretku Hrvatske iz 2009. godine, Hrvatska javna uprava, br. 4, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 941. do 948. i Đulabić, V., Ocjena stanja hrvatske uprave u Izvještaju Europske komisije o napretku Republike Hrvatske iz 2006., Hrvatska javna uprava, br. 4, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 51. do 55.

10 Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries (Potpora poboljšanju upravljanja i menadžmenta u zemljama srednje i istočne Europe), Zajednička inicijativa OECD-a (Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj) i EU-a utemeljena 1992. radi pružanja pomoći tranzicijskim zemljama u provođenju političkih i upravnih reformi. Osoblje SIGMA-e su međunarodni javni službenici OECD-a. Većina ih je zaposlena u javnoj upravi država članica ili neke od zemalja partnera. Mrežu čine i neki nacionalni javni službenici i pojedini nezavisni eksperti, www.oecd.org. Važnu ulogu u smislu prilagodbe državnih uprava zemalja kandidatkinja ima i CARDS (Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilization). Pobliže www.uzuvrh.hr/stranica.aspx?pageID=22.

11 European Principles for Public Administration (1999), www.sigmaweb.org/dataoecd/26/30/36972467.pdf.

odvajanje javne i privatne sfere, 2. odvajanje politike i administracije, 3. samostalnost i odgovornost državnih službenika napuštanjem načela donošenja odluka u kolegijima, 4. jasno određena prava i dužnosti javnih službenika, 5. zapošljavanje i napredovanje temeljeno na *merit* načelu – prema zaslugama i sposobnostima.¹²

2.3. Europski standardi službeničkog prava

Načela i standardi službeničkog prava, posebno karakter državne službe i položaj državnih službenika, poseban su segment europskog upravnog prostora. S povećanjem broja upravnih poslova, javnih službi i porastom uprave, te činjenicom da državni službenici u svom radu vrše javne ovlasti, cjelovita pravna regulacija njihova položaja postaje jamstvo kvalitete samih službenika i njihova rada.

2.3.1. Standardi i načela službeničkog prava u dokumentima Vijeća Europe

Razmatrajući definiranje standarda koji se odnose na državne službenike, donesene su tri važne preporuke: Preporuka Parlamentarne skupštine 1617 (2003) o reformi državne službe u Europi,¹³ te dvije preporuke Odbora ministara – Preporuka R (2000) 6 o statusu javnih službenika te Preporuka R (2000) 10 o kodeksu ponašanja javnih službenika.¹⁴

Preporukom 1617 Vijeće Europe je pozvalo i EU da, polazeći od činjenice da je visoka kvaliteta državnih službenika vitalni preduvjet čvrste demokracije i vladavine prava u (tada) buduću Ustavni ugovor unese temeljna načela za europske i nacionalne državne službenike, kao što su opći i pravedni pristup javnim funkcijama, jednake mogućnosti za muškarce i žene, lojalnost, objektivnost i integritet. Preporuka sadržava osam točaka koje se odnose na potrebu za reformom i modernizacijom javne uprave, primjenu načela supsidijarnosti, depolitizaciju državne uprave i službe, jačanje profesionalizma u upravi, te poboljšanje kvalitete osoblja.

U okviru Vijeća Europe doneseni su i drugi dokumenti koji su bitni za pitanje statusa državnih službenika, primjerice, Preporuka 1322 (1997) Parlamentarne skupštine o državnim službenicima u proširenoj Europi,¹⁵ kojom se ističe potreba za harmonizacijom osnovnih načela o državnim službenicima.

Preporuka R (2000) 6 Odbora ministara Vijeća Europe o statusu javnih službenika u Europi preporučuje državama članicama da u svom zakonodavstvu i

12 Koprić, I., Prilagodba hrvatskog službeničkog sustava europskim standardima, Godišnjak tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika Grada Zagreba, Zagreb, 2005., str. 37. do 38.; Verheijen Tony i dr., *Civil Service Systems in Central and Eastern Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK i Northampton, MA, USA, 2000., str. 23.

13 Recommendation 1617 (2003), www.assembly.coe.int/.

14 Recommendation Rec (2000) 10, www.coe.int/. Članak 15.b. Statuta Vijeća Europe daje ovlast Odboru ministara da donosi preporuke članicama o pitanjima o kojima se Odbor složi kao o “zajedničkoj politici”. Preporuke nisu obvezujuće za članice, ali Statut ovlašćuje Odbor ministara da od vlada članica zahtijeva informaciju o radnjama koje su poduzete na temelju preporuke, Statute of the Council of Europe, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/htm/001.htm>.

15 Recommendation 1322 (1997), www.assembly.coe.int/.

praksi usvoje 17 načela¹⁶ dobre prakse pri izradi službeničkog zakonodavstva, pa tako i zakonsko uređenje disciplinskih postupaka i mogućnost ulaganja pravnih lijekova na odluku u disciplinskom postupku.

Preporuka R (2000) 10 Odbora ministara Vijeća Europe o kodeksu ponašanja javnih službenika donosi model etičkoga kodeksa u 28 članaka, koji obuhvaćaju osnovna pravila kojih se službenici trebaju pridržavati u svom radu. On se ističe kao osnova za donošenje sličnih kodeksa u nacionalnim upravama.

2.3.2. Preporuka SIGMA-e (Dokument broj 5)¹⁷

U Dokumentu broj 5 SIGMA daje preporuke glede: područja primjene zakona i kategorije osoba na koje se zakon primjenjuje, upravljanja državnom službom, podzakonskih propisa, određivanja izdataka za državne službenike, ulaska i kretanja kroz državnu službu, uvjeta službe, prestanka državne službe, prava i obveze državnih službenika, sudjelovanja državnih službenika u odlučivanju, osposobljavanja i usavršavanja državnih službenika te discipline državnih službenika.

Dokument broj 5 traži da se zakonom uredi disciplinski postupak koji se temelji na načelima transparentnosti i standardima sudske kvalitete. Posebice traži da se precizno uredi pitanje razloga za pokretanje postupka, kazne koje se mogu izreći u pojedinim slučajevima, tijela koja vode postupak i njihov sastav, osigura njihovo nepristrano djelovanje, zaštite službenika u smislu saslušanja, osiguranja pravne pomoći i zastupanja, upoznavanje s dokazima, te mogućnosti žalbe na odluku disciplinskog tijela, uspostavljanje krovnog žalbenog tijela koje osigurava zajedničke standarde odlučivanja, donošenje posebnog akta kojim se uređuje disciplinski postupak, brisanje podataka iz osobnog očevidnika nakon određenog vremena, uvjeti suspenzije i prava službenika za vrijeme suspenzije.

16 17 načela iz Preporuke su: 1. status službenika mora biti reguliran zakonom i kolektivnim ugovorima, službenička politika mora biti u nadležnosti vlade, 3. kategorije službenika trebaju biti određene u svjetlu funkcija i odgovornosti koje obavljaju, 4. prijam u službu treba biti utemeljen na načelima jednakog pristupa, selekciji utemeljenoj na merit načelu, pravednom i otvorenom natjecanju, te bez diskriminacije, 5. postupak prijema treba biti otvoren i transparentan, te uključivati pravnu zaštitu onih koji se natječu za mjesto u državnoj službi, 6. službenik se može premjestiti samo uz svoj pristanak, 7. napredovanje treba biti utemeljeno na merit načelu, 8. prava službenika trebaju biti ista, 9. zabrana diskriminacije po bilo kojoj osnovi, 10. poticanje sudjelovanja službenika u odlučivanju u pogledu organizacije strukture i načela obavljanja javnih funkcija, 11. osigurati socijalnu zaštitu službenika, 12. plaća službenika treba biti adekvatna i usklađena s njihovim odgovornostima, a istodobno treba biti u funkciji postizanja ciljeva organizacije, te osigurati službenika od rizika korupcije ili aktivnosti koje nisu u skladu s obavljanjem javnih funkcija, 13. obveze državnih službenika uključuju poštovanje vladavine prava, lojalnost demokratskim institucijama, diskreciju, neutralnost, nepristranost, hijerarhijsku podređenost, poštovanje javnosti i odgovornost, 14. zakonsko uređenje disciplinskog postupka i mogućnost ulaganja pravnih lijekova, 15. dužnost vlade osigurati službenicima jednake mogućnosti osposobljavanja i usavršavanja, što može biti uvjet napredovanja; službenici imaju pravo i obvezu usavršavati se i osposobljavati; 16. do prestanka službe može doći samo iz zakonom predviđenih razloga, uz osiguranu mogućnost ulaganja pravnih lijekova, 17. osigurati službenicima sudsku zaštitu njihovih prava u odnosu prema poslodavcu; država treba zaštititi državne službenike i od zloupotreba i pritisaka trećih osoba.

17 Civil Service Legislation Contents Checklist (1996), www.sigmaxweb.org/dataoecd/21/35/36951556.pdf.

2.4. Prava i dužnosti državnih službenika

Stjecanje službeničkog statusa daje državnom službeniku određena prava. Ta su “prava izraz nastojanja demokratskog pravnog poretka da putem tih prava osigurava dignitet osobnosti državnog službenika omogućujući mu istodobno da tijekom rada učinkovito štiti svoja prava i pravne interese u svezi s obavljanjem službeničke dužnosti”¹⁸. Državnim službenicima u Republici Hrvatskoj zajamčena su sljedeća prava: pravo na rad u prikladnim uvjetima, pravo na plaću i druga materijalna prava, pravo na jednako postupanje i jednake mogućnosti napredovanja, pravo na zaštitu od neopravdanog premještanja ili udaljenja s radnog mjesta, pravo na kandidiranje na izborima, pravo na predstavku i pravo na zaštitu službenika koji prijavi sumnju na korupciju (čl. 9. do 14.a. ZDS-a). Brojna prava zajamčena su državnim službenicima Kolektivnim ugovorom za državne službenike i namještenike.¹⁹

Obveze proistječu iz karaktera službeničkog odnosa, a njihovo ispunjenje (obavljanje) je nužno radi zakonitog i pravilnog obavljanja službe. Jedne vrste dužnosti proizlaze iz obavljanja službe, primjerice: dužnost poštovanja zakona i drugih propisa, dužnost poštovanja hijerarhije, dužnost nepristranog obavljanja službenih zadaća²⁰ i dužnost čuvanja službene tajne, dok se druge vrste dužnosti vežu uz privatni život službenika, prvenstveno dužnost čuvanja dostojanstva privatnog života. ZDS dužnosti državnih službenika propisuje u čl. 15. do 37. te čl. 92. st. 1. ZDS-a. Kršenje zakonom propisanih obveza predstavlja povredu službene dužnosti.

3. NEKI ELEMENTI DRŽAVNE SLUŽBE PREMA VAŽEĆOJ REGULATIVI

U uređenim pravnim sustavima, kakvim pripada i Hrvatska, uređivanje pitanja odgovornosti za povredu službene dužnosti te pravne zaštite u vezi s radno-pravnim statusom državnih službenika ključno je za postizanje, ali i održavanje u kontinuitetu zakonitog, stručnog, profesionalnog i učinkovitog obavljanja državne službe. Konkretno, regulativa ovih aspekata državne službe, u normativi i praksi, mora osigurati ažurnu i učinkovitu zaštitu službenika u odnosu na zadiranje poslodavca, ali i od nelegitimnih utjecaja „izvana“.

3.1. Odgovornost za povredu službene dužnosti

Odgovornost za povredu službene dužnosti možemo definirati kao pravnu odgovornost državnih službenika za povredu službene dužnosti²¹, za koju se u

18 Borković, op. cit., 1999., str. 120.

19 Kolektivni ugovor za državne službenike i namještenike (dalje: KU), NN 104/13, 150/13, 153/13.

20 “...državni službenik mora postupati nepristrano i pravedno, paziti na dobrobit zajednice, te se ponašanjem u službi zalagati za promicanje slobodnoga demokratskoga poretka i djelovati s ciljem njegova očuvanja.”, Lozina, D., Regulacija uprave u hrvatskom zakonodavstvu, Vladavina prava, br. 1., Zagreb, 1998., str. 24.

21 “Povrede službene dužnosti predstavljaju narušavanje posebnih dužnosti i ovlaštenja službenih

propisom utvrđenom postupku, zakonom određenih tijela, izriče propisana kazna.²² Na zakonskoj razini, odgovornost za povredu službene dužnosti državnih službenika regulirana je ZDS-om (čl. 96. do 111.), ali i drugim specijalnim zakonima.²³ Na sam postupak, koji možemo definirati kao ukupnost pravila kojima se uređuje pokretanje i vođenje postupka utvrđivanja odgovornosti i izricanja kazne državnom službeniku zbog povrede službene dužnosti, primjenjuju se odredbe ZUP-a, ako ZDS-om ili drugim posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 102. ZDS-a). Ako povjerene poslove ne obavljaju savjesno, stručno i u predviđenim rokovima, ako se ne pridržavaju Ustava, zakona i drugih propisa ili pravila o ponašanju za vrijeme službe ili u vezi sa službom, državni službenici odgovaraju za povrede službene dužnosti (čl. 96. ZDS), koje mogu biti lake (čl. 98. ZDS-a) i propisuju se zakonom, uredbom Vlade i pravilnikom o unutarnjem redu ili teške (čl. 99. ZDS-a), koje se propisuju samo zakonom. O odgovornosti državnih službenika u prvom stupnju odlučuje čelnik tijela (za lake povrede) odnosno službenički sud (za teške povrede). Žalbeno tijelo za lake povrede je službenički sud, a za teške povrede Viši službenički sud (čl. 100. ZDS-a). U okviru postupka zbog povrede službene dužnosti (neovisno o vrsti povrede), ZDS jamči državnom službeniku kojem se stavlja na teret počinjenje povrede službene dužnosti pravo na branitelja, koji u tom postupku ima položaj opunomoćenika.

osoba, te povredu integriteta službe od samih nositelja službenih ovlasti.“ Milković, D., *Odgovornost službenika za povredu službene dužnosti*, Radno pravo, Zagreb, 6/2005, str. 58. „Povrede službene dužnosti državnih službenika u obavljanju državne službe kršenja su odnosno povrede nekog od prava ili dužnosti iz službeničkog odnosa.“, Drmić, A., *Vrste povreda službene dužnosti i disciplinske sankcije*, Hrvatska javna uprava, Zagreb, 3/2010, str. 772. Težim povredama dužnosti iz službeničkog odnosa se „grublje povređuju uspostavljena pravila ponašanja službenika i mogu se ugroziti i širi interesi društva.“ Ilić, A., *Disciplinska i materijalna odgovornost državnih službenika u pravnom sistemu Republike Srbije*, www.teme.junis.ni.ac.rs/.../teme%201-2012-23%20lat.pdf, str. 381.

- 22 Cardona F., *Liabilities and Discipline of Civil Servants*, SIGMA, www.oecd.org/dataoecd/22/0/43812763.pdf, 2003., str. 2., opravdanje „*ius puniendi*“ uprave nalazi u tome da se time „pojačava unutarnju disciplinu i odgovornost za zlouporabe i loše izvršenje, te osigurava da svi zaposleni poštuju svoje obveze.“ Disciplinsku odgovornost se u pravnoj teoriji definira kao: „pravna odgovornost zaposlenog za povredu radne obveze ili povredu radne discipline.“ (Mandić, M., *Disciplinska odgovornost radnika i državnih službenika*, Aktuelne promene u pravnom sistemu država u regionu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2011., str. 551.); „Posebna odgovornost zaposlenog za povredu propisane radne discipline (radnih obveza), za koju se prema zaposlenom mogu poduzeti određene mjere od strane poslodavca (Milković, M., *Opšti režim radnih odnosa i disciplinska odgovornost*, Pravna praksa, br. 6, Beograd, 2006., str. 7.); „Odgovornost za povredu radnih dužnosti i obveza, i koja je kao takva specifičan vid pravne odgovornosti, jer se primjenjuje samo na fizičke osobe koje su u radnom odnosu“ (Simović, V., *Disciplinska odgovornost zaposlenih prema novom Zakonu o radu Republike Crne Gore*, Pravni život, br. 10, 2003., str. 872.); „Odgovornost zaposlenih zbog povrede radnih obveza i dužnosti“ (Šunderić, B, *Komentar Zakona o radnim odnosima u državnim organima*, Glosarijum, Beograd, 2005., str. 193.).
- 23 Primjerice: čl. 93.-114. Zakona o policiji, NN 49/11, 130/12, 151/14; čl. 100.-117. Zakona o carinskoj službi, NN 68/13, 30/14, čl. 36.-37. Zakona o izvršavanju kazne zatvora, NN 28/99, 55/00, 59/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03 - proć.tekst, 76/07, 27/08, 83/09, 18/11, 48/11, 56/13, 150/13; čl. 51.-56. Zakona o vanjskim poslovima, NN 48/96, 72/13, 127/13; čl. 88.-93. Zakona o sigurnosno-obavještajnom sustavu Republike Hrvatske, NN 79/06, 105/06.

Tijelo za vođenje postupka dužno je, na zahtjev „optuženog“ službenika, omogućiti sudjelovanje sindikata čiji je član, koji u tom postupku ima položaj izjednačen s položajem branitelja (čl. 103. st. 2. i 3. ZDS). Za razliku od postupka zbog lake povrede, ZDS, u članku 107., u odnosu na postupak zbog teške povrede službene dužnosti, sadrži posebne postupovne odredbe. Te posebnosti, u procesnom smislu, svode se na: obvezatnost usmene rasprave, obvezno pružanje mogućnosti saslušanja službenika protiv kojeg je postupak pokrenut²⁴, iznimku da se rasprava može održati i bez nazočnosti „optuženog“ službenika (ako se dvaput uzastopno uredno pozvani službenik, kojem je uredno dostavljen zahtjev za pokretanje postupka, ne odazive pozivu i ne opravda svoj nedolazak, a službenički sud ocijeni da se na temelju provedenih dokaza može utvrditi odgovornost službenika za tešku povredu za koju ga se tereti), te činjenicu da službenički sud odlučujući o odgovornosti nije vezan pravnom kvalifikacijom teške povrede koja je navedena u zahtjevu. O odgovornosti službenika uvijek se odlučuje rješenjem, a o postupovnim pitanjima zaključkom. Protiv rješenja čelnika tijela dopuštena je žalba nadležnom službeničkom sudu, a protiv odluke službeničkog suda u postupku zbog teške povrede žalba Višem službeničkom sudu. Protiv drugostupanjske odluke u postupku zbog povrede službene dužnosti, bez obzira na vrstu povrede, može se pokrenuti upravni spor pred upravnim sudom (čl. 108.).²⁵ Za lake povrede, na temelju članka 110. stavka 1. ZDS-a, mogu se izreći: usmena opomena, pisana opomena, pisana opomena s upisom u osobni očevidnik državnog službenika, te novčana kazna u visini od 10 % plaće državnog službenika isplaćene u mjesecu kad je izrečena kazna.²⁶ S druge strane, za teške povrede, mogu se izreći: novčana kazna na vrijeme od jednog od šest mjeseci, u mjesečnom iznosu od 10 do 20 % ukupne plaće isplaćene službeniku u mjesecu u kojem je kazna izrečena,²⁷ premještaj na drugo radno mjesto niže složenosti poslova istog stupnja obrazovanja²⁸, te prestanak državne službe, što je i najteža stegovna kazna, jer se službeniku

24 „(...) dužnost je javnopravnog tijela da stranci omogući sudjelovanje u postupku, no hoće li stranka u postupku sudjelovati ili ne, ovisi o njezinoj volji.“, Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 139.

25 Subjektivni rok zastare pokretanja postupka zbog lakše povrede iznosi tri mjeseca od dana saznanja za počinjenu povredu i počinitelja, a objektivni rok šest mjeseci od dana kada je povreda počinjena. U slučaju teške povrede, subjektivni rok iznosi godinu dana, a objektivni tri godine. Pritom, ako se u roku od godine dana od pokretanja postupka zbog lakše povrede službene dužnosti ne donese izvršna odluka, postupak će se obustaviti zbog zastare vođenja postupka. Zastara vođenja postupka, ako se radi o teškoj povredi, iznosi tri godine od dana pokretanja postupka. Apsolutna zastara vođenja postupka nastupa protekom dvostruko vremena koliko je prema zakonu propisana zastara vođenja postupka zbog povrede službene dužnosti. Zastara vođenja postupka se prekida svakom radnjom poduzetom radi ocjene zakonitosti ili ustavnosti izvršne odluke službeničkog suda pred nadležnim sudom: upravnim, Ustavnim ili Europskim sudom za ljudska prava (čl. 109. ZDS-a).

26 Stajalište je autora da bi bilo neophodno visinu novčane kazne vezivati uz osnovnu (punu) plaću što se redovito isplaćuje državnom službeniku, s obzirom na okolnost da mjesečna plaća može varirati po mjesecima zbog bolovanja ili drugih opravdanih razloga.

27 ZDS određuje limit - zakonski maksimum u vezi s iznosom zbroja novčanih kazni izrečenih u jednom mjesecu, koji ne može iznositi više od 30 % ukupne plaće isplaćene službeniku u tom mjesecu (čl. 110. st. 6. ZDS-a).

28 Samo ako postoji slobodno radno mjesto u državnom tijelu (čl. 110. st. 7. ZDS).

oduzimaju sva prava iz radnog odnosa.²⁹ Važno je navesti da državnom službeniku koji u roku od godinu dana od izvršnosti rješenja o utvrđivanju odgovornosti za tešku povredu službene dužnosti, neovisno o težini povrede, nastalim posljedicama, stupnju odgovornosti i okolnostima pod kojima je povreda počinjena, prestaje državna služba po sili zakona danom izvršnosti rješenja kojim je utvrđena odgovornost za novu tešku povredu (čl. 110. st. 4. ZDS).

3.2. Pravna zaštita radno-pravnog statusa

Odlučivanje o rasporedu na radno mjesto te drugim pravima i obvezama državnih službenika, kao i prestanku državne službe upravna je stvar (čl. 63. st. 1. ZDS-a). Protiv prvostupanjskog rješenja čelnika tijela ili službene osobe u čijem je opisu poslova vođenje tog postupka ili rješavanje o upravnoj stvari, državni službenik može izjaviti žalbu Odboru za državnu službu u roku 15 dana od dana dostave rješenja (čl. 64. ZDS-a), a kasnije i podnijeti tužbu nadležnom prvostupanjskom upravnom sudu u okviru upravnog spora (čl. 67. st. 2. ZDS-a).³⁰ Izvan toga, o odgovornosti državnih službenika, opet u upravnom postupku, odlučuju ovisno o vrsti i težini povrede, čelnici tijela te samostalna i posebno ustrojena tijela: službenički sudovi, dok se protiv izvršne odluke o odgovornosti može pokrenuti upravni spor (čl. 108. st. 4. ZDS-a).

Dakle, dodatna specifičnost službeničkog odnosa ogleda se i u tome da državni službenici za razliku od ostalih radnika u privatnom i dijelom javnom sektoru koji svoja prava mogu zaštititi pred redovnim sudovima, svoj radno-pravni status štite u zasebnim upravnim postupcima pred posebno ustrojenim i neovisnim tijelima, te sekundarno i u okviru (dvostupanjskog) upravnog spora.³¹

4. UPRAVNO-SUDSKA PRAKSA U RADNO-SLUŽBENIČKIM PREDMETIMA

Radi potpunijeg pristupa predmetnoj materiji, autori su proveli je empirijsko istraživanje upravno-sudske prakse u radno-službeničkim predmetima, potkrijepljeno

29 Pri određivanju vrste kazne uzimaju se u obzir: 1. težina počinjene povrede i nastale posljedice, 2. stupanj odgovornosti državnog službenika, 3. okolnosti u kojima je povreda počinjena, 4. olakotne okolnosti te 5. otegotne okolnosti na strani državnog službenika (čl. 111. st. 1. ZDS-a).

30 Protiv presude upravnog suda državni službenik koji je nezadovoljan odlukom suda, može podnijeti žalbu Visokom upravnom sudu, temeljem članka 66. Zakona o upravnim sporovima (dalje: ZUS), NN 20/10, 143/12, 152/14.

31 Prihvaćajući stajalište da se određivanjem Zakona o općem upravnom postupku kao postupovnog propisa u disciplinskim postupcima protiv državnih službenika otklanja nelogičnost da se upravni akt o odgovornosti službenika, čiju zakonitost ispituje upravni sud, donosi po pravilima kaznenog postupka (Pičuljan, Z., Temeljni instituti novoga službeničkog zakonodavstva, u: Foretić, D. (ur.), Europeizacija uprave i primjena Zakona o državnim službenicima, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 40.), logično se nameće zaključak da o zakonitosti upravnih akata Odbora za državnu službu i službeničkog suda, kada odlučuju o pravima, obvezama i odgovornostima državnih službenika, trebaju odlučivati upravni sudovi.

statističkim podacima³² o praksi Visokog upravnog suda Republike Hrvatske³³ i upravnih sudova u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku³⁴, Odbora za državnu službu³⁵, službeničkih sudova i Višeg službeničkog suda.³⁶ Uz ove, prikupljeni su i podaci o praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske u vezi s primjenom ZDS-a.³⁷

Pritom je bitno naglasiti da je pribavljanje potpunijih i detaljnijih statističkih pokazatelja otežalo nepostojanje odgovarajućih evidencija i statističkih podataka u vezi s ovom tematikom, odnosno različiti pristup prikupljanju i sabiranju takvih podataka.³⁸

4.1. Rad Odbora za državnu službu

Odbor za državnu službu (dalje: Odbor) neovisno je tijelo za rješavanje o žalbama protiv rješenja o prijemu u državnu službu i rješenja kojima se odlučuje o pravima i

- 32 Sve statističke podatke u ovom radu prikupio je prvonavedeni autor, koji je izradio postotni, tablični i grafički prikaz tih podataka.
- 33 Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima, NN 153/09, čl. 1. i 2., ustanovljeni su specijalizirani sudovi, Visoki upravni sud Republike Hrvatske za područje Republike Hrvatske (čl. 13.a) i Upravni sud u Zagrebu, Upravni sud u Splitu, Upravni sud u Rijeci i Upravni sud u Osijeku (čl. 14.a), koji su otpočeli s radom 1. siječnja 2012. godine. Prema članku 9. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima, NN 130/11, Upravni sud Republike Hrvatske od 1. siječnja 2012. godine nastavlja s radom kao Visoki upravni sud Republike Hrvatske, a predsjednik i suci tog suda nastavljaju obnašati sudačku dužnost kao predsjednik i suci Visokog upravnog suda. Važeći Zakon o sudovima (dalje: ZS), NN 28/13, u čl. 14. propisuje da su redovni sudovi: općinski i županijski sudovi, dok su upravni sudovi i Visoki upravni sud Republike Hrvatske specijalizirani sudovi. Statistički podaci, izneseni u ovom radu o praksi Visokog upravnog suda u radno-službeničkim predmetima autoru je predala e – mailom 9. svibnja 2014. i telefonski 19. svibnja 2014. sudska pisarnica Visokog upravnog suda.
- 34 Statistički podaci, izneseni u ovom radu, vezano uz praksu Upravnog suda u Splitu u radno-službeničkim predmetima autoru je predala neposredno 10. svibnja 2014. sudska pisarnica navedenog suda. Statistički podaci, izneseni u ovom radu, vezano uz praksu upravnih sudova u Zagrebu, Rijeci i Osijeku u radno-službeničkim predmetima autoru je predala e - mailom i telefonskim putem od 14. do 19. svibnja 2014. sudska pisarnica Upravnog suda u Zagrebu, Upravnog suda u Rijeci i Upravnog suda u Osijeku.
- 35 Statistički podaci, izneseni u ovom radu, vezano uz rad Odbora za državnu službu proizlaze iz Izvješća o radu Odbora za državnu službu za 2012. godinu (u daljnjem tekstu: Izvješće o radu Odbora) u kojem su sadržani i podaci za ranije godine, www.vlada.hr, a u odnosu na 2013. godinu podatke je dostavio e – mailom 9. svibnja 2014. Odbor za državnu službu.
- 36 Statistički podaci vezano uz praksu Službeničkog suda u Zagrebu i Višeg službeničkog suda, autoru je predalo e – mailom 16. i 23. svibnja 2014. Ministarstvo uprave, koje obavlja administrativne i druge stručne poslove za Viši službenički sud. Glede ostalih službeničkih sudova sa sjedištem u Splitu, Rijeci i Osijeku, podaci su predani autoru e - mailom u razdoblju od 15. do 21. svibnja 2014. godine.
- 37 Statistički podaci, izneseni u ovom radu, vezano uz postupanje Ustavnog suda u primjeni ZDS-a autoru je predao e - mailom 14. svibnja 2014. Centar za evidenciju i dokumentaciju Ustavnog suda.
- 38 Napomenuti da je za obavljanje poslova pravosudne uprave ovlašteno i zaduženo Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, u koje, među ostalim, spada i informatizacija sudova, pa time i osnivanje te održavanje elektroničkih sustava (programa) koji služe u radu pisarnica te sadrže statističke podatke o radu pravosudnih tijela - vidi čl. 71. i 72. Zakona o sudovima.

obvezama državnih službenika. Prema članku 2. Uredbe o ustrojstvu i načinu rada Odbora za državnu službu³⁹, Odbor ima predsjednika i šest članova, koje imenuje i razrješuje Vlada Republike Hrvatske. Međutim, što se tiče kadrovske popunjenosti, iz Izvješća o radu Odbora proizlazi da je Odbor, od osnivanja (2006.) do 1. lipnja 2012. godine (dakle šest godina) radio u „krnjem“ sastavu predsjednice i jedne članice (samo dva člana), nakon čega po prvi put postupa u (opet nepotpunom) sastavu od šest članova, s obzirom na to da ni dan danas nije imenovan predsjednik Odbora.

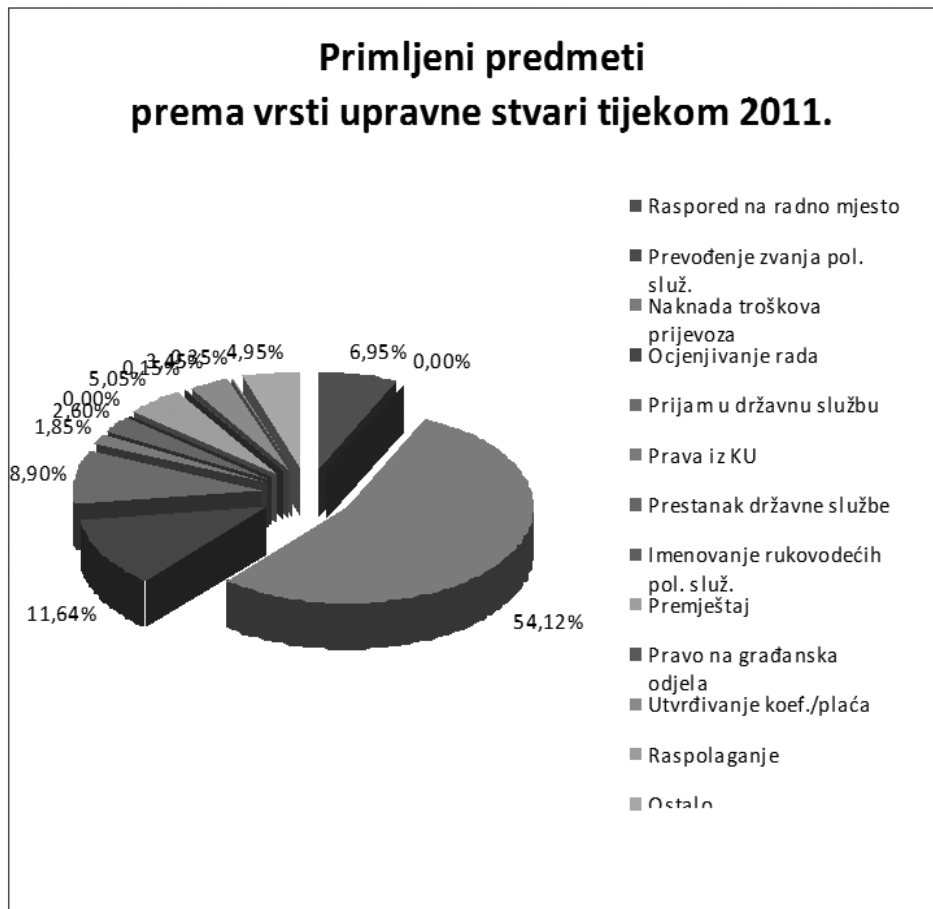
Prema dostupnim statističkim podacima, godišnje promatrano, zaprimljeno je 2006. godine 863 predmeta, 2007. - 1247, 2008. - 1079, 2009. - 1497, 2010. - 3919, 2011. - 2001, 2012. - 2222, a 2013. godine 6086 predmeta. Dakle u razdoblju od početka rada do kraja 2013. ukupno 18 914 predmeta, dok je do kraja 2013. godine ostalo neriješeno cca 6963 predmeta. Do 9. svibnja, tijekom 2014. godine, primljeno je 1432 predmeta. Iz ovog proizlazi stalan rast priljeva predmeta, postojanje značajnih zaostataka u radu i veliki broj neriješenih predmeta u Odboru.

Uzimajući u obzir vrstu upravne stvari, tijekom 2011. godinu zaprimljeno je 139 (6,95 %) predmeta radi rasporeda na radno mjesto, 0 (0 %) radi prevođenja zvanja policijskih službenika, 1083 (54,12 %) radi naknade troškova prijevoza službenika na posao i s posla⁴⁰, 233 (11,64 %) radi ocjenjivanja rada i učinkovitosti državnih službenika, 178 (8,90 %) radi prijma u državnu službu, 37 (1,85 %) radi prava iz kolektivnog ugovora (izuzev troškova prijevoza), 52 (2,60 %) radi prestanka državne službe, 0 (0 %) radi imenovanja rukovodećih policijskih službenika, 101 (5,05 %) radi premještanja na drugo radno mjesto i/ili u drugo mjesto rada, tri (0,15 %) radi prava policijskih službenika na građanska odjela, 69 (3,45 %) radi utvrđivanja koeficijenta složenosti poslova radnog mjesta i plaća, sedam (0,35 %) radi stavljanja na raspolaganje, a 99 (4,95 %) ostalih predmeta, od ukupno primljena 2 001 predmeta.

39 Uredba o ustrojstvu i načinu rada Odbora za državnu službu (dalje: Uredba o ustrojstvu i načinu rada Odbora), NN 8/06.

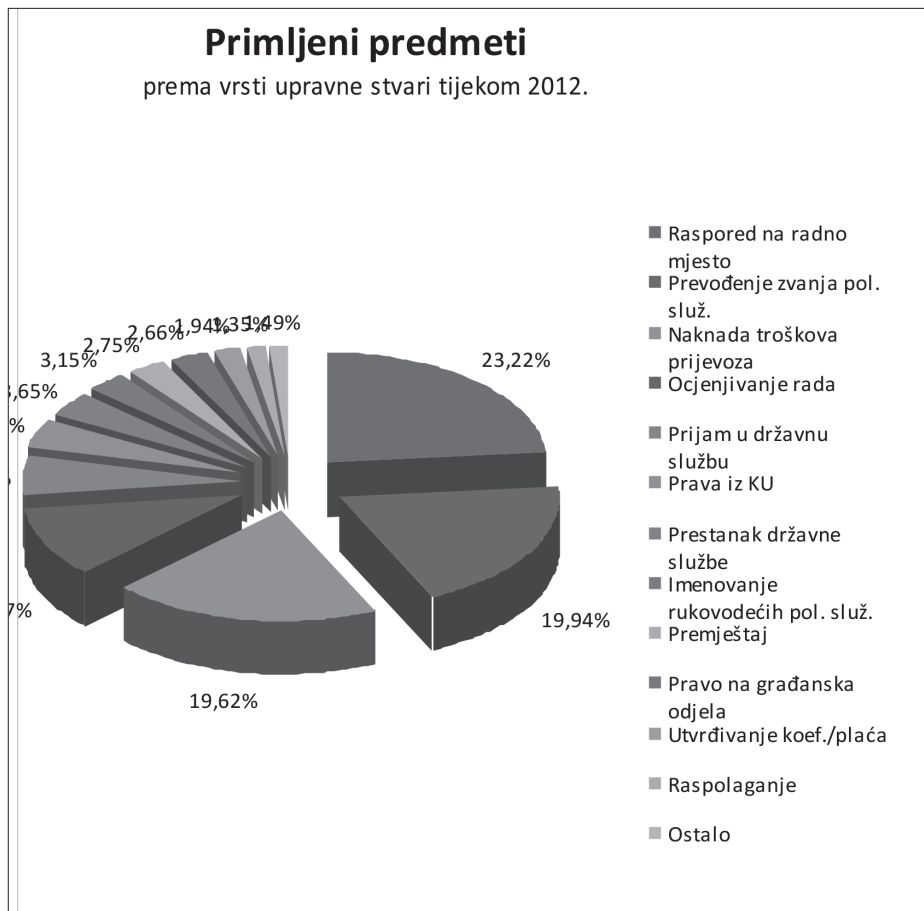
40 Zanimljivo je da je ovih predmeta u 2010., u odnosu na ukupni priljev, primljeno u Odboru 2911 ili 74,28 %.

Grafikon 1. Struktura zaprimljenih predmeta tijekom 2011. prema vrsti upravne stvari



S obzirom na vrstu upravne stvari, u 2012. godinu zaprimljeno je 516 (23,22 %) predmeta radi rasporeda na radno mjesto, 443 (19,94 %) radi prevođenja zvanja policijskih službenika, 436 (19,62 %) radi naknade troškova prijevoza službenika na posao i s posla, 226 (10,17 %) radi ocjenjivanja rada i učinkovitosti državnih službenika, 129 (5,81 %) radi prijma u državnu službu, 95 (4,28 %) radi prava iz kolektivnog ugovora (izuzev troškova prijevoza), 81 (3,65 %) radi prestanka državne službe, 70 (3,15 %) radi imenovanja rukovodećih policijskih službenika, 61 (2,75 %) radi premještaja na drugo radno mjesto i/ili u drugo mjesto rada, 59 (2,66 %) radi prava policijskih službenika na građanska odjela, 43 (1,94 %) radi utvrđivanja koeficijenta složenosti poslova radnog mjesta i plaća, 30 (1,49 %) radi stavljanja na raspolaganje, a 33 (1,35 %) su ostala predmeta, od ukupno primljeno 2 222 predmeta.

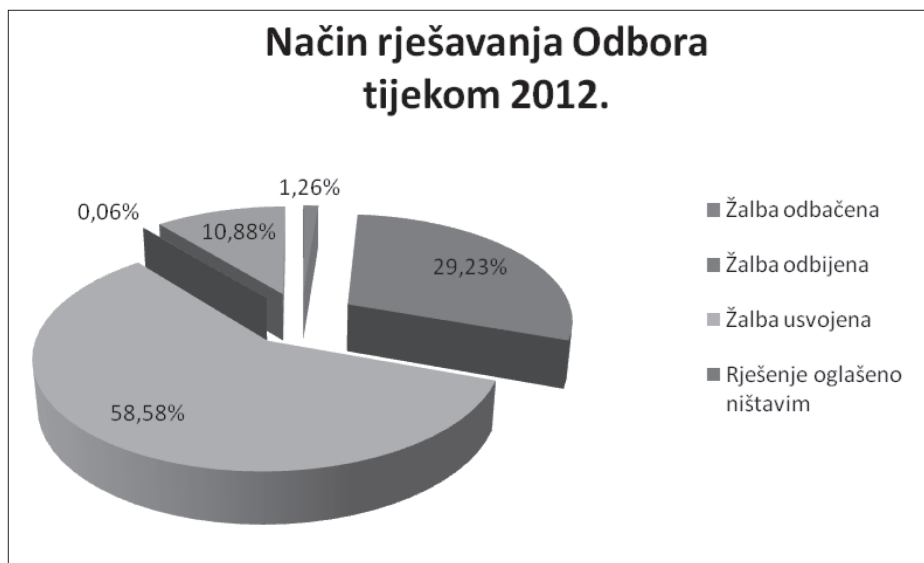
Grafikon 2. Struktura zaprimljenih predmeta tijekom 2012. prema vrsti upravne stvari



Ukupno je tijekom 2012. godine riješeno 1 673 predmeta, od čega iz 2010. godine 672, iz 2011. godine 266, a iz 2012. godine 735. Ostalo je neriješeno ukupno 2 397 predmeta, od čega iz 2010. godine 134, iz 2011. godine 776⁴¹, a iz 2012. godine 1 487 predmeta. Prema primljenim podacima Odbora, tijekom 2013. godine primljeno je 6 086 predmeta, a s 31. prosincem 2013. godine ostalo je neriješeno 6 963 predmeta.

Vezano uz način rješavanja, odnosno strukture odluka u upravnim predmetima Odbora, tijekom 2012., u 21 (ili 1,26 %) predmetu žalba je odbačena, u 489 (ili 29,23 %) žalba je odbijena, u 980 (ili 58,58 %) žalba je usvojena i osporeno je rješenje poništeno ili izmijenjeno te je doneseno novo rješenje, u jednom (ili 0,06 %) rješenje je proglašeno ništavim, a 182 (ili 10,88 %) postupka su obustavljena.

41 Neriješeni predmeti iz 2010. i 2011. odnose se na one radi naknade troškova prijevoza, kojih je ukupno 875 ili 96,15 % u odnosu na broj ukupno neriješenih predmeta iz 2010. i 2011., dok se u manjem obimu radi o predmetima radi ocjenjivanja službenika (35 ili 3,85 %).

Grafikon 3. Način rješavanja Odbora tijekom 2012. godine

Zabrinjavajući podatak je da je više od polovice osporenih odluka poništeno ili izmijenjeno novim rješenjem, a samo nešto više od četvrtine tih rješenja je „potvrđeno“. Navedeno upućuje na vrlo nekvalitetan i nestručan rad prvostupanjskih upravnih tijela pri odlučivanju o pravima i obvezama državnih službenika u nadležnosti Odbora.

4.2. Rad službeničkih sudova i Višeg službeničkog suda

Prvostupajski službenički sudovi sa sjedištem u Zagrebu, Osijeku, Rijeci i Splitu te drugostupajski Viši službenički sud, ustrojila je Vlada Republike Hrvatske Odlukom o ustrojavanju službeničkih sudova i Višeg službeničkog suda.⁴²

U nadležnost ovih sudova spada odlučivanje o odgovornosti za povredu službene dužnosti. Za odlučivanje o teškim povredama službene dužnosti državnih službenika u prvom stupnju, te lakim povredama istih u drugom stupnju nadležni su službenički sudovi, dok je za odlučivanje o teškim povredama službene dužnosti u drugom stupnju nadležan Viši službenički sud, u skladu s odredbama članka 100. ZDS-a i točkama II. i VII. Odluke Vlade.⁴³

U Službeničkom sudu u Splitu tijekom 2012. godine zaprimljeno je 13 predmeta formiranih po zahtjevu za pokretanje postupka zbog teške povrede službene dužnosti, dok je u 2013. primljeno ukupno devet predmeta, od čega sedam zbog teške povrede, a dva zbog lake povrede. U 2014. godini zaprimljeno je šest predmeta, od čega dva zbog lake povrede, a četiri zbog teške povrede službene dužnosti. Godine 2014. do

⁴² Odluka o ustrojavanju službeničkih sudova i Višeg službeničkog suda (dalje: Odluka Vlade), NN 39/06.

⁴³ Ukazati je da, poput članova Odbora, članovi službeničkog i Višeg službeničkog suda obvezni su nazočiti ročištima za raspravu pred upravnim sudovima.

19. svibnja u radu je osam predmeta, od čega šest primljenih u 2014., jedan predmet iz 2013. i jedan iz 2011. godine. Što se tiče strukture donesenih odluka, tijekom 2012. i 2013. godine osam državnih službenika proglašeno je odgovornim za počinjenje teške povrede službene dužnosti, pri čemu ni jednom nije izrečena najteža kazna: prestanak državne službe, dok je njih 11 oslobođeno odgovornosti. Tijekom 2012. godine prosjek rješavanja predmeta iznosio je cca osam mjeseci, a u 2013. cca deset mjeseci.

U Službeničkom sudu u Rijeci tijekom 2012. i 2013. godine zaprimljeno je ukupno 16 predmeta, od čega u prvom stupnju odlučivanja 15 zbog teške povrede, a jedan u drugom stupnju zbog lake povrede službene dužnosti. Od ovoga broja u istom je razdoblju riješeno deset, na način da je šest postupaka obustavljeno, u tri predmeta su službenici proglašeni odgovornim (niti u jednom predmetu nije izrečena najteža kazna prestanka državne službe). U jednom je predmetu donesena oslobađajuća odluka, dok je ostalo neriješeno šest predmeta. Ukupno je ostalo neriješenih 12 predmeta. Prosječan rok rješavanja predmeta je 12 mjeseci.

Što se tiče rada Službeničkog suda u Osijeku, iz raspoloživih podataka proizlazi da su tijekom 2012. i 2013. godine zaprimljena ukupno 24 predmeta zbog povrede službene dužnosti, od čega je riješeno u istom razdoblju 17 predmeta, na način da su u 12 predmeta državni službenici oglašeni odgovornim za povredu koja im se stavljala na teret, troje je oslobođeno odgovornosti, a dva su postupka obustavljena. U strukturi određenih kazni, u promatranom razdoblju u tri predmeta je izrečena najteža sankcija - prestanak državne službe. Ukupno je ostalo neriješeno devet predmeta 20. svibnja 2014. godine, a prosjek rješavanja iznosi godinu dana.

Glede postupanja Službeničkog suda u Zagrebu, iz raspoloživih podataka proizlazi da je tijekom 2012. i 2013. godine zaprimljeno ukupno 89 predmeta zbog povrede službene dužnosti, od čega je riješeno u istom razdoblju 80 predmeta, na način da su u 54 predmeta državni službenici oglašeni odgovornim za povredu koja im se stavljala na teret, 13 je oslobođeno odgovornosti, a 13 postupaka je obustavljeno. U strukturi određenih kazni, u promatranom razdoblju, u osam predmeta izrečena je najteža sankcija prestanka državne službe. Ukupno je ostalo neriješeno devet predmeta 20. svibnja 2014. godine, a prosječni rok rješavanja iznosio je šest mjeseci.

Radi preglednosti iznesenog u vezi s radom službeničkih sudova u Zagrebu, Splitu, Osijeku i Rijeci, daje se tablični prikaz pribavljenih statističkih podataka.

Tablica 1. Broj primljenih, riješenih i ostalo neriješenih predmeta, struktura donesenih odluka i prosjek vremena rješavanja predmeta u službeničkim sudovima za 2012. i 2013. godinu.

SLUŽBENIČKI SUDOVİ	PRIMLJENO PREDMETA		KONAČNO RIJEŠENO PREDMETA			OSTALO NERIJEŠENO	Prosjeck rješavanja
	Laka povreda	Teška povreda	Osuđujuća odluka	Oslobađajuća odluka	Obustava postupka		
Zagreb	-	89	54 (8)	13	13	9	6 mj.
Split	2	20	8 (-)	11	-	8	9 mj.
Osijek	-	24	12 (3)	3	2	9	12 mj.
Rijeka	1	15	3 (-)	1	6	12	12 mj.
UKUPNO:	3	148	77 (11)	28	21	38	

Napomena: u zagradama u stupcu „Osuđujuća odluka“ naveden je broj predmeta u kojima je izrečena najteža kazna prestanak - državne službe.

Iz prikazanog proizlazi da je pred službeničkim sudovima u Hrvatskoj tijekom 2012. i 2013. godine ukupno primljen 151 predmet, od čega tri zbog lake povrede, a 148 zbog teške povrede. U istom razdoblju, osuđujućih odluka, kojim su državni službenici proglašeni krivim za povredu koja im se stavlja na teret bilo je ukupno 77 (11 kazni prestanka državne službe), oslobađajućih odluka je bilo 28, dok je 21 postupak obustavljen. U svibnju 2014. godine na području Hrvatske ostalo je ukupno 38 neriješenih predmeta, pri čemu je u promatranom razdoblju prosječni prosjek rješavanja postupaka zbog povrede službene dužnosti iznosio 9,75 mjeseci. U svemu izloženom, zaključiti je da je rad „suda“ učinkovit, a predmeti se rješavaju u propisom utvrđenim rokovima rješavanja predmeta, što je zasigurno raritet u upravnoj praksi u okviru rada upravnih tijela u Hrvatskoj, čemu svakako valja težiti.

Vezano uz rad Višeg službeničkog suda, tijekom 2012. godine primljeno je ukupno 62 predmeta, a 2013. godine 54 predmeta. Što se tiče stanja broja primljenih, riješenih i ostalo neriješenih predmeta, bitno je navesti da na dan davanja statističkih podataka, 9. svibnja 2014. godine, pred Višim službeničkim sudom nije bilo neriješenih predmeta.

4.3. Rad upravnih sudova i Visokog upravnog suda

Analizom broja primljenih, riješenih i neriješenih radno-službeničkih predmeta pred prvostupanjskim upravnim sudovima, u razdoblju od osnivanja (1. siječnja 2012.) do 14. svibnja 2014. godine, utvrđeno je da je u Upravnom sudu u Zagrebu primljeno 595, riješeno 336, a ostalo je neriješeno 259 predmeta, u Upravnom sudu u Splitu primljeno je 309, riješeno 119, a ostalo je neriješeno 190 predmeta, u Upravnom sudu

u Osijeku primljeno je 191, riješeno 32, a ostalo je neriješeno 159 predmeta, dok je u Upravnom sudu u Rijeci primljeno 225, riješeno 108, a ostalo je neriješeno 117 predmeta. U (Visokom) Upravnom sudu Republike Hrvatske⁴⁴ od 1. siječnja 2006. do 1. siječnja 2012. godine primljeno je 4 918 radno-službeničkih predmeta, dok je od 1. siječnja 2006. do 14. svibnja 2014. godine riješeno ukupno 4 613, a ostalo je neriješeno na kraju promatranog razdoblja 305 predmeta.

U okviru upravnog sudovanja u Hrvatskoj u radno-službeničkim predmetima postupa 24 prvostupanjska suca i devet drugostupanjskih sudaca, odnosno ukupno 33 suca, od čega devet u tri formirana vijeća u VUSRH-u, a u upravnim sudovima 13 sudaca pojedinaca u Zagrebu, dva u Splitu, sedam u Osijeku te dva u Rijeci.⁴⁵

Stavljajući u odnos broj primljenih radno-službeničkih predmeta prema ukupnom broju zaprimljenih predmeta, analizom statističkih pokazatelja, utvrđeno je da zastupljenost radno-službeničkih sporova, promatrajući razdoblje od početka rada (1. siječnja 2012.) do 14. svibnja 2014. godine, u Upravnom sudu u Zagrebu iznosi 5,02 %⁴⁶, u Splitu 4,52 %⁴⁷, Osijeku 5,29 %⁴⁸, a u Rijeci 4,13 %.⁴⁹ U VUSRH-u, od 1. siječnja 2006. do 1. siječnja 2012. zatupljenost službeničkih predmeta iznosi 5,28 %.⁵⁰ U pogledu sudske zaštite prava državnih službenika protiv odluka Odbora⁵¹, prema provedenom istraživanju, u istom promatranom razdoblju, pokrenuto je 140 upravnih sporova u Upravnom sudu u Zagrebu, 53 u Splitu, 50 u Osijeku i 56 u Rijeci, a protiv odluka Višeg službeničkog suda u Zagrebu 26, Splitu pet, Osijeku pet upravnih sporova, dok u Rijeci nije pokrenut ni jedan spor. Što se tiče VUSRH-a, od 2006. do 2012. godine, protiv odluka Odbora pokrenuto je 725, a odluka Višeg službeničkog suda 111 upravnih sporova. Vezano uz strukturu odluka svih prvostupanjskih i drugostupanjskog upravnog suda, u istim promatranim razdobljima, „potvrđene“ (odbijen tužbeni zahtjev) su 572⁵² odluke Odbora, poništeno je ukupno 103⁵³ odluke,

44 Od 1. siječnja 2012. Upravni sud Republike Hrvatske ustrojen je kao drugostupanjski Visoki upravni sud Republike Hrvatske (dalje: VUSRH), a novo podnesene tužbe zaprimaju se u prvostupanjskim upravnim sudovima. Prema čl. 25. ZS-a, VUSRH odlučuje: 1. o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja protiv kojih je dopuštena žalba, 2. o zakonitosti općih akata, 3. o sukobu nadležnosti između upravnih sudova, te 4. u drugim zakonom propisanim slučajevima.

45 Očiti nesrazmjer u broju uređujućih sudaca između upravnih sudova u Splitu i Rijeci, s jedne strane, te onih u Zagrebu i Osijeku posljedica je činjenice da je u Splitu (od ukupno sedam sudaca) i Rijeci (od ukupno sedam sudaca) obavljena specijalizacija rada sudaca po srodnim upravnim područjima, dok u Zagrebu i Osijeku svi raspoloživi suci postupaju u svim predmetima, bez obzira na vrstu upravnog spora.

46 U Upravnom sudu u Zagrebu u promatranom razdoblju primljeno je ukupno 11 856 predmeta.

47 U Upravnom sudu u Splitu u promatranom razdoblju primljeno je ukupno 6 830 predmeta.

48 U Upravnom sudu u Osijeku u promatranom razdoblju primljeno je ukupno 3 608 predmeta.

49 U Upravnom sudu u Rijeci u promatranom razdoblju primljeno je ukupno 5 451 predmeta.

50 U tom razdoblju u VUSRH-u je primljeno ukupno 93 195 predmeta.

51 Statistički podaci, izneseni u ovom radu, vezano za praksu Visokog upravnog suda protiv odluka Odbora proizlaze i iz sadržaja Izvješća o radu Odbora za 2012.

52 Od čega u VUSRH-u 512, a u Upravnim sudovima u Zagrebu 22, Splitu 8, Osijeku 28 i Rijeci dvije odluke.

53 Od čega u VUSRH-u 65, a u Upravnim sudovima u Zagrebu sedam, Splitu šest, Osijeku pet i Rijeci 20 odluka.

a na ini način⁵⁴ odlučeno je u 135⁵⁵ predmeta. Od rješenja Višeg službeničkog suda, „potvrđeno“ je 95⁵⁶ odluka, poništeno 15⁵⁷, dok je na ini način odlučeno u deset⁵⁸ predmeta.

Tablica 2. Broj primljenih, riješenih i ostalo neriješenih radno-službeničkih predmeta i zastupljenost tih predmeta u ukupnoj strukturi zaprimljenih predmeta upravnih sudova, od 1. siječnja 2012. (od početka rada) do 14. svibnja 2014., a za (Visoki) Upravni sud Republike Hrvatske od 1. siječnja 2006. do 14. svibnja 2014.

UPRAVNI SUDOVİ	PRIMLJENO PREDMETA	RIJEŠENO PREDMETA	OSTALO NERIJEŠENO	ZASTUPLJENOST	PROSJEK RJEŠAVANJA
Visoki upravni sud	4918	4613	305	5,28% (od 93195)	21,5 mj.
Upravni sud u Zagrebu	595	336	259	5,02% (od 11856)	6 mj.
Upravni sud u Splitu	309	119	190	4,52% (od 6830)	10,4 mj.
Upravni sud u Osijeku	191	32	159	5,29% (od 3608)	6 mj.
Upravni sud u Rijeci	225	108	117	4,13% (od 5451)	7,8 mj.
UKUPNO:	6238	5208	1030	-	-

Napomena: Od 1. siječnja 2012. „obustavljen“ je priljev novozaprimljenih tužbi u Upravnom sudu Republike Hrvatske, koji je s tim danom nastavio s radom kao (drugostupanjski) Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

Sagledavajući prikazano, zaključiti je da se zastupljenost radno-službeničkih predmeta u odnosu na ukupno zaprimljeni broj predmeta na svim upravnim sudovima, neovisno o stupnju sudovanja, kreće oko 5 %; da je prosječno po sudu ostalo neriješeno negdje oko 200 predmeta, da prosjek rješavanja varira od šest mjeseci u Upravnim sudovima u Zagrebu i Osijeku do 21,5 mjeseci u (Visokom) Upravnom sudu Republike Hrvatske⁵⁹, da je u promatranom razdoblju u upravnim sudovima i VUSRH-u primljeno 6 238 radno-službeničkih predmeta, riješeno ukupno 5 208, a

54 Primjerice tužba je odbačena, spor je obustavljen, sud se oglasio nenadležnim itd.

55 Od čega u VUSRH-u 89, a u Upravnim sudovima u Zagrebu 23, Splitu sedam, Osijeku devet i Rijeci sedam odluka.

56 Od čega u VUSRH-u 80, a u Upravnim sudovima u Zagrebu devet, Splitu dva, Osijeku četiri i Rijeci niti jedna odluka.

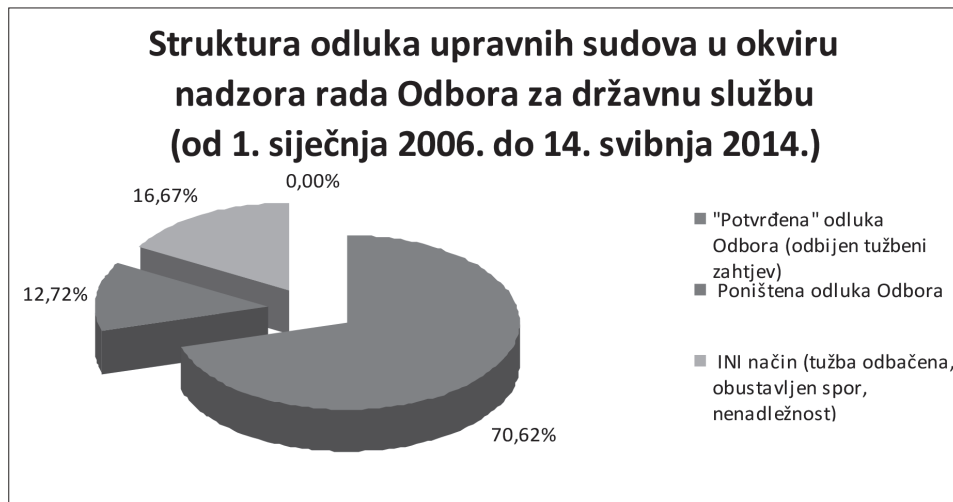
57 Od čega u VUSRH-u deset, a u Upravnim sudovima u Zagrebu tri, Splitu jedna, Osijeku jedna i Rijeci niti jedna odluka.

58 Od čega u VUSRH-u osam, a u Upravnim sudovima u Zagrebu dvije, Splitu niti jedna, Osijeku niti jedna i Rijeci niti jedna odluka.

59 Radi se o preostalim predmetima koji su primljeni prije 1. siječnja 2012. godine, a koji su „ostali“ na rješavanju Visokom upravnom sudu.

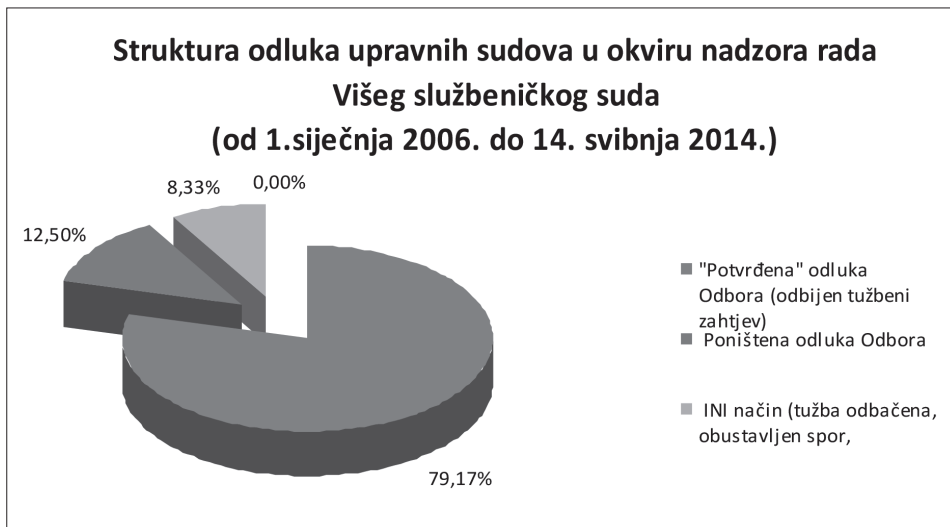
ostalo neriješeno ukupno 1 030, te da je do 14. svibnja 2014. godine riješeno 83,49 % službeničkih predmeta zaprimljenih od 2006. do 2014. godine.

Grafikon 4. Struktura odluka upravnih sudova i (Visokog) Upravnog suda Republike Hrvatske u nadzoru zakonitosti rada Odbora od 1. siječnja 2006. do 14. svibnja 2014.



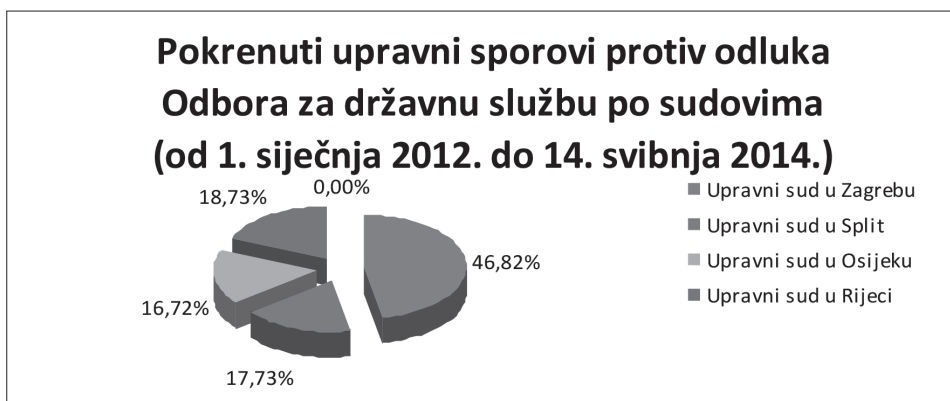
Iz prikazanog, vezano uz sudski nadzor zakonitosti rada Odbora po upravnim tužbama, nesumnjivo proizlazi da je u razdoblju primjene ZDS-a (od 2006. do 2014.) u „kvalificiranoj većini“ (preko dvije trećine predmeta) predmeta potvrđeno (70,62 %), a da je u vrlo malom broju predmeta (12,72 %) odluka Odbora poništena kao nezakonita, što upućuje na vrlo visoku razinu profesionalnosti, kvalitete i stručnosti rada članova Odbora. U prilog ovoj tvrdnji ide i činjenica da su u promatranom razdoblju pokrenuta ukupno 1 024 upravna spora.

Grafikon 5. Struktura odluka upravnih sudova i (Visokog) Upravnog suda Republike Hrvatske u nadzoru zakonitosti rada Višeg službeničkog suda od 1. siječnja 2006. do 14. svibnja 2014.



Iz podataka koji se odnose na sudski nadzor zakonitosti rada Višeg službeničkog suda po upravnim tužbama, nesumnjivo proizlazi da je u razdoblju primjene ZDS-a (od 2006. do 2014.) u prevladavajućem broju predmeta (gotovo 80 %) odluka Višeg službeničkog suda „potvrđena“, a da je u manjem broju predmeta (12,50 %) odluka „suda“ poništena kao nezakonita.

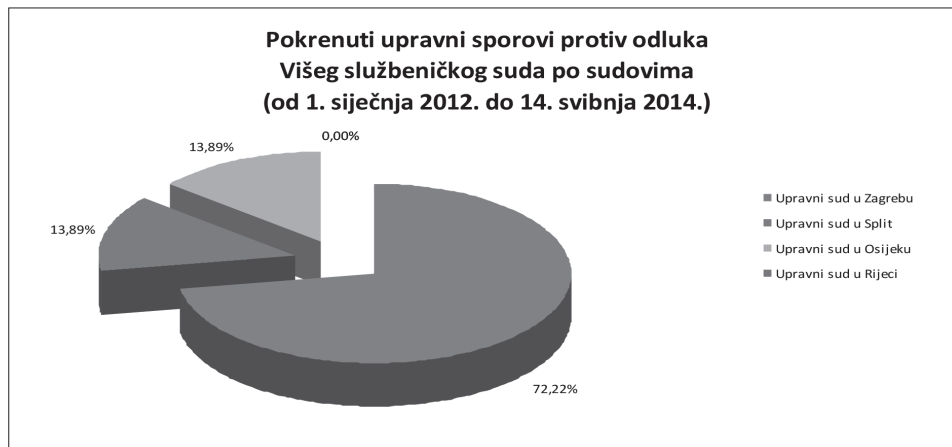
Grafikon 6. Pokrenuti upravni sporovi protiv odluka Odbora po sudovima od 1. siječnja 2012. (početka rada) do 14. svibnja 2014.



Prema ovom grafičkom prikazu vidljivo je da gotovo polovica pokrenutih upravnih sporova protiv Odbora „otpada“ na Upravni sud u Zagrebu, što i ne čudi s

obzirom na činjenicu da je veliki broj javnopravnih tijela smješten na području Grada Zagreba, a koje je u nadležnosti Upravnog suda u Zagrebu.

Grafikon 7. Pokrenuti upravni sporovi protiv odluka Višeg službeničkog suda po sudovima od 1. siječnja 2012. (početka rada) do 14. svibnja 2014.



Iz sadržaja grafičkog prikaza proizlazi da gotovo tri četvrtine pokrenutih upravnih sporova protiv Višeg službeničkog suda „otpada“ na Upravni sud u Zagrebu.

4.4. Rad Ustavnog suda po predmetima iz ZDS-a

Kako se u Centru za evidenciju i dokumentaciju ne vodi posebna evidencija i statističko praćenje postupanja Ustavnog suda po ustavnim tužbama u radno-službeničkim predmetima, iznijet će se jedino raspoloživi podaci vezani uz predmete koji se tiču primjene ZDS-a.⁶⁰

Pred Ustavnim sudom, vezano uz primjenu ZDS-a, zaprimljeno je 129 ustavnih tužbi, koje su podnesene protiv Visokog, odnosno ranije Upravnog suda Republike Hrvatske, pri čemu je osam tužbi usvojeno, 22 su odbijene, a 99 ih je riješeno kroz, tzv. „meritorni odbačaj“.⁶¹

60 Ovdje valja navesti da je u Ustavnom sudu zaprimljeno i 11 prijedloga za ocjenu ustavnosti pojedinih odredbi ili zakonskih novela ZDS-a, pri čemu je o deset prijedloga odlučeno. Vidjeti rješenje Ustavnog suda poslovni broj U-I-795/06 od 29. svibnja 2012. godine (obuhvaćeno sedam prijedloga), ono broj U-I-2088/2011 od 19. prosinca 2013. (obuhvaćeno dva prijedloga), te ono broj U-I-604/2013 od 19. prosinca 2013. (obuhvaćen jedan prijedlog), www.usud.hr.

61 O „meritornom odbačaju“ kao načinu meritornog odlučivanja o ustavnim tužbama vidi Marković, S. i dr., *Nova praksa u postupanju Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Informator, br. 5844, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 1-3.

5. ZAKLJUČAK

U odnosu na postojeću regulaciju odgovornosti državnih službenika za povrede službene dužnosti, predlaže se, na zakonskoj razini, novelirati važeću normativu koja uređuje ovo područje u sljedećem: 1. zadržati razlikovanje vrsta povreda službene dužnosti na lake i teške, 2. individualizirati kazne za povrede službene dužnosti⁶², analogno normativi Kaznenog zakona⁶³, na način da se za svaku povredu propiše koja se kazna može izreći službeniku, ali i odredi odgovarajući te modificirani minimum i maksimum pojedine kazne radi: ostvarenja svrhe kažnjavanja, osiguranja ujednačene prakse tijela nadležnih za izricanje kazne, osiguranja učinkovitije zaštite službenika i omogućavanja ravnopravnog položaja službenika u tim postupcima⁶⁴, 3. po uzoru na Zakon o Državnom sudbenom vijeću⁶⁵ proširiti vrste kazni, te ugraditi institut uvjetne osude, 4. ustrojiti posebno, samostalno i neovisno tijelo koje bi bilo nadležno, po službenoj dužnosti i na prijedlog čelnika tijela, pokretati postupke zbog povrede službene dužnosti, te zastupati „optužbu“ u okviru tih postupaka, radi postizanja jednakoga tretmana prema svim državnim službenicima u Hrvatskoj, neovisno gdje obavljaju službu, 5. po uzoru na njemački Savezni disciplinski zakon⁶⁶ (čl. 5. st. 2.), omogućiti pokretanje i vođenje postupaka, odnosno izricanje novčane kazne i kazne oduzimanja mirovine protiv osoba, prijašnjih državnih službenika, a zbog osobito teških povreda službene dužnosti, koje su počinjene u vrijeme obavljanja službe i kojima je grubo nanesena šteta ugledu državne službe, te uzrokovana znatna materijalna šteta državi⁶⁷, 6. s obzirom na to da inicijativu za pokretanje postupka

62 „Imajući u vidu sve okolnosti (olakšavajuće i otežavajuće) disciplinskog djela, subjektivne i objektivne prirode, radniku treba izreći mjeru primjerenu težini povrede i posljedica, kao i osobi počinitelja (stupanj odgovornosti, ponašanje prije i poslije učinjene povrede i sl.).“ Simonović, D., Individualizacija disciplinske mere, Pravo i privreda, Beograd, 5-8/2001, str. 282.

63 Kazneni zakon, NN 125/11 i 144/12.

64 Suprotno ovom, ostavlja se prostor arbitarnosti i postupanju bez unaprijed potpuno jasnih kriterija pri određivanju kazni državnim službenicima za počinjene povrede službene dužnosti.; „... ne postoji korespondencija između ljestvice kazni i ljestvice povreda. U kaznenom pravu, zakonom se definiraju i kaznena djela, ali se definira i njihova korelacija; zakon predviđa da je za određeno kazneno djelo propisana kazna zatvora, a da će se prekršaj kazniti novčanom kaznom. Ovdje to nije slučaj: može se izreći običan ukor službeniku koji je ukrao mnogo državnog novca, a otpustiti službenik koji je jednom zakasnio na posao. Rizici arbitarnosti i nepravde koje nosi ovaj sustav dugo su bili još teži jer je administrativni sud odbijao kontrolirati težinu kazne.“ Braibant, G., Administrativno pravo Francuske, JP Službeni list SRJ Beograd i CID Podgorica, 2002. (prijevod knjige „Le Droit Administratif Francais, Press de la fondation nationale des sciences politiques & Dalloz, 1992.), str. 327., 328.

65 Čl. 63. Zakona o državnom sudbenom vijeću, NN 116/10, 57/11, 130/11, 13/13 i 28/13, kao disciplinske kazne propisane su: 1. ukor, 2. novčana kazna do jedne trećine plaće ostvarene u prethodnom mjesecu od jednog do tri mjeseca, 3. novčana kazna do jedne trećine plaće ostvarene u prethodnom mjesecu od četiri do šest mjeseci, 4. novčana kazna do jedne trećine plaće ostvarene u prethodnom mjesecu od sedam do dvanaest mjeseci, 5. razrješenje od dužnosti, koje se može izreći i uvjetno.

66 Bundesdisziplinar-gesetz, Bundesgesetzblatt IS 1510/01, 2554/11, 3154/13 i 3386/13, www.juris.de.

67 Naime, nema opravdanog razloga da se osobu koja je u obavljanju državne službe počinila

zbog povrede službene dužnosti može dati svaka fizička ili pravna osoba, bilo u obliku zahtjeva, požurnice ili predstavke na rad pojedinog službenika⁶⁸, na zakonskoj razini, normirati u kojem roku i u kojoj formi bi ovlašteni „tužitelj“ trebao odlučiti o primljenoj inicijativi, te s tim u vezi predvidjeti mogućnost da inicijator, ako se pokrene postupak, nastupi kao supsidijarni tužitelj⁶⁹, 7. zakonski urediti poseban stadij postupka zbog povrede službene dužnosti „prethodni postupak“, čija bi svrha bila, na strani ovlaštenog „tužitelja“, poduzeti sve potrebne radnje radi prikupljanja dokazne građe, a s krajnjim ciljem utvrđenja postoji li u konkretnom slučaju osnovana sumnja da bi određeni službenik počinio povredu, a sa stajališta „osumnjičenog“ službenika, da dade svoju obranu, iznoseći pravno relevantne činjenice i dokaze iz kojih proizlazi da nema osnove za pokretanje postupka⁷⁰, 8. za povrede službene dužnosti s obilježjem kaznenog djela, zastaru odrediti u roku u kojem zastarijeva progon konkretnog kaznenog djela⁷¹ te 9. odrediti da se usmena rasprava može održati već nakon prvog neopravdanog izostanka pozvanog službenika.

Sagledavajući rezultate i zaključke provedenog istraživanja prakse Visokog upravnog suda i upravnih sudova u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku, te rada Odbora, koje je potkrijepljeno statističkim podacima za razdoblje primjene ZDS-a od 2006. do 2014. godine, a posebno cijeneći strukturu odluka upravnih sudova u okviru zaštite protiv odluka Odbora, autori su mišljenja da postojeća normativa, nije jedina „odgovorna“ niti najodgovornija za postojeće stanje državne službe. Uvažavajući vrlo visoki postotak rješenja koja je poništio Odbor za državnu službu i visoki postotak „potvrđenih“ odluka Odbora⁷², kao i strukturu utvrđenih zaostataka u radu,

osobito tešku povredu ekskulpira od odgovornosti samo zbog toga što joj je prestala državna služba (primjerice zbog toga što je umirovljen ili je sam zatražio prestanak službe). Štoviše, to nije pravedno prema osobama koje i dalje obavljaju državnu službu, zbog čega se može dogoditi da će službeniku, „otkrivenom“ da je počinio koruptivnu povredu, prestati služba, dok će službeniku, čije je djelo otkriveno nakon njegovog umirovljenja ili ga ovlašteni tužitelj nije „stegovno prijavio“ dok je radio u službi, uživati punu mirovinu koju ne bi ostvario da je procesuiran kada je povreda počinjena. Posljedično propisivanju odgovornosti za osobe koje više nisu državni službenici, trebalo bi odrediti da u nadležnost službeničkih i Višeg službeničkog suda spada i vođenje postupaka zbog povrede službene dužnosti protiv „bivših“ državnih službenika.

68 O inicijativi za pokretanje disciplinskog postupka vidjeti: Momčinić, Z. i dr., *Propisi o radnim odnosima*, Zagreb, Priručnici Informatora, 1991., str. 113. i 114.

69 O oštećeniku kao supsidijarnom tužitelju vidjeti čl. 55. do 59. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13 i 145/13. Ako bi navedeno bilo normativno precizirano, ocjena je autora da bi se značajno onemogućilo da ovlašteni „tužitelji“ protuzakonito štite (po svojoj arbitarnoj i slobodnoj ocjeni) određene počinitelje povreda službene dužnosti.

70 Radi se očito o propustu zakonodavca. Prethodni postupak može spriječiti nepotrebno pokretanje postupka zbog povrede službene dužnosti te opterećenje rada tijela za vođenje stegovnog postupka zbog neosnovanih prijava, ali i osigurati učinkovitiju zaštitu službenika od šikaniranja i samovolje (arbitrarnosti) nadređenog službenika ili čelnika tijela.

71 Zastara pokretanja i vođenja stegovnog postupka zbog stegovnog prijestupa koji ima obilježja kaznenog djela za koje se postupak vodi po službenoj dužnosti te je u povodu toga kaznenog djela u tijeku postupak pred nadležnim državnim odvjetništvom ili sudom ili je kazneni postupak već okončan pravomoćnom osuđujućom presudom nastupa istodobno kada i zastara progona zbog kaznenog djela (čl. 186. Zakona o službi u oružanim snagama, NN 73/13).

72 „Ukidanjem Odbora za državnu službu i službeničkih sudova, šalje se pogrešna poruka,

odnosno okolnost da se glavnina neriješenih predmeta odnosi na troškove prijevoza, a u manjem dijelu na ocjenjivanje službenika, ocjena je autora, da nema opravdanih razloga da se ukine Odbor. Međutim, nužno je, uz postizanje potpune kadrovske popunjenosti donositeljima rješenja i osobama koje će obavljati administrativne poslove, redefinirati ulogu i djelokrug poslova Odbora, te u tom smislu, rasteretiti ga od predmeta radi isplate plaće i materijalnih prava prema KU-u, odnosno ostaviti mu na rješavanje samo radno-statusne predmete.⁷³ S druge strane, potrebno je poraditi na edukaciji službenih osoba koja donose prvostupajnska rješenja budući da je praksa ukazala na izuzetno veliki broj nezakonitosti prvostupajnskih upravnih akata kojima se odlučuje o pravima i obvezama državnih službenika.

Isto tako, neophodno je pojedine prvostupajnske upravne sudove primarno kadrovski popuniti potrebnim brojem sudaca i sudskih savjetnika, ali i pratećim državnim službenicima, što je jedan od razloga postojanja neažurnih radno-službeničkih sporova, uz nužnost da se radno-statusni sporovi propisom utvrde hitnim u upravnom postupku i pred upravnim sudovima, te da se zakonom propišu i rokovi rješavanja takvih vrsta predmeta.

da se ova neovisna tijela koja imaju sve pretpostavke za zakonito rješavanje, ukidaju zbog dosadašnjih poništavanja rješenja čelnika tijela.“ Primjedbe na Prijedlog zakona o državnoj službi, Pučki pravobranitelj, P.P.R.09-01-45/14 od 27. veljače 2014., str. 2.

- 73 „Oslabljivanje pravne zaštite državnih službenika kroz postojeće institute argumentira se potrebom skraćivanja dugotrajnih postupaka. Pritom se zaboravlja *na potrebu osiguranja neovisnosti i stručnosti u provođenju dokaznog postupka*. Također, da dugotrajnost postupaka nije proizišla iz činjenice da su ih vodili Odbor za državnu službu, službenički i upravni sudovi, već zbog niza drugih problema, kao što su normativna neujednačenost, veliko kašnjenje u donošenju brojnih sekundarnih propisa službeničkog zakonodavstva, organizacijski problemi, nedostatak osoblja (tako je, primjerice, Odbor za državnu službu cijelo vrijeme svojeg postojanja radio u manjkavom sastavu, jer Vlada nije imenovala sve njegove članove), itd. *Teško je povjerovati da će zaštita prava pred redovitim sudovima biti ekonomičnija i učinkovitija*. (...) ...u demokratskim se društvima očekuje od državnog službenika da je obrazovan, s posebnim stupnjem profesionalizma i integriteta. On mora biti podložan pravnim propisima koji omogućuju učinkovito obavljanje funkcija, a koji ga štite od upletanja politike i interesnih skupina, osiguravaju dostojanstvo službe i odgovarajuću plaću, da bi se smanjila mogućnost korupcije, propisima koji obuhvaćaju iscrpne disciplinske odredbe u slučaju povreda službene dužnosti, te osiguravaju pravednu selekciju kandidata za službu koja se temelji na sposobnosti, a ne političkoj podobnosti i drugim vrstama patronaže. *Ugovori o radu, nesigurnost zaposlenja, smanjivanje plaće i drugih prava, te neodgovarajuća pravna zaštita, zasigurno ne pridonose tom cilju*.“ Marčetić, G., O prijedlozima statusa državnih službenika, Novi informator, Zagreb, 2014., str. 142. i 147.

Summary

SOME QUESTIONS ON THE REGULATION OF CIVIL SERVANTS EMPLOYMENT STATUS

The authors in this paper, respecting the specificities of civil service and analyzing the jurisprudence of the administrative courts that relates to the civil service labor matters, provide an overview and the analyze of the basic legislative solutions in the field of liability for the violation of official duty and the overall protection of the rights of civil servants, and present concrete suggestions for the improvement of the existing legal regulations.

The authors conclude that it is necessary to keep the system of civil service tribunals and the superior civil service tribunal, due to demonstrated effectiveness of these bodies and legality of their decisions. Also, it is necessary to keep the Civil Service Board as an independent and professional body, due to the fact that legality of the decisions of the Board is recognized by related jurisprudence of administrative courts, but there is a need for fulfilling the personnel of the Board, as well as removing the matters of benefits provided by Collective agreement from its jurisdiction.

Keywords: *civil service, civil servants, the Civil Service Board, a violation of official duties, civil service tribunal.*

Zusammenfassung

MANCHE FRAGEN BEI DER REGULIERUNG DES ARBEITSRECHTLICHEN STATUS VON BEAMTEN

Indem die Besonderheiten des Beamtenverhältnisses in Betracht gezogen und die Verwaltungsrechtsprechung in den auf Beamten bezogenen Rechtsgegenständen analysiert wird, wird in der Arbeit die Darstellung und die Analyse von grundlegenden Gesetzesbeschlüssen im Bereich der Amtverletzung und der gesamten Rechtsschutzversicherung der Beamten sowie Vorschläge für Verbesserung bestehender Rechtsregulierungen gegeben.

Abschließend wird betont, dass es notwendig ist, die Beamtengerichte und das Obere Beamtengericht zu behalten, da sich diese Körperschaften durch Wirksamkeit und Gesetzmäßigkeit ihrer Entscheidungen ausgezeichnet haben. Ebenfalls ist es notwendig, den Ausschuss für Staatsdienst zu behalten, da er eine unabhängige und fachkundige Körperschaft darstellt, wessen Gesetzmäßigkeit durch die Verwaltungsrechtsprechung bestätigt wird. Nur ist er mit Personal zu besetzen und von der Entscheidung über Rechtsgegenstände bezüglich der in dem Kollektivvertrag für Beamte und Angestellte gewährleisteten Auszahlung materieller Rechte zu befreien.

Schlüsselwörter: *Staatsdienst, Beamter, Ausschuss für Staatsdienst, Amtverletzung, Beamtengericht.*

Riassunto

ALCUNE QUESTIONI SULLA REGOLAMENTAZIONE DELLO STATUS GIURIDICO LAVORATIVO DEI FUNZIONARI STATALI

Gli autori del contributo, rispettando le peculiarità dei rapporti ufficiali ed analizzando la giurisprudenza amministrativa nelle questioni giuslavoristiche relative a funzionari pubblici, illustrano ed esaminano le generali soluzioni legislative relativamente all'aspetto della responsabilità per la violazione dei doveri ufficiali ed all'aspetto dell'intera tutela dei diritti dei funzionari statali, offrendo all'uopo proposte concrete per migliorare la normativa vigente.

La conclusione degli autori è che sia necessario mantenere le corti dei funzionari pubblici come anche l'Alta corte, poiché tali organi si sono dimostrati validi con l'efficacia e la legalità delle loro decisioni. Inoltre, è necessario mantenere la Commissione per i funzionari statali, quale organo indipendente e competente, l'autorità del quale viene confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa. Tuttavia, tale organo andrebbe riorganizzato quanto alle risorse umane ed andrebbe esonerato del compito di risolvere le pratiche relative al pagamento di diritti materiali in forza del contratto collettivo per i funzionari pubblici e per i dipendenti.

Parole chiave: *funzionario statale, Commissione per i funzionari statali, violazione di doveri ufficiali, corte dei funzionari statali.*

Prikazi

(Surveyes, Beschprechungen, Presentazioni)

Prof. dr. sc. Marijan Ćurković,

***Osiguranje od izvanugovorne i ugovorne
(profesionalne) odgovornosti,***

Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2015., str. VIII + 274.

Tek nešto više od godine dana od objave svoje posljednje knjige, prof. dr. sc. Marijan Ćurković upravo je, u izdanju Inženjerskog biroa d.d. iz Zagreba, objavio svoju novu knjigu: *Osiguranje od izvanugovorne i ugovorne (profesionalne) odgovornosti*.

Suvremen gospodarski razvoj nezamisliv je bez postojanja osiguranja od odgovornosti. Ubrzani razvoj industrije (koji je započeo u 19. st.) imao je za posljedicu nastanak masovnih šteta trećim osobama, što je dovelo do formiranja posebnih fondova osiguranja na koje su poduzetnici prebacivali rizik odgovornosti za štetu, radi (financijske) zaštite od obveze naknade štete. Nakon što je došlo do ubrzanog razvoja prometa, isti model osigurateljske zaštite primijenjen je i na osiguranje od odgovornosti glede uporabe raznih prijevoznih sredstava (željeznica, zrakoplova, cestovnih motornih vozila itd.). Pojedina osiguranja od odgovornosti postala su obveznog karaktera jer se smatra da se time pruža najučinkovitija zaštita trećim osobama, ali i osiguranicima. U novije vrijeme, pojavom velikoga broja slobodnih profesija, a pogotovo onih koje imaju javni značaj, dolazi i do razvoja osiguranja od profesionalne odgovornosti, pružajući njihovim nositeljima zaštitu od odgovornosti za štetu koju mogu prouzročiti obavljanjem svoje profesije. Za pojedine profesije zaključenje ugovora o osiguranju od

profesionalne odgovornosti preduvjet je njihova obavljanja. Međutim, i tamo gdje nije propisana obveza njegova ugovaranja, osiguranje od odgovornosti smatra se normalnim i prihvatljivim načinom zaštite osiguranika od mogućih šteta (npr. osiguranje od odgovornosti liječnika, vlasnika/korisnika zgrada, osiguranje privatne odgovornosti iz svakodnevnih životnih odnosa, i sl.).

Prema predmetu osiguranja, ugovor o osiguranju se tradicionalno dijeli na ugovor o osiguranju imovine i na ugovor o osiguranju osoba, a ugovor o osiguranju od odgovornosti tradicionalno se smatra kao podvrsta ugovora o osiguranju imovine. Navedena je podjela prihvaćena i u Zakonu o obveznim odnosima (NN, br. 35/05., 41/08. i 125/11.) Zbog niza specifičnosti koje zahtijevaju posebna znanja, u posljednje vrijeme ugovor o osiguranju od odgovornosti često se svrstava u posebnu, odvojenu vrstu ugovora o osiguranju (tzv. tripartitna podjela ugovora o osiguranju). Stoga je svrha ove knjige omogućiti upoznavanje s osnovama osiguranja od odgovornosti, koje se kao što vidimo iz naslova knjige dijeli na osiguranje ugovorne i izvanugovorne odgovornosti. Ovdje napominjemo kako je u Zakonu o obveznim odnosima ugovor o osiguranju od odgovornosti zastupljen svega s dva zakonska članka (964 i 965). Takva podnormiranost instituta nužno dovodi do pojedinih otvorenih pitanja u praksi,

a na koje se odgovore može naći u ovoj knjizi.

O osiguranju od odgovornosti dosta se pisalo u hrvatskoj pravnoj književnosti. Međutim, ova knjiga daje na jednom mjestu prvi sustavni prikaz čitave problematike o ugovoru o osiguranju od odgovornosti te njegovih posebnosti u odnosu na ostale ugovore o osiguranju. Kako je osiguranje odgovornosti (doista) široka materija, iz ove knjige izostavljeni su ugovori o obveznim osiguranjima od dogovornosti u cestovnom prometu (ovu je materiju prof. dr. sc. Marijan Ćurković sustavno obradio u knjigama: *Obvezna osiguranja u prometu*, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2007., i *Komentar Zakona o obveznim osiguranjima u prometu*, Inženjerski bio d.d., Zagreb, 2013.), kao i odgovornost za pomorsku i zračnu djelatnost koje zahtijevaju poseban pristup.

Sama knjiga podijeljena je u tri djela. U prvom dijelu iznosi se općenito o osiguranju od odgovornosti za štetu. Ovdje se razmatraju opći pojmovi osiguranja od odgovornosti te njegova veza s pravilima o odgovornosti za štetu. Posebno se obrađuje razlika između osiguranja od javne/opće odgovornosti i osiguranje od privatne/ugovorne odgovornosti. U drugom dijelu knjige izlaže se materija o ugovoru o osiguranju od odgovornosti na način da se svaki element tog ugovora detaljno obrazlaže (stranke, osiguranik, treće osobe, predmet, osigurani rizik i slučaj, osigurana svota itd.). Pored toga detaljno se prikazuju prava i obveze stranaka iz ugovora o osiguranju od odgovornosti, sklapanje ugovora, te pojedine specifične klauzule koje nalazimo u uvjetima osiguranja od odgovornosti (klauzula prepuštanja vođenja postupka, klauzula

o zabrani priznanja odštetnog zahtjeva, klauzule o isključenju rizika, teritorijalna primjena uvjeta i dr.). Treći dio knjige odnosi se na posebna osiguranja od odgovornosti za štetu. Ovdje se daje pregled oko trideset vrsta osiguranja od odgovornosti koja trenutno postoje u Hrvatskoj od kojih su neka obvezna, a neka dobrovoljna.

Knjiga je opremljena popisom literature, stvarnim kazalom i popisom kratica. Posebno je značajno spomenuti iznimno opširan popis recentne literature koja je korištena u pisanju knjige, a u kojem su djela navedena na hrvatskom, slovenskom, njemačkom, francuskom, talijanskom i engleskom jeziku.

Autorov jezik i stil pisanja knjige je jednostavan i pitak, tekst se brzo čita, a njegov smisao se lako uočava i razumije.

Knjiga je namijenjena svakome zainteresiranome tko se želi dublje baviti problematikom osiguranja od odgovornosti, ali prije svega pravnicima praktičarima: djelatnicima osiguravajućih društava i ostalih subjekata tržišta osiguranja, sucima, odvjetnicima. Zbog svog znanstvenog pristupa knjiga je namijenjena i pravnim znanstvenicima, studentima poslijediplomskih studija te kao dodatna literatura studentima diplomskih/preddiplomskih studija pri izradi seminarskog, diplomskog ili završnog rada.

Na kraju preostaje autoru čestitati na objavi ove knjige, koja predstavlja iznimno vrijedan doprinos razvoju prava osiguranja u Hrvatskoj, ali i šire.

Doc. dr. sc. Loris Belanić
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci